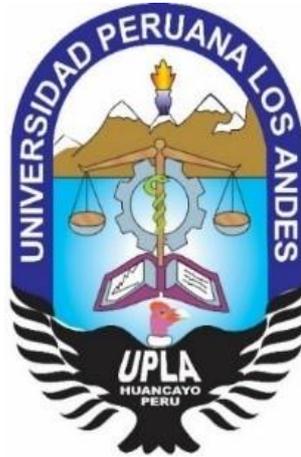


UNIVERSIDAD PERUANA LOS ANDES
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS

**Responsabilidad civil médica por omisión en las
instituciones prestadoras de servicios de salud (IPRESS)
en el Estado Peruano**

**Para Optar : El Grado Académico de Maestro en Derecho
y Ciencias Políticas, mención: Derecho Civil
y Comercial**

Autor : Bach. Mariano Maximiliano Paz Vela

Asesor : Mg. Neil Erwin Avila Huamán

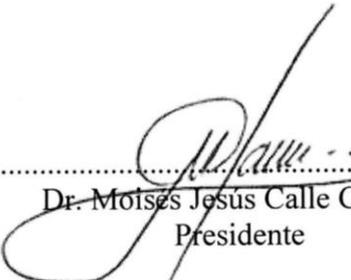
Línea de Investigación Institucional : Desarrollo Humano y Derechos

Fecha de Inicio y de Culminación : Noviembre 2020 a enero 2021

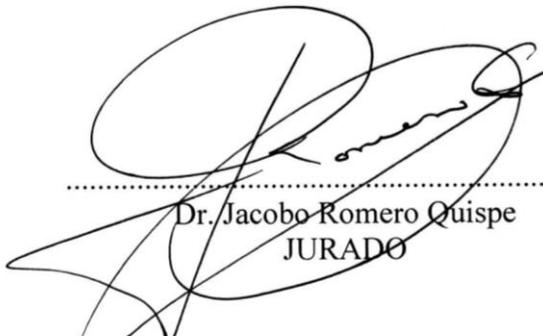
HUANCAYO – PERÚ

2021

JURADO DE SUSTENTACIÓN DE TESIS



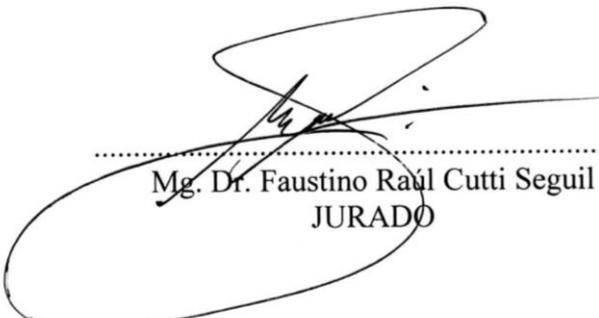
.....
Dr. Moisés Jesús Calle Cáceres
Presidente



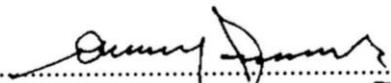
.....
Dr. Jacobo Romero Quispe
JURADO



.....
Dr. Edison Paul Tabra Ochoa
JURADO



.....
Mg. Dr. Faustino Raúl Cutti Seguil
JURADO



.....
Dr. Uldarico Inocencio Aguado Riveros
SECRETARIO ACADÉMICO

ASESOR
MG. NEIL ERWIN AVILA HUAMÁN

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación está dedicado a todas las personas que me apoyaron incansablemente, especialmente a mi madre, esposa, e hijos, que son motor y motivo de mi vida y aliciente para seguir superándome

También dedico también este trabajo a la comunidad jurídica y a los médicos del Perú para que puedan tener mejores elementos de juicio al momento de determinar la existencia o no de responsabilidad médica en sus actuaciones profesionales.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por bendecirme y allanarme el camino para llegar hasta donde he llegado.

A la Universidad Peruana Los Andes por darme la oportunidad de formarme personal, profesionalmente y darme la experiencia como docente universitario, Agradezco también al Dr. Henry Michael Li Zapata, Dra. Susan Nataly Huaitalla Nuñez de Li, Dr. Félix Rafael Ortega Alvarez, Dr. Henry Ortiz Huari, Dr. Carlos Ernesto Emmanuel Grados, y Dr. Neil Arón Paz Campos, entre otros médicos y amigos quienes, con su conocimiento clínico, motivaron e ilustraron temáticamente la presente tesis.

CONTENIDO

	Pág.
JURADO DE SUSTENTACIÓN DE TESIS	ii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
CONTENIDO	vi
CONTENIDO DE TABLAS	ix
RESUMEN.....	x
ABSTRACT.....	xi
INTRODUCCIÓN	xii
CAPÍTULO I.....	15
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	15
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	15
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	17
1.2.1. Problema general	17
1.2.2. Problemas específicos.....	17
1.3. JUSTIFICACIÓN	18
1.3.1. Social	18
1.3.2. Teórica	18
1.3.3. Metodológica	18
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	19
1.4.1. Objetivo general.....	19
1.4.2. Objetivos específicos	19

CAPÍTULO II	20
MARCO TEÓRICO.....	20
2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	20
2.1.1. Nacionales.....	20
2.1.2. Internacionales	22
2.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN.....	23
2.2.1 Actividad médica y derecho	23
2.2.2 Responsabilidad médica	26
2.2.3 La responsabilidad médica en el Perú.....	34
2.2.4 Contexto de la responsabilidad civil.....	40
2.2.5 Definición de responsabilidad civil	43
2.2.6 Responsabilidad civil objetiva	45
2.2.7. Responsabilidad civil subjetiva	48
2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS	60
CAPÍTULO III.....	62
METODOLOGÍA	62
3.1. DISEÑO METODOLÓGICO	62
3.1.1. Método de investigación.....	62
3.1.2. Tipo investigación.....	63
3.1.3. Nivel de investigación	63
3.1.4. Diseño de investigación propiamente dicho	64
3.2. PROCEDIMIENTO DEL MUESTRO	65
3.2.1. Población y muestra.....	65
3.2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	66

3.2.2.1. Técnicas de recolección de datos	66
3.2.2.2. Tratamiento de la información	67
CAPÍTULO IV	69
RESULTADOS.....	69
4.1. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO	69
4.2. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS	75
DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS UNO	79
DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS DOS.....	83
DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL	87
CONCLUSIONES	91
RECOMENDACIONES	93
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	94
ANEXOS	98
MATRIZ DE CONSISTENCIA	99
CONSENTIMIENTO INFORMADO	100
EVIDENCIAS FOTOGRÁFICAS.....	101
COMPROMISO DE AUTORÍA	102

CONTENIDO DE TABLAS

Tabla 1. Modelo de ficha textual y de resumen	67
Tabla 2. Matriz de consistencia.....	99

RESUMEN

La investigación parte del **Problema:** ¿Qué tipo de responsabilidad civil debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano?; siendo el **Objetivo:** Analizar el tipo de responsabilidad civil que debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano. La Investigación se ubica dentro del **Tipo** Explicativo; en el **Nivel** comprensivo; Se utilizará para contrastar la Hipótesis, **los Métodos:** hermenéutico, exegético y sistemático: Con un **Diseño** no experimental y transaccional. Para la Recolección de Información se utilizará las fichas textuales y de resumen respecto a documentos referidos a leyes, doctrina y jurisprudencia sobre Eventos dañosos en la actividad médica y Responsabilidad Civil; llegándose a **la conclusión** de que es imprescindible desarrollar un catálogo de supuestos de responsabilidad civil objetiva y subjetiva en los daños de la actividad médica.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad civil, responsabilidad objetiva, responsabilidad subjetiva, actividad médica, responsabilidad médica.

ABSTRACT

The research begins from the problem: What type of civil liability should be applied for the harmful events that come from the medical activity in the IPRESS in the Peruvian state? having by objective: To analyze the type of civil liability that should be applied for the harmful events that from the medical activity in the IPRESS in the Peruvian state. The research is within the explanatory type, within the comprehensive level. The hermeneutical, exegetical, and systematic methods will be used to contrast the hypothesis, with a non-experimental and transactional design. For data collection, text summaries and textual cards about law, doctrine, and jurisprudence documents on harmful events in medical activities and civil responsibility will be used; finally concluding that it is crucial to develop a catalog of assumptions in objective and subjective civil liability about the damages of medical activity.

KEY WORDS: Civil liability, strict liability, subjective liability, medical activity, medical liability.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación ha tenido como objetivo determinar la naturaleza de la responsabilidad civil que se presenta en los casos de responsabilidad civil médica, por lo que pretende identificarse, mediante un análisis aquellos casos que corresponden a responsabilidad civil objetiva y aquellos que corresponden a responsabilidad civil subjetiva.

De esa manera, al poder obtener dichas características, es decir, saber mediante la dogmática jurídica, se debe analizar las variables de responsabilidad civil y actividad médica en el Perú.

Bajo ese mismo lineamiento, la presente investigación es formulada teniendo como **Problema General**: “¿Qué tipo de responsabilidad civil debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano?; **Justificándose Teóricamente** porque contribuirá con la teoría del derecho porque se generará orden en la teoría de la responsabilidad civil médica al momento en el que esta es aplicada en la realidad. Así, se vislumbrará un punto de partida para discutir sobre este fenómeno de manera más objetiva.

Así mismo, se determinó la **Justificación Social**, la que tendrá un aporte pues beneficiará a toda la comunidad de pacientes que acceden al sistema de salud de la actividad médica y que se han visto afectados por un evento dañoso, porque gracias a la investigación, podrán reclamar responsabilidad civil de manera más

eficiente; de igual forma como **Justificación Metodológica** no se presenta ninguna, porque las tesis dogmáticas son comunes en el derecho.

El **Objetivo General** de la investigación es explicar el tipo de responsabilidad civil que debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano.

En el **Marco Teórico** se desarrollaron los fundamentos, principios y doctrina de las variables Eventos dañosos en la actividad médica y Responsabilidad Civil.

Se planteó como **Hipótesis General** que: El tipo de responsabilidad civil que debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano debe ser de carácter subjetivo u objetivo dependiendo del evento dañoso que se pretenda resarcir; siendo su **Variable Independiente:** Eventos dañosos en la actividad médica **Variable Dependiente:** Responsabilidad civil.

El trabajo de investigación calza con el tipo de investigación básica o teórica, teniendo como **Nivel de Investigación al Correlacional**; asimismo, para poder ser realizado se utilizó como **Método General de Investigación:** El método hermenéutico y como **Métodos Particulares** se utilizaron: el Método Exegético y el método sistemático-lógico. El **Diseño empleado** fue: No experimental - transaccional; **La Muestra** al ser dogmático jurídico no se utilizó a ésta.

Bajo ese contexto, y teniendo en mente el orden de ideas de la presente tesis se estructura la misma en V capítulos:

- El primer capítulo denominado “Planteamiento de la Investigación”, las cuales son desarrolladas con puntualidad y precisión
- El segundo capítulo denominado “Marco Teórico”, en donde se exponen los antecedentes a la investigación, las bases teóricas respecto a la Eventos dañosos en la responsabilidad civil médica y la definición de conceptos o términos básicos
- El tercer capítulo denominado “Metodología de la Investigación”, en el cual se describe el Tipo y Nivel de Investigación Científica, así como los Métodos de Investigación que han sido utilizados para hacer posible el desarrollo de la Investigación
- El cuarto capítulo titulado “Resultados de la Investigación” donde se describen los resultados que respaldan a la presente investigación.
- El quinto capítulo titulados “Discusión” donde se realizado la contrastación de los resultados de la investigación con las hipótesis específicas diseñadas en la investigación.

Esperando, que la investigación tenga la finalidad de ser discutida, esperamos que tenga a bien el lector de advertir con probidad las falencias a fin de corregir y sobre todo de contribuir académicamente al mundo académico jurídico, pues una investigación tiene esa finalidad, esclarecer y contribuir a mejorar el sistema jurídico.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

Aunque, por finalidad metodológica, la legislación peruana ha optado por separar al instituto de la responsabilidad civil en el Código Civil, obteniendo como resultado la aparición de dos tipos de fenómenos de daño: la responsabilidad civil que deviene de la inejecución de obligaciones (o ejecución tardía y defectuosa), y la denominada responsabilidad extracontractual, lo cierto es que existe niveles más sofisticados de clasificación en el estudio de la responsabilidad civil.

No es extraño que numerosos estudiosos de la responsabilidad civil sientan afinidad por una responsabilidad civil unitaria. Ello se debe a que el fundamento primero de esta institución es el daño y no la causa que le ha originado, como se piensa cuando se clasifica en contractual y extracontractual a la responsabilidad civil. Sin embargo, teniendo en cuenta que el derecho actual tiende a la eficiencia, se pretende legislar prestando atención a la eficacia de las normas, sobre todo cuando nos hallamos en la esfera jurídica del derecho privado.

En este sentido, teniendo en cuenta que la responsabilidad civil contiene conceptos complejos y una naturaleza sofisticada, muchas veces genera dificultades la comprobación de su configuración. A propósito de este defecto, aparece la responsabilidad civil objetiva, siendo esta aquella que se configura

con el simple comportamiento descrito por la ley. Por ejemplo, ocasionar un daño mientras se utiliza un bien riesgoso genera responsabilidad civil, sin perjuicio de valorar los elementos de esta.

En el caso de la responsabilidad médica, se tiene que los protocolos que un médico debe seguir para considerar su actuar diligente siempre se encuentra expuesto a imprevistos que no pueden ser catalogados en un determinado documento. Aquí surge un primer problema: ¿de qué manera puede valorarse la negligencia o diligencia del médico en estos casos imprevistos?

Del mismo modo, cuando el médico no pudo actuar diligentemente por causas que escapan de sus manos, como la indumentaria que se le ha proporcionado o la administración del centro médico, se genera una discusión que podría ser resuelta más fácilmente si se delimitara taxativamente en qué casos debe realizarse un análisis exhaustivo y en qué casos debe simplemente aplicarse la responsabilidad civil de manera objetiva.

Es necesario enfatizar el hecho de que, en casos de actividad médica, cuando el paciente se ve afectado por un daño que ha escapado del devenir natural de la vida o la mala praxis médica (como sucede en la negligencia médica), el más afectado con la dilatación del proceso o la complejidad de este es el paciente, pues es este quien se ha perjudicado con este fenómeno. Por esto es increíblemente importante hacer la responsabilidad civil médica más eficaz.

