



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**  
**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

**“RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, PRINCIPALES  
PROBLEMAS, REGIÓN JUNÍN, 2018”**

**PRESENTADO POR:**

**Br. JUAN JOSÉ, BLANCO BALDEÓN**

**ASESORES:**

**Dr. EDWIN BARRIOS VALER (ASESOR METODÓLOGO)**  
**Dr. PABLO QUIROS CUBILLAS (ASESOR TEMÁTICO)**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

**LIMA, PERÚ**

**2018**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

DICTAMEN DE EXPEDITO DE TESIS  
N° 098-T-2018-OIYPS-FDYCP-UAP

Visto, el Oficio N° 415-2018-OGYT-FDYCP-UAP, de fecha 10 de diciembre de 2018 de la Oficina de Grados y Títulos, en el que se solicita la revisión final del trabajo de Investigación presentado por el bachiller **JUAN JOSE BLANCO BALDEON** a fin que se declare expedito para sustentar la tesis titulada **“RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS, REGION JUNIN, 2018”**.

**CONSIDERANDO:**

**Primero:** El Reglamento de Grados y Títulos aprobado por Resolución Rectoral N° 15949-2015.R-UAP de fecha 28.12.2015, contempla las disposiciones normativas correspondientes a las funciones de las Oficinas de Investigación, el mismo que concuerda con lo dispuesto por el Reglamento de Investigación e Innovación Tecnológica aprobado por Resolución Rectoral N° 17483-2017-R-UAP de fecha 15.12.2016.

**Segundo:** De la revisión de la tesis, se aprecia que esta cuenta con el informe del asesor metodológico Dr. Edwin Barrios Valer de fecha 15 de noviembre de 2018 y el informe del asesor temático Dr. Pablo Daniel Quiroz Cubillas de fecha 16 de noviembre de 2018, quienes señalan que la tesis ha sido desarrollada conforme a las exigencias requeridas para el trabajo de investigación correspondiente al aspecto temático y procedimiento metodológico.

**DICTAMEN:**

Atendiendo a estas consideraciones y al pedido del bachiller, esta Jefatura **DECLARA EXPEDITA LA TESIS**; titulada **“RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS, REGION JUNIN, 2018”**. Debiendo el interesado continuar y cumplir con el proceso y procedimiento para que se le programe el examen oral de sustentación de Tesis.

La Victoria, 11 de diciembre de 2018

Atentamente.-



-----  
DR. LUIS WIGBERTO FERNANDEZ TORRES  
Jefe de la Oficina de  
Investigación y Proyección Social

**INFORME N° 020-EBV-T-2018**

**AL** : **Dr. Jesús Manuel Galarza Orrilla**  
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

**DE** : **Dr. Edwin Barrios Valer**  
Docente Asesor  
Código N° 022715

**REFERENCIA:** Resolución Decanal N° 2110 – 2018 – FDYCP - UAP

**ASUNTO** : Asesoría metodológica: Tesis

**BACHILLER** : JUAN JOSÉ, BLANCO BALDEÓN.

**Título** : “RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS, REGIÓN JUNÍN, 2018”

**FECHA** : 15 de noviembre de 2018.

---

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, con relación a la referencia, a fin de hacer de vuestro conocimiento el presente informe, la evaluación de los aspectos de forma y fondo, a la tesis del Br. JUAN JOSÉ, BLANCO BALDEÓN:

**1. DE LOS ASPECTOS DE FORMA**

Se ha considerado la Resolución Vicerrectoral N° 2342-2013-VIPG-UAP, que regula la estructura del proyecto de Tesis, la estructura de la Tesis, y que hace referencia a las normas del APA.

**2. DE LOS ASPECTOS DE FONDO**

**TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

Con relación al título del tema de investigación: “RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS, REGIÓN JUNÍN 2018” consideramos, que cumple con los requisitos para un trabajo de investigación a nivel de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Alas Peruanas.

**DEL CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Con referencia a este punto, metodológicamente consideramos trascendental, ya que de éste se deriva todo el desarrollo del trabajo de investigación, en consecuencia describimos los puntos más resaltantes:

- Descripción de la realidad problemática, este acápite del trabajo de investigación cuenta con los requisitos y naturaleza de un estudio coherente, el mismo que obedece a los métodos inductivo y analítico.
- Delimitación de la Investigación, se hizo de acuerdo a los parámetros de la Universidad Alas Peruanas, tomando en cuenta la delimitación espacial, temporal, social y conceptual.
- Problemas de la Investigación, respecto a este punto neurálgico, el Bachiller: JUAN JOSÉ, BLANCO BALDEÓN, ha desarrollado tanto el problema general como los problemas específicos, de acuerdo a una adecuada operacionalización de las categorías.
- Objetivos de la investigación, se observa un planteamiento adecuado de los mismos, tanto del objetivo general, como de los específicos, además fueron redactados con verbos en infinitivo, tal como advierte la teoría.
- Respecto al diseño de investigación, éste corresponde a la Teoría Fundamentada, por ser un trabajo de naturaleza cualitativas
- Categorías y supuestos de la investigación, existe un planteamiento adecuado de las mismas, obedeciendo a la formulación del problema.
- Metodología de la investigación, expresa un planteamiento metodológico adecuado de acuerdo a los parámetros de la Universidad Alas Peruanas.
- Justificación e importancia de la investigación, referente a este punto, el tesista considera su justificación de acuerdo a los criterios establecidos por la teoría de la investigación científica.

## **EL CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

- Todo el contenido del Marco Teórico se ha desarrollado, tomando en cuenta el sistema de referencias bibliográficas APA, en sexta edición y los contenidos se adecúan a los requisitos de un trabajo de investigación en el campo del derecho, de ahí su importancia al estar constituido por las teorías que dilucidan los aspectos fundamentales del estudio jurídico social.

## **DEL CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

Este capítulo representa un punto neurálgico en la realización de un trabajo de investigación, en tal sentido está constituido por los siguientes puntos:

- Análisis de Resultados, cumple con los requisitos de la Universidad Alas Peruanas.

- Discusión de Resultados, desarrolló de acuerdo a las exigencias de un trabajo de investigación de nivel universitario.
- Conclusiones: guardan relación directa con los objetivos de investigación.
- Recomendaciones, guardan relación directa con las conclusiones.
- Fuentes de información, fueron desarrolladas, tomando en cuenta el sistema de referencias bibliográficas APA, en sexta edición

#### **ANEXOS**

Matriz de Consistencia, se observa en los anexos.

Instrumento(s), se observan en los anexos, específicamente la guía de entrevista, por ser un trabajo cualitativo.

Validación de instrumento por expertos (Ficha de validación del instrumento. Juicio de expertos), se observan en los anexos.

Anteproyecto de Ley.

#### **CONCLUSIÓN:**

Por lo expuesto, habiéndose cumplido con las sesiones de asesoramiento correspondiente al **Aspecto Metodológico de la tesis titulada: "RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS, REGIÓN JUNÍN 2018"** considero que el Bachiller **JUAN JOSÉ, BLANCO BALDEÓN** ha realizado la tesis conforme a las exigencias establecidas por la Facultad, para su preparación y elaboración; el mismo que está concluido y listo para ser sustentada.

Atentamente,

  
Dr. EDWIN BARRIOS VALER  
Asesor Metodológico  
Código N° 022715

**INFORME N° 013-PDQC-T-2018**

**AL** : **Dr. Jesús Manuel Galarza Orrilla**  
Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política

**DE** : **Dr. Pablo Daniel Quirós Cubillas**  
Docente Asesor  
Código N° 003909

**REFERENCIA:** Resolución Decanal N° 2110 – 2018 – FDYCP - UAP

**ASUNTO** : Asesoría Temática: Tesis

**BACHILLER** : JUAN JOSÉ, BLANCO BALDEÓN.

**Título** : “RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS, REGIÓN JUNÍN, 2018”

**FECHA** : 16 de noviembre de 2018.

---

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, con relación a la referencia, a fin de hacer de vuestro conocimiento el presente informe, la evaluación de los aspectos de forma y fondo, a la tesis del Br. JUAN JOSÉ, BLANCO BALDEÓN:

**1. DE LOS ASPECTOS DE FORMA**

Se ha considerado la **Resolución Vicerrectoral N° 2342-2013-VIPG-UAP**, que regula la estructura del proyecto de Tesis, la estructura de la Tesis, y que hace referencia a las **normas del APA**:

**2. DE LOS ASPECTOS DE FONDO**

**TÍTULO DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN**

Con relación al título del tema de investigación: “RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS, REGIÓN JUNÍN 2018” consideramos, que cumple con los requisitos para un trabajo de investigación a nivel de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Alas Peruanas.

**DEL CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Con referencia a este punto, metodológicamente consideramos trascendental, ya que de éste se deriva todo el desarrollo del trabajo de investigación, en consecuencia describimos los puntos más resaltantes:



- Descripción de la realidad problemática, este acápite del trabajo de investigación cuenta con los requisitos y naturaleza de un estudio coherente, el mismo que obedece a los métodos inductivo y analítico.
- Delimitación de la Investigación, se hizo de acuerdo a los parámetros de la Universidad Alas Peruanas, tomando en cuenta la delimitación espacial, temporal, social y conceptual.
- Problemas de la Investigación, respecto a este punto neurálgico, el Bachiller: JUAN JOSÉ, BLANCO BALDEÓN, ha desarrollado tanto el problema general como los problemas específicos, de acuerdo a una adecuada operacionalización de las categorías.
- Objetivos de la investigación, se observa un planteamiento adecuado de los mismos, tanto del objetivo general, como de los específicos, además fueron redactados con verbos en infinitivo, tal como advierte la teoría.
- Respecto al diseño de investigación, éste corresponde a la Teoría Fundamentada, por ser un trabajo de naturaleza cualitativas
- Categorías y supuestos de la investigación, existe un planteamiento adecuado de las mismas, obedeciendo a la formulación del problema.
- Metodología de la investigación, expresa un planteamiento metodológico adecuado de acuerdo a los parámetros de la Universidad Alas Peruanas.
- Justificación e importancia de la investigación, referente a este punto, el tesista considera su justificación de acuerdo a los criterios establecidos por la teoría de la investigación científica.

## **EL CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

- Todo el contenido del Marco Teórico se ha desarrollado, tomando en cuenta el sistema de referencias bibliográficas APA, en sexta edición y los contenidos se adecúan a los requisitos de un trabajo de investigación en el campo del derecho, de ahí su importancia al estar constituido por las teorías que dilucidan los aspectos fundamentales del estudio jurídico social.

## **DEL CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

Este capítulo representa un punto neurálgico en la realización de un trabajo de investigación, en tal sentido está constituido por los siguientes puntos:

- Análisis de Resultados, cumple con los requisitos de la Universidad Alas Peruanas.
- Discusión de Resultados, desarrolló de acuerdo a las exigencias de un trabajo de investigación de nivel universitario.
- Conclusiones: guardan relación directa con los objetivos de investigación.
- Recomendaciones, guardan relación directa con las conclusiones.
- Fuentes de información, fueron desarrolladas, tomando en cuenta el sistema de referencias bibliográficas APA, en sexta edición

#### **ANEXOS**

Matriz de Consistencia, se observa en los anexos.

Instrumento(s), se observan en los anexos, específicamente la guía de entrevista, por ser un trabajo cualitativo.

Validación de instrumento por expertos (Ficha de validación del instrumento. Juicio de expertos), se observan en los anexos.

Anteproyecto de Ley.

#### **CONCLUSIÓN:**

Por lo expuesto, habiéndose cumplido con las sesiones de asesoramiento correspondiente al **Aspecto Metodológico de la tesis titulada: "RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS, REGIÓN JUNÍN 2018"** considero que el Bachiller **JUAN JOSÉ, BLANCO BALDEÓN** ha realizado la tesis conforme a las exigencias establecidas por la Facultad, para su preparación y elaboración; el mismo que está concluido y listo para ser sustentada.

Atentamente,



Dr. PABLO DANIEL QUIRÓS CUBILLAS

Asesor Temático  
Código N° 003909



*Handwritten signature*

*Handwritten mark*

**DEDICATORIA**

Al Cristo de la Piedra (Iglesia las  
Nazarenas, Lima- Perú).

Juan José

**AGRADECIMIENTOS**

A los estudios de abogados que  
colaboraron con mis entrevistas.

El autor

## RECONOCIMIENTOS

A mis docentes de Alas Peruanas y a mis asesores.

El autor



## ÍNDICE

Caratula	i
Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
Reconocimiento	iv
Índice	v
Resumen	viii
Abstract	ix
Introducción	x

## CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.1 Descripción de la Realidad Problemática	12
1.2 Delimitación de la Investigación	14
1.2.1 Delimitación Espacial	14
1.2.2. Delimitación Social	14
1.2.3. Delimitación Temporal	14
1.2.4 Delimitación Conceptual	14
1.3 Problema de investigación	15
1.3.1 Problema General	15
1.3.2 Problemas Específicos	15
1.4 Objetivos de la Investigación.	15
1.4.1 Objetivo General	15
1.4.2 Objetivos Específicos	16
1.5 Supuestos y categorías de la investigación	16
1.5.1. Supuesto	16
1.5.2. Categoría	16
1.5.3. Sub categorías	17

1.6.	Metodología de la investigación.	17
1.6.1.	Tipo y Nivel de Investigación.	17
	a) Tipo de Investigación.	17
	b) Nivel de Investigación.	17
1.6.2.	Método y diseño de la Investigación	18
	a) Método de la investigación	18
	b) Diseño de la investigación	19
1.6.3.	Población y muestra de la investigación	19
	a) Población	19
	b) Muestra	20
1.6.4.	Técnicas e Instrumentos de recolección de Datos.	20
	a) Técnicas	20
	b) Instrumentos	21
1.6.5	Justificación, importancia y limitaciones de la Investigación	21
	a) Justificación	21
	b) Importancia	23
	c) Limitaciones	24

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

2.1	Antecedentes de la Investigación	25
2.2	Bases Legales	38
2.3	Bases Teóricas	44
2.4.	Definición de términos.	86

## **CAPÍTULO III: PRESENTACIÓN ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS**

3.1.	Análisis de resultados	90
3.2	Discusión de resultados	95
3.3	Conclusiones	101

3.4. Recomendaciones	103
3.5. Fuentes de información	105

**ANEXOS:**

- Anexo 1: Matriz de consistencia	112
- Anexo 2: Entrevista	113
- Anexo 3. Ante proyecto de Ley	114
- Anexo 4: Mapa conceptual	118
- Anexo 5: Validez y confiabilidad de los instrumentos	119

## RESUMEN

La presente investigación titulada "RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS, REGIÓN JUNÍN, AÑO 2018", busca: determinar cuáles son los principales problemas referentes a la responsabilidad civil médica en la región Junín, año 2018.

El estudio de investigación se realizó bajo el enfoque de investigación cualitativo, referente al tipo de investigación pertenece a la investigación básica, respecto al nivel, corresponde al nivel descriptivo, en cuanto al diseño de investigación corresponde al diseño cualitativo de la teoría fundamentada, que consiste en la teorización de las opiniones, con referencia a la técnica de investigación, se eligió la entrevista y como instrumento, la guía de entrevista (sobre responsabilidad civil médica, principales problemas, Región Junín), respecto a la población estuvo constituida por su naturaleza cualitativa por abogados especialistas en derecho civil (con conocimientos en responsabilidad civil médica) del Departamento de Junín y la muestra estuvo constituida por 5 abogados especialistas en derecho civil, con conocimientos amplios sobre responsabilidad civil médica.

 Al culminar la presente investigación se arribó a la siguiente conclusión: los principales problemas en relación a la responsabilidad civil médica, están relacionados a la responsabilidad civil subjetiva del profesional médico, la carga de la prueba establecida en el art. 1330 del Código Civil, el resarcimiento de los daños al paciente y la atención de emergencia, tal como se corrobora a través de la opinión de los entrevistados.

 **PALABRAS CLAVES:** Responsabilidad civil médica, principales problemas, carga de la prueba, art. 1330 C.C.

## ABSTRACT

The present investigation entitled "MEDICAL CIVIL RESPONSIBILITY, MAIN PROBLEMS, REGION JUNÍN, 2018", seeks to determine the main problems regarding medical civil liability in the Junín region, 2018.

The research study was conducted under the qualitative research approach, referring to the type of research belongs to basic research, regarding the level, corresponds to the descriptive level, in terms of research design corresponds to the qualitative design of the grounded theory, which consists in the theorization of opinions, with reference to the research technique, the interview was chosen and as an instrument, the interview guide (on medical civil responsibility, main problems, Junín Region), regarding the population was constituted by its qualitative nature by lawyers specializing in civil law (with expertise in medical civil liability) of the Department of Junín and the sample consisted of 5 lawyers specializing in civil law, with extensive knowledge of medical civil liability.

At the end of the present investigation, we arrived at the following conclusion: the main problems in relation to medical civil liability are related to the subjective civil responsibility of the medical professional, the burden of proof established in art. 1330 of the Civil Code, the compensation for patient damage and.

**KEYWORDS:** Medical civil liability, main problems, burden of proof, art. 1330 C.C.

## INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene como tema de trabajo: "Responsabilidad civil médica, principales problemas, Región Junín, año 2018", este trabajo se hace con la finalidad de determinar los principales problemas en torno a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín.

Este trabajo está pensado en todos aquellos pacientes que son víctimas de una mala praxis médica, y que buscan en la responsabilidad civil médica, su medio más efectivo para que los profesionales médicos y los centros hospitalarios respondan por los daños que les han ocasionado, al haber incumplido las reglas de la medicina, en el momento de ejercitar la prestación de salud.

