



**VICERRECTORADO DE INVESTIGACIÓN Y POST GRADO**

**TESIS**

**“FONDO DE REPARACIONES EN LAS NEGLIGENCIAS  
MÉDICAS”**

**PRESENTADO POR**

**MARTÍN EDUARDO NAVARRO CASTELLANOS**

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE**

**DOCTOR EN DERECHO**

**LIMA-PERÚ**

**2015**

## DEDICATORIA

A mi esposa por su apoyo permanente e incondicional.

## AGRADECIMIENTO

A Dios por haberle dado sentido a mi vida y hoy me permite cumplir una de mis principales metas.



## RECONOCIMIENTO

A la Universidad Alas Peruanas por darme la oportunidad de sustentar mi tesis doctoral.

## ÍNDICE

DEDICATORIA .....	2
AGRADECIMIENTO .....	3
RECONOCIMIENTO.....	5
RESUMEN.....	9
ABSTRACT .....	10
RESUMO.....	11
INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO I - PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO .....	13
1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA .....	13
1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN .....	15
1.2.1. DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	15
1.2.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL .....	15
1.2.3. DELIMITACIÓN TEÓRICA .....	15
1.3. PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN.....	15
1.3.1. PROBLEMA PRINCIPAL .....	15
1.3.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS.....	15
1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN .....	16
1.4.1. OBJETIVO GENERAL.....	16
1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	16
1.5. HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN .....	16
1.5.1. HIPÓTESIS GENERAL .....	16
1.5.2. VARIABLES (DEFINICIÓN CONCEPTUAL Y OPERACIONAL).....	16
1.5.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE.....	17
1.5.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE.....	17
1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN .....	17
1.6.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN.....	17
1.6.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN .....	17
1.6.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN .....	18
1.6.2. MÉTODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN.....	18
1.6.2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN .....	18

1.6.2.2.	DISEÑO DE INVESTIGACIÓN .....	18
1.6.3.	POBLACIÓN Y MUESTRA DE INVESTIGACIÓN .....	18
1.6.3.1.	POBLACIÓN .....	18
1.6.3.2.	MUESTRA .....	19
1.6.4.	TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....	19
1.6.4.1.	TÉCNICAS.....	19
1.6.4.2.	INSTRUMENTOS.....	19
1.6.5.	JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN .....	19
1.6.5.1.	JUSTIFICACIÓN.....	20
1.6.5.2.	IMPORTANCIA .....	20
1.6.5.3.	LIMITACIONES.....	20
CAPÍTULO II - MARCO TEÓRICO.....		21
2.1.	ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN .....	21
2.2.	BASES TEÓRICAS.....	21
2.2.1.	FONDO .....	21
2.2.1.1.	FONDO DE REPARACIONES.....	21
2.2.1.2.	CONTINGENCIAS CUBIERTAS Y PRESTACIONES .....	21
2.2.1.3.	FORMA DE PAGO DEL FONDO DE REPARACIONES .....	22
2.2.1.4.	RECURSOS DEL FONDO DE REPARACIONES .....	22
2.2.2.	NEGLIGENCIAS MÉDICAS .....	22
2.2.2.1.	TIPOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA .....	23
2.2.2.2.	EL ASEGURAMIENTO DEL MÉDICO.....	24
2.2.3.	RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.....	27
2.2.3.1.	ANTECEDENTES .....	27
2.2.3.2.	ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL .....	28
2.2.3.3.	LA ANTIJURIDICIDAD .....	29
2.2.3.4.	EL DAÑO .....	34
2.2.3.5.	NEXO CAUSAL O RELACIÓN CAUSAL.....	39
2.2.3.6.	RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL O INMATERIAL .....	44
2.2.3.7.	DAÑO INMATERIAL. CONCEPTO Y ALCANCES .....	49
2.2.4.	FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.....	53
2.2.4.1.	CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL (O MORAL) .....	59

2.2.5.	LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD ...	60
2.2.5.1.	CAUSAS DE LA PAULATINA TRANSFORMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD.....	60
2.2.5.2.	DOCTRINAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA Y EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD .....	63
2.2.6.	RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL .....	67
2.3.	DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.....	70
CAPÍTULO III - PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....		73
3.1.	PRESENTACIÓN .....	73
3.2.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.....	73
3.2.1.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE LA ENCUESTA APLICADA A ABOGADOS .....	74
3.2.2.	ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE LA ENCUESTA APLICADA A MÉDICOS .....	80
CONCLUSIONES.....		86
RECOMENDACIONES .....		87
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....		88
ANEXOS.....		90
ANEXO 1 - MATRIZ DE CONSISTENCIA .....		90
	PROBLEMAS SECUNDARIOS .....	90
	OBJETIVOS ESPECÍFICOS .....	90
ANEXO 2 - ENCUESTA – ABOGADOS.....		92
ANEXO 3 - ENCUESTA – MÉDICOS.....		94
ANEXO 3 - LEY N° 29414 - LEY QUE ESTABLECE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS USUARIAS DE LOS SERVICIOS DE SALUD .....		96

## RESUMEN

La presente tesis se denomina “FONDO DE REPARACIONES EN LAS NEGLIGENCIAS MÉDICAS”, y tiene como objetivo general determinar en qué medida la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica.

El nivel de investigación empleado es de tipo descriptivo y correlacional cuyo objetivo fue medir el grado de relación que existe entre ambas variables e indagar y presentar la situación actual del rendimiento académico de los alumnos referidos.

La presente tesis se justifica por lo siguiente: El desarrollo de un fondo de reparación permitirá brindar el resarcimiento oportuno a las víctimas de una mala praxis de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales de salud sea cual fuera el vínculo laboral.

La principal conclusión a la que se arribó fue que el fondo pagará a los usuarios de los servicios de salud, una indemnización como consecuencia de las negligencias médicas que ocasionen lesiones corporales, invalidez o muerte, y que ocurran mientras se reciba atención médica por profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud.

**Palabras Claves:** Fondo de reparaciones, negligencias médicas, responsabilidad civil.

## ABSTRACT

This thesis is called "FUND REPAIRS medical malpractice" and has the overall aim to determine to what extent the creation of a compensation fund to compensate adequately allow a person who has been the victim of medical malpractice.

The level of employee research is descriptive and correlational whose aim was to measure the degree of relationship between two variables and to investigate and present the current state of academic performance of students referred.

This thesis is justified by the following: The development of a compensation fund allows provide timely compensation to victims of malpractice of professionals, technicians, auxiliary health care whatever the employment relationship.

The main conclusion that was reached was that the fund paid to the users of health services, compensation as a result of medical negligence cause bodily injury, disability or death, occurring while healthcare is received by professionals technical and auxiliary health care.

**Keywords:** Fund repairs, medical malpractice, liability.

## RESUMO

Esta tese é chamado de "CONCERTO DE FUNDOS negligência médica" e tem como objectivo global para determinar em que medida a criação de um fundo de compensação para compensar adequadamente permitir que uma pessoa que tenha sido vítima de negligência médica.

O nível de pesquisa empregado é descritiva e correlacional, cujo objetivo foi medir o grau de relação entre duas variáveis e para investigar e apresentar o estado atual do desempenho acadêmico dos alunos a que se refere.

Esta tese é justificada pelo seguinte: O desenvolvimento de um fundo de compensação permite fornecer compensação atempada às vítimas de negligência de profissionais, técnicos, cuidados de saúde auxiliar qualquer que seja a relação de trabalho.

A principal conclusão a que se chegou foi que o fundo paga aos usuários dos serviços de saúde, a compensação como resultado de negligência médica causa lesões corporais, invalidez ou morte, ocorrendo ao mesmo tempo recebe cuidados de saúde por profissionais cuidado técnico e auxiliar de saúde.

**Palavras-chave:** reparos Fundo, negligência médica, responsabilidade.

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad, son más los ciudadanos que piden justicia por ser víctimas de una negligencia médica, denunciando que se les realizó una mala práctica médica. El número de negligencias médicas está aumentando.

Son muchas las personas que experimentan algún tipo de acción negativa en su contra, resultado de no conseguir el tratamiento adecuado ni apropiado de un médico, hospital o clínica, el resultado es llamado negligencia médica y a menudo muchas de ellas se convierten en demandas por negligencia médica archivadas cada año en nuestro país.

Es por tal motivo, que la responsabilidad que puede derivarse de las diferentes actuaciones del médico, hospital o clínica y el desarrollo de un mecanismo efectivo para evitar un eventual detrimento patrimonial derivado de la obligación de indemnizar todos los perjuicios que el profesional haya ocasionado en el ejercicio de su oficio, son preocupaciones importantes en nuestro país y el mundo moderno no solo por las implicaciones sociales que plantea sino por las diversas posibilidades de aplicación.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una herramienta que se oriente a proteger el patrimonio frente a amenazas de acciones judiciales por actuaciones profesionales, además que las personas que han sufrido una negligencia para poder acceder a la reparación de los daños causados, muchas veces deben enfrentarse a todo un pull de abogados que buscarán demostrar que no hay responsabilidad del profesional asegurado por su compañía, para así maximizar sus ganancias.

Muchos pacientes hasta hoy esperan una reparación que permita recibir un tratamiento especializado y vivir dignamente después de un daño irreparable. Las soluciones, según los especialistas, deben partir desde el Estado creando un fondo para responder ante estos casos.

Como vemos, resulta impostergable que se establezca algún tipo de fondo que cubra los daños generados por los profesionales de salud, a fin de garantizar que los afectados o sus familiares tengan algún tipo de reparación eficaz y oportuna.

## **CAPÍTULO I - PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO**

### **1.1. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA**

Hoy en día nos enteramos de los cientos de casos de negligencias médicas en nuestras instituciones de salud como son: EsSalud, MINSA y establecimientos privados. Desde ese punto de vista, en octubre de 2009 se aprobó la ley 29414: De derechos de las personas usuarias de los servicios de salud.

Esta norma establece claramente el marco jurídico que se debe aplicar en los casos de eventos adversos en los establecimientos de salud públicos o privados, sean negligencias u otras complicaciones derivadas de las atenciones médicas.

Podemos encontrar en su artículo 1, acápite 15.3 donde se establece que los usuarios de los servicios de salud tienen derecho a:

- Inciso f: “A ser escuchada y recibir respuesta por la instancia correspondiente cuando se encuentre desinformada con la atención recibida, para estos efectos la ley proveerá de mecanismos alternativos y previos al proceso judicial para la solución de conflictos en los servicios de salud.”

Como se observa, esta norma vigente establece que se den los mecanismos alternativos y previos al proceso judicial, para lograr así un resarcimiento oportuno.

- Inciso g: “A recibir tratamiento inmediato y reparación por los daños causados en el establecimiento de salud o servicios médicos de apoyo, de acuerdo a la normativa vigente”.

Como se puede observar la legislación establece el derecho al tratamiento inmediato cuando se produzca un evento adverso, que deberá ser asumido por la institución prestadora de servicios de salud.

Como podemos apreciar, nuestro país ya cuenta con una norma que se encarga de proteger y garantizar los derechos de las personas afectadas por una negligencia médica. Lo lamentable, es que hasta el día de hoy no se ha elaborado el reglamento de la ley, a pesar de haber pasado más de cinco años desde la entrada en vigencia de la Ley.

En ese contexto, es claro que no es necesario crear nuevas leyes para garantizar el derecho, sino hacer cumplir y reglamentar la ley vigente. La alternativa de Seguro Civil de Responsabilidad Médica, mal llamado SOAT médico, no termina resolviendo el problema, sino que lo profundiza, ya que las aseguradoras para hacer efectivo el resarcimiento exigirán al afectado que pruebe la negligencia.

La negligencia es una figura delictiva contemplada en nuestro código penal, y para demostrarla es necesario litigar en un proceso penal que puede tardar cinco años.

El llamado "SOAT médico" al no ser inmediato significaría un eslabón más de la cadena de dificultades que debe atravesar un usuario para acceder a la reparación de los daños causados, en este caso enfrentarse a un pull de abogados que buscarán demostrar que no hay responsabilidad del profesional asegurado por su compañía, para así maximizar sus ganancias.

La alternativa es que por fin se reglamente la Ley 29414 y además se cree un Fondo de Reparaciones con el objetivo de resarcir eventos adversos en los establecimientos de salud públicos o privados, siendo su fuente principal los recursos fiscales, un pequeño porcentaje del sueldo de los galenos y aportes del sector privado, con el objeto de alcanzar una reparación eficaz; dejando a salvo el derecho de la institución prestadora, para determinar la responsabilidad y tomar las medidas necesarias contra el profesional de la salud responsable del daño causado.

De lo que se trata es de aligerar los pasos para obtener un resarcimiento justo y oportuno, desde una lógica pública que privilegie el derecho frente a cualquier otra consideración política o mercantil.

## **1.2. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.2.1. DELIMITACIÓN ESPACIAL**

La investigación se llevó a cabo en el departamento de Lima.

### **1.2.2. DELIMITACIÓN TEMPORAL**

El desarrollo de la presente investigación se llevó a cabo entre los meses de enero de 2014 y diciembre de 2014.

### **1.2.3. DELIMITACIÓN TEÓRICA**

Se abordará el tema dentro del Derecho civil y comercial.

## **1.3. PROBLEMAS DE INVESTIGACIÓN**

### **1.3.1. PROBLEMA PRINCIPAL**

¿En qué medida la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica?

### **1.3.2. PROBLEMAS SECUNDARIOS**

- ¿Quiénes deben ser los representantes del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?
- ¿Cómo debe pagarse la indemnización ante la ocurrencia de una negligencia médica para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?

- ¿Cómo se obtendrán los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?

## **1.4. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.4.1. OBJETIVO GENERAL**

Determinar en qué medida la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica.

### **1.4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- Establecer quiénes deben ser los representantes del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica.
- Determinar cómo se pagará la indemnización ante la ocurrencia de una negligencia médica.
- Establecer de donde se obtendrán los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica.

## **1.5. HIPÓTESIS Y VARIABLES DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.5.1. HIPÓTESIS GENERAL**

La creación de un fondo de reparaciones influirá significativamente en el resarcimiento de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica.

### **1.5.2. VARIABLES (DEFINICIÓN CONCEPTUAL Y OPERACIONAL)**

### 1.5.2.1. VARIABLE INDEPENDIENTE

**X =** Fondo de reparación

Tabla 1. *Indicadores e Índices de la Variable Independiente*

INDICADORES		ÍNDICES
X <sub>1</sub>	Fondo de reparación	Normatividad
		Entidades supervisoras
		Representantes
		Aportantes
		Cobertura
		Nivel de indemnización

### 1.5.2.2. VARIABLE DEPENDIENTE

**Y =** Negligencias Médicas

Tabla 2. *Indicadores e Índices de la Variable Dependiente*

INDICADORES		ÍNDICES
Y <sub>1</sub>	Daño	Tipo de daño causado
		Nivel de daño causado
Y <sub>1</sub>	Negligencia	Tipos
		Características

## 1.6. METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

### 1.6.1. TIPO Y NIVEL DE INVESTIGACIÓN

#### 1.6.1.1. TIPO DE INVESTIGACIÓN

De acuerdo al propósito de la investigación, de la problemática y del objetivo formulado, el tipo de investigación será aplicado.

### **1.6.1.2. NIVEL DE INVESTIGACIÓN**

El nivel de investigación a emplear es de tipo descriptivo y correlacional cuyo objetivo es medir el grado de relación que existe entre ambas variables; ya que también el objetivo es indagar y presentar la situación actual del proceso.

### **1.6.2. MÉTODO Y DISEÑO DE LA INVESTIGACIÓN**

#### **1.6.2.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN**

El desarrollo de la presente investigación está basado en el método científico, el mismo que está conformado por una serie de actividades correctamente articuladas que conducen a un resultado coherente con la propuesta de solución.

#### **1.6.2.2. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN**

El diseño de la investigación es no experimental.

### **1.6.3. POBLACIÓN Y MUESTRA DE INVESTIGACIÓN**

#### **1.6.3.1. POBLACIÓN**

La población está conformada por abogados especialistas en el derecho civil y comercial que desarrollan sus funciones en el distrito Judicial de Lima Norte. Dicha cantidad asciende a 56 abogados. (fuente: trabajo de campo).

La población está conformada por Médicos del Hospital Savogal, dicha cifra asciende aproximadamente a 220 abogados (fuente: trabajo de campo).

Tabla 3.

*Pacientes que han denunciado mala praxis de los médicos*

<b>Años</b>	<b>Nro. de Negligencias Denunciadas</b>
<b>2014</b>	<b>223</b>

<b>2013</b>	240
<b>2012</b>	314
<b>2011</b>	190
<b>2009</b>	149
<b>TOTAL</b>	<b>1003</b>

**Nota.** Tomado de Defensoría del Pueblo

### **1.6.3.2. MUESTRA**

La muestra está conformada por 56 abogados especialistas en el derecho civil y comercial que desarrollan sus funciones en el distrito Judicial de Lima Norte.

La muestra está conformada por 56 Médicos del Hospital Savogal.

### **1.6.4. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS**

#### **1.6.4.1. TÉCNICAS**

Las técnicas que se emplearon para realizar el trabajo de investigación fueron:

- Encuestas
- Observación

#### **1.6.4.2. INSTRUMENTOS**

Entre los instrumentos que se utilizaron para el desarrollo del trabajo de investigación se encuentran los siguientes:

- Fichas de Encuesta
- Fichas de observación

### **1.6.5. JUSTIFICACIÓN, IMPORTANCIA Y LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN**

### **1.6.5.1. JUSTIFICACIÓN**

La presente tesis se justifica por lo siguiente: El desarrollo de un fondo de reparación permitirá brindar el resarcimiento oportuno a las víctimas de una mala praxis de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales de salud sea cual fuera el vínculo laboral.

Este fondo pagará a los usuarios de los servicios de salud, una indemnización como consecuencia de las negligencias médicas que ocasionen lesiones corporales, invalidez o muerte, y que ocurran mientras se reciba atención médica por profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud.

### **1.6.5.2. IMPORTANCIA**

Muchos pacientes hasta hoy esperan una reparación que permita recibir un tratamiento especializado y vivir dignamente después de un daño irreparable. Las soluciones, según los especialistas, deben partir desde el Estado creando un fondo para responder ante estos casos.

Como vemos, resulta impostergable que se establezca algún tipo de fondo que cubra los daños generados por los profesionales de salud, a fin de garantizar que los afectados o sus familiares tengan algún tipo de reparación eficaz y oportuna.

### **1.6.5.3. LIMITACIONES**

No existen limitaciones, tanto en el plano tecnológico como económico, así también no hay inconvenientes en cuanto al acceso a la información que pongan en riesgo el desarrollo del proyecto.

## **CAPÍTULO II - MARCO TEÓRICO**

### **2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN**

Con relación a la temática estudiada, se ha procedido a investigar las publicaciones existentes, consultando fuentes de información primaria, secundaria. Al respecto, no se ha encontrado ninguna tesis que aborde bajo el mismo enfoque la relación de las dos variables involucradas, en consecuencia se da testimonio de la autenticidad de este trabajo.

### **2.2. BASES TEÓRICAS**

#### **2.2.1. FONDO**

Un fondo es una cantidad de dinero que se reserva para un fin determinado.<sup>1</sup>

##### **2.2.1.1. FONDO DE REPARACIONES**

Los fondos de reparaciones se obtendrán de los recursos fiscales, un pequeño porcentaje del sueldo de los galenos, aportes del sector privado y los rendimientos que dichos recursos generan.