El mecanismo que postula la presente investigación es el de generar una delimitación de criterios para determinar la responsabilidad objetiva y subjetiva en casos que provienen de la actividad médica. Es decir, otorgar un catálogo

en el que se señale en qué casos debe configurarse responsabilidad civil objetiva y en qué casos debe valorarse los elementos de la responsabilidad subjetiva.

De este modo, la tesis tiene como problema general: ¿Qué tipo de responsabilidad civil debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS En EsSalud, provincia de Huancayo - 2020?

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. Problema general

- ¿Qué tipo de responsabilidad civil debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano?

1.2.2. Problemas específicos

- A.** ¿Es correcto aplicar responsabilidad objetiva en eventos dañosos cuya causa es la indumentaria, maquinaria, administración del establecimiento, mala praxis de los asistentes médicos en las IPRESS en el Estado peruano?
- B.** ¿Es correcto aplicar responsabilidad subjetiva en eventos dañosos cuya causa es el incumplimiento de los protocolos médicos por parte del médico o sus asistentes, o cuando el paciente haya intervenido en la producción del daño en las IPRESS en el Estado peruano?

1.3. JUSTIFICACIÓN

1.3.1. Social

La presente investigación beneficiará a toda la comunidad de pacientes que acceden al sistema de salud de la actividad médica y que se han visto afectados por un evento dañoso, porque gracias a la investigación, podrán reclamar responsabilidad civil de manera más eficiente.

1.3.2. Teórica

La presente investigación contribuirá con la teoría del derecho, porque se generará orden en la teoría de la responsabilidad civil médica al momento en el que esta es aplicada en la realidad. Así, se vislumbrará un punto de partida para discutir sobre este fenómeno de manera más objetiva.

1.3.3. Metodológica

Metodológicamente, la presente investigación no genera ningún aporte trascendental a la investigación jurídica, pues las tesis cualitativas son las que deberían ser por excelencia desarrolladas y ya se conoce su metodología argumentativa.

1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Objetivo general

- Explicar el tipo de responsabilidad civil que debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano.

1.4.2. Objetivos específicos

- A.** Examinar la correcta aplicación de la responsabilidad objetiva en eventos dañosos cuya causa es la indumentaria, maquinaria, administración del establecimiento, mala praxis de los asistentes médicos en las IPRESS en el Estado peruano.
- B.** Analizar la correcta aplicación de la responsabilidad subjetiva en eventos dañosos cuya causa es el incumplimiento de los protocolos médicos por parte del médico o sus asistentes, o cuando el paciente haya intervenido en la producción del daño en las IPRESS en el Estado peruano.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1. Nacionales

- A.** Como investigación nacional, se tiene a la tesis titulada: “La responsabilidad civil médica y la inobservancia de los protocolos: malpraxis ginecobstetra en el hospital provincial docente Belén de Lambayeque periodo 2010-2014”, sustentada por Rivas y Santamaria (2019) en Pimentel-Chiclayo, para optar el título profesional de abogado por la Universidad Señor de Sipán. La investigación está centrada en apoyar a la mujer en el momento de dar a luz; y debe observar los protocolos para tener en cuenta de cómo debe brindar el cuidado a su paciente ante de cometer una negligencia médica y cumplir con su obligación y deberes como médico.
- B.** Otra investigación nacional (tesis) titulada: “La mala praxis médica y la obligación del médico de informar a la paciente de su estado de salud, año 2018”, sustentada por Limaylla (2018), en la ciudad de Lima para optar el título profesional de abogada por la Universidad Norbert Wiener, esta enfatiza la importancia de que el médico informe al paciente sobre el diagnóstico, tratamiento y riesgos posibles de la intervención a la cual se someterá; y de cómo la ausencia de esta información genera consecuencias nefastas para el

paciente, siendo por lo general una de las principales causas de mala praxis médica. Por ello, el paciente debe recibir una información adecuada sobre la finalidad y la naturaleza de la actuación médica, extendiéndose dicha información, hacia los beneficios, las recomendaciones, los riesgos que implica y sus consecuencias, las contraindicaciones y las alternativas posibles. De esta forma, un médico no puede ser dispensado de su deber de información frente a su paciente, deber que tiene su fundamento en la exigencia de respetar el principio de la dignidad de la persona humana; de tal forma que la intervención del paciente sin ser informado adecuadamente constituye un hecho ilícito lesivo del derecho a la dignidad y a la autodeterminación del paciente.

- C.** Otra investigación (tesis) titulada es: “La responsabilidad civil médica”, sustentada por Carhuatocto (2010), en la ciudad de Lima para optar el grado de magister en derecho con mención en derecho civil y comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, precisa el objetivo de perfeccionar legislativamente la responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias al paciente. De igual forma, establecer como factor de atribución objetivo de responsabilidad civil la inobservancia de normas de bioseguridad.
- D.** Otra investigación (tesis) titulada: “Error de diagnóstico y responsabilidad civil médica en el hospital regional docente clínico quirúrgico Daniel Alcides Carrión – Huancayo”, sustentada por Aníbal Díaz Lazo (2015), en la ciudad de Huánuco, para optar el título

de abogado por la Universidad de Huánuco, tiene como objetivo fue determinar la relación que existe entre el error de diagnóstico y la responsabilidad civil médica en el Hospital Regional Docente Clínico Quirúrgico Daniel Alcides Carrión de Huancayo 2015. La hipótesis formulada fue si existe relación entre el error de diagnóstico y la responsabilidad civil médica.

2.1.2. Internacionales

- A.** Como investigación internacional, se tiene a la tesis titulada: “Impunidad de negligencia médica en la mala praxis y sus consecuencias penales por desconocimiento jurídico del paciente para proceder a la reparación del daño, Hospital Regional ESSALUD”, llevado a cabo por Candia (2016) en Panamá, para optar el grado académico de magister en derecho por la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez. El estudio busca determinar el nivel de conocimiento jurídico del paciente frente a la mala praxis médica. Por otro lado, se plantea objetivos específicos en donde se establece la participación de la institución frente a la mala praxis médica en los casos atendidos que hayan generado negligencia médica y como segundo objetivo determinar la información brindada por la institución al paciente sobre el protocolo que debe de cumplir el médico en la praxis médica.
- B.** La investigación llevada a cabo por Calvo y Godoy (2015) titulada “Negligencia médica un tema complejo”, sustentado en Chile para

optar la licenciatura en Derecho. Dicho estudio pretende mejorar la calidad de aprendizaje sobre medicina forense para los operadores del Derecho, situación que pueda existir un mayor y mejor debate sobre el caso en concreto, en tanto al desconocer dichos términos puede vulnerar el derecho a la defensa de una de las partes.

2.2. BASES TEÓRICAS DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1 Actividad médica y derecho

Diversos historiadores coinciden en que no es posible precisar con exactitud en qué momento de la historia se comenzó a hablar de actividad médica. La medicina ha sido pues parte del desarrollo cultural de la humanidad.

Por ejemplo, en Grecia antigua, filósofos como Sócrates y Platón se manifestaban sobre la medicina a través de *frónesis*, concepto que valora el valor y el bien. Este concepto fue perpetrado por Aristóteles, quien fue más minucioso en el estudio de la medicina (Gutiérrez-Fuentes, 2008, p. 512).

Sin perjuicio de esto, fue Hipócrates el bautizado como padre de la medicina porque a este se le atribuye los primeros vestigios de una cura sofisticada, basada en un sistema (Gutiérrez-Fuentes, 2008, p. 512).

En la Edad Media, la medicina adquirió mayor sofisticación porque se desarrolló el Oráculo manual y arte de la prudencia, en el que

se veía los primeros vestigios de protocolos médicos (Gutiérrez-Fuentes, 2008, p. 514).

Desde nuestros sedimentos más primitivos, hemos tendido a la atención de enfermedades y malestares de las personas que nos rodean. Aunque al principio esto se hacía de manera primitiva, cada vez la ciencia médica adquirió mayor sofisticación.

La medicina puede definirse a partir de Cabanellas, cuando en su diccionario señala que esta es:

Ciencia y arte de conocer las enfermedades, precaverlas, tratarlas y curarlas, o aliviarlas si carecen de total remedio. Se refiere más especialmente a las enfermedades internas. La medicina que, a través de los que ejercen, suele acompañar al hombre desde antes de nacer, ya en la observación del embarazo, hasta después de la muerte incluso, por las autopsias, trasciende específicamente debido a la investigación criminológica por la Medicina Legal. Además, como reverso, por penetrar en lo punible con el ejercicio ilegal de la medicina (2001, p. 387).

También podemos definir la medicina a partir de Barua y Seminario, cuando señalan que la medicina es “(...) la ciencia que tiene por objeto conservación y el restablecimiento de la salud; el arte de prevenir, cuidar y asistir la curación de la enfermedad; o la ciencia de curar y precaver enfermedades” (1996, p. 11).

Podemos observar que ambos autores coinciden en que la medicina atiende. Esto es, es una ciencia dirigida a la preservación de la salud humana, esto es, una ciencia en lo absoluto utilitaria.

Ello se ha observado a tal punto que, en la actualidad, la ciencia médica se relaciona estrechamente con el derecho.

Fernández señala que:

“El derecho médico es una reciente rama del derecho, la misma que se encuentra sumida en un proceso de paulatina consolidación científica. Su contenido, en cierta medida, no es novedoso desde que algunos de sus temas – aunque no siempre en forma sistemática – se estudian desde antiguo. En cambio, sí es novedoso el inédito enfoque a que son sometidas, a la luz de las nuevas corrientes de pensamiento jurídico, las relaciones entre el médico y sus pacientes” (2018, p. 31).

El derecho médico, entonces, no es una rama que haya aparecido deliberadamente en la doctrina. Observando la postura de Fernández, se llega a la acertada conclusión de que el derecho médico es una respuesta a la necesidad de regular la relación entre pacientes y médicos.

Aunque estemos de acuerdo con dicha posición, es inevitable mencionar que el derecho médico no solo se extiende a la regulación de la relación de pacientes y médicos, sino, lo correcto es aseverar que el derecho médico regula toda relación que se desarrolle dentro de la

actividad médica, es decir, las relaciones del hospital con el paciente, de los médicos con otros médicos (cuando se desarrollan juntas médicas).

Tal vez, debido a lo anterior, es que Fernández señala que el objeto de estudio del derecho médico es la relación interpersonal que existe entre el profesional médico, actuando individual o colectivamente y el paciente que ha sido atendido por esta actividad (2018, p. 31).

Entonces, en base a lo que se ha mencionado, resulta oportuno mencionar que la responsabilidad médica, será un tipo de responsabilidad civil que se desprende del derecho médico. Esto es, es responsabilidad médica la que nace en la relación de médicos, pacientes y todos los demás que intervengan en la actividad médica.

2.2.2 Responsabilidad médica

Antes de comenzar con cualquier reseña sobre la responsabilidad civil médica, debemos precisar que la responsabilidad penal que derive de la actividad médica es un tópico que nos resulta indiferente, porque el derecho público se regula bajo presupuestos absolutamente distintos a los que pretendemos valorar.

La actividad médica es una actividad eminentemente peligrosa. No puede creerse que, como los fines de la actividad médica tienden al tratamiento positivo de la salud, esta es color rosa. Justamente por este motivo, Carhuatocto señala que:

(...) la medicina eficaz es también una medicina peligrosa; no elimina el peligro y la amenaza de un daño, sino que, por el contrario, lo introduce en el acto mismo del cuidado médico. El acto médico está destinado a cuidar, pero puede por sí mismo matar o lesionar. Uno podría sufrir en otra época, por ejemplo, de dolor de cabeza, pudiendo ser este insoportable, pero uno no corría el riesgo de una parálisis de los miembros por el hecho de un acto de investigación médica destinado a determinar el origen del mal (2010, p. 13).

Entonces, sería irresponsable de nuestra parte creer que la actividad médica debe valorarse como cualquier tipo de responsabilidad civil.

Nos adelantaremos en nuestra perspectiva (seguramente es incongruente concluir de otro modo más adelante): la responsabilidad civil médica es aquel tipo de responsabilidad proveniente de un evento dañoso que ha ocurrido en el ejercicio de la actividad médica.

A pesar de que existe una discusión obtusa sobre si la responsabilidad civil médica es de índole contractual (correctamente responsabilidad por inejecución de obligaciones) o de índole extracontractual, lo cierto es que la discusión va a terminar siendo inútil por la complejidad de este fenómeno.

Ello ya lo ha demostrado De la Puente, cuando en su análisis sobre si la prestación de servicios es un contrato, señala que: (...) todo el contenido de la prestación de servicios se agota en establecer una serie

de reglas generales aplicables a los contratos que son modalidades de ella, sin contemplar la creación, regulación, modificación o extinción de obligaciones que es el objeto de todo contrato (2015, s/p).

Correlativamente, cuando se habla de responsabilidad civil en su ordinaria división entre responsabilidad civil contractual y extracontractual, la responsabilidad civil que no derive del contrato será responsabilidad civil extracontractual. Entonces, la responsabilidad médica, debería terminar siendo una responsabilidad civil extracontractual, incluso cuando el paciente hubiera firmado un consentimiento médico, porque este es solo un permiso y no un contrato en sí mismo.

Cuando se celebra un contrato, una persona puede prometer el cumplimiento de una determinada obligación, es decir, puede tener certeza de que la obligación va a ser cumplida. En cambio, cuando se desarrolla actividad médica, el médico no puede prometer que el paciente saldrá con vida o recuperará por completo su salud. Por esta razón, la responsabilidad médica es una responsabilidad que deriva de una obligación de medio y no de resultado (De la Puente, 2015, pp. 656-664).

Entonces, aunque existiera alguna postura que postule una responsabilidad civil médica contractual, lo cierto es que esta responsabilidad debe ser valorada como una extracontractual.

Sin perjuicio de esto, hemos aclarado esta observación porque no es nuestra intención inmiscuirnos en la discusión y ser parte de esta. Más

bien, pretendemos optar por la eficiencia en la que inmiscuye la responsabilidad civil en su división por resultado: responsabilidad civil objetiva y subjetiva.

Entonces, no nos es importante si la responsabilidad civil termina siendo contractual o extracontractual, sino evaluar en qué casos debe analizarse en base a responsabilidad civil objetiva y en qué casos debe analizarse en base a responsabilidad civil subjetiva.

Por cuestiones de metodología, revisemos algunas posiciones doctrinarias sobre la responsabilidad médica.