Este trabajo piensa abarcar todos los distintos hospitales y clínicas de la Región Junín. El método empleado en el presente trabajo, fue el inductivo, propio de la investigación con enfoque cualitativo. Con este método se utiliza el razonamiento para obtener conclusiones que parten de hechos particulares aceptados como válidos, para llegar a las conclusiones, cuya aplicación sea de carácter general.

Para la presente investigación se manifestaron dos limitaciones, por un lado la poca bibliografía existente, algunas bibliotecas no contaban con libros actuales sobre el tema, así mismo respecto al factor económico, es un poco costoso acceder a libros, ya que esto implica invertir en pasajes, copias, compra de libros, pagos de internet, entre otros. Significando un gasto oneroso importante.

La presente tesis consta de tres capítulos, (en cuyo contenido se ha desarrollado las pautas correspondientes a una investigación cualitativa), los mismos que se describen a continuación:

Capítulo I, titulado planteamiento del problema, el mismo que a su vez contiene: descripción de la realidad problemática, la delimitación de la investigación, problema de investigación, objetivos de la investigación, categorías de la investigación, además de la metodología de la investigación, donde se consigna el tipo, nivel, método, diseño, población, muestra, las técnicas e instrumentos de investigación, además de la justificación, importancia y limitaciones.

Capítulo II, titulado marco teórico, considera todo el desarrollo del soporte teórico y conceptual de la categoría, contiene: los antecedentes de la investigación, bases legales, bases teóricas y definición de términos básicos.

Capítulo III: referido a la presentación, análisis e interpretación de resultados, que a su vez contiene: análisis, discusión de resultados, conclusiones, recomendaciones y fuentes de información.

Finalmente, el informe de tesis considera los anexos y los documentos que corroboran la realización del trabajo de investigación, los mismos que son: la matriz de consistencia, los instrumentos de investigación, además de la validez del instrumento.


El autor

## CAPÍTULO I

### PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

#### 1.1 DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

La responsabilidad civil médica constituye hoy en día un supuesto de particular importancia dentro de la responsabilidad civil en general y específicamente dentro de la responsabilidad profesional.

Los medios de comunicación nos presentan casi a diario noticias sobre algún paciente que es afectado en su salud y que hasta incluso llegan a perder la vida, siendo muchos de esos casos por causa de la mala praxis médica. En tal contexto, no se puede negar que la Medicina es en la actualidad una de las actividades más expuestas a acciones de indemnización por daños y perjuicios.

Hoy en día, son múltiples las causas de un notable aumento de demandas por responsabilidad civil contra médicos y establecimientos prestadores de salud, y ello es debido a que los médicos, han perdido la histórica inmunidad de la que gozaban y, en merito a la cual solo estaban sometidos a las reglas de la ética profesional o a su conciencia y en caso de quebrantarlas simplemente se exponían a la censura social.

En el Perú, en los últimos años se han venido incrementando los procesos por responsabilidad civil médica, y ello es debido a que la sociedad busca la

responsabilización de los médicos por el ejercicio de su profesión y también a una mayor concientización de la sociedad frente a sus derechos y las obligaciones de sus médicos.

La responsabilidad civil médica, históricamente ha partido de la culpa como factor de atribución preponderante, y que pretendía no solo reparar los daños ocasionados al paciente, sino sobre todo y ante todo desactivar conductas negligentes de los galenos. Pero la probanza de la culpa del médico era una tarea sumamente difícil para los pacientes y sus familiares. Hoy en día los pacientes son obligados a litigar por una indemnización que la mayoría de veces no solo llega tarde, sino que es ínfima y en el peor de los casos no llega nunca.

Actualmente los pacientes, tienden a creer que cualquier fallo o error en el diagnóstico o en el tratamiento, se debe a la imprudencia o la negligencia del médico, y no dudan ni por un instante, en llevar su caso ante las instancias judiciales, con el objeto de obtener un resarcimiento por el daño sufrido.

Hoy en día, en el Perú, el médico ha pasado a ser un prestador de servicios y como consecuencia, el tratamiento que brinda ha pasado a ser una relación contractual de la que se derivan una serie de derechos y obligaciones, y en el caso de incumplimiento, surge el derecho del paciente a obtener una reparación por los daños ocasionados. Aquí el paciente aparece como un acreedor de la prestación de salud, es decir un consumidor de servicios médicos.

Actualmente, nuestra jurisprudencia sobre responsabilidad civil médica, nos muestra que se han emitido una serie de fallos, los cuales no tienen una homogeneidad y presentan quantum indemnizatorios, en muchos casos eximios, y en la mayoría de casos, no es considerado el derecho de opción de la víctima e incluso se les obliga a una carga probatoria desproporcional y hasta a veces excesiva e injusta frente al daño que se le ha ocasionado.

Esta investigación pretende establecer los principales problemas, en relación a la responsabilidad civil médica en la Región Junín.

## **1.2. Delimitación de la Investigación**

### **1.2.1 Espacial**

El presente trabajo materia de la investigación tuvo como lugar los distintos hospitales y clínicas de la Región Junín.

### **1.2.2 Social**

La presente investigación socialmente abarca, a un grueso de la población de abogados especialistas en derecho civil, de la Región Junín, especialmente a 5 abogados de la especialidad civil con conocimientos amplios sobre responsabilidad civil médica, y también a todos los profesionales médicos y pacientes involucrados, en una actividad de mala praxis médica, en la Región Junín.

### **1.2.3 Temporal**

La presente investigación se ha realizado durante el año 2018.

### **1.2.4. Conceptual**

Esta tesis abarca un concepto fundamental:

**Responsabilidad civil médica:** Es aquella que se genera en ejecución de un acto médico realizado por profesionales de la medicina incumpliendo las reglas de esta profesión o con ocasión de su ejercicio profesional abusan de sus facultades para cometer conductas ilícitas ocasionando no solo un daño a la vida y salud del paciente sino en otros derechos fundamentales. (Caruatocoto, 2010, p. 90).

Según Arimany (2007), la responsabilidad civil médica consiste en la obligación del médico de reparar el daño o perjuicio causado en el ejercicio profesional. (p.15).

### **1.3 Problema de investigación**

#### **1.3.1 Problema General**

¿Cuáles son los principales problemas, referentes a la responsabilidad civil médica en la Región Junín, año 2018?

#### **1.3.2 Problemas Específicos**

a. ¿Puede ser objetiva la responsabilidad del profesional médico, con respecto a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018?

b. ¿Es la carga de la prueba un exceso para el paciente, con respecto a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018?

c. ¿Es importante la unificación en una sola Teoría de Daños, dentro de la responsabilidad civil médica, en el Región Junín, año 2018?

d. ¿Es la atención de emergencia, responsabilidad contractual o extracontractual, con respecto a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018?

### **1.4 Objetivos de la Investigación.**

#### **1.4.1 Objetivo General**

Identificar cuáles son los principales problemas referentes a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018.

#### **1.4.2. Objetivos Específicos**

- a. Determinar si puede ser objetiva, la responsabilidad del profesional médico, con respecto a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018.
- b. Determinar si la carga de la prueba es un exceso para el paciente, con respecto a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018.
- c. Determinar si es importante la unificación en una sola Teoría de Daños, dentro de la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018.
- d. Determinar si la atención de emergencia es responsabilidad contractual o extracontractual, con respecto a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018.

#### **1.5. Supuesto y categoría de la investigación**

##### **1.5.1. Supuesto**

Los principales problemas en relación a la responsabilidad civil médica en la Región Junín, están relacionados a la responsabilidad civil subjetiva del profesional médico, la carga de la prueba establecida en el art. 1330 del Código Civil, el resarcimiento de los daños al paciente y la atención de emergencia.

##### **1.5.2. Categoría:**

Responsabilidad civil médica.

### **1.5.3. Sub categorías:**

- a) Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva
- b) Carga de la prueba.
- c) Teoría de daños
- d) Atención de emergencia

## **1.6. Metodología de la investigación.**

### **1.6.1 Tipo y Nivel de Investigación**

#### **a) Tipo de Investigación**

Investigación básica o teórica, porque tiene como propósito recoger información, buscando hacer aportes teóricos al derecho, o crear conceptos que desarrollen un sistema o rama jurídica. Su finalidad consiste en formular nuevas teorías, modificar o cuestionar las existentes, incrementando los conocimientos. (Aranzamendi, 2015, p.85).

La presente investigación es básica, porque elabora conocimientos nuevos, toda vez que se realiza una investigación en profundidad para lograr alcanzar el objetivo y contribuir con un nuevo conocimiento en lo jurídico, es decir se buscará producir nuevos conocimientos, ampliando las teorías existentes sobre la responsabilidad civil médica.

#### **b) Nivel de Investigación**

El nivel de investigación es descriptivo. Esta investigación se desarrolla en un nivel descriptivo, porque se ha considerado la categoría (responsabilidad civil médica) de manera holística y

sistémica, los eventos sociales en relación a la responsabilidad civil médica, se ven de manera integral, observo como es y se manifiesta el problema y sus componentes.

La investigación de tipo descriptivo, busca especificar las propiedades, las características y los perfiles de personas, grupos, comunidades, procesos, objetos o cualquier otro fenómeno, que se someta a un análisis. Es decir únicamente pretende medir o recoger información de manera independiente o conjunta sobre los conceptos a los que se refiere, para ello usa el método general de la observación. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 92).

## 1.6.2 Método y diseño de la Investigación

### a) Método de investigación

El método que se aplicó fue el inductivo, propio de la investigación con enfoque cualitativo. Con este método, se busca llegar a conclusiones, que estén en concordancia con sus premisas, es decir, a partir de verdades particulares, se construye verdades generales. En este caso el investigador parte del dato y la información recogida mediante sucesivas observaciones y las experiencias particulares; y mediante la generalización establece una ley o verdad lo más general posible. (Aranzamendi, 2015, p. 116).

En nuestra investigación, el estudio partió de los hechos individuales o particulares que giran en torno a la responsabilidad civil, con la finalidad de obtener una conclusión en forma general, sobre el tema responsabilidad civil médica.

## **b) Diseño de Investigación**

El diseño de la investigación corresponde al diseño cualitativo de la teoría fundamentada, que consiste en la teorización de las opiniones. En este caso, se buscó llevar a teoría, la opinión de los 5 abogados civilistas, especialistas en responsabilidad civil médica.

Señala (Hernández, Fernández y Baptista, 2014), que la teoría fundamentada, tiene como propósito, desarrollar teorías basadas en datos empíricos, es decir se provee al investigador de un sentido de comprensión sólido, de manera que encaje en la situación bajo estudio. En la teoría fundamentada, se trabaja de manera práctica y es sensible a las expresiones de los individuos, del contexto considerado.

### **1.6.3. Población y muestra de la Investigación**

#### **a) Población.**

Nuestra población estuvo constituida por abogados especialistas en derecho civil de la Región Junín. En el presente estudio, el criterio de inclusión respecto a los abogados fue que éstos cuenten con un adecuado conocimiento sobre responsabilidad civil médica.

La población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones. Las poblaciones deben situarse claramente en torno a sus características de contenido, de lugar y en el tiempo (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p.174).

## **b) Muestra.**

Para efectos de la muestra, se determinó 5abogados de la especialidad civil, siendo la presente una muestra intencionada por razón del criterio de inclusión (abogados de la especialidad civil con conocimientos sobre responsabilidad civil médica).

Como esta investigación es cualitativa, se usó la muestra a través del mapeamiento.

La muestra es, en esencia, un subgrupo de la población. Digamos que es un subconjunto de elementos que pertenecen a ese conjunto definido en sus características al que llamamos población (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p.235),

### **1.6.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos**

#### **a) Técnicas**

En este caso la técnica que se aplicó, es la entrevista en profundidad, que tiene su origen, en la entrevista clínica y psiquiátrica. Esta es una técnica, mediante la cual el investigador sugiere al entrevistado, unos temas sobre los que este es estimulado, para que exprese todos sus sentimientos y pensamientos de una forma libre y conversacional. En nuestra investigación, la entrevista permitió, que los abogados especialistas en derecho civil, nos permitan conocer sus conocimientos y criterios que tienen, sobre la responsabilidad civil médica, en la Región Junín.

La entrevista es una técnica de investigación, que se caracteriza por el intercambio directo entre el investigador y el sujeto que

brinda la información. En la investigación jurídica la entrevista tiene significativa importancia, puesto que, permite a los investigadores relacionarse directamente con los actores del Derecho, sean abogados, operadores de justicia, así como conocer las vivencias y criterios que ellos tienen sobre el tratamiento del problema.(Aranzamendi, 2015, p. 126).

#### **b) Instrumentos**

Respecto al instrumento de investigación, se utilizó la guía de entrevista "responsabilidad civil médica, principales problemas, Región Junín", antes de su aplicación, este instrumento fue sometido a la prueba de validez, a través de un juicio de expertos.

La guía de entrevista, contiene una guía de preguntas específicas y el entrevistador, se sujeta exclusivamente a ésta (en ella se prescriben que cuestiones se preguntarán y en qué orden). Este instrumento, busca obtener la información necesaria, para comprender el fenómeno de estudio. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 403).

### **1.6.5 Justificación, importancia y limitaciones de la Investigación**

#### **a) Justificación**

##### **Justificación teórica**

Esta investigación referente a la responsabilidad civil médica, se justifica teóricamente, porque a través de esta, se identificarán los principales problemas en torno a la responsabilidad civil médica, en consecuencia, se utilizará como antecedente teórico, para futuros trabajos de investigación.

Esta justificación, señala la importancia que tiene la investigación de un problema en el desarrollo de una teoría. Ello implica indicar que el estudio, va permitir actualizar o difundir la investigación y ampliar un modelo teórico.(Palacios, 2016, p. 215).

### **Justificación metodológica**

Esta investigación referente a la responsabilidad civil médica, se justifica metodológicamente, puesto que contribuye a la definición de un concepto muy importante, como es la responsabilidad civil médica, además sugiere como estudiar más adecuadamente el tema de la responsabilidad civil médica, dejando de lado los criterios tradicionales de una investigación cuantitativa.

Esta justificación responde a las siguientes preguntas: ¿la investigación puede ayudar a crear un nuevo instrumento para recolectar o analizar datos?, ¿contribuye a la definición de un concepto?, ¿puede lograrse con ella mejoras en la forma de experimentar con una o más categorías?, ¿sugiere cómo estudiar más adecuadamente una población?(Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 40).

### **Justificación práctica**

La presente investigación ha considerado la necesidad de identificar los principales problemas, en torno a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, además está orientada a solucionar de alguna manera, la problemática existente respecto al notable aumento de demandas por responsabilidad civil médica, derivadas de una mala praxis médica, en la Región Jurín.

En esta justificación se busca ayudar a resolver algún problema real, además de tener implicaciones trascendentales para la

solución de una amplia gama de problemas prácticos. (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 40).

### **Justificación social**

La presente investigación se justifica socialmente, por cuanto es imprescindible conocer los principales problemas, en cuanto a la responsabilidad civil médica, estos problemas deben quedar claramente identificados, para que en adelante, se tomen por parte del Estado y la sociedad en conjunto, medidas para evitar que se sigan dando más demandas, por responsabilidad civil médica, en la Región Junín. Además los resultados de esta investigación, buscará beneficiar a todos aquellos pacientes, que son víctimas de una mala praxis médica.

Esta justificación, responde a las siguientes preguntas: ¿Cuál es su trascendencia para la sociedad?, ¿quiénes se beneficiarán con los resultados de la investigación?, ¿qué alcance o proyección social tiene? (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 40).

### **b) Importancia**

La importancia de la presente investigación, radica en que los resultados de la investigación, nos servirán para identificar los principales problemas en torno a la responsabilidad civil médica, para que de este modo el sistema judicial y el gobierno central puedan plantear acciones concretas tendientes a mejorar y buscar alternativas de solución, ante el creciente aumento de demandas por responsabilidad civil médica, contra los médicos y los establecimientos de salud. Además esta investigación, también tiene una gran importancia en el campo social, ya que esta investigación realizada busca, que los pacientes, reconozcan en la responsabilidad civil médica, su medio más efectivo, para

que los médicos y sus respectivos centros hospitalarios respondan por todos los daños, que les han ocasionado.

La importancia de una investigación, se respalda en los fines de la educación superior. Además se relaciona con el compromiso que debemos de asumir todos los profesionales o científicos y la comunidad científica en el conocimiento de la realidad objetiva, en el desarrollo de la ciencia, de la tecnología y en la solución de problemas prácticos que aquejan a la sociedad.(Palacios, 2016, p. 471).

### **c) Limitaciones**

Para la presente investigación se manifestaron dos limitaciones, por un lado la poca bibliografía existente en el mercado, en cuanto a libros sobre responsabilidad civil médica, algunas bibliotecas no contaban con libros actuales sobre el tema, así mismo respecto al factor económico, es un poco costoso acceder a libros, ya que esto implica invertir en pasajes, copias, compra de libros, pagos de internet, entre otros. Significando un gasto oneroso importante. Todas estas limitaciones fueron absueltas por el investigador.

Al respecto Palacios (2016), refiere que las limitaciones de una investigación, nos lleva a decir si contamos con los recursos económicos, financieros y materiales suficientes, así como los recursos de tiempo y de información. (p.215).

## CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

### 2.1. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

#### 2.1.1. Antecedentes Internacionales:

**Hernández (2002)**, en su tesis doctoral denominada "Responsabilidad por mala praxis médica, análisis del problema a través de encuestas a colegios oficiales de médicos y abogados", presentada en la Facultad de Medicina de la Universidad de Córdoba Argentina. Cuyo objetivo es conocer la opinión existente en los colectivos profesionales habitualmente involucrados en el proceso (médicos y abogados) de una serie de cuestiones que juzgamos fundamentales para nuestro estudio como son los datos estadísticos de imprudencia médica, causas de aumento de las denuncias, consecuencias e influencia del problema de la mala praxis en el ejercicio médico, órgano de mayor eficacia en la resolución de estos problemas, profilaxis de la mala praxis médica, tipo de vías de actuación en resolución del problema, tipo de responsabilidad operante, sistema para fijar la indemnización, opinión del seguro de responsabilidad civil e importancia de la pericia médica en la mala praxis médica. En la metodología empleada se hizo un estudio teórico y revisión bibliográfica legal del tema, luego se utilizó la técnica de la encuesta y como instrumento el cuestionario, con ella se pretendió investigar sobre las causas más frecuentes de denuncias médicas y de

mala praxis, sobre alternativas a la norma actual de resolución de estos problemas, tratando de saber qué grado de conocimiento se tiene de esos sistemas alternativos que aún son inhabituales en nuestro país, y pulsar la idoneidad de los mismos. La encuesta fue remitida a todos los Colegios Oficiales de Médicos del país y a un Colegio Oficial de Abogados de cada provincia del país. La encuesta constaba de 21 preguntas, con respuestas múltiples, si bien las respuestas no eran excluyentes, por lo que se permitía contestar varios ítems a una misma pregunta, luego se procedió a hacer un análisis estadístico.

#### Conclusiones:

- a) Pese a que la mala praxis médica es un importante problema, se aprecia un cierto desinterés en los colectivos implicados (Colegios Profesionales de Médicos y Abogados), que carecen de información ponderada al respecto.
- b) La principal causa de mala praxis médica es la falta de información al paciente y secundariamente la falta de cuidados (historias clínicas deficientes, despersonalización en la asistencia, medios complementarios insuficientes e incumplimiento de protocolos).
- c) El sistema preferido para evitar este problema consiste en medidas para procurar mejor información al paciente y formación de los sanitarios, y en la indemnización de los daños causados, rechazándose en principio las medidas penalizadoras.
- d) Se tiende a la resolución por vías extrajudiciales, aunque no se conocen muy bien los distintos sistemas existentes a tal efecto, por lo que se prefieren los acuerdos privados directos entre Compañías de Seguros y particulares.

e) Se prefieren los criterios de responsabilidad subjetiva por culpa como razón de la indemnización, sin que aún tengan arraigo los criterios de responsabilidad objetiva por riesgo, tan corrientes en algunos países.

f) La necesidad de un seguro de responsabilidad civil es incuestionable, y debe realizarse por los Órganos Sanitarios o, en su caso, por los Colegios de Médicos, prefiriéndose seguros de tipo colectivo.

Esta investigación es importante, ya que se relaciona con nuestro tema, puesto que el autor, nos presenta aspectos en relación a la responsabilidad civil del profesional médico, considerándose que en su país se prefiere el criterio de responsabilidad subjetiva por culpa, como eje de la indemnización, sin que se brinde importancia a la responsabilidad objetiva por riesgo.

**Parra (2014)**, en su tesis denominada “La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa”, presentada en la Universidad Carlos III de Madrid España, para optar el grado de Doctor. Cuyo objetivo es determinar y dar cuenta del panorama doctrinal y jurisprudencial respecto de aquellas cuestiones que con mayor frecuencia se presentan al hablar de la responsabilidad civil del médico, analizando los distintos elementos que integran la responsabilidad civil a efectos de poder determinar en qué casos nacerá para el paciente la respectiva acción de responsabilidad en contra de un facultativo. La metodología utilizada a efectos de nuestra investigación se centra principalmente en el análisis jurisprudencial y doctrinal de los principales problemas que conlleva la determinación de la responsabilidad civil del médico desde la perspectiva de la denominada medicina curativa.

Conclusiones:

a) Cuando nos encontremos ante un caso de medicina curativa o terapéutica, por regla general y salvo pacto en contrario, el contrato

celebrado entre médico y paciente tendrá las características de un contrato de asistencia sanitaria, asumiendo el facultativo una obligación de medios para con su paciente, por lo que el médico no garantizará la curación del enfermo, pero sí el empleo de las técnicas apropiadas según el estado actual de la ciencia médica y las circunstancias concurrentes en cada caso.

b) La inobservancia de los deberes de entrega de información y/o de obtención del consentimiento informado, como parte integrante de la *lex artis* médica, implican necesariamente una conducta negligente por parte del facultativo, debido a su alejamiento del estándar de conducta exigido para estos casos, lo cual sin duda ha de generar responsabilidad para éste, siempre y cuando, como es lógico se produzca un perjuicio para el paciente.

c) Con respecto a la carga de la prueba, por aplicación del art. 217 LEC, tanto la carga de la prueba del daño y la relación de causalidad, como la carga de la prueba de la infracción de la *lex artis* ad hoc, le corresponde al actor. No obstante, teniendo a la vista la dificultad que implica fundamentar en términos de justicia material el sostenimiento férreo de la responsabilidad médica por culpa con prueba a cargo de la víctima, nos parece imprescindible suavizar el esquema probatorio mediante la utilización de expedientes probatorios.

d) De los expedientes probatorios analizados (*Prima facie*, *Res ipsa loquitur*, *Faulte virtuelle* y la doctrina del daño desproporcionado) cabe concluir respecto de ellos la inexistencia de diferencias fundamentales a parte del ordenamiento del cual se originan (Alemania, EEUU, Francia y España). De esta forma cabe apreciar que estos mecanismos más bien se configuran como modalidades del mismo principio que en términos generales establece que debe entenderse que el agente actuó con culpa (eximiendo por ello de dicha prueba a la víctima).

e) A efectos de dar solución a la compleja situación probatoria que debido a la incertidumbre del nexo causal se encontraría la víctima de un daño derivado de una deficiente actuación médica, se sugiere tanto la utilización de expedientes similares a los propuestos al analizar la problemática de la prueba de la culpa (Prima facie, Res ipsa loquitur, Faulte virtuelle y la doctrina del daño desproporcionado), como la utilización de criterios probabilísticos a efectos de la determinación del nexo causal en materia de responsabilidad médica.

Esta investigación, es importante, puesto que se relaciona con nuestro tema, ya que nos presenta un análisis completo de los distintos elementos que integran la responsabilidad civil médica. Además nos presenta los aspectos más importantes, en torno a la carga de la prueba, dentro de la responsabilidad civil médica, donde se busca suavizar el esquema probatorio, mediante la utilización de expedientes probatorios (Prima facie, Res ipsa loquitur, Faulte virtuelle y la doctrina del daño desproporcionado).

**Tapia (2005)**, en su tesis presentada en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Austral de Chile titulada "Responsabilidad Civil Médica de los Establecimientos de Salud". Cuyo objetivo es determinar las principales nociones generales de la responsabilidad civil médica en relación a los establecimientos de salud, analizando las demandas interpuestas en ese país en contra de los médicos y los establecimientos de salud las cuales han ido en aumento. Se utilizó una metodología de tipo investigativo para analizar la normativa, doctrina y jurisprudencia aplicable al tema. El análisis normativo, doctrinario y jurisprudencias se hicieron de manera integral, comenzando por la normativa base referente a la responsabilidad civil médica, siguiendo con la jurisprudencia y doctrina relacionada con el efecto. Finalmente, se utilizó una metodología analítica y deductiva para llevar a cabo una interpretación armoniosa del ordenamiento, para poder llegar a las conclusiones del trabajo.

Conclusiones:

a) Desde siempre la relación médico-paciente ha sido compleja, sobre todo cuando producto de esta relación se han producido daños y perjuicios al paciente y para efectos de determinar la responsabilidad del facultativo y/o del establecimiento.

b) Frente a lo anterior, la doctrina ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la relación paciente-médico y/o establecimiento, existiendo argumentos para defender tanto su carácter contractual como extracontractual.

c) En tanto, la responsabilidad del médico será de carácter extracontractual cuando, aun existiendo un contrato entre médico y paciente, el daño se produce por una "negligencia común", o bien entre la relación médico-paciente no medie un contrato o éste es declarado nulo. Las principales ventajas de esta responsabilidad son: la extensión de la reparación de los daños; la procedencia de la indemnización por daño moral en todos los casos; la solidaridad pasiva entre los autores del delito y la no graduación de la culpa. Las desventajas fundamentales son: la no presunción de la culpa y por tanto, la víctima debe probarla y en segundo lugar, el que se prive al contrato de su fuerza obligatoria al aceptar nuestros tribunales que el paciente pueda demandar por vía extracontractual.

d) Entonces, la diferencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual aparece cada vez más de orden teórico que práctico, por cuanto debido a la visión del derecho de daños el perjuicio producido a la víctima es uno solo. Además, mientras se discute en doctrina si la relación paciente-médico y/o establecimiento da origen a un contrato en la práctica se observa que el paciente ejerce en el 94,1% de los casos

(16) una acción penal y en un 5,9% (1 caso) la acción interpuesta fue por la vía de la responsabilidad extracontractual.

e) En principio, la doctrina rechaza la posibilidad de aplicar las normas de responsabilidad extracontractual si se trata de la infracción de un contrato.

f) Actualmente existe una tendencia a perseguir la responsabilidad de la entidad donde el facultativo prestó sus servicios, por poseer éste mayores recursos para hacer efectiva la indemnización.

g) Existen algunos casos en que el médico puede contraer responsabilidad extracontractual por actos de su profesión.

Esta investigación es importante, puesto que se relaciona con nuestro tema, ya que nos presenta las principales nociones generales de la responsabilidad civil médica (concepto, tipos, requisitos). Además este autor hace un análisis detallado acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica, mostrándonos las ventajas y desventajas entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual.

### 2.1.2. Antecedentes Nacionales

**Carhuatocto (2010)**, en su tesis: "La Responsabilidad civil médica: El caso de las infecciones intrahospitalarias", presentada para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado. Lima-Perú. Cuyo objetivo es perfeccionar legislativamente la responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias al paciente y establecer como factor de atribución objetivo de responsabilidad civil la inobservancia de normas de bioseguridad. En cuanto a la metodología del estudio, el tipo de

investigación, es no experimental y recurre para constatar su hipótesis principal a distintos métodos. Los métodos de Investigación que se utilizaron son los siguientes: exegético-Hermenéutico, para determinar el sentido y alcance de las normas jurídicas para su correcta aplicación, método dogmático para la interpretación y aplicación del Derecho vigente, este método, no sólo determina el ámbito a investigar, sino que suministra un criterio, que tiene por objeto integrar el material positivo que opera en los conceptos jurídicos, para fijar después los principios generales mediante el análisis y la síntesis, método lógico jurídico, para entender al Derecho, que obtiene su principal fuente del conocimiento en la razón y no de la experiencia; el empleo de un lenguaje simbólico del Derecho, permite también formar un paradigma en el conocimiento jurídico, que infiere en resultados. En cuanto a la técnica de recolección de datos se utilizó la recopilación documental a fin de recabarse la información contenida en diversos documentos, ya sean bibliográficos, hemerográficos, así como los existentes en Internet.

### Conclusiones

a) El problema de los daños médicos es multifactorial y su solución implica elevar los estándares de calidad de servicios de salud, acreditación de nosocomios; la implementación de un fondo de reparaciones por daños médicos, con topes indemnizatorios; el fortalecimiento de la responsabilidad civil médica objetiva en determinados supuestos; seguros médicos directos voluntarios (sea del nosocomio, el paciente o el médico); aprobación de lineamientos para la promoción de soluciones amistosas en los hospitales, y en última instancia la construcción de un sistema de seguridad social por daños médicos similar al existente para accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

b) En el Perú, debe regularse supuestos específicos de responsabilidad médica objetiva, que por solidaridad social deben asumir aquellos que

están en mejor condición de soportarlos (los centros asistenciales o bancos de sangre) tales como hechos ajenos al desarrollo de la enfermedad o dolencia del paciente que agravan su condición, como las infecciones nosocomiales, contagio por transfusiones sanguíneas y los productos defectuosos médicos. También se debe de consagrar factores de atribución objetivos dentro de la responsabilidad civil médica, ello sobre la base de la doble naturaleza de las prestaciones de salud, como actividad riesgosa y como actividad empresarial.

c) La responsabilidad civil médica es de naturaleza contractual ello debido a que la relación médico paciente, no solo se instaura cuando el usuario del servicio de salud tuvo la opción de elegirlo y acudir al mismo sino también en los casos en que por la gravedad del paciente cualquier médico u hospital está en la obligación de atenderlo (asistencia médico-quirúrgica de emergencia), naciendo en estos casos el vínculo contractual por imperio de la Ley General de Salud y derivada de las obligaciones inherentes a todo médico.

d) Los protocolos médicos y estándares médicos deben adaptarse a la realidad de los centros asistenciales del país que progresivamente deben tener la infraestructura mínima necesaria para garantizar la seguridad del paciente. Empero, al médico le es exigible el estándar de cuidado aplicable a todo profesional médico tomando en cuenta la situación de la organización hospitalaria, y en especial las dificultades, del caso concreto.

e) La responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias, no se encuentra regulada de manera integral y este vacío está generando que el sistema de salud este externalizando los costos de estos eventos adversos.

f) La organización hospitalaria es responsable del control y prevención de las infecciones intrahospitalarias, en consecuencia debe ser quien en

caso de presentarse este evento adverso debe asumir la responsabilidad civil de los pacientes afectados y brindarle prestaciones asistenciales adicionales y compensatorias.

g) El incumplimiento de las normas para la prevención de infecciones intrahospitalarias debe consagrarse como un factor de atribución de la responsabilidad civil. El cumplimiento de las prácticas reconocidas por la comunidad médica tiene enorme relevancia para imputar responsabilidad, teniendo presente que la organización hospitalaria debe promover protocolos médicos actualizados y no experimentales. Esto es que mientras más consolidadas y experimentadas se hallen las técnicas aplicables a un determinado acto médico, más riguroso será el criterio de diligencia.

Esta investigación se relaciona con el tema, ya que nos presenta un análisis completo acerca de la responsabilidad civil médica en el Perú (conceptos elementales, naturaleza, carga de la prueba). Además este autor nos permite profundizar acerca de considerar a la responsabilidad civil del profesional médico, como objetiva, postulando este autor que en el Perú, se debe de edificar un sistema de responsabilidad civil objetiva, circunscrita a los daños producidos en el ejercicio de la medicina. También este autor adiciona, en cuanto a la atención de emergencia, a que esta siempre generará una obligación de carácter contractual.

**Ávila (2003)**, en su tesis titulado "La prueba de la culpa por el perjudicado y la indemnización por daños en la responsabilidad civil médica", presentada para optar el título de magister en derecho civil en la Universidad Nacional de Trujillo, en el año 2003. Cuyo objetivo es determinar la eficacia de la prueba de la culpa a cargo del perjudicado como medio para acceder a una indemnización por daños en los casos de responsabilidad civil médica. En cuanto a la metodología de estudio, el tipo de investigación fue básica, el nivel fue descriptivo correlacional,

el método utilizado es el método teórico, el diseño de la investigación es no experimental- transversal.

Conclusión:

a) Refiriendo que la culpa se considera como un criterio de imputación de responsabilidad civil del profesional médico, que determina su existencia en una relación entre el comportamiento dañoso y aquel requerido por el ordenamiento jurídico, y conforme lo exige el artículo 1330 del Código Civil, en cuanto estipula que “ la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado, por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso”, en este contexto la prueba de la culpa por el perjudicado (paciente agraviado) es excesiva.

Esta investigación es importante, puesto que se relaciona con nuestro tema, ya que nos presenta un panorama amplio en relación a la carga de la prueba, que debe de llevar el demandante, en este caso será el paciente agraviado quien deberá demostrar en el correspondiente proceso judicial, que el daño sufrido ha sido consecuencia de un actuar culposo del profesional de salud, según lo exige el artículo 1330 del Código Civil, llevando a que la prueba de la culpa, sea en algunos casos muy difícil.

**Sotomarino (2009)**, en su trabajo de investigación denominado “El daño moral en la responsabilidad civil. Análisis en el derecho Comparado y el derecho nacional”, presentado en la Universidad Particular San Martín de Porres. Lima-Perú. Cuyo objetivo es determinar que es el daño moral y como se entiende este actualmente en las distintas fuentes del derecho nacional y el derecho comparado, además de la delimitación del concepto ante otros (como el daño psicológico, el daño biológico o a la salud bajo la perspectiva de afectación de la salud mental, el daño al proyecto de vida, etc.). En cuanto a la metodología de

investigación, el nivel de investigación ha sido histórico, documental, descriptivo y correlacional considerando en este último aspecto, la relación entre una variable independiente, la doctrina y otra dependiente, como la jurisprudencia nacional. Las menciones a la doctrina que se hace en muchas resoluciones judiciales, revela preocupación de los magistrados por buscar mayor información pero las citas son muy reducidas describiendo algunas ideas sobre el concepto y muy poco sobre como cuantificar este daño. El diseño ha sido no experimental, no hemos trabajado con participantes individuales sino con un análisis de resoluciones. Los métodos de investigación en su desarrollo jurídico, abarcan la exégesis, la aproximación histórica, referida al desarrollo de la institución a través del tiempo, la revisión de ideas a través de la dogmática y el análisis funcional referido al tratamiento real en el ámbito de los precedentes judiciales.