##### **2.2.1.2. CONTINGENCIAS CUBIERTAS Y PRESTACIONES**

El fondo de reparaciones es un instrumento que persigue un fin determinado: ahorrar para el garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan

---

<sup>1</sup> TheFreeDictionary.com. (2015). Fondo. Recuperado de <http://es.thefreedictionary.com/fondo>

sido víctima de una negligencia médica, de tal forma que una de sus principales características diferenciadoras frente a otros productos de inversión es la falta de liquidez. No se podrá disponer del ahorro salvo en los supuestos previstos.

### **2.2.1.3. FORMA DE PAGO DEL FONDO DE REPARACIONES**

La indemnización deberá pagarse sin investigación ni pronunciamiento previo de autoridad alguna, a sola demostración de la ocurrencia y de las consecuencias que haya sufrido el usuario de los servicios de salud, independientemente de la responsabilidad del profesional de la salud, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud.

### **2.2.1.4. RECURSOS DEL FONDO DE REPARACIONES**

Los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica se obtendrán de los recursos fiscales, un pequeño porcentaje del sueldo de los galenos, aportes del sector privado y los mismos ingresos que genere el fondo.

## **2.2.2. NEGLIGENCIAS MÉDICAS**

La negligencia médica, también conocido como mal práctica médica, es un término que aplica a ciertos individuos que trabajan en el campo de asistencia médica: en particular, el término se refiere a médicos, e instituciones médicas como los hospitales que son responsables del daño de un paciente.

El daño ocurre cuando el paciente es tratado inexactamente o cuando un médico u hospital se separan de lo que es considerado cuidado razonable del paciente. Cuándo un paciente es herido debido al mal cuidado o inadecuado, ellos pueden demandar al médico o al hospital por negligencia médica un término que significa literalmente, la práctica mala o pobre.

En esencia, la negligencia médica tiene como resultado la herida de un individuo, ya sea que la herida haya sido intencionada o no. Cuándo se trata de negligencia médica es muy poco probable que el médico o el hospital piensen en herir al

individuo, pero, sin embargo resulto una herida. Las heridas pueden ser el resultado de una falta de cuidado adecuado, una falta de cuidado apropiado, o un error que ocurre durante el proceso del cuidado de un paciente. Cualquiera que sea el caso, al final el paciente es atascado tratando con una herida, a veces una herida de por vida y ellos merecen y a menudo buscan compensación para su dolor y sufrimiento.

Existen leyes diferentes que gobiernan demandas por negligencias médicas y el proceso de demandar a un médico o un hospital por negligencia puede ser una larga e intimidante tarea. Los individuos que están considerando una demanda por negligencia médica deben investigar un tiempo todo lo que involucra en tal demanda de prepararse para la tarea en mano. También, cualquier individuo interesado en la clasificación de una demanda de negligencia médica encontrará a sí mismo necesitado de abogados calificados en negligencia médica.

#### **2.2.2.1. TIPOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA**

Hay muchas maneras diferentes que ocurre la negligencia médica. Aún más, muchos casos médicos de negligencia se centran en campos médicos diferentes. El concepto más mal entendido de la negligencia médica es que muchos individuos creen que ese asunto sólo pertenece a la cirugía y errores hechos por el cirujano. Este no es el caso: muchos asuntos de negligencia surgen de varios errores diferentes que pueden ocurrir y poder causar subsiguientemente un daño o la pérdida individual.

Algunos pacientes, desafortunadamente, son mal diagnosticados por su médico o un hospital. Si un paciente recibe el diagnóstico equivocado ellos también reciben el plan equivocado de tratamiento. Una diagnosis equivocada puede tener como resultado a un paciente que sufre innecesariamente o puede tener como resultado la muerte. Los pacientes y las familias de pacientes pueden buscar alguna forma de compensación por sufrir o pérdida debido a diagnosis equivocado, con la ayuda de abogados calificados por negligencia médica.

Los errores pueden y suceden durante la cirugía también. Los cirujanos son humanos y, desafortunadamente, capaz de cometer errores. Tales errores

pueden causar que el paciente sufra innecesariamente o en casos peores, la muerte puede resultar. Los anestesiólogos también pueden hacer errores fatales, causándole herida al paciente o a veces la muerte.

Si un paciente es prescrito un tipo equivocado de medicina o la dosis equivocada de medicina, pueden haber consecuencias graves. Las reacciones alérgicas pueden causar que la muerte de un paciente y las interacciones perjudiciales de droga también puedan ocurrir. Otra vez, esta es una forma de negligencia médica y el paciente o la familia del paciente pueden calificar para la compensación por sufrimiento y pérdida.

Es importante darse cuenta de la diferencia entre riesgo y negligencia. Al igual que con cada procedimiento o tratamiento, un paciente encara varios riesgos. Tales riesgos son definidos generalmente por el médico o el hospital mucho tiempo antes que el paciente es tratado. La negligencia es un error que es completamente evitable mientras que los riesgos no son enteramente evitables y son sólo algo que puede ser minimizado tomando ciertas precauciones.

#### **2.2.2.2. EL ASEGURAMIENTO DEL MÉDICO**

Los avances de la medicina, contrastan con el notable incremento de las demandas y denuncias de pacientes insatisfechos en la búsqueda de un resarcimiento económico y social pues, poner todos los medios al alcance del paciente para intentar paliar su enfermedad, empieza a no ser suficiente: ahora se busca la garantía en el resultado.

El resultado de las demandas por responsabilidad que termina en la condena del médico ha aumentado considerablemente según podemos apreciar en la siguiente tabla.

**Tabla 4.***Pacientes que han denunciado mala praxis de los médicos*

<b>Años</b>	<b>Nro. de Negligencias Denunciadas</b>
<b>2014</b>	<b>223</b>
<b>2013</b>	240
<b>2012</b>	314
<b>2011</b>	190
<b>2009</b>	149
<b>TOTAL</b>	<b>1003</b>

**Nota.** Tomado de la Defensoría del Pueblo

De aquí nace la verdadera necesidad de contratar un seguro de responsabilidad civil como medida de atenuación al impacto contra el patrimonio de los médicos. En este sentido, no se debe buscar sólo una póliza que garantice una serie de amparos para las actuaciones profesionales, sino un completo paquete que se adapte a las necesidades, y que tengan como objeto fundamental crear seguridad en el ejercicio de la profesión médica.

Para determinar qué es el aseguramiento médico es conveniente precisar algunos aspectos:

- Medicina: Es la ciencia, arte y profesión que reúne el conjunto de conocimientos y procedimientos organizados de acuerdo con el método científico que permite aplicarse para la promoción de la salud, prevención, diagnóstico de la enfermedad; terapia y rehabilitación del ser humano y mejorar los patrones de vida de la colectividad, y su entorno, en el contexto del proceso salud, enfermedad y muerte.
- Ejercicio de la medicina: Aplicación de medios y conocimientos científicos, saberes y disciplinas cuyo fin es la promoción de la salud, y la prevención, diagnóstico de la enfermedad; tratamientos y rehabilitación del enfermo desde el punto de vista biológico, mental y social mediante actividades y actos médicos ejecutados por personal idóneo debidamente capacitado para tal fin conforme a su formación de pregrado y/o postgrado y adecuado a las necesidades sociales del país. Este puede ser

independiente, institucional, público, y privado; y puede ser ejecutado individualmente o por equipos de salud. El campo del trabajo médico-asistencial puede ser general o especializado.

- Acto médico: Conjunto de acciones producto de los conocimientos y método científico que constituyen la medicina, se aplican por el médico autorizado para ejercerla, se orienta a la promoción de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.
- Médico: El médico es la persona a quien legalmente se le ha otorgado el título de médico previa formación a nivel universitario y quien se compromete a ejercer su profesión con principios humanísticos, éticos y científicos. El médico se compromete a utilizar todos los medios a su alcance para efectuar el acto médico con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y responsabilidad para mantener la salud y tratar o aliviar los efectos de la enfermedad, previa información de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al acto médico.

El seguro de responsabilidad médica cubre la responsabilidad profesional del asegurado derivada del ejercicio de su profesión médica, y la de sus empleados que ejerzan una profesión médica, médica auxiliar, o farmacéutica, y que por su culpa, ya sea por negligencia o impericia, causen daños corporales o inclusive la muerte a sus pacientes.

Así mismo, ampara la responsabilidad civil legal por los daños que causen a terceros en sus bienes o en sus personas, que se deriven por el uso, posesión o mantenimiento de inmuebles, de aparatos y tratamientos médicos con fines de diagnóstico o terapéutica, y de equipos de medicina nuclear y materias radioactivas empleados para el desarrollo de dichas actividades médicas.

También ampara los gastos de defensa si es presentada una demanda en contra del asegurado, como por ejemplo las primas por fianzas judiciales en garantía del pago de las sumas reclamadas, así como, el pago de las cauciones o de las primas de las fianzas que deban otorgarse como caución para que alcance su libertad preparatoria, provisional o condicional durante un proceso penal o civil, que se siga en su contra.

El Seguro de Responsabilidad Civil para Profesionales Médicas, está dirigido a médicos titulados de cualquier especialidad, asociaciones, institutos y grupos de colegios médicos.

En los últimos años se ha presentado un incremento en las demandas, pero estas no están directamente relacionadas con la existencia de un Seguro sino con el progreso social, médico y jurídico que desde hace algún tiempo se viene poniendo de manifiesto. Social porque el paciente no se resigna ya a los problemas de salud y ve con más certeza la posibilidad de reclamar por los perjuicios sufridos, y de obtener por ello una compensación económica en el caso de que se pruebe la ocurrencia del daño; progreso médico porque la protección a la salud cuenta cada vez con técnicas más complejas y sofisticadas, pero también peligrosas que, por una parte, propician una exigencia quizás excesiva de los pacientes en este progreso y, por otra, generan mayores riesgos, a lo que habría que añadir que el progreso técnico ha desdibujado la relación humana entre profesional y paciente, desapareciendo la figura del profesional, cada vez más considerado como un técnico; y progreso jurídico, ya que la responsabilidad del profesional médico no se basa sólo en la negligencia o mala práctica sino en la contravención de los derechos de los pacientes positivizados jurídicamente.

### **2.2.3. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL**

#### **2.2.3.1. ANTECEDENTES**

Los antecedentes sobre la responsabilidad civil extracontractual en nuestro derecho data del Código Civil de 1852, que adopta el principio de culpa como base para la determinación de culpa, la culpa debe ser demostrada por el demandante; en el Código Civil de 1936 mantuvo igual la teoría de la culpa y en nuestro actual Código Civil de 1984 la responsabilidad civil extracontractual se encuentra regulada en el Libro VII, Fuente de Obligaciones Sección Sexta, tanto como responsabilidad objetiva como subjetiva.

AGUILA GRADOS y CAPCHA VERA señala que “la responsabilidad está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados a la vida de relación de los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional.

Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad extracontractual”.

En consecuencia podemos afirmar que la responsabilidad civil extracontractual es un deber jurídico general de no hacer daño a nadie.

Los criterios de información en materia de responsabilidad civil extracontractual se proyectan bajo tres criterios de información:

- a) La Responsabilidad Subjetiva; contemplada en el art. 1969 del CC, siendo sus elementos:
  - La determinación de la culpa por acción u omisión.
  - La determinación del dolo por acción u omisión.
  
- b) La Responsabilidad Objetiva, La responsabilidad por el empleo de cosas riesgosas o actividades peligrosas; contemplado en el Art. 1970 CC, no se requiere que medie una conducta dolosa o culposa, basta que exista un nexo causal entre el desarrollo de la actividad peligrosa con el daño causado al agraviado a consecuencia de dicha actividad.

#### **2.2.3.2. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL**

“De acuerdo a los artículos 1969, 1970 y 1985 del Código Civil, para la procedencia de la responsabilidad civil extracontractual, deben concurrir los

siguientes requisitos: a) la antijuridicidad de la conducta, b) el daño causado, c) la relación de causalidad entre el hecho generador y el daño producido y , d) los factores de atribución.

### **2.2.3.3. LA ANTIJURIDICIDAD**

Es todo comportamiento humano que causa daño a otro mediante acciones u omisiones no amparadas por el derecho, por contravenir una norma, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Las conductas que pueden causar daños y dar lugar a una responsabilidad civil pueden ser:

- a. Conductas Típicas.- Cuando están previstas en abstracto en supuestos de hecho normativo. Es decir la conducta contraviene una norma.
- b. Conductas Atípicas.- Aquellas que no están reguladas en normas legales, pero vulneran el ordenamiento jurídico. La conducta contraviene valores y principios.

La antijuridicidad genérica es aceptada en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, porque incluye las conductas típicas y atípicas.

Nace la obligación de indemnizar cuando se causa daño a otro u otros mediante:

- a. un comportamiento no amparado en el derecho,
- b. por contravenir una norma de carácter imperativo,
- c. por contravenir los principios que conforman el orden público o
- d. las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres.

Resulta evidente que siempre es necesaria una conducta antijurídica o ilegítima para poder dar nacimiento a la obligación de indemnizar.

Se entiende, entonces, que la antijuridicidad es toda manifestación, actitud o hecho que contraría los principios básicos del derecho, por lo cual el autor del daño no será responsable si la conducta realizada se efectuó dentro de los límites de lo lícito.

Ejemplo:

No existe responsabilidad civil en los casos de daños causados en el ejercicio regular de un derecho, pues se trataría de daños producidos dentro del ámbito de lo permitido por el sistema jurídico: pueden ser supuestos autorizados o justificados por el ordenamiento jurídico.

En el ámbito de la responsabilidad no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas en cuanto se encuentre prevista en abstracto en supuestos legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico. Este amplio concepto de antijuridicidad es reconocido por la responsabilidad extracontractual, pues en ella no se encuentran predeterminadas las conductas, por lo cual se entiende que cualquier conducta será susceptible de dar lugar a una responsabilidad civil en la medida que se trate de una conducta ilícita que cause daño. En cambio en la responsabilidad contractual la antijuridicidad debe ser siempre típica, ya que es consecuencia de un incumplimiento, cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación, por tanto la conducta que puede dar lugar a una indemnización son siempre conductas tipificadas legalmente.

- **Clases de hechos antijurídicos**

- a. **Hecho ilícito.** Son todas aquellas acciones u omisiones que son contrarias al ordenamiento jurídico. TORRES VASQUEZ señala que la ilicitud se deduce del Art. V del Título Preliminar del Código Civil que dispone que “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes imperativas que interesan al orden público y a las buenas costumbres” señalando que la distinción entre lo lícito o ilícito se debe más que a la naturaleza voluntaria del acto, a la naturaleza de las consecuencias. La acepción subjetiva de ilicitud es acogida en el Código Civil al regular la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Con relación a la responsabilidad civil extracontractual la obligación de indemnizar surge, no del incumplimiento de una obligación jurídica preexistente, sino del mero hecho de haberse

causado el daño, la relación jurídica nace recién con el daño causado. Y establece los elementos de la ilicitud:

- la voluntariedad del acto
- la reprobación del ordenamiento jurídico
- dolo y culpa

Nuestro ordenamiento jurídico establece como responsabilidad subjetiva” 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” (Art. 1969 C.C).

Podemos afirmar que es doloso cuando contraviene un deber y el culposo cuando ha sido realizado sin voluntad de causar daño por negligencia (descuido, imprudencia, impericia).

La responsabilidad subjetiva es el principio rector de la responsabilidad extracontractual, pero admite también una responsabilidad objetiva en su Art. 1970 “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro está obligado a repararlo”.

A efectos de no caer en confusión es necesario marcar diferencias en relación a la responsabilidad penal:

El proceso penal nacional, regulado por el Código de Procedimientos Penales, acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil. El objeto del proceso penal, entonces es doble, el penal y el civil.

Así lo dispone categóricamente el Art. 92 del Código Penal “La reparación civil se determina conjuntamente con la pena”, y su satisfacción, más allá del interés de la víctima – que no ostenta la titularidad del derecho de penar, pero tiene el derecho a ser reparada por los daños y perjuicios que produzca la comisión de un delito – debe ser instado por el Ministerio Público, tal como lo prevé el artículo 1 de su Ley Orgánica.

El objeto civil se rige por los artículos 54º al 58º, 225.4, 227 y 285 del Código de Procedimientos Penales y los artículos 92 al 101 del Código Penal – este último precepto remite, en lo pertinente, a las disposiciones del Código Civil “la reparación civil se rige, además, por las disposiciones pertinentes del Código Civil”.

A partir de esas normas, nuestro proceso penal cumple con una de sus funciones primordiales, la protección de la víctima y el aseguramiento de la reparación de los derechos afectados por la comisión de un delito en cuya virtud garantiza “(...) la satisfacción de intereses que el Estado no puede dejar sin protección”.

La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal está regulada por él articula 93º del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal, existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre la responsabilidad penal y responsabilidad civil, aun cuando comparten un mismo presupuesto: El acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir de la cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse con “ofensa penal” – lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra en la culpabilidad del agente (la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delito infracción/daño, es distinta); el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos. Desde la perspectiva del daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales.

Una concreta conducta puede ocasionar tanto daños patrimoniales que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada, radicada en la disminución de la esfera patrimonial del

dañado y en el no incremento del patrimonio dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir –menoscabo patrimonial; como daños extrapatrimoniales circunscrita a la lesión de derechos o legítimos intereses existenciales – no patrimoniales – tanto en las personas naturales como jurídicas – se afectan como acota ALASTUEY DOBON, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno.

En consecuencia no es procedente, el que se constituya en parte civil en el proceso penal, no puede solicitar la reparación en la vía civil, puesto que en el proceso penal se tramita acumulativamente la reparación civil. La reparación civil fijada en la vía penal surte efectos sobre el agraviado que se constituyó en parte civil.

La reparación civil no es diferente de la indemnización, pero es más amplia pues incluye a la indemnización por daños y perjuicios y además la restitución del bien o el pago del valor cuando la restitución no es posible.

El plazo de prescripción dispuesto en el artículo 100º del Código Penal no afecta el plazo de prescripción extintiva de la acción en materia civil, pues este plazo no corre mientras no se extinga la acción penal, lo cual no quiere decir que prescrita la acción penal se compute a partir de ahí el plazo de dos años de la prescripción de la acción civil.

- b. **El hecho abusivo.** En torno al hecho abusivo se han desarrollado una serie de discusiones teóricas, las han intentado de precisar los criterios que los analistas de la responsabilidad civil deben de tener en cuenta para establecer cuando estamos ante un hecho de tal naturaleza. En el desarrollo de estos derechos observamos que el titular puede tener dos actitudes anormales, que se excedan de los límites de la funcionalidad del derecho, lo que implica “ir un más allá” que dará lugar a perjuicios a otro particular.

Ejemplo: El propietario de un bien inmueble tiene derecho a usar, disfrutar, disponer y reivindicar dicho bien, en ejercicio de ese derecho este propietario decide derrumbar su inmueble para construir otro, utilizando una tractor conducido por el mismo sin ser experto en ello, por lo que ocasiona daños a los inmuebles colindantes, se demuestra que se ha excedido de su derecho que posee sobre su propiedad.

- c. **El hecho excesivo.** Para muchos tratadistas el hecho excesivo no debe ser regulado en forma independiente del hecho abusivo, dado que ambos responden a una lógica idéntica.

#### **2.2.3.4. EL DAÑO**

Es la lesión a un interés jurídicamente protegido. Sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado.

##### **Causas de justificación del hecho dañino**

Nuestra legislación prevé como causa de exoneración de responsabilidad en el ejercicio regular de un derecho, la legítima defensa y el estado de necesidad.

El ejercicio regular de un derecho.- Para Juan ESPINOZA tiene su origen en la antigua formula romana “qui suo iure utitur neminem laedit”. Así el que viola un hecho ajeno en el ejercicio de su propio derecho no actúa antijurídicamente y, por ende, ninguna responsabilidad le incumbe por los daños que pudiere ocasionar.