Para el conocimiento de la responsabilidad civil médica, Carhuatocto (2010, p. 104) ha graduado tres tipos de acto médico:

a) Acto médico eficaz

Se presenta cuando el médico recupera la salud del paciente o la mejora en toda su posibilidad. Para esto, se permite que exista ciertos riesgos que son inherentes a la actividad médica: el grado mínimo, cuando son procedimientos que no resultan invasivos ni dolorosos; el grado bajo cuando son procedimientos que resultan invasivos, pero en grado leve y con poco dolor; el grado elevado cuando el tratamiento es invasivo y general mucho dolor, deviniendo en algo serio.

b) Acto médico dañino

Se presenta un acto médico dañino cuando se genera lesiones a la salud del paciente como consecuencia de no haber observado

adecuadamente los protocolos médicos, lo cual puede presentarse cuando se da al paciente un tratamiento equivocado, o cuando el médico asiste tardíamente al paciente o no le asiste. Se suele conocer a este tipo de evento dañoso como negligencia médica.

c) Acto médico ilegal

Son actos en los que la medicina vulnera directamente bienes jurídicos protegidos constitucionalmente. Se presenta este tipo de casos cuando el médico aprovecha su situación de ventaja sobre la situación médica para poder beneficiarse ilegítimamente por la actividad médica. Por ejemplo, es el caso de los abortos, tráfico de órganos, tratamientos inhumanos, etc.

Es así como Carhuatocto concluye en que (...) la responsabilidad civil médica es aquella que se genera en ejecución de un acto médico realizado por profesionales de la medicina incumpliendo las reglas de esta profesión o con ocasión de su ejercicio profesional abusan de sus facultades para cometer conductas ilícitas ocasionando no solo un daño a la vida y salud del paciente sino en otros derechos fundamentales (2010, p. 108).

Como ya se ha visto, el seguimiento de protocolos, entre los que se encuentra el “consentimiento informado”, es trascendental en la responsabilidad civil médica. Es por ello por lo que el consentimiento informado es un requisito *sine qua non* para el desarrollo de la actividad médica.

En este sentido, ubicar el contexto en el que se efectiviza el consentimiento médico informado implica revisar las situaciones en las que se presenta: el consentimiento para que la actividad médica intervenga en un paciente, y; el consentimiento para acceder a un tratamiento (León, 2004, p. 473).

De acuerdo con Guido Alpa, citado por León (2004, p. 473) existe fases en la relación de la actividad médica de médico y paciente:

- El primer contacto y la fase informativa
- El diagnóstico
- El consentimiento del paciente y la intervención
- La terapia y el uso de máquinas y medicamentos
- Intervención del médico para la vida o la muerte.

A partir de esto, León señala que el consentimiento informado tiene que ver con la aceptación voluntaria del paciente (o de su encargado) de someterse a un tratamiento médico determinado, teniendo acceso a toda la información necesaria para aceptar dicha decisión (2004, p. 473).

La importancia del consentimiento médico informado se evidencia a tal punto que el hecho de que una intervención no tenga como precedente un consentimiento, dicho acto deviene en ilícito y es causal de responsabilidad médica (León, 2004, p. 517).

Llama bastante la atención la fórmula que León aplica para comprender la finalidad de la responsabilidad civil médica. Al ver que la

responsabilidad médica se soluciona con un “seguro de riesgo” resulta preocupante para el autor. Para este autor, este tipo de responsabilidad no tiene como fin el mero resarcimiento económico de un daño en la actividad médica, sino que va más allá del mismo cuando propone la desincentivación de las conductas que generan responsabilidad civil médica (2004, p. 550).

Tenemos también otra definición de la responsabilidad médica, planteada por Fernández, el cual señala que el derecho enfrenta una inobservancia de unanimidad en lo que respecta al término correcto del concepto. Ello se debe pues a que se ha hablado de responsabilidad civil del médico, responsabilidad civil del acto médico, responsabilidad médica, entre otros (2018, p. 76).

Es más acertado, de acuerdo con la perspectiva del autor, optar por el término de “responsabilidad por acto médico” o “responsabilidad médica”. Esto se debe a que, cuando se habla de responsabilidad del médico, se restringe el contexto a aquellos casos en los que la responsabilidad recae en el médico, dejando de lado al establecimiento penitenciario o al propio paciente.

Así, Fernández señala que (...) aquella noción es genérica al comprender dentro de los alcances conceptuales todas las actividades practicadas en el ejercicio de la profesión médica, ya sea la emprendida por el médico actuando individual e independientemente, así como aquella que compromete a los establecimientos de salud. Dicha noción

incluye, además, todas y cualquier responsabilidad en que pudieran incurrir aquellos profesionales de la salud que – de una u otra forma- participan del acto médico (2018, p. 78).

Resulta asombrosa, por otro lado, la ligereza con la que cierta parte de la doctrina concibe a la responsabilidad médica, al señalar que esta sigue todos los lineamientos de la responsabilidad civil contractual porque es deber del médico dar atención a los pacientes, como sucede en el texto de Paradiso, cuando este señala que se ha superado la discusión de la naturaleza de la responsabilidad médica al probar que el médico se obliga a tratar a sus pacientes (2015, p. 629), situación que ignora por completo el hecho de que la actividad médica en general es bastante compleja.

Por esta razón, tenemos a Fernández, quien soporta esta consideración y asume una perspectiva similar a la De la Puente, señalando así que la naturaleza de la relación jurídica entre médico y paciente no puede restringirse a ser contractual o extracontractual, porque ello dependerá mucho del contexto (2018, pp. 479-480). Esta situación descubre el hecho de que la relación entre médico y paciente puede a veces ser contractual y otras extracontractual, sin perjuicio de que ciertas opiniones consideran que la responsabilidad civil médica es siempre extracontractual.

Tenemos, por otro lado, la apreciación de De Ángel e Izquierdo, cuando señalan que la responsabilidad médica es un tipo de

responsabilidad objetiva porque corresponde al tramo administrativo, lo cual nos parece irresponsable cuando lo que debe evaluarse es el comportamiento del médico. De todas formas, de ello (aunque no lo compartimos) es importante destacar que en Europa ya es una realidad la responsabilidad médica objetiva en casos de la administración del hospital (2001, p. 125).

Otra cosa que resulta interesante en los autores es el señalamiento que desarrollan al expresar que (...) se deduce la necesidad de la delimitación de la normativa aplicable en el ejercicio profesional de la medicina, para evitar, en mi opinión, hacer del médico o profesional sanitario en general, un profesional inseguro y del paciente una persona vulnerable (De Ángel e Izquierdo, 2001, p. 132).

2.2.3 La responsabilidad médica en el Perú

Cuando nos desenvolvemos dentro de un contexto en el que se habla cada vez de manera más cotidiana sobre términos como la negligencia médica o la reparación civil que deviene de la responsabilidad civil médica, no podemos dejar de observar la manera en la que la responsabilidad médica se desarrolla en la legislación peruana.

Tal vez, para el logro pedagógico de nuestros fines, es adecuado partir de la síntesis de León, cuando señala que el origen de este tipo de responsabilidad en legislación específica, lo encontramos en la Ley General de la Salud N° 26842, la misma que establece en su artículo 4° que:

Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo.

Se exceptúan de este requisito las intervenciones de emergencia.

La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso.

En caso de que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del artículo 44° del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de estos.

El reglamento establece los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido (2004, p. 478).

Correlativamente a la emisión de esta ley, debe tenerse en cuenta que con el transcurso del tiempo son cada vez más los casos en los que pudiera presentarse responsabilidad médica, aunque son todavía pocos los casos que llegan a tribunales. Fernández advierte que las estadísticas muestran que el fenómeno de la responsabilidad médica se manifestará

cada vez con mayor fuerza, por lo que debe tomarse las debidas precauciones legislativas (2018, p. 448).

Lo anterior se corrobora con el aumento de denuncias que llegan al Colegio Médico por negligencia médica. Así Fernández señala que (...) existen médicos que ejercen la profesión con impericia, negligencia e imprudencia y que es necesario humanizar el ejercicio profesional. En cuanto a las causas del aumento de las denuncias presentadas ante el Colegio Médico por negligencia, el mencionado profesional expresa que existen al menos tres factores que lo explican: formación personal en el hogar y colegios, falta de formación ética y el excesivo afán de lucro que poseen los médicos sin consideración ética (2018, pp. 453-454).

Es así como podemos consolidar el hecho de que se resuelve muchos casos de negligencia e impericia médica en la sede administrativa, por lo que esto no termina ascendiendo a tribunales civiles. Sin embargo, la situación en sede administrativa también es compleja porque se tiene que evaluar una serie de factores que pertenecen a situaciones éticas, y son correspondientes a la deontología del Colegio Médico del Perú.

De ello es evidente comprender que el médico que incumpla lo establecido en el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú está incurriendo en una causal de responsabilidad médica, siempre que esto genere daño a un paciente.

Carhuatocto también se ha preocupado por la situación contemporánea de la responsabilidad médica en el Perú. Para esto, el Código Civil peruano muestra tres fórmulas en los artículos 1762°, 1969° y 1981°.

Carhuatocto observa que es importante abordar frontalmente el artículo 48° de la Ley General de la Salud, porque en su contenido se aborda responsabilidad civil subjetiva y objetiva como si se tratara de dos fenómenos que responden a una misma naturaleza cuando realmente esto no es así, situación que genera problemas en el sentido de que no puede mezclarse dos metodologías distintas en un mismo artículo. Esto además deja suelto cuestiones como si la infraestructura era la adecuada, si el protocolo desarrollado estaba vigente en el tiempo, etc. (2010, pp. 155-156).

Pero también debe evaluarse el fenómeno en el ámbito administrativo, pues no podemos dejar de observar al Decreto Legislativo N° 1045, cuando señala en su artículo 23° que el establecimiento de salud responde solidariamente por las infracciones al consumidor en actividades profesionales como sería el caso de la actividad médica (Carhuatocto, 2010, pp. 158).

Al respecto es necesario precisar con fines eminentemente ilustrativos por desarrollarse dentro del campo del Derecho Administrativo, y no jurisdiccional, pero que puede ser profundizado en otras investigaciones, la intervención de la Superintendencia Nacional de

Salud de (SUSALUD), entidad creada en virtud al Decreto Legislativo 1158, se crea la y por la cual se establece como función el promover , proteger y defender los derechos de las personas al acceso a los servicios de las salud, supervisando que las prestaciones sean otorgadas con calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad, con independencia que quien las financie, asumiendo asimismo la competencia para conocer a nivel nacional las presuntas infracciones a las disposiciones relacionadas a la protección de los derechos de los usuarios en su relación de consumo con las IPRESS o IAFAS, incluyendo aquellas previas y derivadas de dicha relación, y de igual manera tiene como facultad el promover los mecanismos de conciliación y arbitraje para la solución de conflictos generados entre los diferentes actores del Sistema de Nacional de Salud, habiéndose prestado en el IV trimestres del 2020, según el reporte de las EPS, Resolución 027-2011-SUNASA/S, la cantidad de 1'243,053 atenciones, correspondiendo 558.204 a hombres y 684,849 a mujeres, atenciones que esta susceptibles de mala praxis y por ende susceptibles de una responsabilidad civil médica o asistencial.

Para concluir este respecto, resulta idóneo citar a Carhuatocto cuando señala que: (...) la responsabilidad médica se genera de ordinario cuando se inobservan normas técnicas de la medicina cuyo objeto es evitar daños innecesarios al paciente y prevenir riesgos de complicaciones médicas. En el fuero civil, lo más importante es demostrar la inobservancia de normas de "*lex artis*" siendo a causa usualmente de negligencia, elemento de relieve sustantivo en el ámbito

penal. Existirá la presunción de vulneración de protocolos médicos cuando el paciente sea afectado por un daño no asociado con el curso natural de la enfermedad o complicaciones propias del tratamiento médico (2010, pp. 171).

Entonces, debido a que los protocolos médicos, aunque siguen estándares generales, se hallan en dominio de cada situación específica, es decir, cada hospital tiene sus propios protocolos, estos son de trascendencia de su propio contexto, lo cual verifica que la responsabilidad civil en el Perú se desarrolla teniendo en cuenta los protocolos médicos peruanos, los mismos que no pueden cubrir acertadamente todas las situaciones en las que pudiera surgir daño, sin embargo se debe tener en consideración la inmensa cantidad de normatividad emitida por el Ministerio de Salud respecto a aspectos técnicos-administrativos en prestaciones de salud, teniendo en consideración que entre el años 2005 al año 2020, se han emitido 982 Resoluciones Ministeriales que se encuentran vigentes, distribuidas en 189 normas técnicas de salud, 41 manuales, 95 guías técnicas, 36 guías prácticas clínicas, 281 documentos técnicos, 125 directivas sanitarias y 215 directivas administrativas, todas ellas dirigidas a normar las prestaciones asistenciales de salud, que asume la condición de protocolo de prestación asistencial.

2.2.4 Contexto de la responsabilidad civil

Hablar de responsabilidad civil implica minuciosidad y prevención. Esto se debe a que este instituto jurídico posee conceptos que pueden terminar siendo mal interpretados, como la típica confusión al diferenciar la indemnización del resarcimiento, la cual se observó en el tercer pleno casatorio civil; situación que termina indignando a los doctrinarios pues la diferencia es eminentemente formal y halla sus raíces en Roma.

Por este motivo, este apartado pretende sintetizar las reflexiones que mayor autoridad poseen, y solo se recurrirá a perspectivas secundarias por afanes pedagógicos.

Delimitar la sustancia de la responsabilidad civil implica dejar de lado cualquier pretensión metodológica. La sustancia, como solía advertir Aristóteles, es la *ousía*, esto es, la esencia misma de un fenómeno, o ente, en otras palabras, su ser (Aristóteles, 2004, pp. 19-24).

El ser de la responsabilidad civil es el daño. Es decir, se ha discutido mucho sobre los elementos que configuran esta institución en una demanda, se ha discutido sobre su finalidad e incluso sobre su naturaleza jurídica, pero algo termina siendo inevitable: sin daño, no hay necesidad de responsabilidad civil. De algún modo, la responsabilidad civil es una consecuencia de un daño que cumple con ciertos presupuestos y requisitos.

Los eventos dañosos eran comunes tras la aparición de los seres humanos. Esto se dio porque los humanos inspiraron su desarrollo en los animales, quienes se exponían a posibilidad de daño en cada momento de su vida.

Con la organización política, los seres humanos se agruparon por afinidad territorial y se plantearon objetivos comunes. Entonces, se comenzó a abolir la anarquía y se estableció reglas (Bidart, 2002, pp. 3-4).