#### Conclusiones:

a) La responsabilidad contractual y extracontractual se diferencian principalmente, en primer lugar, porque en una existe un incumplimiento o infracción a un acuerdo libre de voluntades, y en segundo lugar, por la comisión de un delito o cuasidelito. Pero en ambas la reparación del daño y el resarcimiento de un perjuicio siempre van a estar dirigidas a tratar de reponer o resarcir de manera dineraria a quien ha sido víctima de tales actos u omisiones. El valor de los distintos perjuicios que sufre el ser humano no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos.

b) El daño moral es una figura jurídica que busca la protección de la persona humana y de sus intereses, cuando estos se vean afectados por la comisión directa o indirecta de un sufrimiento o un menoscabo de índole corporal o emocional ante los cuales, somos vulnerables todos los seres humanos.

c) La incorporación del daño a la persona, representó un avance de gran trascendencia, al extender la protección jurídica al ser humano de aquellos daños de condición subjetiva, en donde las consecuencias y perjuicios deberían ser indemnizados, ello originó una concepción más humanista del daño en general recogida por el derecho.

d) No es lo mismo daño moral que daño al proyecto de vida, este último es la lesión a la libertad de la persona a realizarse según su propia y libre decisión, es un daño radical que retrasa, menoscaba o frustra la realización personal. Es un daño que no tiene que ver con el dolor o sufrimiento como el daño moral, sino que implica la frustración de lo que el ser humano ha planificado en su vida.

e) La jurisprudencia nacional no ha desarrollado abundantemente el concepto de daño moral, ni daño a la persona, recurriendo en las pocas oportunidades a la doctrina esbozada por el maestro Fernández Sessarego.

Esta investigación es importante, puesto que se relaciona con nuestro tema, ya que nos presenta, un análisis detallado acerca de uno de los elementos más importantes de la responsabilidad civil médica, como es el daño generado. En consecuencia, no podrá existir responsabilidad civil médica, si no hay daño causado.

**Herencia (2014)**, en su tesis "La responsabilidad civil de los médicos y la mala praxis en el Departamento de Cirugía General del Hospital Nacional Carlos Lanfranco La Hoz del distrito de Puente Piedra, el año 2013", presentada para optar el título de abogado en la Universidad Alas Peruanas. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima- Perú. Cuyo objetivo es determinar la relación que existe entre la responsabilidad civil de los médicos y la mala praxis en el Departamento de Cirugía General del Hospital Nacional Carlos Lanfranco La Hoz del distrito de Puente Piedra, el año 2013. En cuanto a la metodología del estudio, el tipo de

investigación fue básica, el nivel fue descriptivo y correlacional, los métodos utilizados fueron el método empírico, y el método teórico, el diseño de la investigación es no experimental- transversal. La muestra estuvo constituida por 50 médicos del Hospital Nacional Carlos Lanfranco La Hoz del distrito de Puente Piedra. Mediante la técnica de la encuesta se elaboró y aplicó un cuestionario, para recoger la información sobre la responsabilidad civil de los médicos y la mala praxis en el Departamento de Cirugía General.

### Conclusiones

a) Al término de la investigación se determinó que existe una relación significativa entre la responsabilidad civil médica y la mala praxis en el Departamento de Cirugía General ( $\chi^2_c: 5,556 > \chi^2_t: 3.84$ ), del Hospital Carlos Lanfranco La Hoz del distrito de Puente Piedra, el año 2013.

Esta investigación, se relaciona con nuestro tema, ya que nos permite profundizar sobre los conceptos más esenciales, en torno a la responsabilidad civil médica en el Perú, en especial sobre sus elementos constitutivos, los tipos, además hace una distinción importante en cuanto a su naturaleza (contractual o extracontractual), y finalmente nos hace referencia a una ley muy importante, como es la Ley General de Salud( Ley Nro. 26842).

## 2.2 BASES LEGALES

### a) Legislación Internacional

#### DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (1948)

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en

Bogotá en 1948, la misma que dispuso la creación de la Organización de los Estados Americanos.

**Artículo 11 - Derecho a la preservación de la salud y al bienestar**

Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

**PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (19 DE DICIEMBRE DE 1966)**

Este pacto es un tratado multilateral general que reconoce derechos económicos, sociales y culturales y establece mecanismos para su protección y garantía. Fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200A (XXI), el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 3 de enero de 1976.

**Artículo 9**

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

**b) Legislación Nacional**

**CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ**

Es la norma fundamental de la República del Perú, contiene las bases del ordenamiento jurídico nacional, fue promulgada el 29 de diciembre de 1993 y entró en vigencia el 1 de enero de 1994, durante el gobierno de Alberto Fujimori.

### **Artículo 7.- Derecho a la salud.**

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa.

### **Artículo 9.- Política Nacional de Salud**

El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

### **Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud**

El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.

## **LEYES**

### **LEY N° 26842 (LEY GENERAL DE SALUD)**

Esta ley contiene los lineamientos que deben seguirse para un adecuado funcionamiento y regulación de las actividades que se relacionan con la salud, fue promulgada el 9 de julio de 1997 y publicada el 20 de julio de 1997, durante el gobierno de Alberto Fujimori.

### **Artículo 3**

Toda persona tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico quirúrgica de emergencia cuando lo necesite, estando los establecimientos de salud sin excepción obligados a prestar esta atención, mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida y salud.

Después de atendida la emergencia, el reembolso de los gastos será efectuado de acuerdo a la evaluación del caso que realice el Servicio Social respectivo, en la forma que señale el Reglamento. Las personas indigentes debidamente calificadas están exoneradas de todo pago.

#### **Artículo 4**

Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia. La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso.

#### **Artículo 36**

Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades.

#### **Artículo 39**

Los establecimientos de salud sin excepción están obligados a prestar atención médico quirúrgica de emergencia a quien la necesite y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida y salud. Estos establecimientos de salud, después de atendida la emergencia, tienen derecho a que se les reembolse el monto de los gastos en que hayan incurrido, de acuerdo a la evaluación del caso que realice el Servicio Social respectivo, en la forma que señale el Reglamento. Las personas indigentes debidamente calificadas están exoneradas de todo pago.

#### **Artículo 48**

El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se

desempeñan en éste con relación de dependencia. Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece.

## **CÓDIGOS**

### **CÓDIGO CIVIL**

Es el cuerpo legal que reúne las bases del ordenamiento jurídico en materia civil en el Perú, fue promulgada el 24 de julio de 1984 y entró en vigencia el 14 de noviembre de ese mismo año, durante el gobierno de Fernando Belaunde Terry.

#### **Inejecución de Obligaciones**

##### **Artículo 1318.- Dolo**

Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

##### **Artículo 1319.- Culpa inexcusable**

Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

##### **Artículo 1320.- Culpa leve**

Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

##### **Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable**

Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento

parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

**Artículo 1322.- Indemnización por daño moral**

El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

**Artículo 1325.- Responsabilidad en obligaciones ejecutadas por tercero**

El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.

**Artículo 1330.- Prueba de dolo y culpa inexcusable**

La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

**Responsabilidad Extracontractual**

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

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.

**Artículo 1970.- 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 1972.- 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 1981.- Responsabilidad por daño del subordinado**

Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste 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.

## **2.3. BASES TEÓRICAS**

### **2.3.1. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

#### **2.3.1.1 Responsabilidad médica**

Gisbert (1998) define la responsabilidad médica, así: "Es aquella obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios incluso, dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión". (p.30).

La responsabilidad médica es uno de los supuestos típicos más importantes de la responsabilidad profesional, y se refiere a la responsabilidad en general del médico, en el ejercicio de su profesión. (Varsi, 2006, p. 105).

De lo anterior descrito podemos decir que la responsabilidad médica, es una obligación que tiene todo médico, de dar cuenta a la sociedad de todos sus actos realizados, en el ejercicio de su práctica profesional.

### 2.3.1.2 Tipos de responsabilidad médica

#### a) De acuerdo al fuero

##### **Responsabilidad civil**

Derivada de la obligación de reparar económicamente los daños ocasionados a la víctima.

La responsabilidad civil es la institución mediante la cual una persona obtiene una reparación, compensación o indemnización por un daño o perjuicio que ha sufrido y que socialmente es considerado inaceptable. (Woolcott, 2008, p. 15).

Se trata principalmente de reparar el daño ocurrido tanto en la esfera patrimonial como extra patrimonial (Fernández, 1985, p. 88).

Por consiguiente, tenemos que la responsabilidad civil, busca la restitución de un bien jurídico que ha sido previamente afectado, llevándolo a su estado inicial o lo más próximo a ello. Debemos de tener en cuenta que cuando no se pueda restituir el bien jurídico afectado, entonces esta institución busca otros medios que lo compensen, como por ejemplo el pago de una indemnización económica o la entrega de un bien similar.

##### **Responsabilidad penal**

Surge del interés del Estado y de los particulares interesados en sostener la armonía jurídica y el orden público por lo que las sanciones (penas) son las que impone el código penal (prisión, reclusión, multa, inhabilitación). (Herencia, 2014, p. 51).

## **b) De acuerdo a la técnica jurídica**

### **Responsabilidad Objetiva.**

Es aquella que surge del resultado dañoso no, esperado, que el accionar del médico puede provocar independientemente de la culpa que le cabe. (Herencia, 2014, p. 52).

### **Responsabilidad Subjetiva**

Es aquella que surge de la subjetividad del médico puesta al servicio de una determinada acción penada por ley, (por ejemplo certificados falsos, abortos, violación del secreto profesional). (Herencia, 2014, p. 52).

### **Responsabilidad Contractual**

Es la que surge de un contrato, que no necesariamente debe ser escrito (puede ser tácito o consensual), cuyo incumplimiento puede dar lugar a la acción legal. (Herencia, 2014, p. 52).

En términos generales se puede describir la responsabilidad contractual como aquella derivada del incumplimiento total, parcial o tardío de una obligación derivada de un contrato. En este ámbito, se habla de un deber jurídico incumplido, derivado de la ley que regula la naturaleza del contrato, o del pacto entre las partes, gracias a la autonomía de la voluntad que les concede la legislación civil. El principio general se traduce en no dañar al acreedor. (Plasencia, 2015, p. 23)

Entonces, se entenderá por responsabilidad civil contractual el supuesto en el que necesariamente hay daño, ya que no cualquier incumplimiento del deudor, basta para que le sea imputada una

responsabilidad. Dicho de otro modo, el deudor puede ser responsable por el mero incumplimiento, pero no ser civilmente responsable si no ha causado ningún daño o perjuicio con dicho incumplimiento. (Plasencia, 2015, p.23).

Por consiguiente la responsabilidad contractual, es toda responsabilidad que surge de un contrato y cuyo incumplimiento de ser el caso, dará lugar a una acción legal. Debemos de tener en cuenta, que como consecuencia del incumplimiento de esa obligación, deberá existir un daño.

### **Responsabilidad Extracontractual**

Es la que no surge de contrato previo. Se le conoce como Aquiliana (Lex Aquilia). Su aplicación en el campo médico es excepcional (por ejemplo asistencia médica inconsulta por estado de inconsciencia o desmayo, alienación mental, accidente, shock). (Herencia, 2014, p. 52).

Para De Trazegnies (2001), la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño, es decir, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos. En este sentido el Derecho Civil se ocupa fundamentalmente de reparar a la víctima, perseguir el resarcimiento económico de quien sufrió el daño.

Por consiguiente tenemos que esta responsabilidad es la que no surge de contrato previo alguno, además debemos de tener en cuenta que esta responsabilidad en el campo médico, tiene una aplicación excepcional.

### 2.3.1.3 Responsabilidad civil médica

La responsabilidad civil médica es aquella que se genera en ejecución de un acto médico realizado por profesionales de la medicina incumpliendo las reglas de esta profesión o con ocasión de su ejercicio profesional abusan de sus facultades para cometer conductas ilícitas ocasionando no solo un daño a la vida y salud del paciente sino en otros derechos fundamentales. (Carcuatocoto, 2010, p. 90)

Según Arimany (2007), la responsabilidad civil médica consiste en la obligación del médico de reparar el daño o perjuicio causado en su ejercicio profesional. (p.15).

De lo anterior descrito por los autores, podemos decir que la responsabilidad civil médica buscará obligar al médico a reparar todos los daños o perjuicios ocasionados a un paciente, con ocasión de su ejercicio profesional.

#### a. Presupuestos de la responsabilidad civil médica

##### **Daño**

Es el primer elemento de la responsabilidad civil, sin el no se puede pensar en una pretensión indemnizatoria. El daño a la persona, en cualquiera de sus variantes integradoras, daño biológico o daño a la salud, directo, indirecto, reflejo o diferido, requiere siempre una condición sine qua non en el registro de la responsabilidad civil: que en verdad exista, pues los factores de atribución, el componente subjetivo de la diligencia y aun el de la seguridad están conectados con la relación de causalidad adecuada, pero ineludiblemente, en que todo lo obrado o captado, desde un plano subjetivo gire en torno de un resultado dañoso. De lo contrario desembocaríamos en soluciones disvaliosas porque no

habría en verdad causa de atribución; al juzgar de un comportamiento ilícito, pero que no se ha concretado en daño, cualquiera fuera este en su valoración económica o daño moral (Trigo, 2008, p.29).

### **La antijuridicidad**

Consiste en la infracción o violación de un deber jurídico preexistente, establecido en alguna norma o regla de derecho integrante del ordenamiento jurídico. Dicho deber puede resultar de las propias convenciones del contrato de «asistencia médica» o de la «prestación médico-asistencial» concluido entre el facultativo y su paciente, las que constituyen para ellos una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, o bien tratarse simplemente del deber jurídico genérico, implícito en nuestro ordenamiento. (Trigo, 2008, p.33).

### **El factor de atribución**

La responsabilidad civil del médico habitualmente resulta de un hecho personal, lo que hace que el factor de atribución sea subjetivo, siendo necesario por ello que quien con su obrar fue autor material del daño causado, pueda además ser tenido como culpable del mismo, por haber mediado de su parte dolo, culpa o negligencia en su actuar (Valdivia, 2016, p.186).

### **Nexo causal**

El cual nos va a permitir establecer la autoría material del médico responsable e igualmente, que resultados dañosos podrán ser tenidos como «efectos» de su conducta, en miras de fijarse la extensión o la medida del resarcimiento a su cargo, siendo aquí necesaria la prueba de la relación de causalidad entre la falta o el acto profesional incriminado y

los daños y perjuicios cuya reparación se procure.  
(Bustamante, 1997, p.519).

#### **b. Naturaleza de la responsabilidad civil médica - Contractual**

El Código Civil de 1984 establece un sistema dual de responsabilidad, manteniendo como ámbitos separados la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. La terminología hace suponer que el criterio distintivo de estos dos tipos de responsabilidad es el contrato; sin embargo, el criterio utilizado por el Código sustantivo para distinguir las dos zonas de la responsabilidad civil es la relación obligacional y no el contrato, por lo cual debería hablarse correctamente de "responsabilidad obligacional" y de "responsabilidad extra obligacional" (Sedano, 2002, p.45).

El Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0001-2005-PI/TC se ha pronunciado al respecto, señalando:

*"La responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a 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 es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad contractual, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones. Por el contrario, 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 civil extracontractual”.*

García, (2016) En la actualidad no existe controversia en cuanto a que, como regla general la responsabilidad del prestador de salud frente al paciente es de tipo contractual. Ello porque la realidad de los sucesos muestra la prelación del contrato de asistencia médica respecto de la atención del paciente, fenómeno verificable en la mayoría de los casos, siendo excepcional la extracontractualidad de la responsabilidad del galeno (p.71).

Por lo anterior descrito, podemos decir que la naturaleza de la responsabilidad civil médica, emergente del ejercicio de la medicina en el Perú, es por regla general de carácter contractual.

**c. Naturaleza de la responsabilidad civil médica – Ante hechos similares, respuestas distintas por parte de los órganos jurisdiccionales**

García (2016) En nuestro país la jurisprudencia es oscilante en la calificación de la naturaleza de la responsabilidad médica y sufre una preocupante confusión para determinar la norma aplicable. En efecto algunas resoluciones judiciales optan por la naturaleza contractual de la responsabilidad médica, otras por su naturaleza extracontractual, en algunos casos se incurre en cierta contradicción en la calificación de la responsabilidad y finalmente, existen resoluciones que declaran la responsabilidad extracontractual del establecimiento de salud, en tanto mantienen como contractual la del médico. No cabe duda de la inexistencia de una clara línea jurisprudencial nacional, en este contexto el

panorama genera incertidumbre sobre la aplicación de los dos regímenes de responsabilidad civil. (p.76).