La legítima defensa.- Esta figura se inspira en el principio enraizado de la conciencia social y jurídica, por lo cual toda persona puede defenderse del peligro que exista de agresión, cuando no haya manera de contar con la tempestiva y adecuada intervención de órganos competentes del ordenamiento.

Tiene como características:

- El peligro debe ser actual.

- El peligro debe amenazar un interés directo y plenamente tutelado por el derecho.
- La amenaza debe ser injusta
- El recurso de defensa debe ser necesario e inevitable
- La reacción debe ser proporcional a la agresión.

Estado de Necesidad.- Suele ser definido como el sacrificio del bien jurídicamente inferior a favor de un jurídicamente superior, frente a un estado de peligro inminente.

Según el artículo 1971º inc. 3) del Código Civil se establece que no hay responsabilidad “(...) en la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos por 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, deterioro o destrucción del bien es de cargo del liberado del peligro”

### **Requisitos del daño**

Todo daño a efectos de ser indemnizado debe ser cierto, esto implica que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia, tal como lo exige además nuestra legislación, ya en el plano procesal, así el Art. 424º del Código Procesal civil hace referencia a los fundamentos de hecho, de derecho y a los medios probatorios.

Doctrinariamente se exige que el daño sea cierto o real, esto es, efectivo. El daño futuro también es indemnizable, en la medida que sea real, esto es, que necesariamente se tenga que producir. En cambio el daño eventual no es indemnizable porque no es cierto, se entiende por daño eventual al hipotético, fundado en suposiciones.

El daño indemnizable debe ser directo, debe provenir directamente del hecho del autor o del incumplimiento de una obligación contractual. El daño indirecto no se indemniza jamás porque no existe nexo causal entre el incumplimiento o el hecho dañoso por un lado, y el daño por el otro.

Finalmente el daño moral es indemnizable en ambas responsabilidades entendiéndose por tal a toda molestia, angustia, dolor o sufrimiento de la víctima, aunque no tenga una apreciación pecuniaria. Cabe señalar que en la responsabilidad civil extracontractual los daños imprevistos no se indemnizan jamás: “la previsibilidad de los daños no tiene cabida en la responsabilidad delincinencial o culposa, puesto que al ejecutarse el hecho dañoso no existe un vínculo jurídico previo que ligue al dañador con la víctima.

Los requisitos son:

a. Afectación personal del daño

En todo supuesto indemnizatorio se verifica la existencia de una relación entre el sujeto responsable y la víctima, siendo esta última la llamada a solicitar la reparación por haberse perjudicado su interés. La presente necesidad se complementa con la exigencia establecida en el Art. 424 del Código Procesal Civil de identificar al sujeto demandante y al demandado, es decir en correspondencia que en materia procesal está considerada como una condición de acción.

El daño se va concebir como el menoscabo de un interés, diferenciándolo con el bien jurídico que es concretamente afectado, por ende, la víctima no necesariamente va ser el afectado en forma concreta, sino también cuyo interés se ve perjudicado.

b. Que el daño sea injusto

Hacemos referencia con este requisito a que el daño debe haberse producido por efectos de un hecho generador de un supuesto de responsabilidad civil, en otras palabras un daño cuya realización no sea “justificada” por el ordenamiento jurídico.

c. Subsistencia del Daño:

Que no haya sido indemnizado con anterioridad.

Para solicitar y obtener una indemnización, el interés dañado es reparar, no debe haber sido objeto de un resarcimiento previo que haya dado lugar a su satisfacción, puesto que permitir su indemnización se estaría incurriendo en un supuesto de enriquecimiento indebido al considerarse que se pagó doblemente por un mismo concepto.

d. **Certeza**

Analizándose dos aspectos de la certeza:

Una certeza lógica y una certeza fáctica, este requisito está relacionado, e implica una seguridad en cuanto a su existencia y que haya irrumpido a la realidad actual, daño que recién se hace patente en virtud al accionar del sujeto pasivo u obligado.

### **Clasificación del daño**

El daño se clasifica en:

a. **Daño patrimonial**

Viene a ser la lesión de derechos de naturaleza económica o material que debe ser reparado, por ejemplo: la destrucción de una computadora.

Se clasifica a su vez en:

- **Daño emergente.** Viene a ser la pérdida patrimonial como consecuencia de un hecho ilícito, implica siempre un empobrecimiento, comprende tanto los daños inmediatos como los daños futuros, pues no siempre las consecuencias van a ser inmediatas. Es en consecuencia la disminución de la esfera patrimonial. Ejemplo: la factura de los medicamentos a consecuencia de una intervención quirúrgica, el costo de las terapias de rehabilitación que son gastos inmediatos y futuros.
- **Lucro Cesante.** Se entiende como ganancia dejada de percibir o el no incremento en el patrimonio dañado, mientras que en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un

impedimento de enriquecimiento legítimo. Por ejemplo, a consecuencia de una defectuosa intervención quirúrgica el agraviado no podrá seguir trabajando, por lo que está dejando de percibir ganancias que normalmente hubiera obtenido.

#### **b. Daño extrapatrimonial**

Viene a ser el daño ocasionado a la persona en si misma, dentro de la cual se encuentra el daño moral y a la persona.

- Daño moral. Es el daño no patrimonial que se entiende como una lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor, afección o sufrimiento, ejemplo la pérdida de un ser querido como consecuencia de un accidente de tránsito con consecuencia fatal. Es la lesión o cualquier sentimiento considerado socialmente legítimo.

Existen dos grandes problemas con referencia al daño moral como acreditarlo y como cuantificarlo.

La jurisprudencia asume que en los casos de fallecimiento de una persona, el cónyuge y los hijos sufren necesariamente un daño moral.

Respecto a cuantificarlo si bien no existe una suma de dinero que pueda reparar la pérdida de un ser querido, el artículo 1984 expresa que el monto indemnizatorio debe ir acorde con el grado de sufrimiento de la víctima y la manera como ese sufrimiento se ha manifestado en la situación de la víctima y su familia en general.

- Daño a la persona. Viene a ser el daño que lesiona a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. Afecta y compromete a la persona en cuanto en ella carece de connotación económica-patrimonial.

Ambas categorías de daño patrimonial y extrapatrimonial están referidas tanto a la responsabilidad contractual y extracontractual. En cuanto a las diferencias de matiz de regulación legal, el sistema jurídico nacional en lo que respecta al daño extracontractual, ha consagrado legalmente en el artículo 1985 del Código Civil el criterio de reparación integral de los daños, a diferencia del ámbito contractual, en el cual solo se reparan o indemnizan únicamente daños directos según dispone el artículo 1321.

#### **2.2.3.5. NEXO CAUSAL O RELACIÓN CAUSAL**

Podemos definirla como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa efecto, esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasiono el daño que produce finalmente el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados los cuales merecerán ser reparados. Nuestra legislación hace uso del criterio adoptado en la teoría sobre la relación causal, plasmada en nuestro Código Civil vigente, y está presente también en nuestra jurisprudencia.

Es necesario que entre el incumplimiento (responsabilidad contractual) o el hecho dañoso (responsabilidad extracontractual), por una parte, y el daño o perjuicio por otra, medie una relación de causalidad: que el daño sea consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del hecho dañoso. Es precisamente por falta de nexo que el daño indirecto no se indemniza. Este requisito general se presenta tanto en la responsabilidad contractual y extracontractual, la diferencia reside que mientras en el campo extracontractual la relación de causalidad debe entenderse según el criterio de la causa adecuada, en el ámbito contractual la misma deberá entenderse bajo la óptica de la causa inmediata y directa, aunque finalmente ambas teorías nos llevan al mismo resultado, es necesario precisar en qué consiste cada una de ellas.

**a. Causalidad adecuada.** Recogida por la Responsabilidad Civil extracontractual. Para que una conducta sea adecuada de un daño es necesario que concurren dos aspectos:

a. Un factor in concreto, debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado daño, **es** decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor. Sin embargo, no basta la existencia de este factor, pues es necesaria la concurrencia del,

b. Factor in abstracto para que exista una relación de causalidad adecuada, este factor se entiende como la conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir según el acontecimiento ordinario de los acontecimientos debe ser capaz de producir daño, si la respuesta es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto.

En consecuencia es necesaria la concurrencia de los factores para que se configure una relación de causalidad adecuada.

**b. Causa directa.** Por la cual se llama causa solamente a aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado que se halla temporalmente más próxima a esta, las otras serán solamente condiciones.

Se afirma que en materia de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana se acoge la teoría de la causa adecuada (art. 1985 CC) y en inexecución de obligaciones se asume la teoría de causa próxima (art. 1321 CC).

La relación de causalidad, además, presenta otras figuras y supuestos que se presentan en torno a este aspecto fundamental de la

responsabilidad civil, tales como la fractura causal o causa ajena, la de la concausa y la de pluralidad de causas.

- c. Fractura causal.** Elimina la responsabilidad subjetiva si ha mediado caso fortuito o hecho determinante de tercero o hecho determinante de la víctima, nos encontramos ante una ausencia de culpa por parte del aparente causante. Por lo cual si el presunto autor prueba que han mediado las circunstancias antes mencionadas, no será obligado a la reparación del daño.

La fractura causal se configura cada vez que un determinado supuesto presenta un conflicto entre dos causas o conductas sobre la realización de un daño, el cual será resultado de una de las conductas. En todo supuesto de fractura causal una de las conductas o causas habrá producido el daño, y la otra habrá llegado a causarlo justamente por haber sido consecuencia de la otra conducta.

Las conductas que no han llegado a causar daño se denominan causa inicial mientras que la conducta que si llegó a causar el daño se denomina causa ajena. Todo supuesto de fractura implica, un conflicto entre la causa ajena y la causa inicial, siendo el daño consecuencia de la causa ajena y no existiendo ninguna relación de causalidad respecto de la causa inicial.

Significa entonces que la causa ajena es un mecanismo jurídico para establecer que no existe responsabilidad civil a cargo del autor de la causa inicial justamente por haber sido el daño consecuencia del autor de la causa ajena. Por lo cual cada vez que se intente atribuir a un sujeto una responsabilidad civil extracontractual por la supuesta producción de un daño, este tendrá la posibilidad de liberarse de la responsabilidad si logra acreditar que el daño causado fue consecuencia no de su conducta, sino de una causa ajena (es decir de otra causa), la cual puede ser el hecho determinante de un tercero o del propio hecho de la víctima, o bien un caso fortuito o de fuerza mayor.

El artículo 1972 del CC describe los tres únicos típicos de fracturas causales que nuestra legislación admite:

- a. El caso fortuito y la fuerza mayor. “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consiste en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” (Art. 1313 CC).

Conforme se evidencia la citada norma no hace diferencia entre caso fortuito o fuerza mayor.

Doctrinariamente se entiende como caso fortuito un hecho natural que impide el cumplimiento de una obligación o que en materia extracontractual genera un daño; fuerza mayor se vincula a la intervención irresistible de la autoridad (acto del príncipe) Fernando de Trazegnies la noción de caso fortuito o fuerza mayor solo es relevante en el campo de la responsabilidad objetiva, porque, tratándose de responsabilidad subjetiva, todas las situaciones comprendidas en el caso fortuito se hallan excluidas de tal responsabilidad por el simple hecho que carecen de culpa. En consecuencia la responsabilidad subjetiva solo responsabiliza a quien tiene culpa, estos casos quedan exentos; y ya no será necesario hablar de caso fortuito o de fuerza mayor, porque basta demostrar la simple ausencia de culpa para quedar libre de responsabilidad.

Dentro de nuestro ordenamiento, en ambos casos lo esencial es lo mismo, se trata de una fuerza ajena extraordinaria, imprevisible e irresistible. Y para todo efecto práctico, nuestro ordenamiento civil considera el caso fortuito y la fuerza mayor como conceptos análogos, que tienen consecuencias similares: la exoneración de la responsabilidad.

- b. El hecho determinante de un tercero. Viene a ser otro caso de fractura del nexos causal. Que no debe ser tratado como un caso de ausencia de culpa, en este caso se debe a la liberación de una eventual

responsabilidad acreditando que el daño obedeció a un hecho determinante de un tercero.

La regla contenida en el artículo 1972 ha querido exonerar de responsabilidad a quien no fue autor de un daño, es decir liberar al presunto agente cuando el verdadero productor del daño fue un tercero, lo cual no significa que cualquier hecho de un tercero exime de responsabilidad; porque si así fuera no habría responsabilidad objetiva.

En realidad tanto en el caso fortuito como en el hecho determinante de tercero son casos de fuerza mayor. La diferencia se da en que el caso fortuito es una fuerza anónima, mientras que el hecho de un tercero y el hecho de la víctima tienen un carácter de fuerza mayor con el autor. Este carácter de "hecho de autor" da lugar a que no se cancele la responsabilidad extracontractual, simplemente se desplaza del presunto causante al verdadero causante. Es un hecho determinante que exonera de responsabilidad a una persona en particular a quien se le creía causante, pero no establece que no hay responsabilidad sino que otra persona es identificada como el "autor del daño"; y es contra ella que se vuelve la institución de la responsabilidad extracontractual.

El hecho determinante de un tercero debe imponerse sobre el presunto causante con una fuerza que aniquile su propia capacidad de acción y para que tenga un efecto exoneratorio, tiene que revertir también las características de imprevisibilidad e irresistibilidad.

- c. El hecho determinante de la víctima. Previstos en el 1972 y 1973<sup>o</sup> del Código Civil

El Artículo 1972<sup>o</sup> precisa que se libera al presunto autor no cuando ha mediado un hecho determinante de la víctima sino una imprudencia de ella, por lo que es necesario precisar que esta viene a ser el defecto de la advertencia o previsión que debía haber puesto en alguna cosa.

Se trata de un daño del cual el demandado no es el autor. Pero a diferencia del caso fortuito en el que el daño es atribuido a un suceso anónimo y del hecho determinante en el daño es imputable a una tercera persona, aquí la causa se encuentra en el hecho de la propia víctima.

En todos los casos de fractura causal debe dejarse de lado el análisis del aspecto subjetivo del autor de la conducta de la causa inicial, pues lo único relevante es que el daño ha sido consecuencia de una conducta o evento ajeno o distinto, ya sea un caso fortuito o fuerza mayor, de hecho de tercero o de hecho de la propia víctima.

Es decir las fracturas causales deben ser invocadas cuando se le impute a un sujeto una responsabilidad civil por un daño que no ha causado, habiendo sido el mismo consecuencia de un evento o culpa ajena, siendo que esta no guarda vinculación alguna con la noción de culpabilidad, tratándose de un asunto objetivo, referido a que conducta o evento es la causa del daño.

#### **2.2.3.6. RESARCIMIENTO DEL DAÑO MORAL O INMATERIAL**

- **Breve reseña del tratamiento del daño inmaterial o moral en el sistema peruano.**

Como advertencia inicial, es preciso recordar que para entender un sistema no se debe pensar solo en la legislación positiva, sino en la sociedad en su conjunto, que comprende su momento y circunstancias históricas, sociales, económicas, culturales e intelectuales.

#### **Código Civil de 1852**

En principio, el codificador de 1852, de acuerdo a la tradición de la época, basó la determinación de la responsabilidad en el principio de la culpa<sup>2</sup>, la que no se presume y debe ser probada, tanto en los contratos como en las obligaciones que nacen de delitos y cuasidelitos, aunque en algunos supuestos se aprecia una leve introducción a la objetivización de la responsabilidad.

En cuanto al daño extrapatrimonial, en forma muy incipiente y solo para el supuesto de injuria se estableció la posibilidad de solicitar indemnización: “En caso de injurias, tiene derecho el que las recibe a pedir una indemnización proporcionada a la injuria” (artículo 2022).

Con este numeral, se dio uno de los primeros pasos en la codificación civil peruana para introducir el daño inmaterial, siendo interesante lo relativo a la graduación de la indemnización en forma proporcional a la ofensa o daño sufrido, lo que le proporciona independencia respecto del daño patrimonial, pudiéndose calificar y cuantificar de manera aislada y autónoma a los daños materiales, en caso coexistir éstos en el caso concreto.

### **Código Civil de 1936**

Este Código, que se mantuvo dentro de la tradición de la culpa -con algunas excepciones-, no reguló el daño moral contractual -la jurisprudencia lo introdujo-, pero tímidamente reconoció el daño moral extracontractual en el artículo 1148: “al fijar el juez la indemnización, puede tomar en consideración el daño moral irrogado a la víctima”.

Por su novedad y forma de inclusión en la norma, inicialmente se interpretó como posible la satisfacción pecuniaria del daño moral solo cuando hubiera un daño material que reparar, concediéndosele así un carácter subsidiario<sup>3</sup>, a pesar de que la Exposición de Motivos de este Código, aunque lacónica, las distinguía y no estableció en modo alguno tal subsidiariedad: “No es preciso, por otra parte, que el daño sea material o patrimonial. Puede tratarse de verdaderos

---

<sup>2</sup> Artículo 1265.- El que celebra un contrato, no solo está obligado a cumplirlo, sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución o contravención, por culpa o dolo de la parte obligada.

<sup>3</sup> REY DE CASTRO, Alberto. **La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado.** Lima, Perú. Pág. 352.

detrimentos morales que se traducen en dolores o menoscabos de ciertos bienes inmateriales... Habrá casos sin duda, en que la solución más indicada sea la de dar satisfacción a los sentimientos de la persona humana, o al perjuicio de ciertos aspectos de bienes no materiales.”

La evolución del tratamiento de este tipo de daño fue iniciada a nivel de doctrina nacional por León Barandiarán, Cornejo, Solf, Rey de Castro, entre otros, quienes coincidían en que el criterio a predominar atendía a la reparación independiente del daño moral, sin necesidad de que vaya unido a una reparación patrimonial. La jurisprudencia asumió ese parecer, aunque no de inmediato<sup>4</sup>.

En el supuesto específico de ruptura de esponsales también se contempló, en el artículo 79, la indemnización por daños inmateriales, al referirse a los derechos inherentes a la personalidad del desposado perjudicado. Es de señalar que los esponsales crean en los desposados una obligación moral y no jurídica de celebrar matrimonio, por lo que no puede compelerse a ninguna de las partes al cumplimiento de dicho acuerdo. Sin embargo, el rompimiento de dicha promesa, en forma unilateral y sin justa causa, obliga a la parte culpable a reembolsar al otro o a terceros los gastos que hubiesen realizado de buena fe con motivo del matrimonio, solución que busca trasladar el daño patrimonial a quien lo ha producido, a pesar de que no resulta exigible cumplir la promesa matrimonial.

Ahora bien, como señalamos, el artículo 79 aborda el perjuicio que sufre el desposado en los derechos inherentes a su personalidad, por lo que se le ubica en la esfera del daño moral, cuyo contenido fue llenado por la jurisprudencia, que debe estudiarse dentro del contexto histórico y social en que fue emitida, lo que en su conjunto suman las circunstancias del caso:

“(…) los esponsales tienen efectos muy graves porque obligan a renunciar a toda otra expectativa de matrimonio con un tercero; esta situación es más exigente para la mujer, quien está obligada a guardar un absoluto alejamiento del mundo

---

<sup>4</sup> Jurisprudencia nacional.- En la causa 381/1943, R.S. 6.7.43, la Corte Suprema declaró que la indemnización por el daño moral no era admisible por vía de acción, sino como consecuencia de otras demandas. Este punto de vista no llegó a prosperar; era evidentemente restringido, admitiéndose más adelante acciones aisladas por daños extrapatrimoniales.

y preservar su honor dejando pasar los mejores días de su juventud en la expectativa de un compromiso. La violación de los esponsales pactados determina un daño moral en la vida de la novia, cuya personalidad resulta lesionada, dado el estrépito social que se produce a raíz de un apartamiento inmotivado<sup>5</sup>.