Con la agrupación, se originó la sociedad. En esta se plantea normas para lograr la convivencia armónica (Bidart, 2002, pp. 3-4).

Con el origen de las normas jurídicas, la criminalidad disminuyó dramáticamente, puesto que, cada vez que alguien comete delito, la organización social reacciona mediante la imposición de un castigo. De esta manera se formó el derecho.

La reducción del daño fue gracias al castigo que se impone a quienes lo ocasionan injustificadamente. Sin embargo, no puede decirse que con el derecho se extinguió el daño.

Esto sucede porque, por mucho tiempo, se ha castigado conductas socialmente rechazadas, pero se ha protegido apenas a la víctima del daño. Por esto, el derecho procuró la aparición del *lex aquilia*.

Esta figura apareció juntamente con el *damnum iniura datum*, el que significa un daño causado por la cosa. La finalidad del *lex aquilia* era la de indemnizar el daño causado al dueño del objeto dañado. Aunque no

se sabe en qué momento nació con exactitud, se halla en el siglo III antes de Cristo (Schulz, 1960, p. 562).

Si actualmente se divide la responsabilidad civil en contractual o extracontractual, esto es porque se dijo que el *lex aquilia* se ubicaba en el contrato, cuasicontrato, delito o cuasidelito (Alpa, 2016, p. 50).

A pesar de que se esbozaba vestigios de responsabilidad civil, este actuar negligente solo era posible si el causante del daño habría actuado con intención (Schulz, 1960, pp. 562-564).

Asimismo, otra figura aproximada a la responsabilidad civil fue la *iniuria*, la misma que concedía la oportunidad de reclamar una indemnización por algún daño que se haya causado a la víctima a nivel físico o moral (Schulz, 1960, pp. 567-573).

El siguiente paso de la responsabilidad civil en lo que respecta al *dannum e iniuria* lo hallamos en Grocio y Pufendorf, Grocio señala que la responsabilidad civil se presenta en conductas ilícitas culposas que hallan su sustancia en el daño. En cambio, Pufendorf señala que ello se halla en el resarcimiento (c.p. Alpa, 2016, pp. 60-68).

En lo que respecta a Domat y Potier, estos avanzaron el instituto de la responsabilidad civil a la creencia de que debe también postularse una relación de causalidad para configurar a la responsabilidad civil (c.p. Alpa, 2016, pp. 68-73).

Aunque ha existido Códigos Civiles como el francés, que dividieron a la responsabilidad civil en extracontractual y contractual en

un determinado momento de la historia, hubo otros Códigos que optaron por centrarse en el daño y no tomar esta división (a nuestra perspectiva innecesaria), tal cual es el caso del Código Civil Austriaco (Alpa, 2016, pp. 76-77).

Perú ha heredado la sistematización de Códigos europeos. El Código Napoleónico de 1804 inspiró al Código Civil de 1865, el mismo que influyó a España, Latinoamérica y, consiguientemente, Perú (Espinoza, 2007, pp. 55-56).

En la actualidad, la comunidad jurídica más sofisticada de la responsabilidad civil ya viene estudiando este instituto desde un punto de vista microeconómico, utilizando la teoría del Análisis Económico del derecho, lo cual inspira, de cierto modo, un sector de la responsabilidad civil objetiva (Espinoza, 2007, pp. 52-53).

2.2.5 Definición de responsabilidad civil

Cuando la responsabilidad civil opta por la indemnización para solucionar el daño que ha sufrido una determinada víctima, aparece de inmediato otro problema: ¿cuál debe ser el contenido de indemnizatorio?

Aunque la indemnización procura retomar la situación previa a la ocasión de un determinado evento dañoso, la única medida que ha encontrado viable para la determinación de este supuesto es el dinero. De

este modo, en la responsabilidad civil, la indemnización responde a un monto dinerario.

Sin perjuicio de que lo anterior sea una realidad que ha quedado estática desde hace siglos, lo cierto es que, en cuanto a su forma, la responsabilidad civil ha evolucionado bastante, incluso más que la propia pena (Honoré, 2013, pp. 121-153).

Resulta imprescindible aclarar que, aunque se compartan caracteres comunes en la responsabilidad civil y penal, son nociones que se inspiran en supuestos dañinos distintos: ilícitos civiles para la responsabilidad civil y delitos para la responsabilidad penal (Alpa, 2016, p. 162).

La responsabilidad civil puede definirse como aquella institución que protegen el deber genérico de no dañar a otros, sea esto mediante el incumplimiento de una obligación o con algún actuar imprudente y negligente (Alpa, 2016, pp. 164-170).

Ahora, si pretendemos conocer la finalidad para la que se ha formulado una institución jurídica bastante sofisticada, seguramente deberemos observar alguna suerte de catálogo, como el que plantea Alpa (2016):

1) La función estatal de reaccionar ante un acto ilícito dañoso, con el fin de resarcir a los sujetos a quienes se les ha causado el daño; 2) la función de restablecer el *statu quo ante* en el que se encontraba el damnificado antes de sufrir el perjuicio; 3) la función de reafirmar el

poder sancionatorio (o punitivo) del estado; 4) la función de *deterrence* para aquel que trate de realizar actos o desarrollar actividades que puedan causar efectos perjudiciales; siendo los efectos económicos de la responsabilidad civil: 5) la distribución de las pérdidas de un lado, y 6) la asignación de costos, del otro (p. 209).

Tenemos, del mismo modo, la triple finalidad que identifica Espinoza (2007, p. 54):

- a) Con respecto a la víctima es satisfactiva.
- b) Con respecto al agresor es sancionadora.
- c) Con respecto a la sociedad es disuasiva o incentivadora de actividades.
- d) Común respecto a los tres anteriores es la función distributiva de costos de los daños ocasionados.

Es necesario precisar que, revisadas las fórmulas anteriores, la responsabilidad civil desemboca en el deber de no dañar a otro y el deber de reparar lo que se haya dañado (Bernal, 2013, p. 14).

2.2.6 Responsabilidad civil objetiva

Trazegnies señala que la responsabilidad civil objetiva “(...) significa más propiamente que no está supeditada a una culpa del agente, entendida esta en todas sus acepciones, tales como el dolo, la negligencia o la imprudencia” (2015, p. 71).

Entonces, en la responsabilidad civil objetiva no se tiene en cuenta la voluntad del agente que ha ocasionado daño, sino solo el hecho de que la ley lo determina de un determinado modo.

Seguramente por esto, Espinoza señala que la responsabilidad civil se manifiesta porque la ley lo exige (2007, p. 145).

También tenemos que Espinoza (2007, pp. 145-170) observa tres fórmulas de responsabilidad civil objetiva:

a) *Cheapest cost avoider*

El criterio del *cheapest cost avoider*, que se traduce como “evasor del costo más barato”, señala que el responsable del daño debe ser quien pueda reducir los costos ocasionados por el daño de la forma más económica posible, y evitar al mismo tiempo los costes innecesarios por transacción.

Es decir, los jueces hacen responsable del daño a quien tenga mejor posibilidad económica de enfrentarlo, no porque sean económicamente más fuertes, sino porque quien debería asumir primariamente el daño se encuentra en una situación desfavorable para hacerlo.

b) *Abuso de derecho*

La responsabilidad civil objetiva puede presentarse también en consecuencia de un abuso del derecho. Se diferencian criterios subjetivos, criterios objetivos y criterios mixtos para la identificación del ejercicio abusivo del derecho como factor de atribución objetivo:

- Criterios subjetivos:

- i) El abuso de derecho se identifica con la intención de perjudicar.
- ii) El abuso de derecho consiste en el ejercicio del derecho con culpa del titular.
- iii) El abuso consiste en el ejercicio del derecho sin interés o utilidad.

- Criterios objetivos:

- i) El abuso consiste en el ejercicio contrario al fin económico y social del derecho.
- ii) El abuso consiste en el ejercicio contrario al fin de su institución.
- iii) El abuso se define por un ejercicio contrario a la moral y las buenas costumbres.

-Criterio mixto: Conjuga las distintas ideas para definir el abuso.

c) Equidad

La equidad como factor de atribución de la responsabilidad objetiva señala que (como sucede en Perú) al verse una víctima desamparada por el daño que se le ha ocasionado y la imposibilidad de obtener reparación civil, el juez debe buscar otro mecanismo indemnizatorio. Sucede así con el artículo 1977 del Código Civil, que señala:

Artículo 1977°.- Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

En ese caso, se puede observar que tiene que responder civilmente el incapaz legal sin discernimiento, a pesar de que no es responsable del daño (tal cual se advierte en el artículo 1976°). Por eso, para no dejar en

desamparo a la víctima del daño, se recurre a este incapaz para la responsabilidad civil.

Otros contextos en los que se observa la responsabilidad civil objetiva se hallan en supuestos específicos del Código Civil peruano (Espinoza, 2007, pp. 362-390):

- a) Responsabilidad de los representantes legales por los daños ocasionados por los incapaces.
- b) Responsabilidad del principal por los hechos del dependiente o del deudor por el tercero del cual se vale
- c) Responsabilidad por los daños causados por las cosas animadas: los animales.
- d) Responsabilidad por los daños causados por las cosas inanimadas: caída de los edificios.
- e) Responsabilidad por los daños causados por las cosas (o el ejercicio de actividades) riesgosas o peligrosas.

2.2.7. Responsabilidad civil subjetiva

Cuando hablamos de responsabilidad civil en un ámbito subjetivo, a diferencia de la responsabilidad objetiva, en la que tiene predominancia el mandato de la ley, se evalúa la intención del sujeto que ha cometido un daño para imputarle responsabilidad civil. Incluso, se desarrolla un análisis exhaustivo sobre su comportamiento para determinar si, efectivamente, se configura responsabilidad civil.

En el sentido anterior, es imperativo que, para la comprensión de la responsabilidad civil subjetiva, se desarrolle los elementos que la componen:

Daño

Es equivocado pensar que el daño solo se compone la lesión de un bien jurídico. Al contrario, la mayor repercusión de este supuesto se presenta después del daño. Esto quiere decir que el daño no solo comprende el acto lesivo en sí, sino que compone una serie de perjuicios que sobrevienen al daño. Por este motivo, en la responsabilidad civil se distingue al daño evento y el daño consecuencia, los mismos que Espinoza aborda del siguiente modo (2007, p. 226):

El daño evento es aquel daño que surge inmediatamente después del evento dañoso; en cambio, el daño consecuencia es aquel que sobreviene al daño en sí. Por esto, tenemos dentro del daño evento al daño emergente, que no es otra cosa que el perjuicio patrimonial que sufre la víctima del daño. En cambio, en el daño consecuencia, se ubica el daño sobreviniente, esto es, el lucro cesante (lo que se dejó de percibir por perjuicio del daño), el daño moral e incluso el daño al proyecto de vida.

Entre otras definiciones del daño, este puede ser entendido como el perjuicio que sufre alguien sobre su patrimonio como consecuencia de un ilícito imputable a otra persona (Del Valle, 2014, p. 277).

Asimismo, Larenz define al daño como “(...) el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio” (2014, p. 16).

1. Daño patrimonial

Daño emergente: Comprende todo el perjuicio en la esfera patrimonial del afectado. Este daño no solo se presenta en un momento, sino que se mantiene afectando a la víctima hasta que sea indemnizado.

Lucro cesante: Este tipo de daño es el que comprende el patrimonio que la víctima ha dejado de percibir como consecuencia del evento dañoso, es decir, el no incremento patrimonial.

2. Daño extrapatrimonial

Este daño es el que sufre una persona después del evento lesivo y que le genera sentimientos y emociones negativas que podrían entenderse como un daño espiritual.

En el daño moral puede observarse, según doctrina que existe un daño moral subjetivo y otro afectivo. Se relaciona al primero con el sufrimiento propio del afectado; en cambio, el segundo se extiende a un familiar, un objeto de la propiedad de la víctima, un animal.

Se ha conocido a este daño de diversas formas: daño a la persona, daño moral, daño no patrimonial, daño extraeconómico, daño biológico,

daño a la integridad psicosomática, daño a la vida de relación, daño inmaterial, daño a la salud, etc.

Antijuricidad o ilicitud

Más allá de que los ilícitos se halla conceptualizado de manera muy similar a los hechos antijurídicos (casi como si se tratara de sinónimos), lo cierto es que ambos son conceptos diferentes.

Lo anterior es adecuadamente advertido por Espinoza, cuando señala:

En la perspectiva de la responsabilidad civil, un supuesto es antijurídico (porque es contrario al derecho) y en la perspectiva del acto (o negocio) jurídico, este mismo supuesto es “jurídico” (porque produce efectos jurídicos). Por ello, prefiero reservar el término ilicitud para indicar la contrariedad del acto humano a los valores jurídicos.

La ilicitud puede encontrarse tipificada, como en el caso de la responsabilidad contractual, o estar regida bajo el principio de la atipicidad, como la responsabilidad extracontractual (2007, pp. 105-106).

Puede observarse que el autor otorga a los ilícitos la potestad de ser los idóneamente analizados en responsabilidad civil.

Espinoza, evidentemente, influenció esta perspectiva en el derecho italiano, en el que el ilícito deviene de la injusticia, la cual se observa en la lesión a un interés jurídico relevante (c.p Alpa, 2016, p. 321).

Perú, evidentemente ha optado por denominar a la ilicitud en su Código Civil, promulgando:

Artículo 1969°.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

Sin perjuicio de que la ilicitud pueda observarse como una lesión al derecho mismo, hay ocasiones en las que esta lesión se justifica. Espinoza (2007, pp. 113-119) observa:

a) El ejercicio regular de un derecho

Cuando una persona ejerce sus derechos regularmente, y daña a otra persona incumpliendo el deber general de no dañar a otros, no existe respuesta de responsabilidad civil, pues en el ejercicio regular de un derecho, el daño no constituye en sí mismo un ilícito civil.

b) La legítima defensa

La legítima defensa se observa cuando un sujeto ha ocasionado un daño como respuesta a la lesión o posible lesión de un interés legítimamente protegido.

En el inciso 2 del artículo 1971, que señala:

[No hay responsabilidad si se ocasiona daño] en legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.

c) Estado de necesidad

En el estado de necesidad, el derecho protege el instinto natural del hombre de poder sobrellevar un posible evento dañoso. En este caso, el daño se justifica cuando en un estado de necesidad, para proteger un interés legítimo, se ocasiona daño a otro de menor valor.

Esto es, el sacrificio de un bien inferior para proteger un bien mayor. El inciso 3 del artículo 1971 del Código Civil señala:

[No hay responsabilidad civil] en la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.