García (2016) A modo de muestra, se aprecia que ante supuestos de hechos similares, dado como consecuencia de una transfusión de sangre contaminada, se ocasiono que el paciente desarrollara el SIDA, se ha establecido respuestas distintas por parte de los órganos jurisdiccionales en cuanto a la naturaleza de la responsabilidad civil, veamos:

En el primer caso, se optó por una responsabilidad civil de naturaleza contractual, para lo cual se recurrió a las denominadas obligaciones tacitas de seguridad. En este proceso judicial la recurrente solicito indemnización alegando que la sangre entregada por el Instituto Materno Infantil (ex Maternidad de Lima) se encontraba infectada, habiéndose transmitido el SIDA a su menor hijo de iniciales D.A.B. en la sentencia correspondiente de fecha 24 de mayo de 2000, recaída en el Exp. 1615-00, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, señalo:

*Cuarto. Respecto a la excepción de prescripción extintiva. Que como fluye del escrito de demanda que en copia obra de fojas uno a fojas ocho, se declara la pretensión de indemnización por no haberse entregado sangre pura de manera tal que la proporcionada por el Instituto Materno infantil ( ex Maternidad de Lima) se encontraba infectada, habiéndose transmitido el SIDA al menor Daniel, que desde el punto de vista de la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad médica en particular, nos encontramos con un supuesto de la responsabilidad de naturaleza contractual (...) El profesional interviniente tiene la obligación de realizar los estudios y pruebas*

correspondientes, descartando que los dadores pertenezcan a grupos de alto riesgo ( homosexuales, drogadictos). Para ello, además del correspondiente análisis del dador, el médico terapeuta debe interrogarlo sobre toda enfermedad o afectación padecida o presente, verificar el estado general de salud, y siempre en caso de duda descartarlo como donante. Resulta imprescindible realizar la correspondiente reacción por medio de los distintos métodos conocidos para determinar la presencia o no del virus en la sangre, precisa el auto citado que respecto esta última aseveración no es eximente de responsabilidad el alto costo de los sueros, ni el hecho de que el establecimiento asistencia o la obra social no los provea. Que en dicho contexto tenemos que existe una obligación tacita de seguridad la que no se agota en el acto material de la transfusión, sino que la obligación que se asume va más allá, porque no solo se obligan a realizar la transfusión sino también a que dicha transfusión no sea causa de un mal para el paciente. Allí está la obligación de seguridad. Que por ende, estando a lo expuesto estamos frente a un caso de responsabilidad contractual”.

En el segundo caso también se demandó al instituto Materno Infantil por realizar una transfusión con sangre contaminada, empero la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en sentencia de fecha 09 de noviembre de 2009, recaída en el Exp. 1405-2009, se inclinó por la responsabilidad extracontractual, estableciendo en su escueta argumentación lo siguiente:

**Primero.-** Debe señalarse en primer lugar que habiéndose producido daño por responsabilidad extracontractual, de acuerdo a lo establecido por el último párrafo del artículo

1969 del Código Civil, corresponde que el descargo por falta de culpa debe ser efectuado por el supuesto autor del daño.

**Segundo.-** La culpa materia de proceso que corresponde analizar según se desprende de la demanda es negligencia. No se ha alegado el dolo.

**Tercero.-** En el mismo sentido, debe establecerse que es un hecho incontrovertido que el día 15 de agosto de dos mil cuatro, personal del Intituto Perinatal de Lima ha realizado una transfusión al menor Christofer Johan utilizando la unidad de sangre 902, la cual se encontraba contaminada con VIH..”(García, 2016, p.78-79).

Por consiguiente, lo descrito anteriormente ocurre en el Perú, y es lastimosamente alarmante, puesto que frente a un mismo caso, como es el contagio de VIH a un menor de edad en el Instituto Materno Infantil, el órgano jurisdiccional, no fue uniforme en la calificación de la naturaleza de dicha responsabilidad civil. Debemos de tener en cuenta, que cuando nos encontremos en estos casos, el elegir la vía contractual o la vía extracontractual nos producirá efectos diferentes.

**d) Naturaleza de la responsabilidad civil médica – Puede ser contractual o extracontractual**

Por regla general, se celebra entre médico y su paciente un contrato y, consecuentemente, la responsabilidad civil emergente será de naturaleza contractual. No obstante, también reconocemos que existen diversas situaciones en que la responsabilidad del galeno tendrá naturaleza extracontractual. (García, 2016, p.73).

Debemos referir preliminarmente que la esfera de responsabilidad civil genera el deber de resarcir el daño ocasionado a otro se encuentra dividida en dos ámbitos que son el «contractual» y «extracontractual» de la relación obligacional, más no del contrato como erróneamente se cree, manteniendo ambos sistemas como conocemos una marcada diferenciación.(Valdivia, 2016, p.182).

En el caso de la jurisprudencia nacional tenemos:

*Casación Nro. 849-96, AREQUIPA del 10-07-97 en la que se refiere: "La responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas si no que muchas veces pueden presentarse de manera paralela, coexistiendo dentro de una situación global, produciéndose daños de distinta naturaleza, pero tienen su origen en una sola situación jurídica, como en este caso, que es una relación contractual".*

De la jurisprudencia se sostiene que ambas (vías) no son opuestas entre sí; pudiendo coexistir dentro de una situación global, esta sistematización de ambas responsabilidades surge a partir de tomar el elemento daño como centro de gravedad del problema a pesar de no compartir la naturaleza tienen como punto de confluencia la misma situación jurídica de la cual parte. Esta idea la vemos precisada claramente cuando surge una violación del «deber genérico de no causar daño» existiendo una obligación tácita de seguridad que se encuentra regulada en nuestra Constitución Política de manera implícita. En tanto la responsabilidad obligacional, es la que genera la obligación de reparar el daño por el incumplimiento de un deber jurídico genérico (no causar daño a los demás) sin que exista un vínculo (extracontractual) o existiendo este (contractual) se haya llegado a

vulnerar este tipo de principio, como lo acabamos de apreciar, lo cual es perfectamente plausible. Comprobándose así que ambos sistemas no son excluyentes, el recurrente tiene la posibilidad de elegir el criterio a acogerse, «el derecho de opción», más no podría escoger ambos a la vez. Asimismo, la línea jurisprudencial antes señalada, refiere que lo más importante es reparar el daño subyacente de la negligencia médica, amparando así su derecho a una tutela jurisdiccional procesal efectiva reconocida en nuestro ordenamiento vigente. (Valdivia, 2016, p.182).

Entonces de lo anterior descrito, diremos que la responsabilidad civil de los médicos, puede ser considerada de naturaleza contractual o de naturaleza extracontractual, siempre que se resguarde todos los derechos de la víctima.

#### **2.3.1.4. Importancia de establecer la vía (contractual o extracontractual) antes de presentar la demanda.**

De acuerdo a la situación que se pueda presentar, en este caso la víctima producto del daño, puede en este caso aplicar o recurrir a la vía contractual o extracontractual, por su parte también ambas vías no son excluyentes; pero en este caso la persona que alega el daño, al momento de presentar la demanda, tiene que escoger una de esas dos vías, si es la contractual o la extracontractual, porque en caso contrario de que se proceda posteriormente se vulneraría un poco el principio de congruencia procesal, así mismo el juez a través del principio IURA NOVIT CURIA, no podría establecer una y otra vía, todo tiene que ser a pedido expreso de la parte que propone la demanda, eso es lo que tenemos que tener en cuenta, por otra parte la doctrina, que ha establecido la Corte Suprema, bueno eso no se ve actualmente, pero anteriormente, incluso se generó una situación de que los jueces al momento de establecer lo que son los puntos controvertidos, incluso establecían determinar qué vía corresponde aplicarse en este proceso,

es decir se iba a debatir como puntos controvertidos si la vía era contractual o extracontractual, actualmente ya la jurisprudencia, se ha tornado en que ya no se den esos casos, sino en ese caso, la víctima al momento de presentar la demanda tiene que indicar que vía, por los temas que les he referido, porque eso va a determinar que la parte contraria ejerza su defensa, si es el tema es contractual, en este caso a efectos de que la parte contraria pueda enervarlas pruebas, si el tema es extracontractual a efectos de que la parte contraria pueda presentar las pruebas, tenemos que tener en cuenta esto, que va a ser determinante. (Valdivia, 2016).

Por lo anterior descrito, podemos decir que es de vital importancia, establecer correctamente la vía (contractual o extracontractual) antes de presentar la demanda, puesto que la elección de cualquiera de ellas traerá consecuencias distintas.

### 2.3.2. RESPONSABILIDAD SUBJETIVA – RESPONSABILIDAD OBJETIVA

RESPONSABILIDAD OBJETIVA	RESPONSABILIDAD SUBJETIVA
Es la que surge del resultado dañoso no esperado, que el accionar del médico puede provocar, independientemente de la culpa que le cabe.	Es la que surge de la subjetividad del médico, puesta al servicio de una determinada acción penada por ley

Fuente: (Herencia, 2014, p.52).

### 2.3.2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA

Borja (1937) En el sistema de la responsabilidad objetiva, un individuo será siempre responsable de las consecuencias perjudiciales para otro de los actos que ejecute, la única cosa que tendrá que demostrar la víctima, del hecho de otro, para obtener la reparación, sería el perjuicio sufrido y el vínculo de causa - efecto entre ese perjuicio y el hecho en cuestión.

Rojina (1962) En esta responsabilidad se hace referencia a la teoría del riesgo creado o de la responsabilidad objetiva. En esta teoría toda actividad que crea un riesgo para los demás hace responsable al agente de los daños que cause, sin necesidad de que se investigue, si hubo o no culpa de su parte.

Por lo descrito anteriormente, podemos decir que la responsabilidad civil objetiva es aquella que surge de un resultado dañoso no esperado, y que se basa en la teoría del riesgo creado, resultando irrelevante si hubo culpa o no.

### 2.3.2.2. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBJETIVA

Rojina (1962) La responsabilidad civil subjetiva es el hecho jurídico ilícito en virtud del cual se impone a toda persona la obligación jurídica de reparar los daños y perjuicios ocasionados por un actuar u obrar culpable, ya intencional o doloso, o bien, culposo o imprudencial, violatorio de un deber jurídico o de las buenas costumbres, interfiriendo en una esfera jurídica ajena.

Por consiguiente, la base de la responsabilidad subjetiva es que exista esa conducta ilícita y dañosa, pero, además que exista culpa en el autor del daño, esto quiere decir, que por negligencia o con intención se causen daños al otro, por lo que sí una persona viola la ley con culpa y

causa un daño, esta persona incurre en responsabilidad civil y por lo tanto deberá subsanar los daños causados.

### 2.3.2.3. La responsabilidad civil del profesional médico: ¿responsabilidad subjetiva u objetiva?

Espinoza (2016) La responsabilidad civil del profesional médico es objetiva o es subjetiva. A nivel legislativo, este problema queda zanjado por el art. 36 de la Ley General de Salud, N° 26842, del 15.07.97, que reconoce una responsabilidad subjetiva a los profesionales, técnicos y auxiliares en el campo de la salud, al establecer que: "son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades". (p.925).

Valdivia (2016) En nuestro país, con la promulgación de la Ley General de Salud, se precisó que los profesionales técnicos y auxiliares de la salud son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente o imperito de sus actividades (responsabilidad subjetiva). (p.194).

En el caso de la jurisprudencia nacional tenemos:

*Casación N° 1258-2013-Lima Norte, del 13 de diciembre de 2013, entiende que "el artículo 36 de la Ley General de Salud, Ley número 26842, ha dado por concluido -en nuestro país- todo cuestionamiento respecto a la naturaleza de las obligaciones médicas, al establecer que los profesionales, técnicos y auxiliares del campo médico y afines, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades, circunscribiendo con ello su accionar únicamente a la responsabilidad por culpa y, con ello, a la diligencia en el ejercicio de su función..."*

*Casación N° 3557-2012-Lima, de fecha 27 de septiembre de 2012, se realiza un análisis respecto a la actuación culposa de los médicos en un caso concreto, señalando lo siguiente: "En el presente caso se ha establecido que si bien se inició con la mala administración de penicilina benzatínica, empero dicha negligencia pudo ser solucionada o superada, si los médicos Belinda Chalco Maldonado y Galo Martínez Zavaleta hubieren actuado con diligencia o cuidado necesario cuando trataron a la menor al momento que fue trasladada por sus padres al Centro de Salud, al tener mucho dolor y advertirse la coloración y frialdad de sus extremidades inferiores, en efecto lejos de actuar con la diligencia y cuidado que el caso requería y sin advertir la gravedad del estado de salud de la menor y disponer su inmediato traslado a otra institución médica que contara con los instrumentales médicos necesarios para el correcto diagnóstico y el restablecimiento de su salud, optaron por recetarle la aplicación de un ungüento tópico hirudoid y dispusieron que retorne a su domicilio".*

Por consiguiente de lo anterior descrito, se puede decir que la responsabilidad civil del profesional médico en el Perú, por el imperio de la Ley, ha quedado zanjado con el art. 36 Ley General de Salud, Nro. 26842, que les reconoce una responsabilidad subjetiva.

#### **2.3.2.4 POSICIÓN DEL DR. HENRY CARHUATOCTO SANDOVAL**

Normalmente, la responsabilidad civil objetiva "sólo rige para las actividades anormalmente peligrosas y por peligro anormal se entiende que no exista posibilidad de eliminar el riesgo a pesar del ejercicio de diligencia o cuidado razonables", la actividad peligrosa es una actividad que no está prohibida y que genera beneficios a la sociedad, entre las cuales un sector de la doctrina considera a la actividad médica. De Trazegnies lo gráfica de la siguiente forma: "Usted quiere llevar a cabo

algunas de esas actividades. Muy bien hágalo. Pero esa actividad tendrá que pagar los daños que cause.” Sin embargo, en el Perú, sostiene De Trazegnies que nuestro legislador no ha restringido la responsabilidad objetiva a sólo los casos “ultra peligrosos” sino amplia el concepto de riesgo, más allá de las actividades excepcionalmente peligrosas sino a todas las que sean riesgosas de cualquier manera. Hablar no sólo de “riesgo o de peligro” (por separado) sino de “riesgo o peligro” (conjuntamente) equivale a decir “todo lo que en cualquier forma engendra peligro.” (De Trazegnies, 1988, p.158).

Con estas premisas, postulamos la construcción de un sistema de responsabilidad civil objetiva en el ámbito de daños médicos, que complemente al de la responsabilidad subjetiva, y que permita en determinados supuestos pre establecidos por ley, indemnizar a una víctima por un daño médico, con prescindencia de la probanza de la falta de diligencia o negligencia del personal profesional, sino solamente probar que el daño ocurrió en el ámbito de las instalaciones o infraestructura (fijas y móviles) del centro médico, este es el caso de las infecciones hospitalarias, siendo en todo caso el descubrimiento de la negligencia o culpa un factor relevante para la determinación del monto de la indemnización y no como factor de atribución. Empero, la determinación de dolo o culpa mantendrá su importancia en el ámbito de procedimientos disciplinarios o procesos penales por negligencia médica. En el ámbito civil los daños médicos, en casos en que el origen del daño reside en la propia organización hospitalaria, no interesara quien fue la persona física que materialmente lo ocasionó, sino si se produjo en las instalaciones del centro médico por deficientes condiciones de la infraestructura del centro de salud, inobservancia de normas de bioseguridad, o deficiencias en la implementación de políticas de atención médica a los pacientes. Es necesario complementar el sistema de responsabilidad civil subjetiva por daños médicos e ingresar a regular supuestos de responsabilidad civil objetiva teniendo en cuenta los riesgos propios de la actividad médica. (Carhuatocto, 2010, p. 162).

Así, la responsabilidad civil médica objetiva puede basarse en el aumento del riesgo permitido que es justamente lo que ocasiona los daños asociados a la prestación médica en el paciente. Probemos nuestra premisa en los principales errores médicos de Chile: a) Intervenciones quirúrgicas con resultados adversos no esperados; b) empeoramientos de las patologías de base o partida del paciente y no asociado a la enfermedad inicial; c) prescripción inadecuada de medicamentos; d) no obtención del resultado prometido en cirugía estética voluntaria, embarazo no deseado tras ligadura de trompas o vasectomía, pérdida de visión tras intervención oftalmológica, deficientes resultados estético como consecuencia de operaciones mamarias, liposucciones, implante de cabello, rinoplastias, odontología, etc. e) errores de diagnóstico que produzcan daños; f) infecciones adquiridas en el medio hospitalario (*Streptococcus pyogenes*, *S. Epidermis*, *E. Coli*, *Pseudomonas*, *Sthaphílococcus* o *Legionella*) por inobservancia de normas de bioseguridad en agujas, sondas, catéteres y demás material hospitalario o quirúrgico deficientemente esterilizado o contaminado; g) Errores ginecológicos obstétricos en el seguimiento del embarazo y/o el parto, no detección de malformaciones visibles en pruebas ecográficas, daños en por negligencia en el transcurso del parto o daños en el feto por prescripción de medicamentos a la madre; h) por inobservancia de los protocolos y guías médicas; i) daños ocurridos como consecuencia del funcionamiento interno del propio hospital: caídas de camillas o de ruedas, mala práctica de las funciones de enfermería, etc.; j) en la interpretación de los resultados de las pruebas diagnósticas, producidos por el propio material quirúrgico: como quemaduras producidas por bisturí eléctrico o incluso electrocuciones; daños producidos por la radiación excesiva del paciente; ll) olvido de material médico dentro del cuerpo del paciente; m) fallecimiento por no prestarse asistencia sanitaria de urgencia oportuna al paciente. En todos los casos se aumentó el riesgo permitido en perjuicio del paciente, más allá independientemente de la negligencia en mayor o menor grado pudo

existir, y corresponde indemnizar al paciente. (Carhuatocto. 2010, p. 164).

Sostenemos que la responsabilidad civil por aumento de riesgo permitido existirá si se genera una situación riesgosa innecesaria, y por tanto se deberá responder por los daños ocasionados, independientemente de la intencionalidad del agente dañante o de que haya obtenido un beneficio efectivo. (Carhuatocto, 2010, p. 165).