### **Código Civil de 1984**

El vigente Código civil, que introdujo la responsabilidad objetiva para el caso del riesgo creado (bienes y actividades riesgosas o peligrosas) en la responsabilidad extracontractual, reconoce y regula el daño moral tanto en la esfera obligacional como en la denominada extracontractual:

Responsabilidad por inejecución de obligaciones:

- Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.
- Responsabilidad extracontractual:
- Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.
- Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

Si bien no se señala en forma expresa, el daño extrapatrimonial por violación de los derechos de la persona puede ser resarcido, tanto si se ha producido dentro de una relación obligacional o fuera de ésta.<sup>6</sup> Los derechos contenidos en el Título II, a que se refiere el artículo 17 del Código civil, son el de igualdad entre

---

<sup>5</sup> Corte Superior de Chachapoyas, Res. De fecha 30 de junio de 1944. En este caso, el Fiscal opinó que se había producido daño moral y la Corte Suprema otorgó a la demandante la indemnización solicitada. (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (2001). **La Responsabilidad Extracontractual**. En: Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. IV, T. II, fondo editorial PUCP, 2001, p. 102).

<sup>6</sup> Artículo 17 del Código civil.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

varón y mujer (no discriminación), a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, a la intimidad, a la imagen y la voz, al secreto y reserva de las comunicaciones, a los derechos de autor y de inventor. Resulta evidente, por lo demás, que la violación de estos derechos, como de los derechos fundamentales en general, además de las acciones – civiles o constitucionales- que puedan ejercerse a fin de evitarla o cesarla, supone la posibilidad de entablar una acción indemnizatoria, puesto que los supuestos para su ejercicio se dan: antijuridicidad, daño, relación causal y factor de atribución (la regla general es que el factor de atribución es subjetivo, y solo a modo de excepción será objetivo, por lo que dicha regla se mantiene, debiendo analizarse las circunstancias y los hechos de cada caso a fin de aplicársele el factor que corresponda).

El Código civil establece reparación específicamente para el daño moral en el supuesto del cónyuge inocente en el divorcio por causal:

- Artículo 351.- Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.

Cabe mencionar que el Proyecto de la Comisión Reformadora, en el ámbito extracontractual, que fue el más innovador, establecía que el daño moral solo debía indemnizarse en forma excepcional, concretamente en el caso de actos ilícitos, como los supuestos de difamación o transgresión de la intimidad, excluyéndolo de los supuestos de responsabilidad por riesgo, por la perturbación que ello supondría en el principio de difusión social del riesgo, pues el proyecto contemplaba el sometimiento de estos casos a seguros<sup>7</sup>, pero finalmente se reconoció en el Código Civil el daño moral sin limitaciones en la responsabilidad extracontractual, e incluyéndose, como novedad, en la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

---

<sup>7</sup> Como señala el profesor De Trazegnies, “la controvertida reparación patrimonial del daño extrapatrimonial podía más fácilmente ser admitida ahí donde hay una decidida responsabilidad del causante, como es el caso del acto propiamente ilícito.” (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual**. Ob. Cit., p. 108.).

### 2.2.3.7. DAÑO INMATERIAL. CONCEPTO Y ALCANCES

Frente a los daños materiales, que afectan el patrimonio de la víctima (lucro cesante, daño emergente, pérdida de chance), se encuentra otra categoría de daños cuyo significado y alcances ha sido y sigue siendo materia de debate doctrinario, problema que incluye su denominación. Así, existen en la creación de diversos juristas, el daño no patrimonial, daño extrapatrimonial, daño moral, daño a la persona, daño a la vida de relación, daño inmaterial, daño al proyecto de vida, daño a la integridad psicosomática, daño psíquico, daño extraeconómico, daño subjetivo, entre otros.

En cuanto a la inacabable discusión acerca de la distinción entre daño moral y daño a la persona, suele decirse que el daño moral es la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos o morales, un turbamiento, una inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y, en general, toda clase de padecimientos no susceptibles de apreciación dineraria. Por su parte, se señala que el daño a la persona, que forma parte del denominado daño extrapatrimonial o daño subjetivo [http://www.derechocambiosocial.com/revista007/dano\\_moral.htm](http://www.derechocambiosocial.com/revista007/dano_moral.htm) - ftn10, es el daño ocasionado al sujeto de derecho, es un daño que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial<sup>8</sup>.

Para algunos, el daño a la persona es sinónimo de daño moral, para otros lo comprende, para otros más bien es una subespecie de éste y para otros son dos categorías distintas.

Al respecto, Taboada indica que, “por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima” (...) “la fórmula más sencilla y adecuada para entender el significado de daño a la persona es estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o su proyecto de vida, todo lo cual deberá ser obviamente acreditado. No obstante lo

---

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las Personas. En Código Civil, Vol. IV, compiladora Delia Revoredo. Lima, 1985, p. 88.

cual, en lo relativo a la frustración del proyecto de vida, pensamos que no se trata de cualquier posibilidad de desarrollo de una persona, que puede ser incierta, sino que deberá tratarse de la frustración de un proyecto evidenciado y en proceso de ejecución y desarrollo que se frustra de un momento a otro. No se debe confundir proyecto de vida con cualquier posibilidad respecto de la cual no exista ningún tipo de evidencia comprobada. Como tampoco se debe confundir proyecto de vida con las simples motivaciones de los sujetos. (...) hechas estas precisiones por separado tanto sobre el daño moral como el daño a la persona, resulta evidente, por lo menos desde nuestro punto de vista, que se trata de categorías independientes, pues una cosa es la persona y su proyecto de vida, y otra muy distinta son sus sentimientos. Nos parece muy interesante la fórmula que plantea la eliminación de la categoría del daño moral, para hacer referencia únicamente al daño a la persona, pero no nos parece convincente.”<sup>9</sup>

Aquí es conveniente mencionar que, en sus orígenes, el daño moral era el pretium doloris (daño-dolor), la lesión a la esfera sentimental del sujeto, la gran pena, el sufrimiento, pero su contenido se ha ido ensanchando por diversos sectores doctrinarios y jurisprudenciales, abarcando la lesión al honor individual y social, y posteriormente como lesión a la vida de relación, al proyecto de vida, a la identidad personal.

El tema sigue siendo materia de cuestionamiento, siendo interesante el razonamiento de León al respecto: “Si así están las cosas, el daño moral, en el ordenamiento jurídico peruano, abarca todas las consecuencias del evento dañoso que, por sus peculiares características, por su ligazón con la individualidad de la víctima, no sean traducibles directamente en dinero, incluida la lesión de los derechos fundamentales. ‘Moral’ no es lo contrario de ‘jurídico’; ‘moral’ es lo contrario de ‘material’.”<sup>10</sup>

Considera ejemplar, el mismo autor, que “la doctrina española no haya tenido problemas para entender, desde hace décadas que ‘el concepto de daños

---

<sup>9</sup> TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2003). **Elementos de la responsabilidad civil**. Lima, segunda edición, Editora Jurídica Grijley, pp. 64-70.

<sup>10</sup> LEÓN, Leysser L (2004). **La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas Perspectivas**. Lima, editora Normas Legales, p. 288.

morales no debe reducirse solamente a los dolores o sufrimientos injustamente ocasionados, sino que en él ha de incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (salud, libertad, honestidad, honor, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados' (cita a Rafael Alvarez Vigaray "La responsabilidad por daño moral", en Anuario de derecho civil, t. xix, fasc. 1, 1966, p. 85), o que el 'daño moral es aquel daño que afecta a un bien de la personalidad o de la vida (libertad, salud, honor, honestidad, paz, tranquilidad de espíritu, integridad física, bienestar corporal, privacidad, etc.), es decir, el que implica quebranto, privación o vulneración de esa categoría de bienes incorporeales cuya tutela cobijamos bajo la categoría de los llamados derechos de la personalidad. (...) La diversidad de manifestaciones que puede asumir, por tanto, el daño moral, es indescriptible, tantas como sean las facetas de la personalidad, valores y estimativas del ser humano.' (citando a Angel Cristóbal Montes, "El daño moral contractual", en Revista de derecho privado, t. LXXIV, 1990, p. 3)".

En lo personal, suscribo la tendencia a considerar el daño moral como categoría opuesta al daño material (y en modo alguno relacionado con la moralidad), esto es, entendiéndolo en su más amplia dimensión conceptual, lo que incluye el tradicional *pretium doloris* y todas las posibilidades no patrimoniales que tiene el sujeto para realizar en plenitud su vida de relación y su proyecto de vida, y que cualquier aspecto que pretenda dotársele de la definición de "clase" o "categoría", o "sub especie", no son más que posibilidades dentro del espectro comprendido en el rubro, de la misma manera que, por ejemplo, el daño emergente (especie del daño material) puede consistir en pérdidas patrimoniales de diferentes orígenes (gastos médicos, reparación de vehículo, etc.), cada uno de los cuales debe ser analizado y evaluado detenidamente en su contexto, y luego cuantificado, mas no significa que cada fuente de este daño va a consistir en una sub clasificación o categoría del mismo.

Así, dentro del concepto de "daño moral", a modo de explicación, pueden emplearse los términos que mejor lo describan para su evaluación, tomándose las mismas como manifestaciones diversas del mismo, siendo, además, el término "daño moral" una denominación tradicional que por su larga data e

historia resulta comprensible a todos, lo que la jurisprudencia nacional y extranjera ha recogido en su práctica habitual, por lo que el “traslado” que le corrió al juez, en términos generales, en este punto, ha sido respondido. Con esto podría dejarse de lado el “pleito de etiquetas” (feliz expresión del profesor De Trazegnies) que, en su afán clasificatorio (lo que en algunas ocasiones lleva a sospechar de propósitos más centrados en la autoría de tales divisiones y clasificaciones que en la finalidad práctica o en la visión orgánica del tipo de daño), desvía la atención del problema de fondo de esta problemática, la que más debe centrarse en la reparabilidad del daño, en las funciones de la responsabilidad civil y, finalmente, en su cuantificación (de aceptarse este tipo de daño dentro del esquema indemnizatorio), que constituye el aspecto más conflictivo, una vez sorteado el laberinto conceptual.

Como señala Visintini, “las categorías conceptuales creadas por la jurisprudencia -como el daño a la vida de relación, el daño estético y el daño biológico- representan una tentativa desarrollada para ampliar la resarcibilidad de daños que, solo muy indirectamente, comportan la disminución del patrimonio y que, en realidad, reflejan consecuencias también morales del hecho ilícito”.<sup>11</sup> Igualmente, se ha dicho que la extensión o ensanchamiento de la noción de daño moral a toda lesión a bienes extrapatrimoniales elabora un concepto fecundo, que permite configurarlo en su integridad y a partir de una nota distintiva “común a todos los daños morales que no vulneran de modo directo bienes susceptibles de apreciación pecuniaria.”<sup>12</sup>

En suma, el daño moral es de índole inmaterial, y su reparación tiene por finalidad un particular resarcimiento (puesto que hay un espectro importante de este tipo de daño, que nada puede borrar, ni restituir al estado anterior lo que, por ejemplo, se ha padecido emocional y físicamente), distinto al del daño patrimonial o material, que es de tipo compensatorio, ya que aquél, como se verá, más bien apunta a una satisfacción, o compensación indirecta, cumpliendo así, para algunos, una suerte de función de pena privada[19], de sanción civil, o

---

<sup>11</sup> VISINTINI, Giovanna (1999). **Tratado de la responsabilidad civil**. Trad. Aída Kemelmajer de Carlucci. T.2. Buenos Aires, Astrea, p. 231.

<sup>12</sup> IRIBARNE, Héctor Pedro. **La cuantificación del daño moral**. En: Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, noviembre 1999, p.186.

un remedio con finalidad, a veces, de tipo preventivo y punitivo. La distinción de este tipo de daño con el daño patrimonial o material resulta, de esta manera, una distinción de base, esto es, una diferenciación teórico-conceptual, puesto que las funciones del juicio de responsabilidad “son diferentes cuando interviene como reacción frente a uno u otro tipo de acontecimiento”<sup>13</sup>.

En este orden de ideas, la conexión entre el daño y su resarcimiento debe ubicarse a la luz de las funciones de la responsabilidad.

#### **2.2.4. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

Entre las variadas funciones que se ha atribuido a la responsabilidad, destacan las siguientes, por comprender distintos niveles importantes de ser sopesados al momento de evaluarlos casos concretos, a fin de no perder la perspectiva integral.

- A un nivel macroeconómico, la responsabilidad civil cumple una función de incentivación o desincentivación de actividades<sup>14</sup>, así como una función de prevención, que puede materializarse a través de aquéllas cuando se trata de actividades del potencial causante del daño (por ejemplo, un productor, quien podrá invertir en incrementar la tecnología), o cuando se trata de la potencial víctima, no se tratará necesariamente de una incentivación o desincentivación a realizar actividades, sino simplemente a observar una conducta preventiva (peatón muy cuidadoso al cruzar la calle, al manipular un artefacto, etc.).

Aquí se deben tomar en cuenta las posibilidades de prevención, es decir, si resulta factible que la potencial víctima pueda actuar preventivamente (nada puede hacer el pasajero para evitar que el avión se caiga), por lo que se estaría ante la prevención unilateral, que va de la mano con la responsabilidad objetiva, en tanto que la prevención bilateral es acorde a

---

<sup>13</sup> SALVI, Cesare. Ob. Cit., p. 297.

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2001). Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, ARA Editores, 2001, p. 278.

la responsabilidad subjetiva (en caso la víctima puede hacer algo para reducir la frecuencia o gravedad de los accidentes). Evidentemente, como señala Monateri, no todo es blanco y negro, pues ciertamente existen casos dudosos, cuyas particularidades deben ser analizadas detenidamente, ya que en algunos será mejor que prevalezca el criterio de la culpa sobre la responsabilidad objetiva (promueve en la víctima la asunción de prevenciones, reduciéndose de esa manera la frecuencia y gravedad de accidentes); por otro lado, cuanto más difícil en términos procesales sea probar la culpa, es mejor optar por la responsabilidad objetiva.<sup>15</sup>

- A un nivel microsistemático<sup>16</sup>, es de destacar la perspectiva diádica de Fernández Cruz, se sitúa en el análisis de un hecho concreto y particular que relacione a dos unidades individuales, a saber, el responsable y la víctima, la que sostiene que la responsabilidad civil cumple tres funciones:
  - Satisfactoria: que garantiza la consecución de los intereses tutelados por el orden jurídico, lo que incluye “la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés.” Así, esta función, para el mismo profesor, tiene diversas manifestaciones, como la aflictivo-consolatoria para el caso de los daños irreparables (extrapatrimoniales), cumpliendo una función de mitigación del mismo.
  - De equivalencia: “que explica el por qué la responsabilidad civil representa siempre una afectación patrimonial, en donde “alguien” deberá siempre soportar las consecuencias económicas de la garantía asumida para la satisfacción de intereses dignos de tutela. Presente el fenómeno exógeno del daño, se deberá decidir si esta

---

<sup>15</sup> MONATERI, Pier Giuseppe (2001). **Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo**. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, ARA Editores, p. 128.

<sup>16</sup> Ver FRANZONI, Máximo (2001). **La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones**. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, ARA Editores, p. 196.

afectación patrimonial se deja allí donde se ha producido o, si por el contrario, conviene trasladarla a otro sujeto.”

- Distributiva: se distribuye los costos del daño entre determinados sujetos, de acuerdo a los lineamientos macro-económicos perseguidos. Esta función, de acuerdo a Espinoza, es común respecto a las anteriores.

Salvi, por su parte, apunta que, en cuanto a los daños patrimoniales, el resarcimiento a la víctima debe dirigirse a la compensación de una pérdida económica, por lo que deben establecerse criterios de redistribución de los costos económicos entre los miembros de la sociedad, dependiendo del acontecimiento dañoso de que se trate. En tanto, en relación a los daños inmateriales, la tutela resarcitoria se configura como un “remedio con finalidad de tipo esencialmente satisfactorio de la víctima, y a veces, además, de tipo preventivo y punitivo.”<sup>17</sup>

Es importante definir si, en el caso de los daños inmateriales, la función satisfactoria tiene, a su vez, una función aflictivo-consolatoria, o si reviste un carácter decididamente punitivo (que, a su vez, puede cumplir un rol de disuasión respecto de actividades o conductas, aunque ello no significa que se trata de funciones vinculadas, ya que la función preventiva puede ser independiente de la función punitiva o sancionadora). La cuestión reviste la mayor trascendencia, ya que los parámetros que se utilizarán para cuantificar este daño derivarán de la función.

Un aspecto a considerar es que cuando una víctima sufre un daño moral, objetivamente la consecuencia es un menoscabo en su ámbito psíquico o espiritual. Ahora bien, si este daño que sufrió, además, ha sido consecuencia de un acto culposo o doloso del agente causante del mismo, se da una particular situación de ruptura de un equilibrio que existía antes del evento dañoso, lo que incrementa su padecimiento, es decir, actúa como agravante del daño. Este equilibrio debe restablecerse, necesariamente, a través de formas adecuadas de

---

<sup>17</sup> SALVI, Cesare. Ob. Cit., pp. 297-298.

resarcimiento y, en casos de irreparabilidad, de alguna otra forma que compense o atenúe lo sufrido, por medio del dinero (que es una representación de valor), pues de lo contrario la víctima consideraría que su sistema jurídico ampara, sin solución, la ocurrencia de un daño injusto intencional o negligente, lo que puede dar cabida a la búsqueda de tal restablecimiento en manos de la víctima (a través de actos de venganza privada).

La línea divisoria entre este planteamiento y la función sancionadora que algunos consideran corresponde a la responsabilidad es tenue, pero no por ello debe ser superpuesta ni confundirse.

En lo personal, no creo que la responsabilidad civil deba incluir una función sancionadora, ni tampoco que dicha función se pueda identificar con la función preventiva -la que se obtiene con un sistema eficiente y no castigador-, sino que debe centrarse en un planteamiento basado en el resarcimiento a la víctima.

Por ello, considero que el daño extrapatrimonial debe ser resarcido, en tanto daño efectivamente sufrido, y la distinción entre haber sido causado con culpa – o dolo- y sin culpa –por atribución objetiva de responsabilidad- graduarían el monto en función exclusivamente del daño moral que dicha intencionalidad o negligencia en sí misma cause a la víctima, agravándolo. Bajo ningún punto de vista debe consistir en una suerte de indemnización punitiva, por cuanto ésta solo puede enriquecer indebidamente a la víctima, pues va más allá de la reparación; asimismo, no es aceptable considerar resarcitorio el alivio al ánimo de venganza, pues en modo alguno puede emplearse para ello al derecho, ni servir éste de canal para una finalidad semejante. Lo relativo a la punición, si bien puede en algunos casos ser válida, es ajeno a la responsabilidad civil y corresponde a otras áreas, como la administrativa o la penal.

Es por todo esto que el panorama se plantea en forma compleja al juez, quien debe evaluar el caso concreto que se le presenta, con nociones claras de lo que se va a reparar –en cuanto al daño inmaterial-, por qué debe repararse y cómo debe hacerse. Así, como he señalado en líneas anteriores, si el resarcimiento del daño extrapatrimonial debe basarse en criterios claros y acreditados, sin pretender “castigar” al culpable, entonces la graduación de la culpa –hasta el

dolo- no va a ser un factor a considerar para la reparación, sino únicamente en caso de que la existencia de este factor haya contribuido a acrecentar el daño mismo, por lo que no hay razón para que se deje de reparar el daño extrapatrimonial o inmaterial en los casos de responsabilidad por atribución objetiva.