Relación de Causalidad

La cadena de hechos y consecuencias propia de la naturaleza provoca que un daño tenga un precedente que denominaremos causa. En la teoría de la responsabilidad civil, es muy usual que, quien ocasiona un determinado daño, responda por este, salvo excepciones, como es el caso de la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por daño del animal (Espinoza, 2007, p. 174).

Espinoza (2007, p. 174) advierte:

- a) Para el aspecto del evento lesivo (causalidad de hecho o fáctica), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad.
- b) Para el aspecto del daño resarcible (causalidad jurídica), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir.

Soportando esta perspectiva, Alpa señala que “(...) la reconstrucción material de la concatenación de los eventos que han producido el daño (causalidad material) de la reconstrucción jurídica de los hechos y de la imputación (causalidad jurídica)” (2016, p. 403).

En términos correlativos a la responsabilidad civil, mediante el nexo causal o la relación de causalidad, podremos identificar al causante del daño y, una vez hecho esto, podremos identificar adecuadamente a quien responde civilmente por este.

Principalmente, tenemos cuatro teorías, que son desarrolladas desde la perspectiva de Espinoza (2007, pp. 180-193), a continuación, describiremos *grosso modo*:

a) Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*

Esta teoría señala que cualquier condición que haya sido partícipe del daño, lo ha ocasionado en sí mismo. Esto es, si alguna de estas condiciones no hubiera estado presente, el daño jamás hubiera sido perpetrado.

b) Teoría de la causa próxima

En esta teoría, el causante del daño se ubica en el lugar más cercano, en tiempo y espacio, al fenómeno dañino.

Cualquier otra condición que pudiera haber contribuido para la conclusión del daño se descarta porque esta teoría concibe solo a un causante para el daño, y es quien estuvo más cerca en el momento en el que el daño ha ocurrido

c) Teoría de la causa adecuada

Esta teoría suele ubicar como causante del daño a aquel sujeto que mejor encaje en la situación de causante. Es decir, después de hacer un análisis del contexto, es un sujeto quien ha tenido mayor incidencia en la producción del daño y, es este el que debe ser responsable por el mismo.

d) Teoría de la causa probabilística

Esta teoría solo resulta óptima cuando las condiciones del contexto en el que se produjo el daño no son favorables para identificar al causante de este. Por este motivo, se denomina causa probabilística, pues responden solidariamente todos los que fueron condición para la producción del daño.

También es posible que el nexo causal no termine conectando al evento dañoso con el causante del daño, imposibilitando esto que se

configure responsabilidad civil. Estos tres supuestos se describen de la siguiente manera (Espinoza, 2007, pp. 204-222):

a) *Caso fortuito o fuerza mayor*

El caso fortuito es aquel en el que las condiciones externas a las que fueron parte del comportamiento humano en el momento en el que se perpetró el daño fueron las principales contribuyentes para que el daño se perpetre.

Esto quiere decir que las condiciones del contexto que escapan de la voluntad humana (como una catástrofe) fueron las que causaron el daño. Para ello, el fenómeno tuvo que ser: inevitable, irresistible, imprevisible y extraordinaria o excepcional.

b) *El hecho de un tercero*

Esta ruptura del nexo causal se ocasiona cuando se demuestra que el demandado no fue quien ocasionó el daño, sino que fue un tercero quien lo causó. En estos casos, este tercero es quien responde civilmente.

c) *El hecho de la propia víctima*

El hecho de que una persona haya actuado con imprudencia y, en este comportamiento imperito se haya ocasionado un daño a sí mismo, hace que no pueda responsabilizarse a nadie más. El nexo causal se rompe si el demandado demuestra que el daño se produjo por imprudencia propia de la víctima.

Imputabilidad

El solo hecho de ser parte de la realidad, nos coloca en el riesgo de poder causar daño a otros. Los daños pueden ocasionarse de diversas formas y, como consecuencia de la existencia de responsabilidad civil, estos daños pueden imputarse a una persona para que esta responda civilmente.

Por ello, (...) la imputabilidad se entiende como la aptitud del agente para entender, para darse cuenta de aquello que ocurre y saber lo que se debe hacer, así como para querer y decidir el comportamiento a realizar (la denominada capacidad de entender y de querer) (Alpa, 2016, p. 400).

La imputabilidad, en este sentido, se concibe como una cualidad del sujeto que ocasiona daño, pues, siempre que la persona que ocasione daño haya actuado con entendimiento y voluntad, esta debe responder civilmente por el daño.

Espinoza concibe la imputabilidad como “(...) la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona” (2007, p. 89).

Para que una persona sea concebida como alguien que puede responder a la imputabilidad de un daño, el requisito inevitable que esta debe poseer es la capacidad de discernimiento.

La capacidad de discernimiento no es otra cosa que la capacidad que poseen los seres humanos de diferenciar entre lo bueno y lo malo;

esto es, un ser humano es capaz de hacer esta diferencia con la construcción de su moral. Ello no tiene nada que ver con la edad de la persona, ni sus condiciones contextuales, por lo que el derecho civil permite que incluso los niños tengan discernimiento.

Por tal motivo, es necesario diferenciar entre el ámbito penal y civil en lo que respecta al discernimiento y la imputabilidad

El Código Penal señala:

Artículo 20°. Está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;
2. El menor de 18 años.

El Código Civil peruano se señala:

Artículo 458°.- El menor capaz de discernimiento responde por los daños y perjuicios que causa.

Entonces, la imputabilidad tiene que ver, más allá de temas de edad u otras circunstancias contextuales, con la capacidad de discernimiento, es decir, de tener consciencia sobre lo que se hace y conocer las consecuencias de ello.

Contrario sensu, la legislación peruana ha optado por eximir de responsabilidad a aquellos que ocasionan daño y no poseen

discernimiento, lo cual es acertado si se pretende apreciar objetivamente la capacidad civil de respuesta.

Artículo 1976º.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

Con este artículo, aquellos que no tienen discernimiento se libran de responsabilidad civil. En este caso, la responsabilidad se imputa a su representante (Espinoza, 2007, p. 94).

Factor de atribución

El origen de este elemento de responsabilidad civil se halla en Roma, cuando se expresaba el refrán “no hay responsabilidad sin culpa”. Esto se debió a que la responsabilidad civil se centraba en el daño de objetos. Empero, con la evolución social, se observó que el daño también puede originarse sin culpa, pero con responsabilidad (Espinoza, 2007, pp. 126-128).

Es común que la responsabilidad civil contractual gradúe la subjetividad de la responsabilidad en dos grados de culpa: leve e inexcusable, situación que no sucede con la responsabilidad civil extracontractual. Así, el resultado al que hemos arribado con ello lo observamos en Espinoza (2007, pp. 136-145).

a) Dolo

Hallamos dolo en el momento en el que el sujeto muestra voluntad en la ocasión del daño. Esta voluntad es intencional y caracteriza con fundamento al dolo. Sin embargo, no debemos confundir al dolo en el área civil con el dolo en el área penal, puesto que el dolo civil responde a ilícitos civiles, en cambio, el dolo penal tiene que ver con la comisión de delito.

b) Culpa

Comprendemos, por otro lado, a la culpa como la contravención a una conducta que la ley ha prohibido, pero sin tener intención de cometer dicho acto, por lo que solo se lesiona el deber general de no dañar a otros.

Esta culpa se ha observado en diversos panoramas, los cuales se han dejado de lado para que tenga predominancia el enfoque jurídico. Por esta razón, para la comprensión de la culpa, se deja de lado a la psicología o la moral.

Esta culpa se observa, del mismo modo, en la creación injustificada de un riesgo que luego deviene en daño.

En responsabilidad contractual, la culpa se divide en culpa grave, leve, levísima, omisiva, pero, desde nuestro Código Civil en leve e inexcusable.

2.3. DEFINICIÓN DE CONCEPTOS

Los conceptos definidos a continuación serán desarrollados a partir del diccionario jurídico de Cabanellas:

Condición: En acepciones generales, de repercusión en el Derecho, índole o naturaleza de las cosas. Estado o situación. Circunstancia (Cabanellas, 2001, p. 267).

Cuasidelito: Acción u omisión con que se causa un daño o perjuicio a otro por su propio descuido, imprudencia o impericia, sin deseo ni intención de producir un mal en la persona, en los bienes o en los derechos ajenos; y responsabilidad derivada de tal proceder (Cabanellas, 2001, p. 428).

Indemnización: Resarcimiento económico del daño o perjuicio causado, desde el punto de vista del culpable; y del que se ha recibido, enfocado desde la víctima. Suma o cosa con que se indemniza. En general, reparación de un mal. Compensación. Satisfacción de ofensa o agravio (Cabanellas, 2001, p. 384).

Responsable: Obligado a responder. Sujeto a responsabilidad. Capaz de ser imputable. Culpable (Cabanellas, 2001, p. 203).

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. DISEÑO METODOLÓGICO

3.1.1. Método de investigación

La tesis utilizará el método hipotético-deductivo (Sánchez, 1997, p. 35). Este método permite formular una serie de hipótesis que pueden llegar a ser verdaderas o falsas, pero que el resultado sólo puede llegarse a saber por un sometimiento a experimentación empírica, y finalmente se dice deductivo porque esa hipótesis no nace no de los hechos (esto es de la inducción), sino de la experiencia del razonamiento del hombre para formular dicha hipótesis.

Por lo tanto, en la investigación se ha formulado una serie de hipótesis que han sido producto del razonamiento de las bases teóricas que ha construido la tesista por medio de varios libros, de esa manera, la hipótesis planteada en la presente tesis deberá ser contrastada con la doctrina de la responsabilidad médica y contrastar si la hipótesis es falsa o verdadera.

El Derecho por excelencia utiliza la hermenéutica jurídica como método particular de investigación, por lo que en el presente caso se utilizará la exégesis jurídica, este método consiste en buscar la voluntad del legislador en las diferentes disposiciones normativas, esto es porque algunas leyes son oscuras o ambiguas (Miro-Quesada, 2003, p. 157).

En este caso de que el método exegético no sea suficiente, se utilizará el método sistemático-lógico, la cual consiste en hallar sistemáticamente en todo el ordenamiento jurídico los conceptos jurídicos que ayuden a esclarecer la oscuridad o ambigüedad de un dispositivo normativo en particular (Miro-Quesada, 2003, p. 157).

3.1.2. Tipo investigación

El tipo de investigación es básico o fundamental, pues como lo menciona Carrasco: “(...) es una investigación para profundizar la información sobre las relaciones sociales que se producen en el seno de la sociedad” (Carrasco, 2013, p. 49); esto es que no se piensa aplicar los conocimientos de la Teoría General del Derecho para un determinado caso, sino que se desea obtener datos y con ellos incrementar la data que tiene la Teoría General del Derecho, siendo de esa manera que, nuestra investigación obtendrá datos de las Responsabilidad civil y actividad médica.

3.1.3. Nivel de investigación

El nivel de investigación es explicativo (Hernández, Fernández & Batpista, 2010, p. 80), porque en el proceso de la tesis se observarán las causas del fenómeno jurídico a través de la obtención de datos mediante cada uno de los elementos esenciales de cada institución jurídica: Responsabilidad civil y Eventos dañosos en la actividad médica, datos

que se someterán a un análisis detallado para generar un aporte real a la doctrina del derecho.

Ahora bien, la tesis es explicativa, porque manifestará las características de cada una variable y se someterán a una relación explicativa para examinar su compatibilidad o semejanzas para tomar decisiones de que, si éstas guardan consistencia a futuro o no, en caso de no serlo, afirmaremos que su influencia será negativa, pero si hay relación, diremos pues que su relación es predictiblemente positiva.

En este sentido, la presente tesis otorga como aporte inmediato a la doctrina jurídica, el que las IPRESS podrán generar sus protocolos teniendo en cuenta la naturaleza de la responsabilidad civil con la que se trate los casos de responsabilidad civil médica.

3.1.4. Diseño de investigación propiamente dicho

En esta tesis no se experimenta con las variables de estudio, por lo tanto, Ramírez señala que “(...) no puede decirse que es una tesis de diseño experimental, sino que es correcto afirmar que es una tesis observacional” (Ramírez, 2010, p. 25), motivo por el que se analizan las variables y se describe las mismas a través de la argumentación jurídica. Y no es que los datos se recojan una vez al mes o cada dos meses, sino que estos se recolectan en una sola oportunidad y, a partir de esta recolección, se desarrolló la tesis. Por este motivo, “(...) se dice que la tesis es transaccional” (Sánchez, 2016, p. 109).

3.2. PROCEDIMIENTO DEL MUESTRO

3.2.1. Población y muestra

Quezada indica que por población se entiende a un conjunto de elementos que contiene información sobre el objeto de estudio. El objeto de estudio puede conformarse por animales, personas, datos, fenómenos (2010, p. 95). Asimismo, Quezada afirma que la población: “representa una colección completa de elementos (sujetos, objetos, fenómenos o datos) que poseen características comunes” (2010, p. 95).

La investigación se basa en un método hermenéutico, específicamente, en un método hermenéutico jurídico. En dicho sentido, para alcanzar la verdad, este método postula obtener la información relevante para la interpretación de libros y leyes que aborden la responsabilidad civil y la actividad médica. Por eso, tal cual afirma Quesada, la población se compone por “datos” que tienen características compatibles. Estos datos son información contemplada como conceptos, palabras, oraciones o frases que se ubican en distinta bibliografía que posee características en común, siendo estas últimas evidentemente: la responsabilidad civil y la actividad médica.

El tipo de muestra indudablemente será intencional, por cuanto primero se formó un marco teórico de acuerdo con las necesidades, para luego realizar las respectivas recolecciones de datos, comenzado por ejemplo con las fichas de acuerdo con cada subtítulo que se presentó en la investigación.

Las tesis de enfoque cualitativo se ven limitadas a la observación de datos e información sobre el tema de estudio. Por este motivo, no es adecuado asignarles una población y muestra. Sin embargo, por cuestiones pedagógicas y metodológicas, consignaremos símiles a este aspecto metodológico.

En cuanto a la población, diremos que esta está contenida en todos los protocolos médicos emitidos por las IPRESS. Asimismo, compondrá la población toda la doctrina que es parte de la Responsabilidad Civil Médica y Responsabilidad Civil General.

En lo que respecta a la muestra, esta será conformada por los datos que específicamente son de nuestro interés metodológico. Es decir, para nuestro interés, solo importan los datos que específicamente tengan que ver con la responsabilidad civil médica y los protocolos de las IPRESS.