Pensamos que determinados daños médicos pueden ser asimilados bajo el concepto de responsabilidad civil objetiva siendo innecesario examinar la culpabilidad del autor, bastando acreditar el daño asociado a la prestación médica que es socialmente inaceptable tal es el caso de una infección intrahospitalaria o una cirugía plástica que desfigura al paciente. Postulamos el abandono del factor de atribución subjetivo en determinados casos y la asunción del factor de atribución de garantía o seguridad del paciente o en última instancia por el riesgo creado socialmente inaceptable.(Carhuatocto, 2010, p. 166).

Por lo dicho antes por el autor, se desprende, que con respecto a la responsabilidad civil del profesional médico, hoy en día no se debe hablar de una responsabilidad civil del médico por culpa, sino por riesgo.

### **2.3.3. CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

Mosset (2001) El criterio tradicional que reza que la carga pesa sobre la víctima del daño, recogido por el Código Francés de 1804, y paso a la mayoría del Códigos de Europa y Latinoamérica. En ese contexto, quien invoca un daño debe probarlo, y con ello debe acreditar la existencia del factor de atribución y la relación causal correspondiente. Tarea harto complicada para las víctimas y que las sumía en tortuosos y costosos procesos judiciales, no diseñados para personas de escasos recursos que no puedan costear el pago de peritos y de la maquinaria necesaria para probar los daños que se les ha causado. De nada

sirve una construcción jurídica que reconoce a la víctima de una relación contractual un derecho a la indemnización, si a la hora de regular el tema de la carga de la prueba, quién y cómo debe demostrar los extremos exigibles, coloca a una de las partes, y mucho más si esta parte débil, en una situación de imposibilidad probatoria, de prueba imposible o diabólica. (p174).

Fernández y Woolcott (2018) El gran inconveniente que se presenta en estos casos es que no siempre las víctimas, que intentan reclamar una indemnización por un daño sufrido a raíz de una intervención médica, logran superar los a menudo insalvables obstáculos constituidos por la prueba de la culpa del médico. Esta probanza, como se señala, se erige en una valla muchas veces infranqueable que impide el acceso a una justa indemnización. (p.442).

Igualmente, la dificultad probatoria del paciente también obedece a la falta de disponibilidad respecto de las fuentes de prueba, debido a que estas se encuentran dentro del ámbito de disposición de los galenos o centro de salud accionados, que peculiarmente no corren con la carga de acreditar el hecho, es decir, en la práctica nada de lo exigido al actor es fácil de conseguir, entre otras cosas porque las pruebas que ha de presentar el paciente se encuentran en un terreno que le es ajeno, como es el entorno del propio médico.(García, 2016, p. 256).

Fernández y Woolcott (2018) La falta de conocimientos científicos por parte del paciente-victima a los fines de la prueba de la negligencia médica, condujo a la doctrina y jurisprudencia en el derecho comparado a que se aplique el principio de la facilidad de la prueba y que se reclame la inversión de la carga de la prueba en beneficio del paciente, con lo cual, se evitaría que dicha actividad procesal se convierta en una prueba diabólica. (p. 443).

Así, la jurisprudencia italiana, ha evolucionado en el sentido de invertir la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de medios, acudiendo para ello al criterio de la normalidad, relevando así al reclamante de tener que probar lo

que, siendo de difícil demostración no puede probarse de manera directa.(Vásquez, 2009, p.82).

Por consiguiente, por lo dicho por los autores, coincidimos en que la carga de la prueba hoy en día, es un exceso para el pobre paciente. La prueba de la culpa del médico, se convierte en una valla muchas veces infranqueable, que impide el acceso a una justa indemnización.

VIA CONTRACTUAL	VIA EXTRA CONTRACTUAL
<p><b>Carga de la prueba</b> El dañado debe probar el dolo o la culpa inexcusable (art.1330 CC). Se presume la culpa leve (art.1329 CC).</p> <p>Vía contractual, la persona que imputa el daño, tiene que probarlo</p>	<p><b>Carga de la prueba</b> Se presume el dolo y la culpa (art.1969 CC). El descargo corresponde al dañante.</p> <p>Vía extracontractual, en este caso hay una inversión de la carga de la prueba, y en este caso la persona a quien se le imputa el daño, él está encargado de probarlo.</p>

Fuente: Elaboración propia

### 2.3.3.1 Carga de la prueba -Art. 1330 CC -Responsabilidad Contractual

García(2016) El incumplimiento de la obligación por dolo o culpa inexcusable deberá ser demostrado por el acreedor perjudicado, es decir, en el caso que nos ocupa será el paciente agraviado quien deberá demostrar en el correspondiente proceso judicial, que el daño sufrido ha

sido consecuencia de una actuar doloso o culposo(inexcusable) del profesional de la salud conforme lo exige el artículo 1330 del Código Civil en cuanto estipula que“ la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”, dicha regla se reafirma en el artículo 196 del Código Procesal Civil que dispone: “salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando hechos nuevos”. En este último supuesto si la víctima no pudiera probar el daño sufrido fue como consecuencia del actuar doloso o culposo(inexcusable) del profesional de la salud, la institución sanitaria o el galeno no serían responsables, toda vez que se podría alegar que el profesional actuó con la máxima diligencia ordinaria requerida y pese a ello se produjo el daño al sujeto, afirmación que tiene respaldo en el artículo 1314 del Código Civil que estipula: “Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” e igualmente el artículo 1317 del Código Civil que establece: “El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario este previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”.(p.279).

De lo anterior, podemos referir que el artículo 1330 del Código Civil, establece que el incumplimiento de la obligación por dolo o culpa inexcusable, deberá ser demostrada por el acreedor perjudicado, es decir que será el paciente agraviado, quien deberá probar que el daño sufrido fue consecuencia de una actuar doloso o culposo del médico.

#### **2.3.3.2 Posición asimétrica**

Guerra (2010) Existe una dificultad probatoria, puesto que el paciente demandante está en posición asimétrica respecto al médico o institución

médica, toda vez que no tiene acceso directo a los medios probatorios, y con ello se limita su derecho a la producción de la prueba. Hay que agregar, sin que ello signifique una generalización, que existe peligro potencial que los medios probatorios sean manipulados o inclusive destruidos, en el lapso que son requeridos por el juez hasta el cumplimiento de su aportación. (p.140).

Por consiguiente, de lo anterior descrito por el autor, se establece claramente que entre médico y paciente hay una situación clara de asimetría, puesto que el médico tiene acceso directo a los medios probatorios, y tiene conocimientos más amplios sobre el tema.

### **2.3.3.3 Criterios que flexibilizan la carga probatoria del paciente**

Esta establecido claramente, que demostrar la culpa del agente dañante con arreglo al esquema tradicional podría llegar a convertirse en una verdadera prueba diabólica para la víctima. De ahí que en el Derecho comparado haya tenido lugar el desarrollo de reglas que reflejan una actitud favorable a la flexibilización de la carga de la prueba. (García, 2016, p. 258).

#### **a. La regla del res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí mismas)**

Esta regla nos indica que debe cargar con la prueba de descargo aquel a quien los hechos o circunstancias acusan, el principio es recogido en Francia a través de la culpa virtual, en España como prueba prime facie y en Italia como regla in quo plerumque accedit. En el fondo se presume la culpa por que normalmente el hecho dañoso es consecuencia de una negligencia evidente, caso de las gazas o el bisturí en el interior del paciente, de ahí que se produzca una inversión de la carga probatoria, y se deba probar la ausencia de culpa o debida diligencia.(Carhuatocto, 2010, p. 120).

Bullard(2005) En este contexto, la doctrina del res ipsa loquitur o la cosa habla por sí misma es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo. De alguna manera, el principio es un paso previo a la responsabilidad objetiva, sólo que en lugar de animarse a señalar que el causante es siempre el responsable, mantiene el concreto de culpa, pero idea un mecanismo para resumir, ante ciertos hechos, que la culpa de una persona fue la causa del accidente. En breve: el concepto central es que quien está en control de una actividad, está en mejor aptitud que quien no la controla, para saber qué es lo que pasó. (p.219).

La doctrina predominante en casos de daños médicos, en los últimos años, ha sido la res ipsa loquitur, también conocida como los hechos hablan por sí mismos, que más que una presunción de culpa, constituye en la práctica una inversión de la carga de la prueba, a la que válidamente en los daños derivados del incumplimiento de un contrato puede sumarse la presunción de la culpa leve. (Carhuatocto, 2010, p 121).

Por lo descrito anteriormente, considero que la regla del res ipsa loquitur, es un criterio muy importante que flexibiliza la carga probatoria, haciendo que el galeno, indique que ocurrió en la sala de operaciones. Esta doctrina actualmente permite la inversión de la carga de la prueba, siendo de mucha utilidad para la víctima.

#### **b. La distribución dinámica de la carga probatoria**

García (2016) Con este mecanismo se abandona la rigidez propia del sistema tradicional para hacer recaer la carga de la prueba en el actor o en el demandado, según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes. Por lo tanto la carga de la prueba no depende

solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producir la prueba. (p.256).

Valdivia (2016) Pero debe señalarse, que doctrinariamente se viene invocando la teoría de las «cargas probatorias dinámicas», que asigna el onus probandi a quién se halla en mejores condiciones de probar, siendo obvio que es el profesional médico, quien siempre lo está, si se trata de acreditar que de su parte no hubo culpa, debido a sus conocimientos científicos y a la posesión o disponibilidad material de los elementos probatorios. (p.192).

**España:** La jurisprudencia ha aplicado esta doctrina en el ámbito sanitario, sobretodo, con respecto a la prueba del cumplimiento del deber de informar al paciente, antes de recabar su consentimiento para someterle a un determinado acto médico. En dicho supuesto se atribuye la carga de la prueba de este extremo a los sujetos responsables de proporcionar la información, en su caso al propio centro de salud, al entender que es más fácil para estos probar un hecho positivo (haber informado), que para el paciente probar uno negativo, como es la falta de información.(García, 2010, p.80).

En este país, la teoría de la distribución dinámica de la carga probatoria, ha sido incorporada en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 217.7 referido a la carga de la prueba.

**Colombia:** La doctrina colombiana ha desarrollado la teoría de la carga dinámica de la prueba en materia de responsabilidad civil médica, considerando que ambas partes deben contribuir activamente al debate probatorio, pues se ha señalado que de lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. (Galán, 2003, p.177).

**Argentina:** En la doctrina argentina, se ha venido abriendo paso, la denominada teoría de la distribución dinámica de la carga de la prueba o de cooperación en materia probatoria, que pone el peso de la prueba sobre la parte que está en mejores condiciones de producirla, que es el demandado, puesto que su situación, en principio, es de superioridad técnica con respecto a su contraparte. (Galán, 2003, p.176).

**Perú:** Sin embargo, debe referirse que la aplicación de esta teoría de la carga probatoria, no ha sido acogida legislativamente en sede nacional; pero si ha sido acogida, por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 1776-2007-AA/TC, que ha establecido que dentro de nuestro ordenamiento jurídico, es posible utilizar la carga probatoria dinámica, lo cual significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando esta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso, así también, ha sido acogida esta teoría por el Tribunal de Indecopi y la Corte Suprema de Justicia de la República. (Valdivia, 2016, p.192).

Así, el Tribunal Constitucional en sentencia refiere:

**Expediente Nro. 1776-2007-AA/TC**

*“Se ha señalado prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196 del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba cuando ésta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probando sobre la parte que está en mejores condiciones*

*profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva”.*

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia refiere:

**Casación Nro. 5247-2008-Cajamarca** en la que se refiere: “ *En este orden de ideas, habiendo la parte demandada-cónyuge señalado al contestar la demanda, que no existe prueba que el mutuo adquirido por su cónyuge hubiera o haya sido en beneficio de la sociedad conyugal, en conformidad con Enrique López Ramos, correspondía a dicha parte la carga de la prueba, pues de acuerdo con la teoría dinámica de la prueba, estaba en mejores aptitudes de tenerlas, pues sólo a ella, correspondía acreditarlos en el proceso o por lo menos acompañar las evidencias necesarias que permitan apreciar su dicho..”.*

En sede administrativa el instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI conoció respecto de la denuncia formulada por los señores Ana Milagros Vidal Cabello, Mónica Rosario Vidal Cabello y Humberto Vidal Cabello, quienes denunciaron ante la Comisión de Protección al Consumidor a la Clínica San Borja, por infracción del Decreto Legislativo 716- Ley de Protección al Consumidor, señalando que su padre acudió a la Clínica San Borja a fin de recibir atención de emergencia. Durante la intervención quirúrgica, el paciente presentó bradicardia severa y posteriormente paro cardio respiratorio durante dos minutos. Debido a la condición médica del señor Lorgio Vidal, este falleció.

El tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad intelectual- Sala de Defensa de la Competencia Nro. 2, al analizar el tema de la prueba sostuvo:

*“Atendiendo a lo señalado en los puntos precedentes, la Sala considera que, en el caso objeto de controversia, debe aplicarse la teoría de las cargas probatorias dinámicas, pues resulta claro que la acreditación del defecto constituye una carga de imposible cumplimiento para los denunciantes. Por el contrario, es evidente que el único sujeto de la relación de consumo que se encontraba en la posibilidad de incorporar al expediente material probatorio que permita establecer de manera certera la realización o no de un adecuado estudio de riesgo anestesiológico era la Clínica San Borja, pues era ésta la que estaba a cargo de la atención del paciente y tenía acceso a la información respecto del estado en que se encontraba”.*

En el caso de jurisprudencia tenemos el caso de doña Karin Marleni López Benavides quien demandó por inejecución de obligaciones al Centro Universitario de Salud Pedro P. Díaz y al galeno Américo Mayora Canales.

**Casación Nro.4056-2010, Arequipa**, en la que se refiere: *“La no exhibición de la historia clínica por parte del establecimiento médico accionado, supone cualquiera de las siguientes posibilidades: que ésta nunca se realizó; que se encuentra irregularmente elaborada o que dicho documento se extravió; todos estos supuestos resultan sumamente graves. Esta grave irregularidad origina una presunción judicial de culpa así como también acarrea la inversión de la prueba. En este sentido corresponde al médico probar que actuó con diligencia para liberarse de la responsabilidad”.*

Por consiguiente, por todo lo dicho se debe de considerar, que en materia de responsabilidad civil médica, esta teoría de la carga probatoria dinámica, resulta de mucha utilidad, debido a la excesiva dificultad del paciente para acceder a los medios probatorios necesarios.

#### **2.3.3.4 ¿Resultan de utilidad en el Perú las herramientas que flexibilizan la carga probatoria del paciente?**

García (2016) Considero que las herramientas de aligeración de la carga probatoria en nuestro país básicamente resultarían de utilidad en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, cuando el actor-paciente impute una inejecución del demandado-galeno en virtud a un actuar culposo (inexcusable) o doloso. Es que en este ámbito al no admitirse una inversión de la carga probatoria, ni presunción de culpabilidad del médico- deudor, necesariamente deberán aplicarse las normas generales art. 196 del CPC, que entregan al accionante la carga de probar sus alegaciones, por tanto, muchas veces resulta importante recurrir a las herramientas que flexibilizan la carga probatoria, que facilitan la acreditación de la culpa inexcusable del responsable. (p.280).

Por lo descrito anteriormente, consideramos que en el Perú, en el ámbito de la responsabilidad contractual, estas herramientas si resultan de mucha utilidad, puesto que flexibilizan la carga probatoria del pobre paciente, víctima de una mala praxis médica.

#### **2.3.3.5 Visión a futuro**

Valdivia (2016) En el Perú requerirá a futuro una reforma legislativa que permita al juez flexibilizar la carga de la prueba de manera excepcional, para aquellos casos en que aparezca de manera evidente que una de las partes tiene el control sobre la prueba o que el acceso a la misma para la otra parte, se le dificulta o le resulta onerosa como acontece en los casos por mala praxis médica. (p.195).

De lo anterior descrito por el autor, coincidimos en que esa reforma legislativa tiene que flexibilizar la carga de la prueba, en cuanto a los requisitos que se exigen a la víctima de una mala praxis médica.

## 2.3.4 TEORIA DE DAÑOS

### 2.3.4.1 Daño

El daño debe de entenderse, como todo menoscabo, que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.

El "daño", proviene del latín "demere" que significa "menguar", que es entendido como "el detrimento" o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico (que en un primer momento corresponde al interés jurídico general de "no verse dañado por la conducta de otro sujeto", tornándose luego en un interés específico de la víctima). (Plasencia, 2015, p. 14).

El daño en sentido lato se configura cuando una persona desborda su órbita de facultades e invade a otro agente, de forma que si se causa un daño no justificado a un tercero, menoscabando su patrimonio, debe el autor responder mediante el debido resarcimiento que restablezca el patrimonio a su estado anterior.(Plasencia, 2015, p.15).

El daño es uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad, en consecuencia, no podrá existir responsabilidad civil si no hay daño causado; vale decir, no podrá exigirse el deber de reparar, sin embargo debe precisarse que el daño no puede ser entendido sólo como lesión de un interés protegido, sino que incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido; hablándose de un daño-evento (lesión del interés tutelado) y un daño- consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral).(Plasencia, 2015, p.15).

Por consiguiente, se entiende por daño los perjuicios que un sujeto de derecho sufre en su integridad corporal o psíquica, en sus bienes o en sus derechos. Excluyéndose aquellos perjuicios que se irroga la propia víctima o en los casos de fuerza mayor o caso fortuito.