En este punto resulta interesante la reflexión del profesor De Trazegnies al respecto, quien en general no considera que el daño moral deba –ni pueda- repararse, por cuanto relaciona la reparación de este tipo de daño con castigo, punición, al causante, por lo que, de existir, su función sería preventiva –por intimidatoria- y solo aplicable en casos de culpa grave:

“En el derecho moderno, es el Estado quien, en nombre de la sociedad, aplica los castigos y percibe las multas a que está obligado el infractor en razón de haber violado una norma de carácter social. Pensar en indemnizaciones punitivas a favor de la parte ofendida es regresar a una visión tribal del Derecho, a una suerte de venganza apenas canalizada por el Estado. Este planteamiento me llevó a descartar totalmente la indemnización punitiva en los casos de accidentes normales de la vida cotidiana y a ser muy prudente –y hasta escéptico- en los casos donde se había presentado una culpa grave y donde la indemnización pudiera tener una connotación intimidatoria y ejemplarizadora, prefiriendo la sanción penal y la administrativa a la indemnización civil.”<sup>18</sup>

El razonamiento descrito parte de la concepción de que este tipo de daño no es reparable con dinero, por lo que generalmente no es resarcible; de esa manera, solo determinadas afectaciones de tipo inmaterial podrían repararse, como el daño al honor que podría desagraviarse mediante una retractación pública, con lo que el espectro de daño efectivamente causado quedaría suelto, esto es, el equilibrio que existía antes del evento no se restablecería jamás, ni siquiera a través de la representación de valor que es el dinero, con lo que en forma aparentemente ficta se le otorga al dañado la posibilidad de figurar y decidir la forma de invertirlo que más le apacigüe lo sufrido, pues solo él sabrá qué le

---

<sup>18</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. **La Responsabilidad Extracontractual en la Historia del Derecho Peruano**. En: *Thémis*, revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 50, 2005 (edición aniversario por 40 años), p. 213.

conviene más (puede mitigar su padecimiento a través de comodidad para sí mismo o de ayuda a otros). Entonces, no es que no sea reparable este tipo de daño, sino que no se sabe cómo repararlo, el cuestionamiento apunta a la idoneidad del dinero para ello, por considerarse algo demasiado “material” para aplacar algo tan “inmaterial”.

Por lo demás, con la enorme distancia que franquea un tipo de daño con el otro, al resarcir los daños patrimoniales con dinero, tampoco es tan cierto que con ello se lleva a la persona a idéntica situación que tenía antes de la ocurrencia del daño, por lo que es también una ficción, solo que mucho más leve.

En suma, se cuestiona la función satisfactiva de la responsabilidad civil, por considerarla “una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuando menos en su patrimonio”, una reminiscencia de la vieja idea de venganza, y por ello debe transitarse con mucho cuidado por esta vía, a fin de no ser (el sistema, el juez) instrumento de venganza personal.

Esto no es así: insisto en que es un error atribuir función resarcitoria a los daños patrimoniales y sancionadores o punitivos a los daños morales o extrapatrimoniales, identificando, de esa manera, la culpa con este tipo de daño. Para castigar, efectivamente, existe el Derecho Penal –que impone penas- o los reglamentos administrativos -que imponen multas u otras sanciones como suspensión de licencias, cierre de establecimientos, etc.- y nada de ello corresponde a la responsabilidad civil. Cualquier indemnización civil que tenga como finalidad irrumpir en la esfera sancionatoria va a resultar un nuevo desequilibrio, pues se creará una nueva víctima –el causante del daño- al otorgar un lucro indebido al demandante.

Es por esto que la función aflictivo-consolatoria no debe degradarse hasta convertirse en un eufemismo, sino que debe dotarse de contenido, y esto a través de un criterio firme que apunte a un auténtico resarcimiento, por medio de una valoración seria del daño extrapatrimonial, empleando parámetros y no meras suposiciones o presunciones, acreditando el daño (la víctima) y fundamentando la decisión final (el juez). Si este resarcimiento se acercase, de esa manera, a la “perfección” -extendiendo a la totalidad de los daños

inmateriales la conclusión de Monateri respecto de los accidentes- a través de la jurisprudencia, se evitarían o reducirían comportamientos ineficientes futuros tanto de dañadores (si la prevención es tanto bilateral como unilateral) como de víctimas potenciales (en caso pueda darse la prevención bilateral).

No debe relacionarse, pues, el resarcimiento del daño moral con la existencia de culpa o dolo, activando la tradicional noción de punición o castigo del “pecado” de dañar a otro. La evolución del concepto y rol de la culpa van de la mano con la evolución de la función de la responsabilidad civil, lo que debe necesariamente incluir el espinoso tema del daño inmaterial, que no por complejo debe ser dejado de lado, puesto que si bien contiene elementos subjetivos, el hecho de su ocurrencia y padecimiento es objetivo.

#### **2.2.4.1. CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL (O MORAL)**

Para Díez-Picazo, en posición que comparto plenamente, el daño moral no debe ser “simplemente presumido por los tribunales como consecuencia de lesiones determinadas y que se suponga, asimismo, que es igual para todos. Por el contrario, entendemos que debería ser objeto de algún tipo de prueba. Para cerrar este epígrafe convendría igualmente señalar que tratándose, en rigor, de un daño que impide la restauración de la situación personal del dañado anterior al daño, la única posibilidad existente de indemnizarlo consiste en proporcionar al dañado las atenciones ordinarias en la vida de relación para sobrellevar este tipo de situación, sin producir, como reiteradamente hemos dicho, larvadas formas punitivas.”<sup>19</sup>

Es también indispensable reproducir la postura apasionada y decidida de los hermanos Henri y León Mazeaud y André Tunc a favor de la satisfacción del daño moral, quienes en célebre frase han dicho que “es inexacto pretender que la reparación del perjuicio moral se opone a los principios fundamentales que rigen la responsabilidad civil. En derecho, esa reparación se impone por lo tanto. Se impone también ante la equidad, y es una consideración que resultaría vano querer despreciar. Parecería chocante, en una civilización avanzada como la

---

<sup>19</sup> DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de Daños. Madrid, Civitas, 1999, p. 329.

nuestra, que fuera posible, sin incurrir en ninguna responsabilidad civil, lesionar los sentimientos más elevados y más nobles de nuestros semejantes, mientras que el menor atentado contra su patrimonio origina reparación”<sup>20</sup>.

## **2.2.5. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD**

Es evidente que con el transcurso del tiempo - y particularmente en la última década - se ha ido produciendo una verdadera “explosión” de la responsabilidad civil y, en especial de aquella que puede surgir a raíz de los daños causados a la vida, a la salud, a la integridad física o síquica de un paciente con ocasión de las prestaciones médico- sanitarias.

Son cada día más numerosas las demandas civiles entabladas contra los profesionales de la medicina y también contra los centros asistenciales donde éstos prestan sus servicios. Además, cada día son más altas las indemnizaciones que los jueces están dispuestos a otorgar en favor de las víctimas demandantes.

### **2.2.5.1. CAUSAS DE LA PAULATINA TRANSFORMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD**

a. En primer lugar, porque ha existido un cambio en la composición social y cultural de la sociedad moderna. Actualmente, muchos pacientes son sujetos más o menos pudientes que no se resignan frente al dolor y al sufrimiento, sobre todo si éstos provienen de un daño a la salud o a la integridad física o síquica. Todos quieren una reparación integral del daño sufrido. El paciente moderno busca una reparación y no se resigna frente al dolor y a la enfermedad.

---

<sup>20</sup> MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. T.I, Vol. I, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de la quinta edición, p. 441.

- b. Porque se ha producido una transformación en la finalidad perseguida por la responsabilidad civil pues mientras antes se entendía que la responsabilidad civil - y el pago de la indemnización - era una forma de castigar personalmente culpable un delito o cuasidelito civil (daño causado con dolo o culpa), en cambio, hoy se entiende que la responsabilidad civil es el mecanismo para reparar el perjuicio causado a la víctima inocente, de manera que se hace civilmente responsable al demandado incluso si el daño no fue claramente causado por un acto u omisión culpable sino por un accidente más o menos fortuito.
- c. En tercer lugar, se percibe un profundo y paulatino cambio en la forma como se ejerce hoy la medicina y como el paciente es atendido en su enfermedad o dolencia. Del ejercicio individual de la medicina se ha ido pasando al ejercicio colectivo de la misma al interior de las clínicas o establecimiento de salud. Cada día es más común que el médico preste sus servicios al interior de una organización pública o privada, que le facilita medios humanos y materiales para cumplir con sus deberes. Por ello está desapareciendo el llamado “médico de cabecera” o “médico de familia” para dar paso al hospital que atiende a sus pacientes como un servicio integral y completo. Se ha producido una verdadera “proletarización del ejercicio de la medicina”.
- d. Con la aparición de las clínicas, en el cual trabajan un sinnúmero de profesionales, se ha producido una paulatina despersonalización de la atención médico-sanitaria. Frente a ello el paciente víctima de una mal practica no siente el respeto y la veneración casi ciega frente a su médico de cabecera, sino la indignación frente al servicio anónimo defectuoso, no dudando demandar la efectiva reparación del daño causado.
- e. Por último, la posible presencia de seguros que cubran la responsabilidad civil de las clínicas, o de sus médicos o agentes sanitarios, incentiva la interposición de demandas de indemnización contra el profesional sanitario y/o contra la institución donde y para la cual éste presta sus servicios.

Sin duda que la combinación de todos estos factores, y otros más, ha conducido a que - frente a los casos de mala práctica médica - las víctimas busquen un responsable civil que pague los perjuicios.

Asimismo, cabe hacer notar que, tradicionalmente, frente al daño causado al paciente con ocasión de una negligencia médica, la estrategia procesal se centraba en la persona del facultativo que material y directamente causó el daño respectivo. La víctima buscaba la responsabilidad penal y civil del facultativo que con dolo o culpa causó el daño, sin demostrar un mayor interés por demandar al hospital dentro del cual dicho facultativo causó el daño respectivo.

La responsabilidad médica se veía como una forma de castigar al personalmente responsable de una culpa o negligencia que causó daños al paciente o a su familia y no tanto como un medio para obtener la justa e íntegra reparación del daño causado.

Sin embargo, hoy ha cambiado este criterio. Existe una clara tendencia a buscar - junto con la responsabilidad penal y civil del facultativo (responsabilidad personal) - la responsabilidad civil de la clínica dentro del cual se causó el daño (responsabilidad institucional, empresarial o corporativa), pues se busca, más que castigar a un culpable, obligar a un patrimonio solvente que pueda hacer frente al íntegro pago de los daños causados al paciente.

Por ello he preferido centrar esta exposición en la responsabilidad civil de los hospitales y centros asistenciales privados.

¿Qué responsabilidad pueden tener las clínicas dentro de las cuales se produce un daño a la vida o integridad física de un paciente? ¿Es necesario que la víctima pruebe la culpa o negligencia personal del médico o del funcionario paramédico presente al interior del hospital demandado? ¿Es suficiente un error u omisión accidental o una simple inadvertencia para que surja la responsabilidad civil de hospital? ¿Deben los hospitales responder de los actos culpables causados por médicos externos, independientes y simplemente acreditados ante el hospital?

Antes de entrar en la casuística, es muy importante tener claro las distintas doctrinas que intentan explicar la naturaleza y el fundamento de la responsabilidad civil de las clínicas.

#### **2.2.5.2. DOCTRINAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA Y EL FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD**

En estricta teoría existen tres doctrinas<sup>21</sup> que intentan explicar por qué y cuándo debería responder civilmente una clínica frente al daño causado a un paciente dentro de sus instalaciones.

a. La Responsabilidad por la culpa en la elección y en la vigilancia

Esta fue la primera y la más antigua explicación respecto del fundamento o naturaleza de la responsabilidad civil de las clínicas.

Para esta doctrina, los hospitales y clínicas sólo deberían responder civilmente cuando se logra acreditar que dichos centros incurrieron en culpa al elegir o vigilar a los médicos o al personal sanitario que trabaja en ellos.

Esta teoría tiene su fundamento en la doctrina liberal decimonónica de la responsabilidad subjetiva o por culpa probada, la que se traducía en el viejo axioma: no hay responsabilidad civil sin culpa personal probada.

Bajo este régimen, el hospital o la clínica demandado podría siempre intentar eximirse de la responsabilidad civil que se le imputa probando que fue diligente en la selección o en la vigilancia de sus médicos o del personal sanitario que trabaja con él<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup>Para una explicación más detallada de estas tres doctrinas puede consultarse Zelaya Etchegaray, P., La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente, Editorial Aranzadi. Pamplona (España) 1995, 34-136.

Con el devenir del tiempo esta doctrina se fue haciendo insuficiente para las víctimas e inadecuada frente a la moderna realidad hospitalaria, y ello por las siguientes razones:

En primer término, porque las clínicas comenzaron a organizarse como personas jurídicas (principalmente como sociedades anónimas) respecto de las cuales -al constituir entes ficticios - era muy difícil imputar una culpa personal e individual.

Además, la selección de personal médico-sanitario comenzó a ser realizada por empresas externas, autónomas y altamente calificadas, de forma que el profesional elegido siempre reunía buenos antecedentes.

Por otro lado, cada día se fue haciendo más difícil imputar una culpa en la dirección y/o en la vigilancia de personal sanitario pues ni la empresa ni sus directores o gerentes tenían los conocimientos técnicos necesarios como para hacer efectiva dicha dirección o control (y ser responsables por su omisión o negligencia).

A su vez, múltiples daños al paciente eran la triste consecuencia de simples errores humanos (no constitutivos siquiera de culpa levísima) o deficiencias técnicas de los aparatos altamente sofisticados que se comenzaron a utilizar en dichos centros asistenciales.

Por ello, bajo esta perspectiva, los Tribunales comenzaron a eximir de toda responsabilidad civil al hospital o clínica demandado cuando, por ejemplo éstas lograban probar que habían elegido a un profesional altamente calificado y luego de una rigurosa selección de candidatos (cosa siempre fácil de hacer) o bien cuando lograban probar que el

---

<sup>22</sup>Así, por ejemplo, la clínica demandada podría probar que no incurrió en culpa *in eligiendo* pues eligió bien a sus empleados (incluso, a través de una Agencia de Empleo externa) o seleccionó a un profesional universitario altamente calificado. También podría probar que no incurrió en culpa *in vigilando* pues puso todos los medios a su alcance para vigilar y controlar la actividad médica dañina o bien no tenía los conocimientos ni los medios para dirigir, controlar o supervisar la actividad altamente calificada y específica del profesional de la medicina.

daño lo había causado el profesional en el ejercicio de su *lex artis* médica, sin que haya sido posible para la clínica dirigir o controlar la forma como se desempeñó el respectivo profesional.

Sin embargo, esta falta de responsabilidad del centro asistencial demandando iba en claro desmedro del médico o paramédico demandado, en quien quedaba radicada toda la responsabilidad civil.

En esta primera época, el hospital demandado sólo era civilmente responsable de los actos materiales, puramente administrativos o simplemente paramédicos que causaban daño al paciente, pues sólo respecto de éstos la institución demandada podía tener cierto grado de control y dirección (por ejemplo, no cumplir con las indicaciones del médico tratante; no controlar adecuadamente una transfusión sanguínea; no anotar bien la temperatura u otros signos vitales del enfermo hospitalizado; no mantener en buen estado los recipientes con drogas, etc.).

b. La responsabilidad vicaria, indirecta o sustituta.

Desde esta perspectiva el hospital es objetivamente responsable de las culpas cometidas por sus empleados o dependientes.

Al constituir una forma de responsabilidad objetiva del hospital demandado, éste no puede eximirse de la responsabilidad civil que se le imputa intentando probar que fue diligente en la selección o vigilancia de sus médicos o de su personal sanitario. El centro sanitario no responde por culpa propia sino en garantía de las culpas ajenas.

De esta forma, y por regla general, una vez probada la culpa y personal responsabilidad civil del dependiente, ésta se “propaga” hacia el hospital inocente, el cual debe responder frente a la víctima al modo de un fiador solidario.

Esta doctrina está recogida por primera vez en el Código Civil francés de 1804 y está vigente hoy, por ejemplo USA y en todos los países regidos por el common law.

Sin embargo, este sistema tiene cierta importancia práctica en Chile, toda vez que ha tenido gran influencia en la interpretación y aplicación que nuestros Tribunales han hecho de la normativa contenida en el Código Civil respecto de la responsabilidad civil del empresario.

Muchas son las razones que se han esgrimido para fundamentar la responsabilidad vicaria de la clínica u hospital: (i) unos dicen que probada la culpa del empleado, se presume de derecho la culpa del hospital; (ii) otros, que el hospital es patrimonialmente garante frente a la víctima de las obligaciones indemnizatorias contraídas por sus empleados, lo que suelen ser mucho menos solventes que la propia institución donde trabajan; (iii) otros, que la clínica y sus dependientes se identifican frente a la víctima de forma tal que la culpa del dependiente es la culpa del hospital; etc.

Sin embargo, y con independencia del fundamento teórico que se desee entregar a esta clase de responsabilidad objetiva, para que surja responsabilidad civil en el hospital demandado bajo este sistema deben reunirse, al menos, los siguientes tres requisitos o condiciones:

- Que el facultativo o personal sanitario que directa y materialmente causó el daño haya actuado con dolo o culpa, de forma tal que sin culpa en éste no hay responsabilidad civil del hospital demandado;
- Que el facultativo o personal sanitario que causó el daño sea empleado o dependiente del hospital demandado, de manera que si e hospital demandado logra probar que no existe relación de subordinación o dependencia entre él y el agente sanitario culpable, el primero no es civilmente responsable;

- Que el facultativo o personal sanitario que causó el daño haya actuado en el ejercicio o, al menos, con ocasión de sus funciones, de manera que si el hospital demandado logra probar que el médico actuó fuera de sus funciones o en abierta limitación de las mismas, se exime de toda responsabilidad civil.

## **2.2.6. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL**

### SECCION SEXTA - Responsabilidad extracontractual

#### **Artículo 1969º.-** Indemnización por daño moroso y culposo

Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otra está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

#### **Artículo 1970º.-** Responsabilidad por riesgo

Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.

#### **Artículo 1971º.-** Inexistencia de responsabilidad

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

- 1.- En el ejercicio regular de un derecho.
- 2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno.
- 3.- 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.

#### **Artículo 1972º.-** Irresponsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor

En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

**Artículo 1973º.-** Reducción judicial de la indemnización

Si la imprudencia solo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.

**Artículo 1974º.-** Irresponsabilidad por estado de inconsciencia

Si una persona se halla, sin culpa, en estado de pérdida de conciencia, no es responsable por el daño que causa. Si la pérdida de conciencia es por obra de otra persona, esta última es responsable por el daño que cause aquella.

**Artículo 1975º.-** Responsabilidad de incapaces con discernimiento

La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.

**Artículo 1976º.-** Responsabilidad de representantes de incapaces sin discernimiento

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

**Artículo 1977º.-** Indemnización equitativa

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.

**Artículo 1978º.-** Responsabilidad por incitación y/o coautoría

También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias.

**Artículo 1979º.-** Responsabilidad por daño causado por animal

El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que este cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

**Artículo 1980º.-** Responsabilidad por caída de edificio

El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si esta ha provenido por falta de conservación o de construcción.

**Artículo 1981º.-** Responsabilidad por daño del subordinado

Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

**Artículo 1982º.-** Responsabilidad por denuncia calumniosa

Corresponde exigir indemnización de daños y perjuicios contra quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncia ante autoridad competente a alguna persona, atribuyéndole la comisión de un hecho punible.

**Artículo 1983º.-** Responsabilidad solidaria

Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pago la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.