3.2.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

3.2.2.1. Técnicas de recolección de datos

A. Análisis Documental:

Se utilizó en análisis documental que consiste en analizar textos doctrinarios de los cuales se extraerá información que resulte relevante para la presente investigación. El análisis documental viene a ser la operación base del conocimiento cognoscitivo que permite elaborar un documento primario a través de otras fuentes primarias o secundarias, las cuales actúan como intermediario o

instrumento de búsqueda entre el documento original y el usuario que solicita información a fin comprobar una determinada hipótesis (Velázquez y Rey, 2010, p. 183).

3.2.2.2. Tratamiento de la información

Si ya detallamos que la información va a ser recolectada a través de la ficha textual, de resumen y bibliográfica; también debemos precisar que esta no va a ser suficiente para la realización de la investigación, en ese sentido vamos a emplear un análisis formalizado o de contenido, con el objeto de reducir la subjetividad que se forma al interpretar cada uno de los textos, por ello, nos disponemos a analizar las propiedades exclusivas e importantes de las variables en estudio, tendiendo a la sistematización y establecimiento de un marco teórico sostenible, coherente y consistente. (Velázquez & Rey, 2010, p. 184) Por lo mismo, se usará el siguiente esquema:

Tabla 1. Modelo de ficha textual y de resumen

<p>FICHA TEXTUAL o RESUMEN: Subtítulo del tema (tópico dirigido para saturar información)</p> <p>DATOS GENERALES: Nombre completos del autor. (año). Título del libro o artículo. Edición, Volumen o Tomo. Lugar de edición: Editorial. Página; en caso de ser necesario colocar el enlace del libro virtual.</p> <p>CONTENIDO: “” </p>
--

Fuente: Elaboración propia

Siendo parte de la información documental, necesariamente esta va a contener premisas y conclusiones, las cuales, a su vez, tendrán un conjunto de propiedades, por ello, el procedimiento a usar en nuestra investigación será la argumentación jurídica. Aranzamendi (2010, p. 112). En ese sentido, respecto a las propiedades afirma que deben ser: (a) coherentemente lógicas, teniendo como base premisas de antecedentes y conclusiones; (b) Razonables, pues a través de motivaciones suficientemente justificables se va a arribar a conclusiones materiales y formales; (c) idóneas, pues las premisas deben de tener y mantener cierta posición; y (d) claras, para que no lleven a una interpretación ambigua o esta se preste a diversas interpretaciones, sino por el contrario se plantee una conclusión con información entendible.

Por consiguiente, habiendo considerado cada uno de los datos y su respectivo procesamiento que tiene su origen en los diversos textos, se afirma que la argumentación empleada para la tesis será entendida como: “(...) secuencia de razonamientos, incluyendo explicaciones (...) [con] una función persuasiva dirigida a un determinado oponente o antagonista intelectual (...)” (Maletta, 2011, pp. 203-204), así, se empleará la siguiente estructura: (1) premisa mayor, (2) premisa menor y (3) conclusión, pues a través de conexiones lógicas y principios lógicos se conseguirá argumentar para contrastar las hipótesis planteadas.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS UNO

La primera hipótesis de la investigación es: “Sí es correcto aplicar responsabilidad civil objetiva en eventos dañosos que derivan de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano cuando la causa del daño sea la indumentaria, maquinaria, administración del establecimiento, mala praxis de los asistentes médicos”; de esa manera, es que los resultados sobre este tópico son los siguientes:

PRIMERO. - La medicina es un fenómeno que ha acompañado a la humanidad desde su naturaleza. Las formas sociales más primitivas hallaban ya, la relación entre malestares y rudimentos que los alivien.

La medicina no ha sido excepción como fenómeno que ha evolucionado juntamente con la humanidad. Juntamente con su evolución se ha admitido un hecho inevitable: la medicina es una actividad de gran riesgo.

Definir la medicina implica reconocer su científicidad para conocer enfermedades, prevenirlas y darles tratamiento y cura, e incluso darles alivio si el malestar no tiene remedio. La medicina se ha dedicado al estudio de la humanidad desde antes de su nacimiento hasta incluso después de la muerte con autopsias o medicina legal.

Debido a que la medicina se relaciona estrechamente con el riesgo, el derecho ha tenido que intervenir en la regulación de su actividad.

SEGUNDO. - De acuerdo con Fernández, la rama del derecho encargada de regular la actividad médica, es el derecho médico. El derecho médico es reciente dentro del mundo jurídico y no es una rama que haya aparecido por aparecer, sino que nació como respuesta a la necesidad de regular la relación entre pacientes y médicos; sin embargo, no podemos limitar el derecho médico a la regulación de la relación entre pacientes y médicos, sino que regula toda la actividad médica, lo cual incluye relación entre médicos y pacientes, médicos y médicos, hospitales y pacientes, entre otros.

TERCERO. - Como veníamos mencionando, debido a que la actividad médica es riesgosa, no es sorprendente que aparezca muchos casos de daño en esta actividad.

Como se conoce por nociones generales del derecho, la responsabilidad civil es la institución que, por excelencia, regula las cuestiones referentes al daño.

Dentro de la responsabilidad civil, se ha encontrado recientemente a la responsabilidad civil médica, por lo que la presente investigación ha dejado de lado cualquier forma de responsabilidad penal médica, pues el derecho público sigue patrones epistemológicos distintos al ámbito civil.

La inspiración para que la responsabilidad civil médica contemple presupuestos especiales dentro de la responsabilidad civil, se debe a que la medicina eficaz es también una medicina peligrosa; por eso sería doctrinariamente irresponsable, tomar a la responsabilidad médica como cualquier responsabilidad civil.

CUARTO. - La responsabilidad civil médica no es otra cosa que aquella forma de responsabilidad civil donde un evento dañoso ha provenido de la actividad médica.

La complejidad de la responsabilidad civil médica ha originado una serie de conflictos dogmáticos, pues, por ejemplo, no se puede determinar con exactitud si la responsabilidad médica es de naturaleza contractual o extracontractual.

El hecho de que la responsabilidad civil médica no se identifique como contractual o extracontractual, no genera, en realidad, problemas trascendentales para que la responsabilidad civil logre su fin, que no es otro que lograr el resarcimiento y/o indemnización de la víctima; en cambio, hay otro problema que merece mayor atención, nos estamos refiriendo a la determinación de si la responsabilidad civil es objetiva o subjetiva, esto se debe a que estos dos tipos de responsabilidad, sí generan diferencias taxativas al momento de resarcir a la víctima.

Merece atención recordar que la responsabilidad civil objetiva nació a partir de un análisis económico del derecho de responsabilidad civil, entonces,

precisamente por sus rasgos económicos, la responsabilidad objetiva indemniza más rápida y eficazmente a la víctima.

Aparentemente, debido a lo anteriormente mencionado, la responsabilidad civil objetiva pareciera ser más eficaz que la tradicional responsabilidad subjetiva; sin embargo, esto no es del todo cierto porque la responsabilidad civil objetiva presenta problemas *per se*.

A partir de esto, no es posible mencionar si es más efectivo que la responsabilidad médica se reglamente de acuerdo con los presupuestos de la responsabilidad objetiva o subjetiva, sino que es más bien importante delimitar en qué casos debe aplicarse la responsabilidad subjetiva y en qué casos debe aplicarse la responsabilidad objetiva.

QUINTO. - Dentro de la actividad médica, tenemos tres tipos de actos. El acto médico eficaz es aquel que recupera la salud del paciente mejorándolo en todo lo posible. El acto médico dañino, que genera lesiones a la salud del paciente. El acto médico ilegal, que lesiona bienes jurídicos del paciente.

SEXTO. - Para hablar de la responsabilidad civil en la actividad médica, es indispensable la observación de protocolos médicos, pues usualmente los daños negligentes se ocasionan por no seguir los protocolos a cabalidad, por esto siempre es importante tener el consentimiento del paciente para cualquier tipo de tratamiento. Este protocolo es conocido como un consentimiento médico informado.

Más allá de que la mayoría de los casos discutidos por la doctrina se centren en la responsabilidad civil del médico por negligencia, la responsabilidad civil médica va más allá de eso. Como dice Fernández, es incorrecto hablar de responsabilidad civil del médico para referirnos a los daños que provienen de la actividad médica, lo correcto es más bien hablar de responsabilidad por el acto médico o “responsabilidad médica”, pues de este modo no se deja de lado a otros agentes que intervienen en el fenómeno como es el caso de centros de salud, personal administrativo, impericia del paciente en la automedicación, etc.

En Perú, la responsabilidad civil médica se relaciona usualmente con negligencia médica cuyo origen puede ser identificado en la Ley General de la salud al mencionar la imprescindibilidad del consentimiento médico para tratamientos médicos, a excepción de intervenciones de emergencia.

SÉPTIMO. - Sin perjuicio de que muchos casos ocurran, pocos llegan a tribunales porque la mayoría se resuelven en sede administrativa en el Colegio Médico, el cual se rige por el Código de ética y deontología del Colegio Médico del Perú. Según el cual, se genera responsabilidad médica en el incumplimiento de los protocolos médicos, normas técnicas de medicina.

OCTAVO. - Cuando se habla de responsabilidad civil, es importante identificar su esencia en el daño, esto es, sin el daño no hay responsabilidad civil. Esta institución del derecho siempre ha procurado lograr la indemnización del daño.

La indemnización viene de *indemnere* que significa volver las cosas a su lugar, entonces la finalidad de este instituto jurídico es procurar que las cosas vuelvan a su *statu quo ante*, es decir, a la forma a cómo estaba antes del daño.

Aunque se haya discutido mucho sobre la forma en la que debe materializarse la indemnización, el resultado ha sido inevitable: contenido monetario. En este fin se ha optado para la tesis, la segregación en responsabilidad civil objetiva y subjetiva.

NOVENO. - La responsabilidad civil objetiva no se supedita a la voluntad de la gente causante del daño, sea esta voluntad en su forma de dolo o culpa.

Al no tener en cuenta la voluntad del agente que causa el daño, es la ley aquella que determina la responsabilidad civil, entonces se mostrará responsabilidad civil en aquellos casos en los que la ley exige una indemnización por un comportamiento que ella misma describe.

DÉCIMO. - Desde la perspectiva de Espinoza, existen principalmente tres fórmulas en las que se puede hablar de la responsabilidad civil objetiva.

Tenemos en primer lugar al *Cheapest cost avoider*. Este criterio señala que debe responsabilizarse por el daño a aquel que pueda reducir los daños de la forma más eficiente posible, evitando costos innecesarios en esta transacción. Esto es, responde por el daño quien pueda enfrentarlo de la mejor manera económicamente, no porque tenga más economía, sino porque la situación de quien debería hacerlo, en realidad, es desfavorable.

También tenemos al abuso de derecho, que responsabiliza por el daño a aquel que se ha valido de las normas para cometer daño.

Otro criterio de responsabilidad civil objetiva se encuentra en la equidad, este es el caso de aquella responsabilidad civil que nace cuando el responsable directo no puede ser identificado, por lo que responden proporcionalmente los que son considerados condición del daño, como es el caso de contextos específicos como el responsable de incapaces, el responsable de cosas o animales, el responsable del menor, etc.

4.2. RESULTADOS DE LA HIPÓTESIS DOS

La primera hipótesis de la investigación es: “Sí es correcto aplicar responsabilidad civil subjetiva en eventos dañosos que derivan de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano cuando la causa del daño sea el incumplimiento de los protocolos médicos por parte del médico o sus asistentes, o cuando el paciente haya intervenido en la producción del daño”; de esa manera, es que los resultados sobre este tópico son los siguientes:

PRIMERO. - Al haberse investigado sobre la responsabilidad civil médica, ha sido necesario desarrollar un detallado análisis sobre los puntos más imprescindibles de la actividad médica, como se ha desarrollado en el punto 4.1. de la investigación.

Como ha podido evidenciarse, tanto la hipótesis específica primera como la hipótesis específica segunda comparten elementos en común, tales como la actividad médica o las generalidades más representativas de la

responsabilidad civil, todo con la finalidad de clasificar los presupuestos contenidos tanto en la responsabilidad civil objetiva, como la responsabilidad civil subjetiva.

Teniendo en cuenta que lo previamente señalado ya se ha abordado en los considerandos PRIMERO al OCTAVO del punto 4.1. de la tesis, resta a continuación dar detalle sobre los alcances específicos de la responsabilidad civil subjetiva, como se realiza a continuación.

SEGUNDO. - La responsabilidad civil subjetiva, a diferencia de la responsabilidad objetiva, sí tiene en cuenta la voluntad del agente; sin embargo, también tiene en cuenta otros factores que la doctrina denomina elementos necesarios para la configuración de responsabilidad civil. Esto se debe a que, en la responsabilidad civil subjetiva, no es posible la configuración de esta sin que se alineen necesariamente los cinco elementos de su conformación.

El elemento del que parte la responsabilidad civil subjetiva es el daño. El daño es el ser de la responsabilidad civil, pues no hay responsabilidad civil sin daño. Este no se compone por la mera lesión de un bien jurídico, sino que va más allá de ello, pues genera desde perjuicios patrimoniales hasta perjuicios personalísimos. En su división más tradicional se categoriza en daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Entre los daños patrimoniales, podemos identificar al daño emergente y al lucro cesante. El daño emergente es aquel perjuicio de la esfera patrimonial

del afectado; el lucro cesante es aquel perjuicio sobre las expectativas patrimoniales del afectado.

En el daño extrapatrimonial, nos expresamos sobre aquel daño a la esfera interna y espiritual del sujeto.

Dentro de este daño extrapatrimonial, podemos perfectamente ubicar al denominado daño moral.

El siguiente elemento de la responsabilidad civil es la antijuricidad o ilicitud, este elemento valora que solo existe responsabilidad civil cuando se ha lesionado bienes protegidos por la ley. En el caso de la responsabilidad civil contractual, lesionar el contenido del contrato, y; en la responsabilidad extracontractual lesionar el deber general de no dañar a otros (*neminem laedere*).

Esto se debe a que, en la ciudadanía, todos tenemos el deber de no causar daño a nadie, al menos no de manera injustificada, puesto que el daño justificado solo será posible bajo circunstancias específicamente establecidas por el Código Civil peruano.

El elemento de la relación de causalidad procura identificar la relación existente entre el daño y quien lo ha causado. Para esto predominan principalmente cuatro teorías: la teoría de la equivalencia de condiciones, la teoría de la causa adecuada, la teoría de la causa próxima y la teoría de la causa probabilística.