### **Clasificación**

#### **Daño patrimonial:**

Son aquellos daños que afectan a un conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial de la víctima. Se indemnizan de acuerdo al valor que el bien dañado tiene en el mercado. Generalmente es fácil determinar su certeza y realidad para que cumplan los requisitos de ser reparables.

Según Espinoza (2016) es aquel daño que consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. (p.300).

De lo anterior podemos referir, que el daño patrimonial es todo aquel daño, donde se lesione derechos de naturaleza económica.

A su vez, se clasifica en:

#### **a. Daño emergente:**

Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito.

Ej. A un compañero nuestro en un hospital le han contagiado una nueva infección, y el hospital no le quiere reconocer las medicinas que va a comprar, y el compra con su propio pecunio la medicina, por lo tanto hay un daño emergente.

### **b. Lucro cesante:**

Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado, y en otros términos, es la ganancia total o neta dejada de percibir por el dañado.

Ej. A un compañero nuestro le cometen una negligencia médica y por eso no puede ir a trabajar a su estudio jurídico que es muy exitoso, y por ello pierde clientes, por lo tanto hay un lucro cesante.

### **Daño extra patrimonial:**

Espinoza (2016) Es aquel daño que lesiona a la persona en sí misma, para muchos autores, se le denomina también daño moral. (p 301).

Es aquel daño que lesiona directamente a la persona como tal, no ha sus bienes, sino a sus derechos fundamentales, esto es la afectación espiritual o psicosomática, de ahí que se le denomine daño subjetivo. (Carhuatocto, 2010, p. 31).

El daño extra patrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el daño a la persona, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y el daño moral, definido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima. (Fernández, 1985, p. 67).

De lo anterior podemos referir, que el daño extra patrimonial, también denominado subjetivo, es aquel daño donde se lesiona a la persona en sí misma, no ha sus bienes.

### **a. Daño moral**

Es aquel daño que no entraña pérdida pecuniaria, y que recae sobre bienes como el honor, los sentimientos, el bienestar, la paz espiritual, la intimidad, etc. Este daño suele llamarse moral por afectar, más que nada a las reconditeces del alma humana, carece de los atributos de concreción y de medida pecuniaria.

Espinoza (2016) El daño moral puede ser definido como " el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima, que tienen el carácter de efímeros y no duraderos. (p.302).

Ej. A un compañero nuestro por no esterilizar adecuadamente el instrumental le contagian una infección, nuestro compañero sufre porque esa enfermedad infecciosa, no la tenía y se deprime, por lo tanto hay un daño moral.

### **b. Daño al proyecto de vida.**

Fernández (1985) Es aquel daño que se le causa a una persona y que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una especial vocación.(p.201).

Ej. A un compañero nuestro por una negligencia médica en un hospital le ocasionan la pérdida de la vista de ambos ojos. El estaba estudiando para convertirse en un buen abogado, pero su proyecto se quedara truncado.

#### 2.3.4.2. Reparación de los daños

El resarcimiento de los daños comprende tanto los daños patrimoniales, referidos al patrimonio (daño emergente y lucro cesante) y también los daños extra-patrimoniales, referidos al ser humano (daño a la persona y daño moral). Los jueces a menudo resuelven el otorgamiento de reparaciones de daños médicos, ciñéndose a los siguientes parámetros: antecedentes de la víctima, gravedad de las lesiones producidas, coyuntura del daño por parte del médico, nivel del centro de salud, etc. (Carhuatocto, 2010, p. 79).

La jurisprudencia ha considerado la equidad como un lineamiento de cuantificación:

***Exp. Nro. 694-86 2004***

*“El monto de la reparación debe fijarse con equidad y justicia sobre la base de los datos que aparecen en la historia clínica, la edad, el trabajo, estado civil, entre otros”.*

Por consiguiente, los daños ocasionados a un paciente, derivados del ejercicio de la medicina, deben ser reparados, teniendo presente que la reparación deberá comprender, tanto los daños patrimoniales como los daños extra patrimoniales.

#### 2.3.4.3. Importancia de establecer la vía (contractual o extracontractual)

El encuadre de la responsabilidad civil médica, dentro del campo contractual o extracontractual, reviste no sólo importancia doctrinaria, sino esencialmente fáctica, pues teniendo en cuenta el doble sistema de responsabilidad que establece nuestro Código Civil, la elección de

cualquiera de las dos vías, traerá consecuencias distintas, como diferentes alcances en la obligación indemnizatorias por los daños.  
(García, 2016, p. 80).

VIA CONTRACTUAL	VIA EXTRA CONTRACTUAL
<p><b>Daños resarcibles</b> Daño emergente, lucro cesante (art.1321 C.) y daño moral (art. 1322 CC).</p> <p>Vía contractual se puede reclamar:</p>	<p><b>Daños resarcibles</b> Las consecuencias que deriven, daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral (art. 1985 CC).</p> <p>Vía extracontractual se puede reclamar.</p>
<p><b>Daños patrimoniales</b> Daño emergente Lucro cesante</p> <p><b>Daños extra-patrimoniales</b> Únicamente lo que es el daño moral</p>	<p><b>Daños patrimoniales</b> Daño emergente Lucro cesante</p> <p><b>Daños extra-patrimoniales</b> Daño moral Daño al proyecto de vida Daño psicológico Daño personalísimo y todos los daños que aparecen establecidos en la doctrina y otros daños que puedan seguir incorporándose conforme a la jurisprudencia.</p>

Fuente: Elaboración propia

En cuanto a los daños hay diferencia entre ambas vías, si hablamos de la vía contractual podemos reclamar los daños patrimoniales, el lucro cesante, daño emergente y en daños extra patrimoniales únicamente lo

que es el daño moral, pero la vía extracontractual nos permite poder cuantificar y establecer mayor tipo de daños, podemos establecer en este caso, daño patrimonial, lo que es lucro cesante y daño emergente, y en daños extra patrimoniales daño moral, daño al proyecto de vida que establece Fernández Sessarego, podemos también establecer en este caso daño psicológico, daño personalísimo, daño al proyecto de vida y todos los daños que aparecen establecidos en la doctrina y otros daños que se puedan seguir incorporando conforme a la jurisprudencia y a la doctrina que se va generando, sin embargo en el caso que identifiquemos una y otra vía podemos ver que de repente puede ser más conveniente para nosotros aplicar algunos daños que no podemos hacerlo en la vía contractual y allí viene un poco la definición de establecer correctamente la vía, si es contractual o extracontractual.(Valdivia, 2016, p.180).

Por consiguiente, consideramos que el establecer correctamente la vía, es de vital importancia, puesto que ello nos permitirá cuantificar, que tipo de daños podamos reclamar. Debemos de tener presente, que eso va ser determinante.

#### 2.3.4.4 Visión a futuro

Se debe de establecer un solo derecho de daños, hacia eso está apuntando el derecho actual de lo que es responsabilidad civil por derecho de daños, a una unificación de ambas responsabilidades, para que así la víctima, en este caso la persona afectada por la mala praxis médica ya no tenga ese dilema de que no se le puedan en este caso ser reparados determinados daños, sino le sean reparados todos los daños de manera integral. (Valdivia, 2016).

Al respecto poco o nada importa que la fuente del daño se haya producido dentro o fuera de una relación jurídica contractual o extracontractual. Lo que preocupa es fundamentalmente indemnizar las

consecuencias de todo orden, que padece la víctima del daño, ello nos conduce a pronunciarnos en favor de un régimen unificado en materia de responsabilidad civil por daños. (Fernandez y Woolcott, 2018, p.501).

Coincidimos, con los autores, en que se debe de plantear una unificación, en un solo derecho de daños, para un mejor resarcimiento al paciente, víctima de un determinado daño.

### 2.3.5 ATENCIÓN DE EMERGENCIA

Según el art. 3 del Reglamento de la ley Nro. 27604, establece que existirá un caso de emergencia cuando se presente una alteración de la salud, poniendo en peligro inminente la vida o grave riesgo para la salud y que requiere atención y procedimientos médicos y/o quirúrgicos inmediatos, empleando los recursos de personal, equipamiento y manejo terapéutico de acuerdo a su categoría. (Fernández y Woolcott, 2018, p. 492).

Por lo anterior descrito, podemos decir que la atención de emergencia es aquella atención, que ocurre cuando está en peligro la vida o la integridad de la persona, y que requiere de atención inmediata.

#### 2.3.5.1 Responsabilidad civil derivada por atención médica en caso de emergencia

Tenemos que el primer párrafo del art.3 de la Ley General de Salud, Nro. 26842, del 15-07-97 establece que:

“Toda persona tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico-quirúrgica de emergencia cuando la necesite, **estando los establecimientos de salud sin excepción obligados a prestar esta atención**, mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida o su salud”.

Del mismo modo, el art 39 de la misma ley, establece lo siguiente:

**“Los establecimientos de salud sin excepción están obligados a prestar atención médico quirúrgica de emergencia a quien la necesite y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida y salud”.**

Estos establecimientos de salud, después de atendida la emergencia, tienen derecho a que se les reembolse el monto de los gastos en que hayan incurrido, de acuerdo a la evaluación del caso que realice el Servicio Social respectivo, en la forma que señale el Reglamento. Debe tenerse en cuenta que las personas indigentes debidamente calificadas están exoneradas de todo pago.

De lo anterior debemos referir, que cada vez que ocurre una mala praxis médica, derivada de una atención de emergencia, y que como consecuencia a ello, se generen daños al paciente, por lo tanto siempre existirá una responsabilidad civil, que deberá afrontar el médico.

#### **a. Responsabilidad civil contractual**

Espinoza (2003) La responsabilidad derivada de la atención de emergencia es de carácter contractual, debido a que esta, se tiene que hacer al amparo de un mandato legal que obliga al establecimiento de salud a atender al paciente, como es el art. 3 de la Ley General de Salud- Ley Nro. 26842. (p.4).

Barchi (2000) Al regular el artículo 3 LGS, que los establecimientos están “obligados a prestar atención”, se deriva que por ley se impone esta relación jurídica patrimonial entre el establecimiento y el paciente y, por ende, se deben aplicar las reglas de la responsabilidad contractual. En atención a que es impuesta por el Estado, se trataría de una relación obligatoria heterónoma. (p.55).

Por consiguiente de lo anterior descrito por los dos autores, se concluye que la responsabilidad emergente del ejercicio de la medicina, en caso de emergencia es, por regla general, de carácter contractual.

Siendo de orden contractual, es preciso establecer la naturaleza de la atención de emergencia. Al respecto existen dos posiciones:

#### **Obligación legal:**

La LGS impone una relación obligatoria heterónoma entre el paciente en estado de emergencia y el establecimiento de salud. En este caso no estamos ante la presencia de un contrato de asistencia médica que surge entre las partes, sino que este supuesto está consagrado en el artículo 3 de la Ley General de Salud. Es Decir, la obligación de los establecimientos de salud de prestar atención médico-quirúrgica, en este caso, surgirá por mandato de la ley, por una fuente heterónoma. (Sedano, 2002, p.108).

#### **Consentimiento tácito:**

Se establece que en estos supuestos de urgencia, en la medida en que el paciente se encuentra imposibilitado de manifestar su consentimiento, el médico debe proceder a realizar su actividad, entendiéndose que se da consentimiento tácito del paciente y por consiguiente surge, de todas formas un contrato de asistencia médica entre las partes.(Denegrí, 2001, p.107).

De lo anterior, en la medida en que siempre es necesaria, la existencia de una obligación previa entre el paciente y el prestador de salud, por lo tanto se deduce que, siempre se deberá de aplicar el régimen de responsabilidad obligacional o inexecución de las obligaciones.

## **b. Responsabilidad civil extracontractual**

La responsabilidad derivada de la atención de emergencia es de carácter extracontractual, porque entre causante y víctima no existe ninguna relación anterior al daño que no sea la situación de emergencia por la que se sometió al paciente. Encontrándose probado que el demandado médico cirujano realizó tres operaciones al demandante por patologías de orden vesicular, y que el deceso de esta fue producto de una embolia cerebral a 90 días a posteriori de la fecha de alta, no se da la relación de causalidad entre el daño producido, que exige el art. 1985 del C.C. (Ledesma, 1995, p.70).

Fernández y Woolcott (2018) La relación extracontractual ocurre, por lo general, en los casos de emergencia en los cuales el médico, intempestivamente y sin proponérselo, por mandato ético-legal debe prestar asistencia médico-quirúrgica a una persona para el desconocida que ha sido víctima de un accidente o pierde súbitamente y que por su estado, no ha solicitado tampoco sus servicios. El médico está obligado a socorrer a dicha persona. (p.492).

Por consiguiente, al regular el artículo 3 de la LGS, que cualquier establecimiento de salud, está "obligado a prestar atención", se determina que utiliza la palabra obligado, no en el sentido de relación jurídico -patrimonial, sino en el sentido del deber de atender a la persona que está en peligro, y de ser así la responsabilidad sería extracontractual.

### **2.3.5.2 El derecho de opción**

Woolcott (2002) Este derecho de opción viene siendo reconocido en el ámbito jurisprudencial y por los operadores del derecho. En razón que si lo más importante, es reparar el daño, resulta irrelevante la discusión sobre la diferenciación entre la responsabilidad contractual y

sobre la diferenciación entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Aquel que vea afectado sus intereses puede solicitar la reparación conforme a la situación más favorable que ofrezca la norma jurídica. (p334).

Por consiguiente, se desprende que actualmente en el Perú, si como consecuencia del incumplimiento de una relación obligatoria se infringe el deber genérico de no dañar, el paciente dañado puede recurrir a la vía contractual o de ser el caso a la vía extracontractual.

### **2.3.5.3 Juan Espinoza Espinoza (1er Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho – CONEDE)**

Si nos hacen una mala praxis derivada de una atención de emergencia, es responsabilidad contractual o extracontractual, porque una cosa es cuando uno va al médico y paga, pero que pasa cuando te llevan de emergencia. El artículo 3 de la LGS establece que toda persona tiene derecho a recibir a recibir atención medico quirúrgica de emergencia, cuando lo necesite, estando los establecimientos de salud, sin excepción obligados a prestar esta atención, mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida y salud. Aquí hay discusión en la doctrina, un sector de la doctrina como lee la palabra obligado, dice que en el derecho hay obligaciones autónomas, las que nacen de la autonomía privada( de acuerdo entre las partes), y heterónomas, las que son impuestas por Ley, acá es impuesta por Ley, y por consiguiente es una responsabilidad contractual, otro sector dice, si es cierto, utiliza la palabra obligación, pero no en el sentido de relación jurídica – patrimonial, sino en el sentido del deber de atender a la persona que está en peligro, y de ser así la responsabilidad seria extracontractual. Acá les soy sincero, hay argumentos para manejar o para discutir si se trata de una o de la otra.

De lo anteriormente descrito por el autor, podemos decir que con respecto a la naturaleza (contractual o extracontractual) de la atención

de emergencia y el artículo 3 de la LGS, actualmente existe una discusión en la doctrina.

#### 2.4. DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS

**Antijuridicidad.-** Consiste en la infracción o violación de un deber jurídico preexistente, establecido en alguna norma o regla de derecho integrante del ordenamiento jurídico. Dicho deber puede resultar de las propias convenciones del contrato de «asistencia médica» o de la «prestación médico-asistencial» concluido entre el facultativo y su paciente, las que constituyen para ellos una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, o bien tratarse simplemente del deber jurídico genérico, implícito en nuestro ordenamiento. (Trigo, 2008, p.33).

**Consentimiento informado.-** Es una declaración de voluntad efectuada por un paciente, quién luego de recibir información suficiente referida al procedimiento o intervención quirúrgica que se le propone como médicamente aconsejable, decide prestar su conformidad y someterse a tal procedimiento o intervención. (Highton, 1991, p.192).

**Culpa médica.-** Consiste en un comportamiento que se aparta de los usos normales de la medicina, ya sea por ignorancia de la técnica apropiada o por una actitud temeraria en el acto médico. (Pizarro, 2008, p. 541).

**Daño.-** Es todo menoscabo material o moral que sufre una persona, ya en sus bienes naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio, causado en contravención a una norma jurídica, y por el cual ha de responder otra. (Zeno, 2015, p. 34).

**Daño a la persona.-** Es también llamado daño subjetivo, es aquel que agravia o afecta al ser humano mismo, es decir a su ser y como tal no puede ser valorizado en dinero. (Varsi, 2006, p.126).

**Daño emergente.-** Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito. (Espinoza, 2016, p.300).

**Daño extra patrimonial.-** Es aquel daño en el que se lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. Se entiende como sinónimo de daño moral. (Espinoza, 2016, p.301).

**Daño moral.-** Es aquel daño que puede ser definido como "el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima, que tienen el carácter de efímeros y no duraderos. (Espinoza, 2016, p.302).

**Daño patrimonial.-** Es aquel daño que consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. (Espinoza, 2016, p.300).

**Distribución dinámica de la carga probatoria.-** Con este mecanismo se abandona la rigidez propia del sistema tradicional para hacer recaer la carga de la prueba en el actor o en el demandado, según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes. Por lo tanto la carga de la prueba no depende solamente de la invocación de un hecho, sino de la posibilidad de producir la prueba. (García, 2016, p.256).

**Factores de atribución.-** Se pueden definir como las causales por las cuales el ordenamiento jurídico hace responder a una persona por un daño causado sea directa o indirectamente pudiendo clasificarse en objetivos (garantía, riesgo creado, abuso del derecho y la equidad) y subjetivos (la culpa, leve grave o inexcusable y el dolo). (Carhuatocto, 2010, p.44).