**Artículo 1984º.-** Daño moral

El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

**Artículo 1985º.-** Contenido de la indemnización

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

**Artículo 1986º.-** Nulidad de límites de la responsabilidad

Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.

**Artículo 1987º.-** Responsabilidad del asegurador

La acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de este.

**Artículo 1988º.-** determinación legal del daño sujeto a seguro

La ley determina el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro.

### **2.3. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS**

1. ACTA MÉDICA: Documento oficial mediante el cual se relata un hecho real y también se puede fundar derechos y cualidades con trascendencia jurídica
2. BIOÉTICA: Es la ética aplicada a la vida (como en el caso de la decisión entre la vida o muerte).

3. CASO FORTUITO: Los hechos son extraños al hombre, ocurren por azar, es decir, es una consecuencia extraordinaria o excepcional de la acción. El médico no ha previsto el resultado porque éste no era previsible, por lo tanto no puede serle imputado.
4. CÓDIGO DE ÉTICA: Es una lista escrita de valores profesiones y normas de conducta. Proporcionar un marco de referencias para tomar decisiones. Exige revisión periódica que refleja los cambios en la sociedad y en la profesión.
5. CULPA: es el término jurídico que al igual que la negligencia, supone la "voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho".
6. CULPA INCONSCIENTE: Es la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al actuar (ha obrado con negligencia o imprudencia pero no imaginándose el resultado delictuoso de su acción).
7. CULPA MÉDICA: Es una infracción a una obligación preexistente fijada por Ley o por el contrato.
8. CULPA PROFESIONAL: Es cuando se han contravenido las reglas propias de una actividad, o sea hubo falta de idoneidad, imprudencia o negligencia.
9. DEBERES: Necesidad moral de hacer omitir. Fuerza imperiosa, ordenativa que se desprende de la conexión necesaria o conveniente entre el bien supremo del hombre y determinada conducta.
10. DELITO: en sentido dogmático, es definido como una conducta, acción u omisión típica (tipificada por la ley), antijurídica (contraria a Derecho), culpable y punible. Supone una conducta infracción al del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley.
11. DEONTOLOGÍA: Sistema ético de reglas y deberes. Ética del deber.

12. DERECHOS: Aquello que podemos reclamar y que conlleva obligaciones.
13. DOLO: en derecho, es la voluntad deliberada de cometer un delito a sabiendas de su ilicitud. En los actos jurídicos, el dolo implica la voluntad maliciosa de engañar a alguien o de incumplir una obligación contraída.
14. ÉTICA: Proceso de razonamiento formal empleado para determinar la conducta correcta.
15. IMPRUDENCIA: La imprudencia es entendida como falta de tacto, de mesura, de la cautela, precaución, discernimiento y buen juicio debidos, por parte del profesional de la salud.-
16. INFORME: Puede ser verbal o escrito y se utiliza para avisar a un familiar o autoridad judicial sobre algún paciente con un estado determinado.
17. IMPERICIA: Está genéricamente determinada por la insuficiencia de conocimientos para la atención del caso, que se presumen y se consideran adquiridos, por la obtención del título profesional y el ejercicio de la profesión.-
18. JUSTICIA: Virtud que nos hace dar a cada cual lo que le pertenece.
19. MALA PRAXIS: su Definición Conceptual: Existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable
20. MORAL: Principio y normas de conducta correcta, privada, personal.
21. NORMA: Declaración de principios específicos de autoridad, que controlan acciones dentro del contexto de los criterios y objetivos que ayudan a la toma de decisiones, al fijar líneas de acción o en algunos casos, para prohibiciones directas a otros.

22. NEGLIGENCIA: Es entendida como la falta de cuidado y abandono de las pautas de tratamiento, asepsia y seguimiento del paciente, que están indicadas y forman parte de los estudios en las profesiones de la salud.

### **CAPÍTULO III - PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

#### **3.1. PRESENTACIÓN**

Después de efectuar la recolección de datos (prueba de campo), se realiza el análisis a través de las métricas empleadas en los indicadores de la variable independiente y la variable dependiente. Todo esto con la finalidad de obtener en el análisis de los resultados la apreciación más fidedigna del comportamiento para su respectiva interpretación de las variables involucradas.

#### **3.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

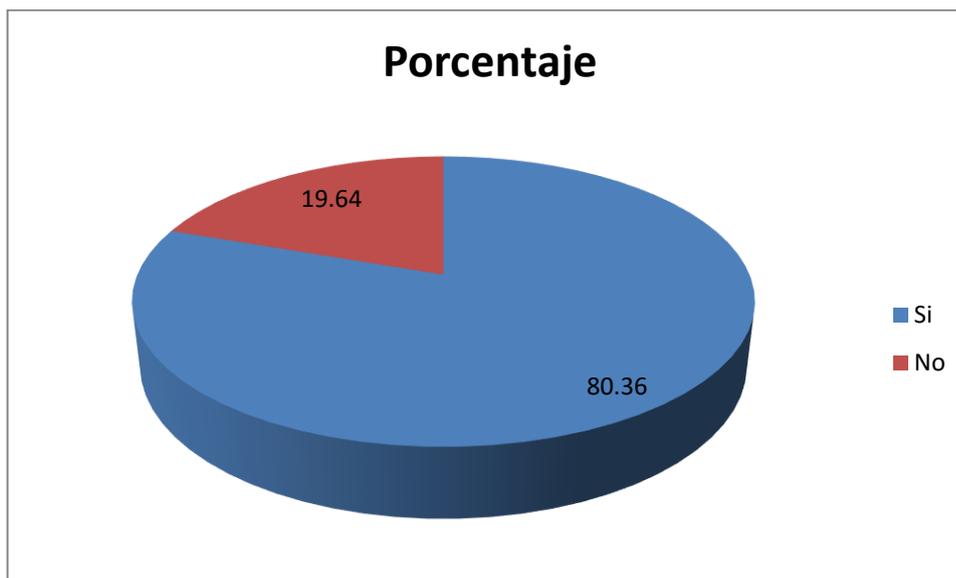
### 3.2.1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE LA ENCUESTA APLICADA A ABOGADOS

Tabla 5.

1. Usted cree que, ¿la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica?	Frecuencia	Porcentaje
Si	45	80.36
No	11	19.64
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°1



Fuente: Propia

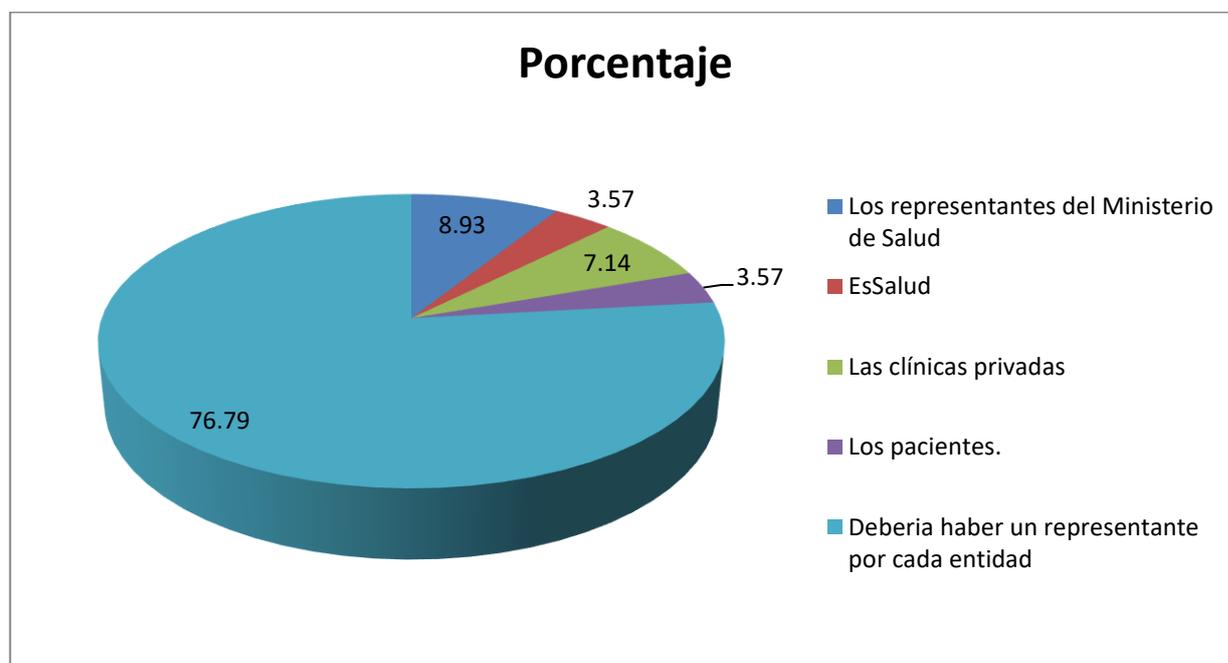
**Interpretación:** Según la percepción de los abogados, el 80.36% de los encuestados opina que la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica y el 19.64%.

Tabla 6.

2. Para Usted, ¿Quiénes deben ser los representantes del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?	Frecuencia	Porcentaje
Los representantes del Ministerio de Salud	5	8.93
EsSalud	2	3.57
Las clínicas privadas	4	7.14
Los pacientes.	2	3.57
Debería haber un representante por cada entidad	43	76.79
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°2



Fuente: Propia

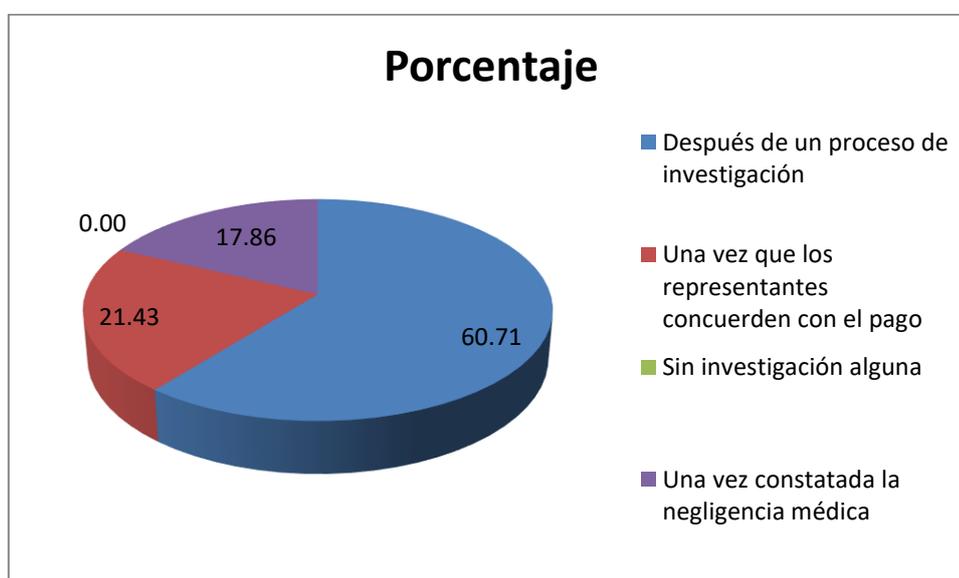
**Interpretación:** Según la percepción de los abogados, 8.93% de los encuestados opina que una persona del Ministerio de Salud debe ser el representante del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica, el 3.57% opina que una representante de EsSalud, el 7.14% opina que un representante de las Clínicas privadas y el 76.79% opina que debería haber un representante de todas las entidades mencionadas.

Tabla 7.

3. ¿Cómo debe pagarse la indemnización ante la ocurrencia de una negligencia médica para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?	Frecuencia	Porcentaje
Después de un proceso de investigación	34	60.71
Una vez que los representantes concuerden con el pago	12	21.43
Sin investigación alguna	0	0.00
Una vez constatada la negligencia médica	10	17.86
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°3



Fuente: Propia

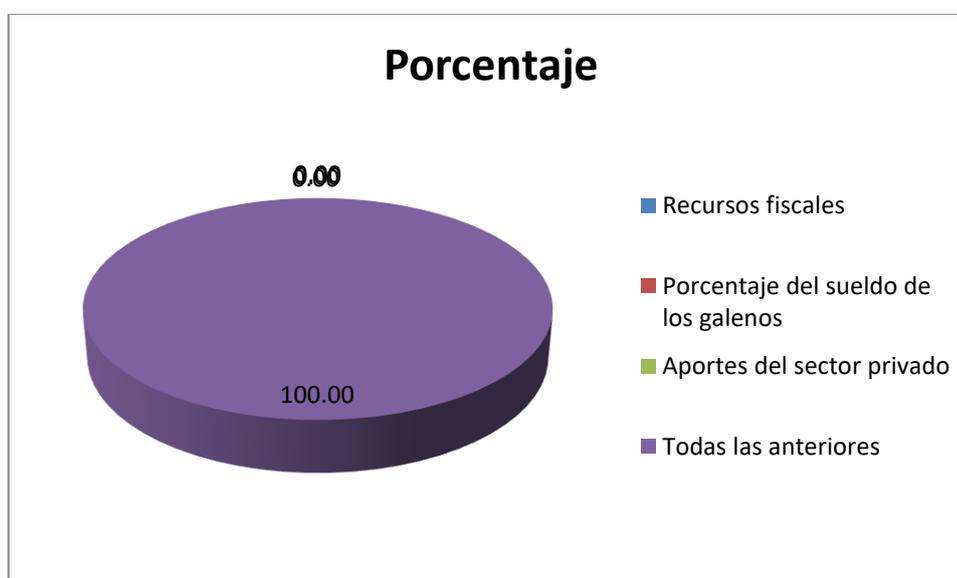
**Interpretación:** Según la percepción de los abogados, el 60.71% de los encuestados opina que la indemnización debe pagarse después de un proceso de investigación, el 21.43% opina que una vez que los representantes concuerden el pago, el 0% opina que sin investigación alguna y el 17.86% una vez que se constata la negligencia médica.

Tabla 8.

4. ¿Cómo se obtendrán los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?	Frecuencia	Porcentaje
Recursos fiscales	0	0.00
Porcentaje del sueldo de los galenos	0	0.00
Aportes del sector privado	0	0.00
Todas las anteriores	56	100.00
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°4



Fuente: Propia

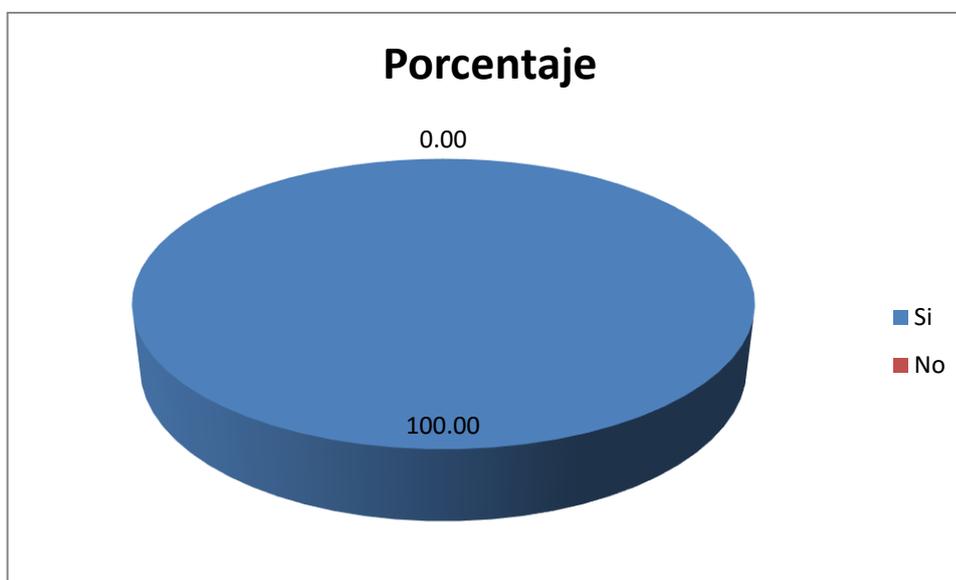
**Interpretación:** Según la percepción de los abogados, el 100% de los encuestados opina los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica se obtendrán de los recursos fiscales, un porcentaje del sueldo de los galenos y por aportes del sector privado.

Tabla 9.

5. Usted cree que a pesar que ya se halla determinado el monto a indemnizar al paciente que ha sufrido una negligencia, ¿Se debe determinar la responsabilidad y tomar las medidas necesarias contra el profesional de la salud responsable del daño causado?	Frecuencia	Porcentaje
Si	56	100.00
No	0	0.00
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°5



Fuente: Propia

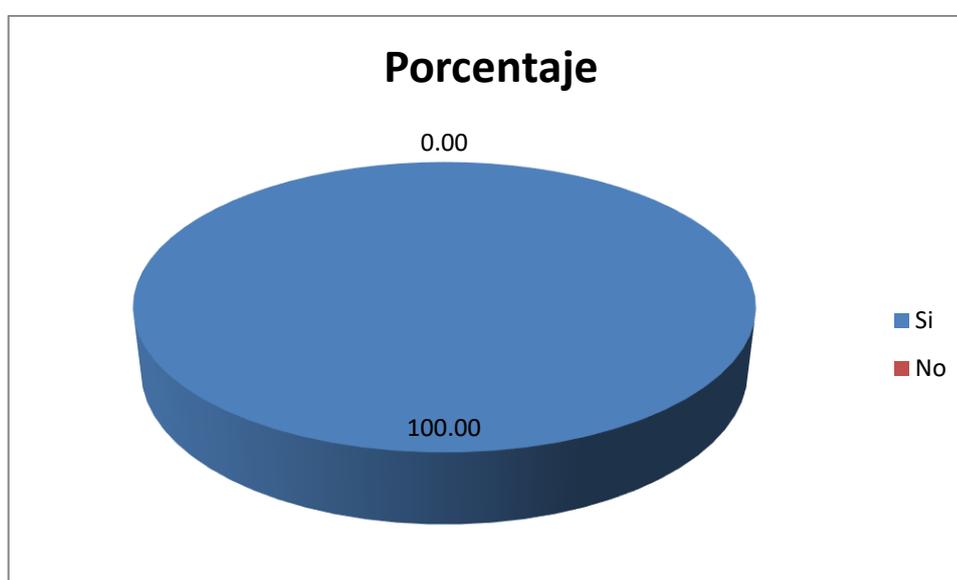
**Interpretación:** Según la percepción de los abogados, el 100% de los encuestados opina que a pesar que ya se halla determinado el monto a indemnizar al paciente que ha sufrido una negligencia, se debe determinar la responsabilidad y tomar las medidas necesarias contra el profesional de la salud responsable del daño causado.

Tabla 10.

6. Usted cree que, ¿Se debe crear la Defensoría del Paciente en cada establecimiento de salud, para garantizar que las quejas de los usuarios sean debidamente atendidas?	Frecuencia	Porcentaje
Si	56	100.00
No	0	0.00
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°6



Fuente: Propia

**Interpretación:** Según la percepción de los abogados, el 77.14% de los encuestados opina que el laudo arbitral es eficaz ante la impugnación por parte de un socio de un acuerdo adoptado en la junta de accionistas, el 8.57% dice que no y el 14.29% dice que no sabe / no opina.