El cuarto elemento de la responsabilidad civil es la imputabilidad. Mediante este elemento se puede identificar hasta qué punto un sujeto puede

responder civilmente, es decir, mediante este fenómeno se valora la capacidad de discernimiento que permite, incluso, que menores de edad respondan civilmente.

El discernimiento es aquella capacidad de la que gozamos los sujetos para poder diferenciar si nuestras acciones conllevan a determinadas consecuencias.

Como último elemento de responsabilidad civil subjetiva, tenemos al factor de atribución, este elemento permite distinguir la voluntad subyacente a la gente que ha sido responsable por el daño, la naturaleza del factor de atribución puede darse por dolo o culpa. El dolo se presenta cuando el agente ha actuado con intención de causar daño y la culpa cuando no hubo intención de dañar.

Para concluir, debemos señalar que, para la configuración de responsabilidad civil subjetiva, es imprescindible que cada uno de los cinco elementos mencionados se identifiquen en el evento, a diferencia de la responsabilidad civil objetiva donde solo se requiere que la conducta esté descrita en la ley.

ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS UNO

La primera hipótesis de la investigación es: “Sí es correcto aplicar responsabilidad civil objetiva en eventos dañosos que derivan de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano cuando la causa del daño sea la indumentaria, maquinaria, administración del establecimiento, mala praxis de los asistentes médicos”; de tal suerte que, al ya tener los resultados de respecto a la hipótesis antecedida es que recién podremos discutir y contrastar la hipótesis, siendo de la siguiente manera:

PRIMERO. - Al ser nuestra pretensión desarrollar un catálogo de situaciones en las que debe optarse por un tipo de responsabilidad civil u otro, es necesario describir los contextos que, a nuestra apreciación, deben analizados bajo la aplicación de la responsabilidad civil objetiva.

Empero, no podemos dejarnos llevar únicamente por nuestra subjetiva apreciación, sino que nuestro análisis debe ir más allá de subjetivismos y enfocarse en la esencia de la responsabilidad civil objetiva, que es brindar una urgente atención a la víctima del daño.

Es decir, la responsabilidad civil objetiva no nace únicamente por capricho del legislador, sino que es respuesta de un urgente socorro a quien ha sido víctima de un daño, entendiendo que es importante resarcirle de manera eficaz, sin que deba configurarse una serie de elementos que hagan más tediosa la responsabilidad civil. No obstante, su esencia no se limita a la urgente necesidad de resarcir a la víctima,

sino que la responsabilidad civil objetiva también se somete al hecho de que la manipulación o ejercicio de una determinada actividad es eminentemente peligrosa. Y este es el caso perfecto para ciertas circunstancias de la responsabilidad civil médica. En la actividad médica, en muchas de sus dimensiones y extremidades, la actividad es peligrosa *per se*.

SEGUNDO. - Existe casos en los que el ejercicio de la actividad médica que genera una lesión no necesariamente ha ocurrido por el deficiente ejercicio profesional del médico, sino que puede deberse esto a que, aunque el médico actúe con diligencia, las condiciones del contexto no sean favorables para la obtención de un resultado óptimo.

Existe muchas ocasiones en las que un determinado paciente llega a algún establecimiento de salud y por deficiencias de la organización administrativa, este recibe atención de manera tardía. Situaciones en las que el establecimiento de salud debería hacerse responsable civilmente, sin que ello amerite un análisis fundamental regido por las reglas de la responsabilidad civil subjetiva. Esto se debe a que, en este tipo de situaciones, el establecimiento médico se encuentra en una situación en la que es más poderoso para asumir la responsabilidad civil, como señala el *Cheapest cost avoider*. Recordemos que este extremo de la responsabilidad civil objetivo señala que el resarcimiento de un daño debe ser asumido por quien ejerce una figura de mayor poderío en los intervinientes del daño. En este caso, el centro de salud es participante del daño, por haber contratado al personal administrativo. El establecimiento se encuentra en una situación favorable en el sentido de que es quien tiene mayor estabilidad y poder económico.

TERCERO. - Pasa lo mismo, en aquellos casos en los que el daño ha sido generado porque el establecimiento de salud ha adquirido maquinaria deficiente o no ha sido lo suficientemente diligente para hacer un adecuado mantenimiento, o también cuando han sido los asistentes médicos los que por su impericia han ocasionado daño.

En los casos anteriormente mencionados, el hecho de que se tenga que recurrir a las sofisticadas reglas de la responsabilidad civil subjetiva, ocasiona que, durante el proceso de dilucidación del conflicto, la víctima perjudicada por el daño quede en total desamparo, pues recordemos que es bastante cotidiano el hecho de que los procesos que se reglamentan en responsabilidad civil subjetiva sean bastante largos.

En cambio, cuando nos encontramos en un contexto de responsabilidad civil objetiva, el hecho de que la ley identifique contextos en específico en los que determinada parte de la relación jurídica en la que se produjo el daño tenga que resarcir a la víctima, sin perjuicio de su intención, se hace mucho más fácil el resarcimiento y la responsabilidad civil cumple más eficazmente con sus fines.

CUARTO. - En estos casos entonces, al encontrarse los establecimientos de salud en una posición más favorable para el resarcimiento del daño por ser la actividad médica una actividad peligrosa, deben estos responder civilmente porque la ley debiera así señalarlo.

Pero, esto no debe quedar únicamente en un perjuicio para el establecimiento de salud, pues debemos tener en cuenta que muchas veces el

establecimiento de salud no es el verdadero responsable, sino el personal del que este está a cargo. Es decir, en algunos casos, el responsable del daño será el encargado de logística o el encargado de mantenimiento.

Lo anterior no es suficiente razón para que la responsabilidad civil subjetiva sea la que se aplique en casos de actividad médica, pero sí es una razón suficiente para permitir que los establecimientos de salud repitan en contra de sus empleados, cuando se crea que estos son culpables del daño. En estos casos sí se deberá llevar a cabo la responsabilidad civil subjetiva.

Para comprender lo anterior, señalaremos un ejemplo. “A” es el encargado de mantenimiento de la maquinaria de la clínica “POWER”. Por su impericia, encarga que una maquina no requiere mantenimiento este mes (cuando en realidad sí necesitaba dicho mantenimiento). Como consecuencia de este acto, “B” no recibe atención médica de manera eficiente, pues la maquina le ocasiona un daño. De acuerdo con nuestra lógica, la responsabilidad civil opera objetivamente, y el centro de salud “POWER” es el encargado de resarcir el daño. Sin embargo, una vez pagado el monto de resarcimiento, la clínica “POWER” puede ejercer la figura de repetición en contra de “A”, para que “A” indemnice a la clínica por la mala ejecución de su labor.

Como podemos observar, con esta lógica, la víctima del daño recibe rápida atención por parte del derecho civil, pues el resarcimiento se lleva a cabo con rapidez. Y la clínica, en caso de creerse perjudicada, puede repetir al verdadero causante para no verse perjudicada económicamente.

Por lo tanto, si nuestra hipótesis era “Sí es correcto aplicar responsabilidad civil objetiva en eventos dañosos que derivan de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano cuando la causa del daño sea la indumentaria, maquinaria, administración del establecimiento, mala praxis de los asistentes médicos”, tenemos que CONFIRMAR nuestra hipótesis, en tanto, la posición que ocupan los establecimientos de salud es la más óptima para responder civilmente frente al daño que se ha ocasionado en el ejercicio de sus funciones.

DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS DOS

La segunda hipótesis de la investigación es: “Sí es correcto aplicar responsabilidad civil subjetiva en eventos dañosos que derivan de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano cuando la causa del daño sea el incumplimiento de los protocolos médicos por parte del médico o sus asistentes, o cuando el paciente haya intervenido en la producción del daño”, de tal suerte que, al ya tener los resultados de respecto a la hipótesis antecedida es que recién podremos discutir y contrastar la hipótesis, exponemos lo siguiente:

PRIMERO. - Al ser nuestra pretensión desarrollar un catálogo de situaciones en las que debe optarse por un tipo de responsabilidad civil u otro, es necesario describir los contextos que, a nuestra apreciación, deben analizados bajo la aplicación de la responsabilidad civil subjetiva.

El hecho de que exista reglas que plantean los elementos sin los que la responsabilidad civil no podría configurarse, responde a que esta institución es

sumamente cuidadosa en su relación con la teoría de la causalidad que se halla en reflexiones, incluso filosóficas.

Nadie debe estar obligado a responder civilmente por daños que no ha ocasionado, salvo cuando la ley así lo establece. Estos casos en los que la ley así lo establece son los casos de responsabilidad civil objetiva. Entonces, en los casos en los que la responsabilidad civil no este específicamente consignada en la ley, es imprescindible probar que existió culpa o dolo en el agente que causó el daño. Esta es la formal diferencia entre la responsabilidad civil subjetiva y objetiva. En la responsabilidad civil objetiva, no interesa la voluntad del agente, en cambio, en la responsabilidad civil subjetiva debe prestarse atención a si el sujeto actuó con dolo y culpa, puesto que, si no existe al menos culpa del agente, no estamos frente a un escenario de responsabilidad civil.

SEGUNDO. - Debemos ser bastante cuidadosos al revisar si una conducta constituye o no responsabilidad civil, así solo cuando existen razones suficientes para creer que una persona ha causado daño, esta debería responder civilmente.

En el caso de la responsabilidad médica, el hecho de que la actividad médica sea una actividad peligrosa y de mucho riesgo, provoca que las reglas de la responsabilidad civil deban cumplirse aún más exhaustivamente, de este modo, es más complejo el análisis de un caso de responsabilidad médica.

Acusar a un médico de actuar negligentemente, es una acusación que pone en riesgo su reputación y profesión misma, por eso antes de sentenciarlo como

responsable de un daño, debe desarrollarse un análisis exhaustivo que pruebe su culpabilidad.

TERCERO. - El que el fenómeno de la responsabilidad civil sea muy sofisticado, ocasiona que se dilate por prolongados periodos de tiempo, tiempo mientras el cual la víctima queda en desamparo de indemnización y/o resarcimiento, por lo que la finalidad de la responsabilidad civil se ve muy a futuro para la víctima.

Por otro lado, tenemos que debe presumirse el adecuado comportamiento de los médicos. Es decir, una persona que dedica su vida a la medicina tiene como fundamento de su profesión el deseo esencial de querer ayudar a seres humanos a mejorar su estado de salud. Entonces, la ardua tarea de un médico y el gran esfuerzo que este lleva a cabo todos los días que atiende a diversos pacientes y cura diversas enfermedades merece que se confíe en su responsable comportamiento. Es decir, al menos en retribución al gran esfuerzo que los médicos realizan día a día, debemos poner en tela de juicio su comportamiento y no simplemente hacerle responsable de un daño así por así, sino premeditar concienzudamente la configuración de la responsabilidad civil.

CUARTO. - Tenemos, por un lado, una víctima lesionada, que reclama responsabilidad civil contra un médico que [aparentemente] actuó con negligencia. Y decimos aparentemente porque no siempre que existe una acusación de negligencia, esta se presentó de ese modo, sino que la negligencia puede ser incluso provocada por el mismo paciente, situación en la que sería injusto que el médico responda civilmente.

Por otro lado, tenemos al comportamiento del médico que, como ya habíamos mencionado, dedica su vida a la salud de la humanidad, por lo que es un elemento importante de la sociedad. Si se acusa a este médico de negligencia, razón por la que se evalúa la responsabilidad civil, ¿no es acaso justo que el médico tenga un juicio de acuerdo con procedimientos formales? Al menos en retribución a la gran labor que desempeña en la sociedad.

Entonces, si sometemos a tensión a la urgente necesidad del Estado de socorrer a la víctima, y por otro lado la reputación del juez acusado por responsabilidad civil, consideramos coherente que el juicio se lleve de acuerdo a las formalidades de la responsabilidad civil subjetiva, para evaluar si, en efecto, el médico es responsable con culpa del daño que ha sufrido la aparente víctima, o, en realidad, el médico no es culpable del daño y la negligencia ha sido de la propia víctima o de terceros.

En el sentido de que no pueda reprocharse la conducta médica sin probarse su culpabilidad en un daño, es correcto aplicar la responsabilidad civil subjetiva en aquellos casos que se acuse de negligente al médico o asistentes que sean profesionales de la salud.

Por lo tanto, si nuestra hipótesis era “Sí es correcto aplicar responsabilidad civil subjetiva en eventos dañosos que derivan de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano cuando la causa del daño sea el incumplimiento de los protocolos médicos por parte del médico o sus asistentes, o cuando el paciente haya intervenido en la producción del daño”, tenemos que CONFIRMAR nuestra

hipótesis, en tanto, no puede afirmarse la negligencia médica hasta que ello no haya sido probado en el cumplimiento de los cinco elementos de la responsabilidad civil.

DISCUSIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL

La hipótesis general es la siguiente: “El tipo de responsabilidad civil que debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano debe ser de carácter subjetivo u objetivo dependiendo del evento dañoso que se pretenda resarcir”; entonces después de haber absuelto las dos hipótesis específicas recién podremos dar respuesta a la hipótesis general, la cual motivamos de la siguiente manera:

PRIMERO. - Después del análisis realizado, hemos podido llegar a reflexionar sobre aspectos clave que son determinantes para el adecuado desarrollo de la responsabilidad médica. En este sentido, consideramos que es necesario que el desarrollo doctrinario de esta institución jurídica continúe en constante desarrollo.

Pretender el desarrollo de un instituto del derecho implica el desarrollo de normas jurídicas funcionales, objetivas y detalladas que puedan abarcar la mayoría de las circunstancias posibles, y no necesiten recurrir a normas y principios generales que puedan solucionar cualquier controversia.

SEGUNDO. - Es inevitable reconocer que en el campo de responsabilidad civil médica apenas se ha tocado con la diligencia correspondiente a la responsabilidad civil que deviene del comportamiento del médico; sin embargo, se ha dejado de lado la responsabilidad civil médica en sentido estricto, por lo que la presente investigación ha procurado resolver este embrollo.

Así, tras lo anteriormente señalado, se ha llegado a admitir que es necesario tener un catálogo que taxativamente precise en qué casos utilizar responsabilidad civil objetiva y en qué casos responsabilidad civil subjetiva en la actividad médica.

La razón por la que impera la necesidad de delimitar estos presupuestos descansa sobre el hecho de que, en momentos en los que es difícil identificar al causante de un daño, otorga un mejor resarcimiento a la víctima, la respuesta de quien la ley identifica como responsable. En cambio, habrá otros contextos en los que lo más sobrio será desarrollar un análisis exhaustivo bajo las reglas de la responsabilidad civil subjetiva. Que se utilice las reglas de uno u otro tipo de responsabilidad civil, dependerá necesariamente de las condiciones del evento dañoso que se pretenda resarcir.