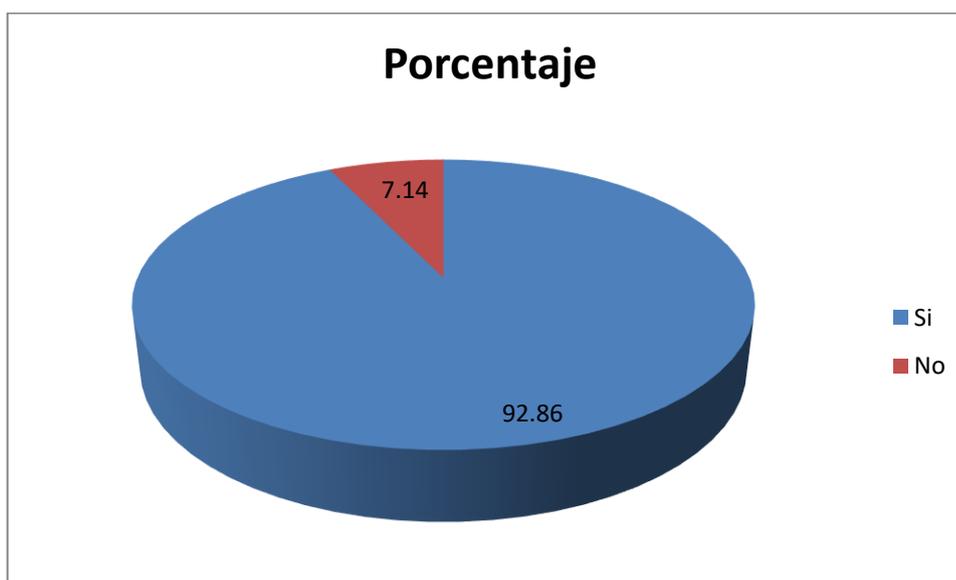
### 3.2.2. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS DE LA ENCUESTA APLICADA A MÉDICOS

Tabla 11.

1. Usted cree que, ¿la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica?	Frecuencia	Porcentaje
Si	52	92.86
No	4	7.14
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°7



Fuente: Propia

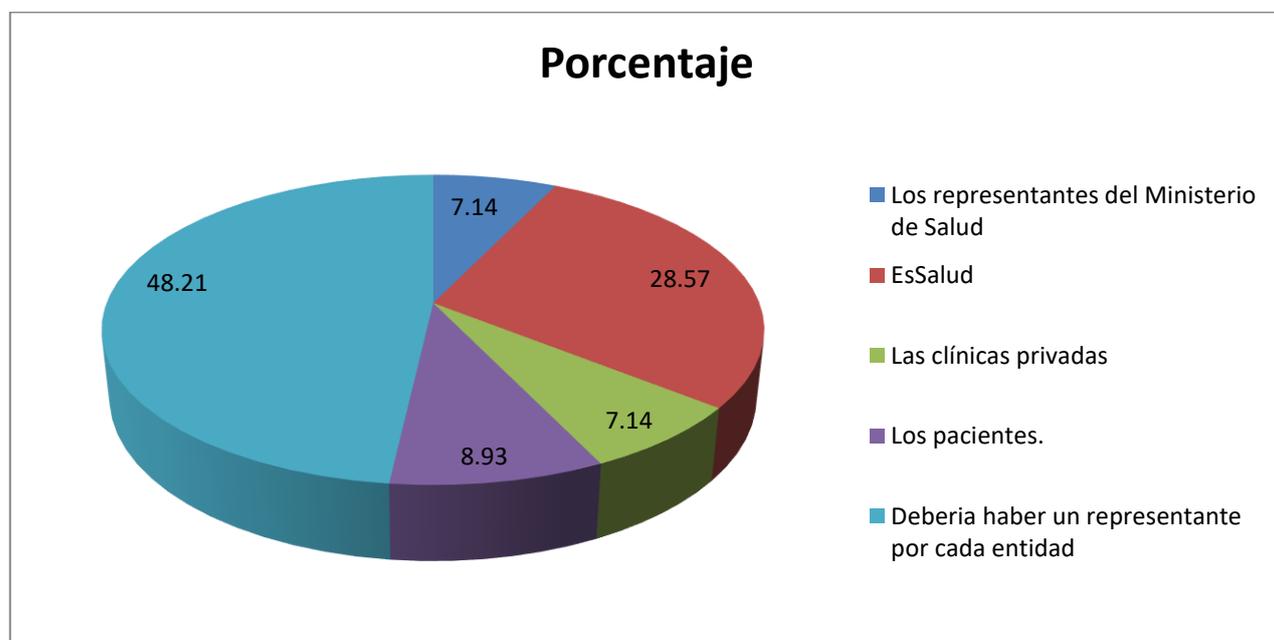
**Interpretación:** Según la percepción de los galenos, el 92.86% de los encuestados opina que la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica y el 7.14%.

Tabla 12.

2. Para Usted, ¿Quiénes deben ser los representantes del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?	Frecuencia	Porcentaje
Los representantes del Ministerio de Salud	4	7.14
EsSalud	16	28.57
Las clínicas privadas	4	7.14
Los pacientes.	5	8.93
Debería haber un representante por cada entidad	27	48.21
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°8



Fuente: Propia

**Interpretación:** Según la percepción de los galenos, 7.14% de los encuestados opina que una persona del Ministerio de Salud debe ser el representante del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica, el 28.57% opina que una representante de EsSalud, el 7.14% opina que un representante de las Clínicas privadas, el 8.93% un representante de los pacientes y el 48.21% opina que debería haber un representante de todas las entidades mencionadas.

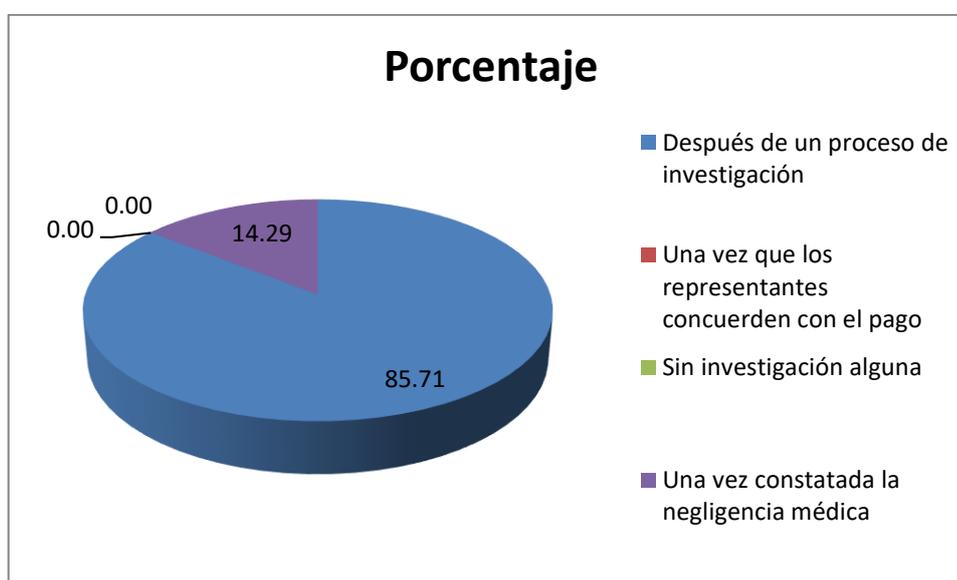
Tabla 13.

**3. ¿Cómo debe pagarse la indemnización ante la ocurrencia de una negligencia médica para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?**

	Frecuencia	Porcentaje
Después de un proceso de investigación	48	85.71
Una vez que los representantes concuerden con el pago	0	0.00
Sin investigación alguna	0	0.00
Una vez constatada la negligencia médica	8	14.29
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°9



Fuente: Propia

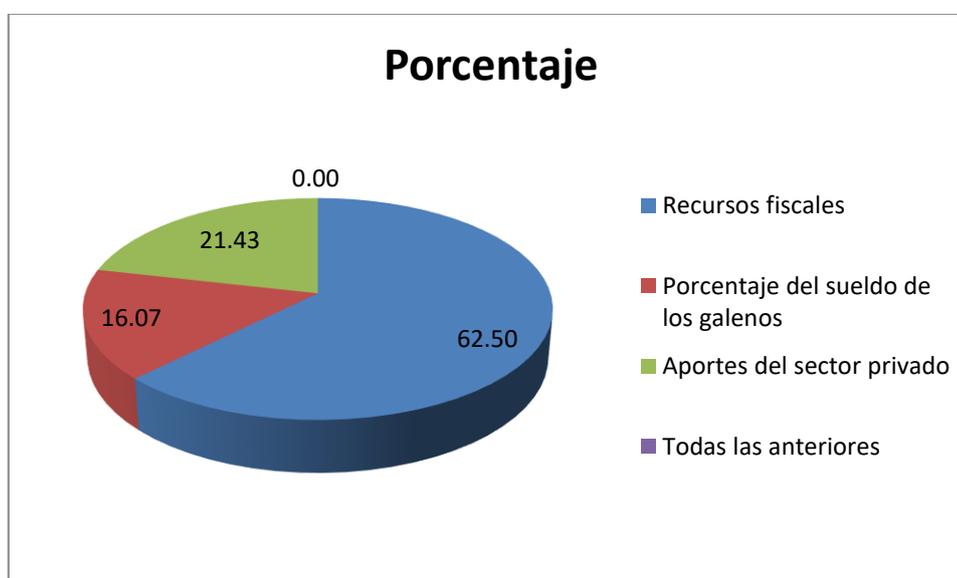
**Interpretación:** Según la percepción de los galenos, el 85.71% de los encuestados opina que la indemnización debe pagarse después de un proceso de investigación y el 14.29% una vez que se constata la negligencia médica.

Tabla 14.

4. ¿Cómo se obtendrán los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?	Frecuencia	Porcentaje
Recursos fiscales	35	62.50
Porcentaje del sueldo de los galenos	9	16.07
Aportes del sector privado	12	21.43
Todas las anteriores	0	0.00
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°10



Fuente: Propia

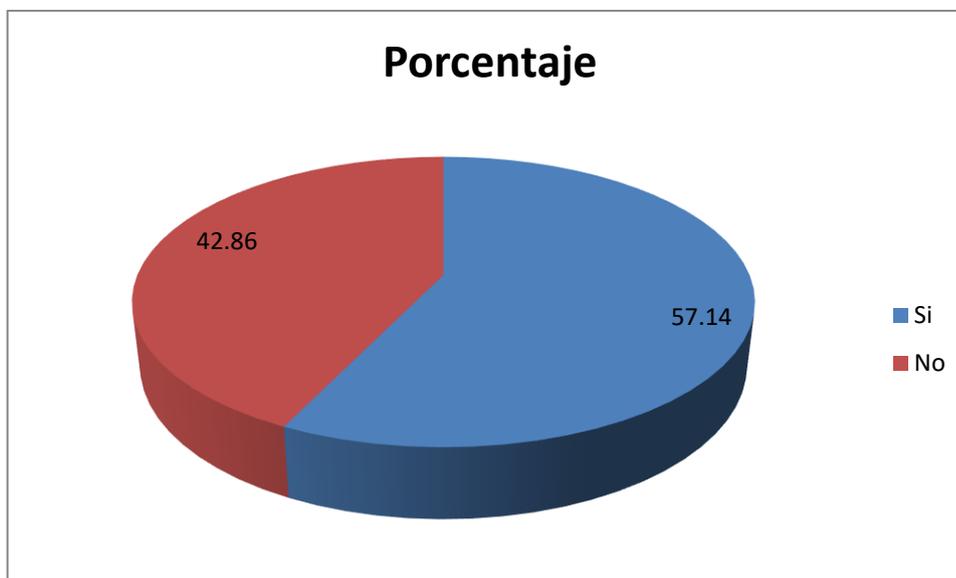
**Interpretación:** Según la percepción de los galenos, el 62.50% de los encuestados opina los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica se obtendrán de los recursos fiscales, el 16.07% de un porcentaje del sueldo de los galenos y el 21.43% por aportes del sector privado.

Tabla 15.

5. Usted cree que a pesar que ya se halla determinado el monto a indemnizar al paciente que ha sufrido una negligencia, ¿Se debe determinar la responsabilidad y tomar las medidas necesarias contra el profesional de la salud responsable del daño causado?	Frecuencia	Porcentaje
Si	32	57.14
No	24	42.86
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°11



Fuente: Propia

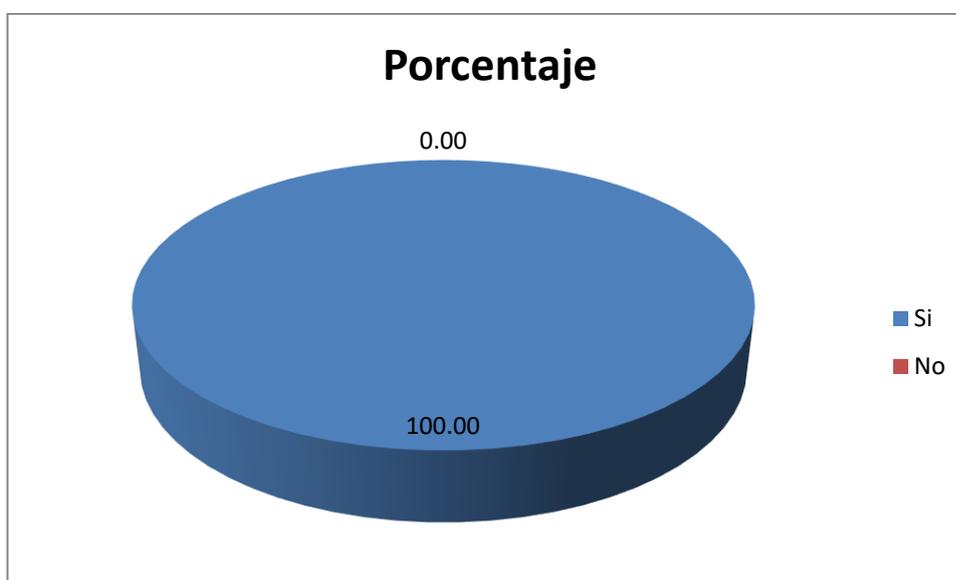
**Interpretación:** Según la percepción de los galenos, el 77.14% de los encuestados opina que el laudo arbitral es eficaz ante la ampliación de capital que suponga la disolución de las participaciones de los accionistas minoritarios, el 8.57% dice que no y el 14.29% dice que no sabe / no opina.

Tabla 16.

6. Usted cree que, ¿Se debe crear la Defensoría del Paciente en cada establecimiento de salud, para garantizar que las quejas de los usuarios sean debidamente atendidas?	Frecuencia	Porcentaje
Si	56	100.00
No	0	0.00
<b>TOTAL</b>	<b>56</b>	<b>100.00</b>

Fuente: Propia

Gráfica N°12



Fuente: Propia

**Interpretación:** Según la percepción de los galenos, el 100% de los encuestados opina que a pesar que ya se halla determinado el monto a indemnizar al paciente que ha sufrido una negligencia, se debe determinar la responsabilidad y tomar las medidas necesarias contra el profesional de la salud responsable del daño causado.

## CONCLUSIONES

1. El desarrollo de un fondo de reparación permitirá brindar el resarcimiento oportuno a las víctimas de una mala praxis de los profesionales, técnicos, auxiliares asistenciales de salud sea cual fuera el vínculo laboral.

Este fondo pagará a los usuarios de los servicios de salud, una indemnización como consecuencia de las negligencias médicas que ocasionen lesiones corporales, invalidez o muerte, y que ocurran mientras se reciba atención médica por profesionales, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud.

2. Los representantes del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica son: (a) representantes del Ministerio de Salud, (b) de EsSalud, (c) de clínicas privadas y (d) de los pacientes.
3. La indemnización deberá pagarse sin investigación ni pronunciamiento previo de autoridad alguna, a sola demostración de la ocurrencia y de las consecuencias que haya sufrido el usuario de los servicios de salud, independientemente de la responsabilidad del profesional de la salud, técnicos y auxiliares asistenciales de la salud.
4. Los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica se obtendrán de los recursos fiscales, un pequeño porcentaje del sueldo de los galenos, aportes del sector privado y los mismos ingresos que genere el fondo.

## RECOMENDACIONES

1. Se debe reglamentar la Ley 29414 y además debe crearse inmediatamente el Fondo de Reparaciones con el objetivo de resarcir eventos adversos en los establecimientos de salud públicos o privados, siendo su fuente principal los recursos fiscales, un pequeño porcentaje del sueldo de los galenos y aportes del sector privado, con el objeto de alcanzar una reparación eficaz; dejando a salvo el derecho de la institución prestadora, para determinar la responsabilidad y tomar las medidas necesarias contra el profesional de la salud responsable del daño causado.
2. Se debe crear la Defensoría del Paciente en cada establecimiento de salud, para garantizar que las quejas de los usuarios sean debidamente atendidas.
3. Se deben aplicar los procedimientos y protocolos necesarios antes de cualquier operación en los centros hospitalarios.
4. Se recomienda que el fondo funciona como una persona jurídica sin fines de lucro y que sea supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradores de Fondos de Pensiones.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. BENZO, E. (1944). La Responsabilidad Profesional del Médico. Madrid, España: Escelier. p.52.
2. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (2001). La Responsabilidad Extracontractual. En: Biblioteca para Leer el Código Civil, Vol. IV, T. II, fondo editorial PUCP, 2001, p. 102).
3. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad civil extracontractual en la Historia del Derecho Peruano. En: Thémis, revista de Derecho editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 50, 2005 (edición aniversario por 40 años), p. 213.
4. DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Derecho de Daños. Madrid, Civitas, 1999, p. 329.
5. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón (2001). Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, ARA Editores, 2001, p. 278.
6. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Exposición y Comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. Derecho de las Personas. En Código Civil, Vol. IV, compiladora Delia Revoredo. Lima, 1985, p. 88.
7. FRANZONI, Máximo (2001). La evolución de la responsabilidad civil a través de sus funciones. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, ARA Editores, p. 196.
8. IRIBARNE, Héctor Pedro. La cuantificación del daño moral. En: Revista de Derecho de Daños. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, noviembre 1999, p.186.
9. LEÓN, Leysser L (2004). La Responsabilidad Civil. Líneas Fundamentales y nuevas Perspectivas. Lima, editora Normas Legales, p. 288.
10. MAZEAUD, Henri y León, y TUNC, André. Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual. T.I, Vol. I, Buenos Aires,

Ediciones Jurídicas Europa-América, traducción de la quinta edición, p. 441.

11. MONATERI, Pier Giuseppe (2001). Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. Lima, ARA Editores, p. 128.
12. PÉREZ, V. (2001). Recientes Transformaciones, Estado Actual, Perspectivas del seguro de Responsabilidad Profesional en los Estados Unidos de América, op. cit., p. 139.
13. REY DE CASTRO, Alberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual. Estudio Teórico y Práctico del Derecho Nacional y Comparado. Lima, Perú. Pág. 352.
14. SHAPIRO, S. (1981). Medical Malpractice Claims Rise in Britain. Bussines Insurance. p. 16
15. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2003). Elementos de la responsabilidad civil. Lima, segunda edición, Editora Jurídica Grijley, pp. 64-70.
16. VISINTINI, Giovanna (1999). Tratado de la responsabilidad civil. Trad. Aída Kemelmajer de Carlucci. T.2. Buenos Aires, Astrea, p. 231.
17. Zelaya Etchegaray, P., La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente, Editorial Aranzadi. Pamplona (España) 1995, 34-136.

**ANEXOS**  
**ANEXO 1 - MATRIZ DE CONSISTENCIA**

<b>PROBLEMA</b>	<b>OBJETIVOS</b>	<b>HIPÓTESIS</b>	<b>VARIABLES E INDICADORES</b>	<b>METODOLOGÍA</b>
<b>1. Problema General</b>	<b>1. Objetivo General</b>	<b>1. Hipótesis Principal</b>	<b>Variable Independiente</b>	<b>1. Tipo de Investigación</b>
<p>¿En qué medida la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica?</p> <p><b>PROBLEMAS SECUNDARIOS</b></p> <p>¿Quiénes deben ser los representantes del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?</p> <p>¿Cómo debe pagarse la indemnización ante la ocurrencia de una negligencia médica para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?</p> <p>¿Cómo se obtendrán los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las</p>	<p>Determinar en qué medida la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica.</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</b></p> <p>Establecer quiénes deben ser los representantes del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica.</p> <p>Determinar cómo se pagará la indemnización ante la ocurrencia de una negligencia médica.</p> <p>Establecer de donde se obtendrán los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica.</p>	<p>La creación de un fondo de reparaciones influirá significativamente en el resarcimiento de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica.</p>	<p><b>X = Fondo de reparación</b></p> <p>X1 Fondo de reparación Normatividad</p> <p>X11 Entidades supervisoras</p> <p>X12 Representantes</p> <p>X13 Aportantes</p> <p>X14 Cobertura</p> <p>X15 Nivel de indemnización</p> <p><b>Variable Dependiente</b></p> <p><b>Y = Negligencias Medicas</b></p> <p>Y1 Daño</p> <p>Y11 Tipo de daño causado</p> <p>Y12 Nivel de daño causado</p>	<p>• Aplicada</p> <p><b>2. Método de Investigación</b></p> <p>• Descriptivo</p> <p>• Correlacional</p> <p>• Explicativo</p> <p><b>3. Diseño de la Investigación</b></p> <p>• No experimental Longitudinal</p> <p><b>4. Población de la Investigación</b></p> <p>La población está conformada por abogados especialistas en el derecho civil y comercial que desarrollan sus funciones en el distrito Judicial de Lima Norte. Dicha cantidad asciende a 56 abogados. (fuente: trabajo de campo).</p> <p>La población está conformada por Médicos del Hospital Savogal, dicha cifra asciende aproximadamente a 220</p>

<p>personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?</p>			<p>Y2 Negligencia</p> <p>Y21 Tipos</p> <p>Y22 Características</p>	<p>abogados (fuente: trabajo de campo).</p> <p><b>5. Muestra de la Investigación</b>          La muestra está conformada por 56 abogados especialistas en el derecho civil y comercial que desarrollan sus funciones en el distrito Judicial de Lima Norte.</p> <p>La muestra está conformada por 56 Médicos del Hospital Savogal.</p> <p><b>6. Técnicas de la Investigación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Encuesta</li> <li>• Entrevista</li> </ul> <p><b>7. Herramientas de la Investigación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Ficha de encuesta</li> <li>• Ficha de entrevista</li> </ul>
---	--	--	---	--

## ANEXO 2 - ENCUESTA – ABOGADOS

Estimados participantes, la presente encuesta tiene como objetivo determinar en qué medida la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica, por lo que se le agradece su colaboración al responder de manera objetiva las siguientes preguntas que ayudarán en la ejecución de la presente investigación.

1. Usted cree que, ¿la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica?
  - a. Si ( )
  - b. No ( )
  
2. Para Usted, ¿Quiénes deben ser los representantes del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?
  - a. Los representantes del Ministerio de Salud ( )
  - b. EsSalud ( )
  - c. Las clínicas privadas ( )
  - d. Los pacientes. ( )
  
3. ¿Cómo debe pagarse la indemnización ante la ocurrencia de una negligencia médica para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?
  - a. Después de un proceso de investigación ( )

- b. Una vez que los representantes concuerden con el pago ( )
  - c. Sin investigación alguna ( )
  - d. Una vez constatada la negligencia médica
4. ¿Cómo se obtendrán los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?
- a. Recursos fiscales ( )
  - b. Porcentaje del sueldo de los galenos ( )
  - c. Aportes del sector privado ( )
5. Usted cree que a pesar que ya se halla determinado el monto a indemnizar al paciente que ha sufrido una negligencia, ¿Se debe determinar la responsabilidad y tomar las medidas necesarias contra el profesional de la salud responsable del daño causado?
- a. Si ( )
  - b. No ( )
6. Usted cree que, ¿Se debe crear la Defensoría del Paciente en cada establecimiento de salud, para garantizar que las quejas de los usuarios sean debidamente atendidas?
- a. Si ( )
  - b. No ( )

### ANEXO 3 - ENCUESTA – MÉDICOS

Estimados participantes, la presente encuesta tiene como objetivo determinar en qué medida la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica, por lo que se le agradece su colaboración al responder de manera objetiva las siguientes preguntas que ayudarán en la ejecución de la presente investigación.

1. Usted cree que, ¿la creación de un fondo de reparaciones permitirá resarcir adecuadamente a una persona que haya sido víctima de una negligencia médica?
  - a. Si ( )
  - b. No ( )
  
2. Para Usted, ¿Quiénes deben ser los representantes del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?
  - a. Los representantes del Ministerio de Salud ( )
  - b. EsSalud ( )
  - c. Las clínicas privadas ( )
  - d. Los pacientes. ( )
  
3. ¿Cómo debe pagarse la indemnización ante la ocurrencia de una negligencia médica para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?

- a. Después de un proceso de investigación ( )
  - b. Una vez que los representantes concuerden con el pago ( )
  - c. Sin investigación alguna ( )
  - d. Una vez constatada la negligencia médica
4. ¿Cómo se obtendrán los recursos del fondo de reparaciones para garantizar el resarcimiento adecuado de las personas que hayan sido víctima de una negligencia médica?
- a. Recursos fiscales ( )
  - b. Porcentaje del sueldo de los galenos ( )
  - c. Aportes del sector privado ( )
5. Usted cree que a pesar que ya se halla determinado el monto a indemnizar al paciente que ha sufrido una negligencia, ¿Se debe determinar la responsabilidad y tomar las medidas necesarias contra el profesional de la salud responsable del daño causado?
- a. Si ( )
  - b. No ( )
6. Usted cree que, ¿Se debe crear la Defensoría del Paciente en cada establecimiento de salud, para garantizar que las quejas de los usuarios sean debidamente atendidas?
- a. Si ( )
  - b. No ( )

### **ANEXO 3 - LEY N° 29414 - LEY QUE ESTABLECE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS USUARIAS DE LOS SERVICIOS DE SALUD**

#### **Artículo 1°.- Modificaciones a la Ley General de Salud**

Modifícanse los artículos 15°, 23°, 29° y el segundo párrafo del artículo 37° de la Ley núm. 26842, Ley General de Salud, con los siguientes textos:

**"Artículo 15°.-** Toda persona tiene derecho a lo siguiente:

#### **15.1 Acceso a los servicios de salud**

a) A recibir atención de emergencia médica, quirúrgica y psiquiátrica en cualquier establecimiento de salud público o privado, conforme con los artículos 3° y 39°, modificados por la Ley núm. 27604, Ley que Modifica la Ley General de Salud N° 26842, Respecto de la Obligación de los Establecimientos de Salud a dar Atención Médica en Caso de Emergencias y Partos, y su Reglamento.

b) A elegir libremente al médico o el establecimiento de salud según disponibilidad y estructura de éste, con excepción de los servicios de emergencia.

c) A recibir atención de los médicos con libertad para realizar juicios clínicos, de acuerdo con lo establecido por el artículo 5° de la Ley de Trabajo Médico.

d) A solicitar la opinión de otro médico, distinto a los que la institución ofrece, en cualquier momento o etapa de su atención o tratamiento, sin que afecte el presupuesto de la institución, bajo responsabilidad del usuario y con conocimiento de su médico tratante.

e) A obtener servicios, medicamentos y productos sanitarios adecuados y necesarios para prevenir, promover, conservar o restablecer su salud, según lo requiera la salud del usuario, garantizando su acceso en forma oportuna y equitativa.

## 15.2 Acceso a la información

a) A ser informada adecuada y oportunamente de los derechos que tiene en su calidad de paciente y de cómo ejercerlos, tomando en consideración su idioma, cultura y circunstancias particulares.

b) A conocer el nombre del médico responsable de su tratamiento, así como el de las personas a cargo de la realización de los procedimientos clínicos. En caso de que se encuentre disconforme con la atención, el usuario debe informar del hecho al superior jerárquico.

c) A recibir información necesaria sobre los servicios de salud a los que puede acceder y los requisitos necesarios para su uso, previo al sometimiento a procedimientos diagnósticos o terapéuticos, con excepción de las situaciones de emergencia en que se requiera aplicar dichos procedimientos.

d) A recibir información completa de las razones que justifican su traslado dentro o fuera del establecimiento de salud, otorgándole las facilidades para tal fin, minimizando los riesgos. El paciente tiene derecho a no ser trasladado sin su consentimiento, salvo razón justificada del responsable del establecimiento.

si no está en condiciones de expresarlo, lo asume el llamado por ley o su representante legal.

e) A tener acceso al conocimiento preciso y oportuno de las normas, reglamentos y condiciones administrativas del establecimiento de salud.

f) A recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren. Tiene derecho a recibir información de sus necesidades de atención y tratamiento al ser dado de alta.

g) A ser informada sobre su derecho a negarse a recibir o continuar el tratamiento y a que se le explique las consecuencias de esa negativa. La negativa a recibir

el tratamiento puede expresarse anticipadamente, una vez conocido el plan terapéutico contra la enfermedad.

h) A ser informada sobre la condición experimental de la aplicación de medicamentos o tratamientos, así como de los riesgos y efectos secundarios de éstos.

i) A conocer en forma veraz, completa y oportuna las características del servicio, los costos resultantes del cuidado médico, los horarios de consulta, los profesionales de la medicina y demás términos y condiciones del servicio.

### **15.3 Atención y recuperación de la salud**

a) A ser atendida con pleno respeto a su dignidad e intimidad sin discriminación por acción u omisión de ningún tipo.

b) A recibir tratamientos cuya eficacia o mecanismos de acción hayan sido científicamente comprobados o cuyas reacciones adversas y efectos colaterales le hayan sido advertidos.

c) A su seguridad personal y a no ser perturbada o puesta en peligro por personas ajenas al establecimiento y a ella.

d) A autorizar la presencia, en el momento del examen médico o intervención quirúrgica, de quienes no están directamente implicados en la atención médica, previa indicación del médico tratante.

e) A que se respete el proceso natural de su muerte como consecuencia del estado terminal de la enfermedad. El Código Penal señala las acciones punibles que vulneren este derecho.

f) A ser escuchada y recibir respuesta por la instancia correspondiente cuando se encuentre disconforme con la atención recibida, para estos efectos la Ley proveerá de mecanismos alternativos y previos al proceso judicial para la solución de conflictos en los servicios de salud.

g) A recibir tratamiento inmediato y reparación por los daños causados en el establecimiento de Salud o servicios médicos de apoyo, de acuerdo con la normativa vigente.

h) A ser atendida por profesionales de la salud que estén debidamente capacitados, certificados y recertificados, de acuerdo con las necesidades de salud, el avance científico y las características de la atención, y que cuenten con antecedentes satisfactorios en su ejercicio profesional y no hayan sido sancionados o inhabilitados para dicho ejercicio, de acuerdo a la normativa vigente. Para tal efecto, se creará el registro correspondiente.

#### **15.4 Consentimiento informado**

a) A otorgar su consentimiento informado, libre y voluntario, sin que medie ningún mecanismo que vicie su voluntad, para el procedimiento o tratamiento de salud, en especial en las siguientes situaciones:

a.1) En la oportunidad previa a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento así como su interrupción. Quedan exceptuadas del consentimiento informado las situaciones de emergencia, de riesgo debidamente comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública.

a.2) Cuando se trate de pruebas riesgosas, intervenciones quirúrgicas, anticoncepción quirúrgica o procedimientos que puedan afectar la integridad de la persona, supuesto en el cual el consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión. Si la persona no supiere firmar, imprimirá su huella digital.

a.3) Cuando se trate de exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes, el consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión. Si la persona no supiere firmar, imprimirá su huella digital.

b) A que su consentimiento conste por escrito cuando sea objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos. El

consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión. Si la persona no supiere firmar, imprimirá su huella digital.

**Artículo 23°.-** Las incompatibilidades, limitaciones, prohibiciones y vulneración de derechos en los servicios de salud, así como el régimen de sanciones aplicables a los profesionales a los que se refiere el presente capítulo, se rige por las normas laborales, administrativas, civiles y penales, los códigos de ética y deontología y las normas estatutarias de los colegios profesionales correspondientes.

**Artículo 29°.-** El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado.

La información mínima que debe contener la historia clínica se rige por el reglamento de la presente Ley.

El establecimiento de salud queda obligado a proporcionar copia de la historia clínica al paciente en caso de que éste o su representante lo soliciten.

El interesado asume el costo que supone el pedido.

**Artículo 37°.-**

(...)

Los establecimientos de salud deben aprobar normas y reglamentos de funcionamiento interno; asimismo, el ente rector establece los estándares de atención de la salud de las personas a través de protocolos. La autoridad de salud de ámbito nacional establece los criterios para la determinación de la capacidad de resolución de los establecimientos y dispone la publicación de la evaluación de los establecimientos que no hayan alcanzado los estándares requeridos."

**Artículo 2°.- Derechos contenidos en la presente Ley**

La enumeración de los derechos contenidos en el artículo 15° de la Ley General de Salud no excluye los demás contenidos en dicha Ley o los que la Constitución Política del Perú garantiza.

### **Artículo 3°.- Sistema nacional de protección de los derechos de los usuarios en los servicios de salud**

Los establecimientos de salud y los órganos de los gobiernos Nacional, regional y local son responsables de .organizar instancias de carácter independiente, autónomo y confidencial que garanticen equidad y justicia para la protección de los derechos de los usuarios de los servicios de salud, las cuales deben articularse al Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud.

## **DISPOSICIONES FINALES**

### **PRIMERA.- De la difusión de los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud**

El Poder Ejecutivo reglamenta la presente Ley en el plazo de noventa (90) días, contado a partir de su vigencia, en especial sobre los siguientes temas:

1. La elaboración de la lista de derechos de los usuarios contenidos en la Ley General de Salud.
2. Los mecanismos de divulgación de esta lista de derechos en los establecimientos de salud públicos y privados.

### **SEGUNDA.- De la adecuación**

Establécese el plazo de ciento ochenta (180) días para que los establecimientos de salud se adecúen a lo dispuesto en la presente Ley.

### **TERCERA.- De la derogatoria**

Deróganse o déjense sin efecto, según corresponda, las disposiciones que se opongan a la presente Ley.

POR TANTO:

Habiendo sido reconsiderada la Ley por el Congreso de la República, aceptándose las observaciones formuladas por el señor Presidente de la República, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 108° de la Constitución Política del Perú, ordeno que se publique y cumpla.

En Lima, a los treinta días del mes de setiembre de dos mil nueve.

LUIS ALVA CASTRO

Presidente del Congreso de la República

ANTONIO LEÓN ZAPATA

Tercer Vicepresidente del Congreso de la República

Por importante mayoría y acogiendo algunas observaciones hechas al proyecto de ley original, se aprobó recientemente la [Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud](#), o de manera más breve la Ley 29414. Esta norma tiene como antecedentes inmediatos el proyecto de ley de los derechos del paciente (2003) y el proyecto de ley de los derechos y obligaciones de de los usuarios de los servicios de salud (2008) ninguno de los cuales fuese aprobado pero que han inspirado con seguridad muchas de las modificaciones en torno a los derechos de información hoy implementadas.

En efecto, el rasgo característico de la [Ley 29414](#) es la modificación expresa al art. 15º de la LGS para desarrollar, sistematizar e incluso incorporar mayores derechos referidos a la información, a la atención y recuperación de la salud y al consentimiento informado. (para acceder a un listado preliminar de estos derechos presione [aquí](#))

La enumeración de estos derechos, que por cierto será ampliada y ordenada en el reglamento respectivo tal cual lo dispone la 1ra Disposición Final de la Ley 29414, no impide la exigibilidad de otros derechos de naturaleza análoga no mencionados pues así lo establece el art. 2º de la Ley y en última instancia el art. 3º de la Constitución Política, cual es el caso por ejemplo del derecho a exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico o la historia clínica, que la norma aprobada no menciona aun cuando sí lo hacía el derogado art. 15 inc. b) de la LGS.

Más allá de los derechos de información, la Ley 29414 incorpora algunas precisiones adicionales poco novedosas a la LGS. Por un lado precisa el art. 29 a efectos de que la entrega de las historias clínicas sea responsabilidad de la entidad y no más del médico tratante, recogiendo con ello una precisión incorporada desde el 2005 en la quinta disposición específica de NT 022 MINSA DGSP V02; asimismo precisa el art. 23 ara señalar que el régimen de sanciones de los profesionales de la salud no sólo se determina en función de los códigos de ética y normas de los colegios profesionales, sino también en función de las normas laborales, civiles, administrativas y penales; por su parte el nuevo tercer párrafo del art. 37º de la LGS, impone “nuevos” deberes en el marco de la

rectoría en salud, tales como la aprobación de protocolos que establezcan los estándares de atención de salud; el establecimiento de los criterios para la determinación de la capacidad de resolución de los establecimientos de salud y la facultad de publicar la relación de establecimientos que no cumplan los estándares.

Lo que sí constituye una novedad desde nuestro punto de vista, es la incorporación del derecho a la atención psiquiátrica de emergencia (art. 15.1.a), lo cual recoge las recomendaciones que desde los años 90 realiza la OMS sobre incorporación de la salud mental en la atención primaria de la salud. Esta modificación implicará a su vez la modificación del DS. N° 016-2002-SA y la introducción de algunos cambios en la normatividad sobre equipos básicos de guardias y retenes a fin de incorporar dentro de los servicios de emergencia de cada nivel de atención, esta especialidad, lo cual ocurre el día de hoy sólo en el IV nivel de complejidad (Norma Técnica N°042 MINSA DGSP V01 y Directiva N° GG ESSALUD 2009).

Asimismo es una novedad de la mayor relevancia, la creación del **Sistema Nacional de Protección de los Derechos de los Usuarios de los Servicios de Salud** (SNP), el cual con seguridad será precisado en sus alcances y objetivos en el respectivo reglamento de la Ley 29414, aunque desde ya puede vislumbrarse que armonizará el derecho de petición y audiencia, los mecanismos alternativos solución de controversias; el arbitraje en salud; los recursos administrativos, entre otros derechos reconocidos por la Ley bajo análisis.

Comentario aparte merece la proscripción de la ***Distanacia*** al establecerse como un derecho del paciente, el respeto al proceso natural de su muerte como consecuencia del estado terminal de su enfermedad (art.15.3.e). La Ley 29414 establece que el código penal señala las acciones punibles que vulneren el precitado derecho, es decir los supuestos de Distanacia, sin embargo es importante notar que a la fecha el código penal nada dice al respecto por lo que será necesaria una nueva ley para crear el correspondiente delito, lo cual no impide sin embargo que vulneraciones al derecho en comentario, puedan ser corregidas en sede administrativa o jurisdiccional.

Finalmente es importante mencionar que la Ley 29414 ha otorgado a las entidades un plazo de 180 días que fenece el 04ABR09, para adecuarse a todas las exigencias derivadas del derecho de información (art 15.2); del derecho de petición del paciente (art.15.3.e) y del consentimiento informado (art. 15.4); así como a las exigencias derivadas de la implementación del SNP, sin embargo en los hechos será difícil iniciar una tarea al respecto sin que previamente se apruebe su reglamento. Habrá también que esperar el reglamento de la ley para conocer mayores precisiones sobre qué información mínima deberá contener toda historia clínica (art. 29 2p); cuales serán los mecanismos de divulgación de los derechos de los usuarios (1raDF inc. 1); cómo se articulará el SNP con el SNCDS; qué se entenderá por “documento oficial” en el marco del consentimiento informado (art 15.4.a2; art 15.4.a3 y art 15.4.b); y quién se encargará de elaborar el Registro de Profesionales de la Salud sancionados o inhabilitados (art. 15.3.h).