TERCERO.- Como hemos señalado, la diferencia sustancial entre la responsabilidad civil objetiva y la responsabilidad civil subjetiva es la siguiente: i) para la responsabilidad civil objetiva, solo basta que la ley identifique a un sujeto como causante del daño para que este se encuentre en la obligación de resarcir un daño; ii) para la responsabilidad civil subjetiva, tiene que necesariamente probarse la relación de causalidad entre el daño y el agente que ha dañado (quien además debe haber actuado, al menos, con culpa).

La causa de la existencia de la responsabilidad civil objetiva es el riesgo producido por la actividad que se pretende evaluar, el poder de la parte más fuerte de la relación jurídica y la urgente necesidad estatal de resarcir a la víctima del daño. Es decir, la responsabilidad civil objetiva no puede estar presente en todo tipo

de casos, sino únicamente en casos de sumo riesgo (como es el caso de la actividad médica, que es una actividad riesgosa *per se*).

Además, quien se hace objetivamente responsable por el daño tiene que ser la parte más fuerte de los intervinientes en la relación jurídica; por ende, si participan médicos, pacientes, asistentes administrativos, el centro de salud, este último es el más fuerte, por lo que es el mismo el que responde objetivamente por el daño en casos de actividad médica.

Por último, la razón por la que se establece responsabilidad civil objetiva es que existe una urgente necesidad de resarcir a la víctima, y en los casos que devienen de la actividad médica, esto es urgente porque se ha puesto en tela de juicio el derecho a la salud de los pacientes.

¿Qué pasa, en cambio, si hay otro valor en juego? Como fuera la reputación de los médicos, enfermeros, terapeutas psicológicos. En estos casos se tiene un valor que necesariamente debe ser evaluado. Por esta razón, en todos los casos en los que se acuse negligencia médica, no puede objetivamente imputarse la responsabilidad a los médicos, sino que debe evaluarse detenidamente si estos son culpables o no del daño, para lo cual tiene que configurarse cada uno de los elementos de la responsabilidad civil subjetiva.

CUARTO. - Entonces, frente a nuestra pretensión de estructurar un catálogo de supuestos en los que debe operar la responsabilidad civil objetiva y responsabilidad civil subjetiva, el resultado es el siguiente:

- a) Responsabilidad civil objetiva imputada al establecimiento de salud en casos de: i) falla de maquinaria, ii) escasez de instrumentaria médica, iii) mal ejercicio de funciones de personal administrativo.
- b) Responsabilidad civil subjetiva en casos de acusación de negligencia médica.

Por lo tanto, si nuestra hipótesis general es: “El tipo de responsabilidad civil que debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano debe ser de carácter subjetivo u objetivo dependiendo del evento dañoso que se pretenda resarcir”, nosotros diremos CONFIRMAMOS, en tanto el optar por responsabilidad civil objetiva o responsabilidad civil subjetiva dependerá del contexto en el que se ha producido el daño, bajo presupuestos que deben estar específicamente establecidos en una ley exclusiva de este fenómeno.

CONCLUSIONES

1. Lo primero que debemos reconocer es que la actividad médica siempre terminará siendo una actividad de riesgo, esto se debe a que la salud es un asunto bastante delicado y que no siempre tiene estabilidad. En este sentido, es muy común de que en su desenvolvimiento se genere una cantidad considerable de lesiones a la salud, que, en la mayoría de las veces, no han tenido voluntad subyacente.
2. La responsabilidad civil médica ha procurado resarcir los daños ocasionados en su quehacer; sin embargo, la mayoría de sus esfuerzos se han concentrado en su responsabilidad civil por parte del médico, dejando de lado a otros agentes que participan en el fenómeno como es el caso de enfermeros, organizadores administrativos y el mismo establecimiento de salud.
3. Las leyes que regulan la responsabilidad médica se hallan dispersas en el ordenamiento jurídico peruano, por lo que muchas veces hay que recurrir a las reglas generales de la responsabilidad civil para dilucidar las controversias generadas.
4. Por esta razón, se ha considerado la necesidad de establecer taxativamente la naturaleza de los casos de responsabilidad civil médica, precisamente por el alto riesgo que implica el desenvolvimiento de esta actividad.
5. Así hemos confirmado las hipótesis, concluyendo que en los contextos en los que el médico no sea responsable por el daño, se apliquen las reglas de la

responsabilidad civil objetiva, imputando responsabilidad al establecimiento de salud.

6. En los casos, en cambio, en los que se discute la responsabilidad del médico, debe seguir aplicándose las sofisticadas reglas de la responsabilidad civil subjetiva.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda la emisión de un proyecto de ley que regule la responsabilidad civil médica de manera taxativa, en la que se establezcan fórmulas de responsabilidad civil objetiva cuando la causa del daño sea maquinaria, indumentaria, personal administrativo del establecimiento de salud, auxiliares médicos y afines.

De este modo, es imprescindible adherir a la ley el siguiente artículo:

Artículo. -

A1.- El establecimiento de salud es responsable civilmente en aquellos casos en los que el daño se haya producido como consecuencia de falla en la maquinaria, insuficiencia de indumentaria médica o mal ejercicio de labores del personal administrativo del establecimiento.

A2.- En casos en los que se exija indemnización por concepto de negligencia médica deberá probarse una relación de causalidad adecuada entre el comportamiento del médico acusado y el daño.

2. Se recomienda concientizar a la población y jurisdicción sobre los riesgos contenidos en el ejercicio de la actividad médica, para que no se crea que siempre que se genera daños existe negligencia médica.
3. Se recomienda revalorar el *Cheapest cost avoider* como fórmula para brindar un rápido resarcimiento a las víctimas por daños de la actividad médica, sin perjuicio de que luego los centros de salud puedan repetir contra los médicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alpa, G. (2016). *La responsabilidad civil parte general*. Gaceta Jurídica.
- Aristóteles. (2004). *La metafísica*. Grijley.
- Bidart, G. (2002). *Lecciones elementales de política*. Grijley.
- Barua, L. y Seminario, B. (1996). Medicina teórica. Definición de la medicina y su relación con la biología. *Revista Médica Herediana*, 7(1), 1-3.
<http://www.scielo.org.pe/pdf/rmh/v7n1/v7n1e1.pdf>
- Cabanellas, G. (2001). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Heliastra.
- Cahuatocto, H. (2010). La responsabilidad civil médica. El caso de las infecciones intrahospitalarias [Título para optar el grado de magister, Universidad Nacional Mayor de San Marcos].
http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/198/Carhuatocto_sh%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Carhuatocto, H. (2010). *La responsabilidad civil de los hospitales*. Jurista Editores.
- Calvo, M. & Godoy, C. (2015). Negligencia médica un tema complejo [Título para título de abogado, Universidad de Chile, Chile].
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134720/Negligencia-m%c3%a9dica-un-tema-complejo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Candia, K. D. (2016). Impunidad de negligencia médica en la mala praxis y sus consecuencias penales por desconocimiento jurídico del paciente para

proceder a la reparación del daño, Hospital Regional EsSalud. [Título para optar grado de magister en derecho, Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez].

<http://repositorio.uancv.edu.pe/handle/UANCV/657>

Carrasco, S. (2013). *Metodología de la investigación científica* (5° edición). Editorial San Marcos.

De la Puente, M. (2015). *Responsabilidad por prestación de servicios profesionales o técnicos*. Instituto Pacífico.

De Ángel e Izquierdo. (2001). *Estudios de responsabilidad civil*. Dykinson S. L.

Del Valle, R. (2014). *Desentrañando la esencia de la lex Aquilia. ¿Reparación resarcitoria o aplicación de una penalidad?* Universidad Nacional de la Plata.

Díaz, A. V. (2015). Error de diagnóstico y responsabilidad civil médica en el hospital regional docente clínico quirúrgico Daniel Alcides Carrión Huancayo [Título para optar el grado de abogado, Universidad de Huánuco].

[http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/152/AN%
c3%8dBAL%20VALENT%
c3%8dN%20D%
c3%8dAZ%20LAZO.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/152/AN%c3%8dBAL%20VALENT%c3%8dN%20D%c3%8dAZ%20LAZO.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

Espinoza, J. (2007). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Gaceta Jurídica.

Fernández, C. (2018). *Derecho Médico. De las nociones fundamentales y la responsabilidad médica*. Instituto Pacífico.

- Gutiérrez-Fuentes, J. A. (2008). *La medicina, una ciencia y un arte humano*.
Fundación Lilly.
- Hernández, R; Fernández, C. & Batpista, M. (2010). *Metodología de la investigación*. McGraw Hill.
- Honoré, A. (2013). *La filosofía de la responsabilidad civil*. Universidad Externado de Colombia.
- Larenz, K. (2014). *La responsabilidad civil y el daño*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- León, L. (2004). *La Responsabilidad civil*. Normas Legales Editora.
- Limaylla, G. (2018). La mala praxis médica y la obligación del médico de informar a la paciente de su estado de salud. Año 2017 [Título para optar el grado de abogada, Universidad Norbert Wiener].
<http://repositorio.uwiener.edu.pe/handle/123456789/2668>
- Miro-Quesada, F. (2003). *Ratio interpretandi*. Editorial Universitaria, Universidad Ricardo Palma.
- Paradiso, M. (2015). *Estudios sobre la responsabilidad civil*. Legales Ediciones.
- Ramirez, L. (2010). *Investigación Científica*. Taurus
- Rivas, J. & Santamaria, S. (2019). La responsabilidad civil médica y la inobservancia de los protocolos: malpraxis ginecobstetra en el hospital provincial docente Belén de Lambayeque periodo 2010-2014 [Título para optar el grado de abogado, Universidad Señor de Sipán].

<http://repositorio.uss.edu.pe/handle/20.500.12802/5116>

Sánchez, R. (1997). *Metodología de la ciencia del Derecho* (2° ed.). Editorial Porrúa.

Sánchez, F. (2016). *La investigación científica aplicada al derecho*. Editorial Mantaro.

Schulz, F. (1960). *Derecho romano clásico*. Bosch.

Trazegnies, F. (2015). *Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Instituto Pacífico.

Velázquez, A. & Rey, N. (2010). *Metodología de la investigación científica*. Editorial San Marcos.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

Tabla 2. Matriz de consistencia

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	VARIABLES	METODOLOGÍA
PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL	Variable Independiente • Eventos dañosos en actividad médica	Tipo y nivel de investigación La investigación es de tipo “Explicativo” con un nivel “Comprensivo” y un enfoque mixto
¿Qué tipo de responsabilidad civil debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano?	Explicar el tipo de responsabilidad civil que debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano.	El tipo de responsabilidad civil que debe aplicarse para los eventos dañosos que provienen de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano debe ser de carácter subjetivo u objetivo dependiendo del evento dañoso que se pretenda resarcir.	DIMENSIONES • Protocolos médicos • Indumentaria y maquinaria • Administración del centro	Diseño de investigación Observacional o no experimental, transaccional.
Problemas específicos	Objetivos específicos	Hipótesis específicas	Variable dependiente • Responsabilidad Civil	Técnica de Investigación Se utilizará como técnica de investigación al análisis de fichas textuales y de resumen.
¿Es correcto aplicar responsabilidad objetiva en eventos dañosos cuya causa es la indumentaria, maquinaria, administración del establecimiento, mala praxis de los asistentes médicos en las IPRESS en el Estado peruano?	Examinar la correcta aplicación de la responsabilidad objetiva en eventos dañosos cuya causa es la indumentaria, maquinaria, administración del establecimiento, mala praxis de los asistentes médicos en las IPRESS en el Estado peruano.	<u>Sí es correcto</u> aplicar responsabilidad civil objetiva en eventos dañosos que derivan de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano cuando la causa del daño sea la indumentaria, maquinaria, administración del establecimiento, mala praxis de los asistentes médicos.	DIMENSIONES • Responsabilidad civil objetiva • Responsabilidad civil subjetiva	Instrumento de Análisis Se hará uso del instrumento de la ficha textual y de resumen.
¿Es correcto aplicar responsabilidad subjetiva en eventos dañosos cuya causa es el incumplimiento de los protocolos médicos por parte del médico o sus asistentes, o cuando el paciente haya intervenido en la producción del daño en las IPRESS en el Estado peruano?	Analizar la correcta aplicación de la responsabilidad subjetiva en eventos dañosos cuya causa es el incumplimiento de los protocolos médicos por parte del médico o sus asistentes, o cuando el paciente haya intervenido en la producción del daño en las IPRESS en el Estado peruano.	<u>Sí es correcto</u> aplicar responsabilidad civil subjetiva en eventos dañosos que derivan de la actividad médica en las IPRESS en el Estado peruano cuando la causa del daño sea el incumplimiento de los protocolos médicos por parte del médico o sus asistentes, o cuando el paciente haya intervenido en la producción del daño.		Procesamiento y Análisis Los datos se analizarán y discutirán mediante la argumentación jurídica.
				Método General Se utilizará el método hipotético-deductivo
				Método Específico Se pondrá en práctica la interpretación exegética e interpretación sistemático-lógica.

Fuente: Elaboración propia

CONSENTIMIENTO INFORMADO

Al no ser un trabajo de campo, es decir, un trabajo en la que se hizo un análisis sobre una norma que es incompatible con el ordenamiento jurídico, no ameritaba realizar o pedir consentimiento informado a alguna persona.

EVIDENCIAS FOTOGRÁFICAS

Al no ser un trabajo de campo, no ameritó tomar fotografía alguna, pues fue un trabajo de análisis documental.

COMPROMISO DE AUTORÍA

En la fecha, yo Paz Vela, Mariano Maximiliano, identificado con DNI N° 19821856, domiciliado en Pasaje Los Capulíes F-11-A - Huancayo, egresado de la Maestría en Derecho y Ciencias Políticas, **mención: Derecho Civil y Comercial** en la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Peruana Los Andes, me COMPROMETO a asumir las consecuencias administrativas y/o penales que hubiera lugar si en la elaboración de mi investigación titulada **“RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR OMISIÓN EN LAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD (IPRESS) EN EL ESTADO PERUANO”**, se haya considerado datos falsos, falsificación, plagio, auto plagio, etc. y declaro bajo juramento que mi trabajo de investigación es de mi autoría y los datos presentados son reales y he respetado las normas internacionales de citas y referencias de las fuentes consultadas.



Bach. Mariano Maximiliano Paz Vela