**Historia clínica.-** Es el documento médico legal que contiene todos los datos psicobiopatológicos de un paciente. Es importante reiterar el valor legal, es decir sujeta a los preceptos o mandatos de la Ley en cuanto a la veracidad de su contenido. (Cifuentes, 2014, p.76).

**Impericia.-** Esta muy genéricamente determinada por la insuficiencia de conocimiento para la atención del caso, que se presume y se consideran adquiridos, por la obtención del título profesional y el ejercicio de la profesión, asimismo es la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada. Existe una impericia absoluta cuando se obra fuera del campo en que uno estaba autorizado por el propio título académico. Existe impericia relativa cuando aun estando autorizado por el propio título profesional se muestra escasa competencia técnica. (Carhuatocto, 2010, p.94).

**Imprudencia.-** Es la falta de prudencia, cordura o moderación. En ella hay insensatez, ligereza y precipitación. La imprudencia viene a ser una conducta positiva que consiste en hacer más de lo que debería hacer. (Carhuatocto, 2010, p.94).

**Lucro cesante.-** Es la ganancia patrimonial neta, dejada de percibir. Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado, sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito. (Espinoza, 2016, p.301).

**Mala praxis.-** Se define como la omisión por parte del médico de prestar apropiadamente los servicios a que está obligado en su relación profesional con su paciente, omisión que da por resultado cierto perjuicio a este. (Zambrano, 2004, p. 123).

**Negligencia.-** Es la práctica médica deficiente, con descuido y desatención. Es hacer menos de lo que se debería hacer. (Carhuatocto, 2010, p.94).

**Nexo causal.-** El cual nos va a permitir establecer la autoría material del médico responsable e igualmente, que resultados dañosos podrán ser tenidos como «efectos» de su conducta, en miras de fijarse la extensión o la medida del resarcimiento a su cargo, siendo aquí necesaria la prueba de la relación de causalidad entre la falta o el acto profesional incriminado y los daños y perjuicios cuya reparación se procure. (Bustamante, 1997, p.519).

**Res ipsa loquitur.**-Es una doctrina que es utilizada para aquellos casos en los cuales no se puede probar cuál fue el hecho generador del daño, pero debido a las circunstancias en las cuales el mismo ha ocurrido, se puede inferir que el mismo ha sido producto de la negligencia o acción de determinado individuo.(Bullard, 2005, p.219).

**Responsabilidad civil.**- Es la institución mediante la cual una persona obtiene una reparación, compensación o indemnización por un daño o perjuicio que ha sufrido y que socialmente es considerado inaceptable. (Woolcott, 2008, p. 15).

**Responsabilidad civil médica.**- Es aquella que se genera en ejecución de un acto médico realizado por profesionales de la medicina incumpliendo las reglas de esta profesión o con ocasión de su ejercicio profesional, abusan de sus facultades para cometer conductas ilícitas ocasionando no solo un daño a la vida y salud del paciente, sino en otros derechos fundamentales. (Carcuatocoto, 2010, p 90).

**Responsabilidad médica.**- Es uno de los supuestos típicos más importantes de la responsabilidad civil profesional, y por lo tanto ambas se encuentran sometidas a las reglas generales de la responsabilidad civil.(Varsi, 2006, p.105).

SA  
↑

CAPÍTULO III

PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1. ANÁLISIS DE RESULTADOS

ITEM	ENTREVISTADO - 01	ENTREVISTADO - 02	ENTREVISTADO - 03	ENTREVISTADO - 04	ENTREVISTADO - 05	INTERPRETACIÓN
<p>1. ¿Cuáles son los principales problemas en la relación a la responsabilidad médica en la Región Junín?</p>	<p>Son el tema del establecimiento de los daños, la discusión que existe en la doctrina sobre la atención de emergencia, el tema de la carga de la prueba, la responsabilidad subjetiva que tiene el médico, el no cumplimiento de los protocolos médicos, y el problema del art. 1762 del Código Civil, cuando los médicos hacen ver que la prestación del servicio médico es un problema de especial dificultad y que por lo tanto, no son responsables por los daños.</p>	<p>El art. 36 de LGS que reconoce responsabilidad subjetiva a los profesionales médicos y que no se adapta a la realidad (caso de los cirujanos plásticos), la prueba para el paciente, la cuantificación de los daños, la discusión que existe en la doctrina sobre la atención de emergencia y el desconocimiento que tienen los pacientes sobre sus derechos.</p>	<p>Los principales problemas que yo encuentro, están relacionados a la carga de la prueba (art. 1330 del Código Civil), la atención de emergencia, la no unificación de la jurisprudencia respecto a los casos de responsabilidad civil médica, la cuantificación de los daños, el problema del art. 36 de la LGS y la tutela del paciente dentro de un hospital.</p>	<p>Por la complejidad del tema, considero a la carga de la prueba, los casos que son atendidos por emergencia, el art. 36 de la LGS que reconoce responsabilidad subjetiva a los médicos, el tema sobre la cuantificación y el establecimiento de los daños, la práctica de las pericias médicas, la excusa del art. 1762 del Código Civil, al cual siempre recurren los médicos para decir que no son responsables.</p>	<p>La diferenciación que tiene la vía contractual y la vía extracontractual en relación a la cuantificación de los daños, la carga de la prueba, la estrategia que usan los médicos para hacer ver que el caso es un fortuito y que por ello no van a responder y que es aceptada por los jueces, la responsabilidad subjetiva del galeno y la prueba de la culpa del médico.</p>	<p>Los entrevistados 1, 2, 3, 4 y 5 tienen respuestas diferentes, pero coinciden en cuatro puntos específicos, referidos a la responsabilidad subjetiva del profesional, la carga de la prueba, sobre los daños y sobre la atención de emergencia. Además los entrevistados 1 y 4, resaltan el problema del art. 1762 del Código Civil, dentro de la responsabilidad civil médica.</p> <p>Por lo tanto, todos los entrevistados coinciden en que los principales problemas que rodean a la responsabilidad civil médica, están relacionados con la responsabilidad civil subjetiva del profesional médico reconocida en el art. 36 de la LGS, la dificultad que tiene el paciente con respecto a la carga de la prueba establecida en el art. 1330 del Código Civil, el resarcimiento en cuanto a los daños y la discusión que existe en la doctrina con respecto a la atención de emergencia.</p>

ITEM	ENTREVISTADO - 01	ENTREVISTADO - 02	ENTREVISTADO - 03	ENTREVISTADO - 04	ENTREVISTADO - 05	INTERPRETACIÓN
<p>2. ¿La responsabilidad civil médica en el Perú, del profesional es subjetiva, sin embargo usted piensa que se podría considerar como objetiva?</p>	<p>Yo opino que debe ser objetiva, puesto que debemos de considerar a la responsabilidad civil médica como es, la medicina es una actividad riesgosa por naturaleza, y quien nos apoya, es el Código de Protección y Defensa del Consumidor, puesto que este código califica la responsabilidad civil de los proveedores de servicios médicos como objetiva, y partiendo de estos puntos, hagamos a la responsabilidad civil médica también de carácter objetiva.</p>	<p>Yo considero que se debería considerar como objetiva, puesto que la actividad médica es una actividad de riesgo, cuando un médico nos atiende puede haber la posibilidad de que pueda fallar. Los médicos saben que en una intervención médica, pudieran generar un daño, entonces se debe hablar, no de una responsabilidad del médico por culpa, sino por riesgo, porque siendo la actividad médica riesgosa, pudiera el médico fallar.</p>	<p>Yo considero que sí, decir que es objetiva implica decir que el tratamiento fue defectuoso, el tratamiento no era el correcto y lo puedo demostrar, porque me ha generado un daño, y por ello debe responder el médico. Entonces si hay un riesgo, porque voy a buscar la culpa en alguien. En este plano ya no interesa, que haya sido culpa del médico o de la enfermera, o de la técnica, ya no interesa, lo que interesa es reparar el daño.</p>	<p>Como está legislado en el Perú, ello no es posible. La responsabilidad civil médica profesional, en el Perú es subjetiva, según el art. 36 LGS. Sin embargo tengo conocimiento que en el derecho comparado eso ya es una realidad, y si en España, Francia, Italia es objetiva, aquí en el Perú, también se debería de evaluar esa posición.</p>	<p>Si, es correcto, la responsabilidad civil médica del profesional es subjetivo, y este escenario, lo que genera mayormente, es impunidad, a ver prueba tú, que hubo negligencia, solo los que estuvieron en el quirófano saben quién se equivocó. Yo estaría de acuerdo en que la responsabilidad civil médica del profesional médico, sea objetiva.</p>	<p>Los entrevistados 1, 2,3 están de acuerdo en considerar a la responsabilidad civil médica del profesional, como objetiva, además han sido coherentes y coinciden en sus respuestas, al afirmar que la actividad médica es una actividad riesgosa por naturaleza y que no se debe hablar de una responsabilidad del médico por culpa, sino por riesgo. El entrevistado 4, no está de acuerdo, en considerar a la responsabilidad civil médica del profesional como objetiva, puesto que como está legislado en el Perú (art. 36 LGS), ello no es posible; pero que se debería de evaluar esa posición. El entrevistado 5 también está de acuerdo en considerar a la responsabilidad civil médica del profesional como objetiva, además este entrevistado refiere, que el tener a la responsabilidad civil médica del profesional como subjetiva, ello lo que genera es impunidad.</p> <p>Por lo tanto, la mayoría de los entrevistados, están de acuerdo en que la responsabilidad civil médica del profesional en el Perú, debería ser considerada como objetiva.</p>

ITEM	ENTREVISTADO -01	ENTREVISTADO -02	ENTREVISTADO -03	ENTREVISTADO -04	ENTREVISTADO -05	INTERPRETACIÓN
<p>3. ¿Está de acuerdo con la carga de la prueba establecida en el art. 1330 del Código Civil, con respecto al demandante (paciente)?</p>	<p>No estoy de acuerdo con la carga de la prueba, puesto que en el Perú, el factor de atribución de la responsabilidad civil médica es subjetiva, es culpa inexcusable; pero esta culpa inexcusable a quien favorece, es al personal médico, al paciente no, porque el paciente tiene que probar la culpa y el no sabe mucho de protocolos, ni de medicina, y ello es una desventaja en relación a quien le ocasiona el daño.</p>	<p>Particularmente no estoy de acuerdo. El artículo 1330 del Código civil, nos hace referencia a que el perjudicado tiene la obligación de probar el dolo o la culpa inexcusable, por la inejecución de la obligación, considero que en la responsabilidad civil médica se tiene que flexibilizar la carga de la prueba, en cuanto a los requisitos que se exigen a la víctima, de la mala praxis médica después de todo lo que se le ha causado.</p>	<p>Yo no estoy de acuerdo con la carga de la prueba, al respecto nosotros tenemos el artículo 1330 del Código Civil en el caso de responsabilidad civil contractual que es una copia traída del Código Civil Italiano. La jurisprudencia italiana, en estos casos de responsabilidad civil contractual, utiliza el principio llamado "recepta la coutor" (la responsabilidad por la cosa misma) por la cual, ante casos, donde fuese muy complejo la carga probatoria o la prueba para el paciente (dañado), en estos casos se admite la inversión de la carga de la prueba.</p>	<p>No, puesto que el tema de la carga probatoria, es muy difícil en responsabilidad médica, como el pobre paciente puede acreditar esos casos tan complejos, que para el médico resultan más fáciles. El tema de la carga probatoria es muy importante, y yo considero, que quien debería de tener la carga probatoria es el médico. En Italia por ejemplo en todo lo que es responsabilidad civil médica, la jurisprudencia admite la inversión de la carga probatoria, y ello debido a que el médico está en mejor condición de demostrar que no es responsable.</p>	<p>No estoy de acuerdo porque entre médico paciente hay una situación de asimetría. ¿Quién está en mejor capacidad para demostrar su falta de culpa o falta de dolo o determinar que es una prestación de especial complejidad técnica?, es el médico, por lo tanto, estamos ante un caso de asimetría, y me parece un exceso que encima la carga de la prueba tenga que ser presentada por el dañado, que en este caso, es el paciente.</p>	<p>Los entrevistados 1 y 2, no están de acuerdo con la carga de la prueba, además el entrevistado 2, refiere que se tiene que flexibilizar la carga de la prueba, en cuanto a los requisitos, que se exigen a la víctima de la mala praxis médica. Los entrevistados 3 y 4, también no están de acuerdo, además, de estos dos entrevistados se puede deducir, que se debe tomar el modelo de jurisprudencia italiana, con respecto al principio "recepta la coutor" (la responsabilidad por la cosa misma), para que se pueda admitir la inversión de la carga probatoria, puesto que quien está en mejor condición de demostrar que no es responsable, es el médico El entrevistado 5 también se muestra en desacuerdo con la carga de la prueba, además este entrevistado refiere que la carga de la prueba es excesiva, puesto que existe una situación de asimetría entre médico-paciente.  Por lo tanto, de la opinión de todos los entrevistados ninguno está de acuerdo con la carga de la prueba establecida en el art.1330 del Código Civil, por considerarla excesiva.</p>

ÍTEM	ENTREVISTADO - 01	ENTREVISTADO - 02	ENTREVISTADO - 03	ENTREVISTADO - 04	ENTREVISTADO - 05	INTERPRETACIÓN
<p>4. ¿Considera usted que se debe optar por la unificación en un solo derecho de daños, en relación a la responsabilidad civil médica?</p>	<p>Considero que se debe optar por una unificación en relación al derecho de daños, para que la víctima, en este caso la persona afectada por la mala praxis médica, ya no tenga ese dilema, de que se le puedan en este caso ser reparados determinados daños, sino le sean reparados todos los daños de manera total.</p>	<p>Por supuesto que sí, pongamos el ejemplo que por una negligencia médica, un médico me ampute una pierna equivocada, ello me llevaría a que tendría que andar dependiendo de otra persona, ello cambiaría mi proyecto de vida, incluso me puede causar daño psicológico, y daño moral, y suponiendo que me voy por la vía contractual, por lo tanto en cuanto a los daños no patrimoniales, únicamente y exclusivamente, podría reclamar daño moral.</p>	<p>Yo considero que los daños al paciente deben ser resarcidos en forma general, y que no debe haber esta distinción de que si nos vamos por una vía, nos van a reconocer más daños, que si nos vamos por la otra vía, por ello se debe plantear esta unificación, para un mejor resarcimiento al paciente víctima de un daño.</p>	<p>Se debe establecer un solo derecho de daños, hacia eso apunta el derecho actual, a una unificación. Si hablamos de la vía contractual, podemos reclamar entre los daños patrimoniales, el lucro cesante y el lucro emergente y en daños extra patrimoniales únicamente lo que es el daño moral, pero la vía extracontractual nos permite poder cuantificar y establecer mayor tipo de daños.</p>	<p>Yo considero que si, se debería de dar esta unificación, puesto que no es lo mismo los daños en la vía contractual, que los daños en la vía extracontractual, puesto que la vía contractual, nos permite establecer mayor tipo de daños, podemos establecer en el caso de daños patrimoniales, lucro cesante y daño emergente y en daños extra patrimoniales, daño moral, daño al proyecto de vida, daño psicológico, daño personalísimo y todos los daños que aparecen establecidos en la doctrina.</p>	<p>Los entrevistados 1, 2, 3, 4 y 5 se muestran a favor de la unificación en un solo derecho de daños, en relación a la responsabilidad civil médica, además podemos advertir que en cuanto a los daños, hay una diferencia marcada entre ambas vías, ya que por la vía extracontractual, se puede cuantificar y establecer mayor tipo de daños, cosa que no se puede hacer por la vía contractual.</p> <p>Por lo tanto, todos los entrevistados coinciden en sus respuestas al afirmar que se debe dar la unificación en un solo derecho de daños en relación a la responsabilidad civil médica, buscando con ello proteger el interés de la víctima a la cual se ha causado el daño.</p>

*[Handwritten signature]*

ITEM	ENTREVISTADO-01	ENTREVISTADO-02	ENTREVISTADO-03	ENTREVISTADO-04	ENTREVISTADO-05	INTERPRETACIÓN
<p>5. Si le hacen una mala praxis médica derivada de una atención de emergencia ¿Considera la responsabilidad contractual o extra contractual?</p>	<p>Aquí hay discusión en la doctrina; pero yo me apego a que es contractual. En el art. 3 de la LGS, dice que los establecimientos de salud, sin excepción están obligados a prestar atención médica quirúrgica de emergencia a toda persona. En este caso, esta obligación es una obligación heterónoma que es impuesta por ley, y por lo tanto es una responsabilidad contractual.</p>	<p>Yo considero, que la responsabilidad derivada de una atención de emergencia, es de carácter contractual, debido a que esta atención, tiene que hacerse al amparo de un mandato legal, como es el art. 3 de LGS, que obliga a cualquier establecimiento de salud, atender al paciente.</p>	<p>Es extracontractual, pongamos que una persona que no es asegurado, se accidente y lo lleven a un nosocomio más próximo, que es del seguro social de salud, antes no se le atendía, pero ahora de acuerdo al art. 3 de LGS, este hospital del seguro social, está en la obligación de atenderlo. Aquí podemos ver un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, porque no se trata de un asegurado y no hay un contrato, pero sin embargo, este hospital está en la obligación de atenderlo.</p>	<p>Yo considero que es extra contractual si bien en el art. 3 de la LGS (referente a la atención de emergencia), utiliza la palabra obligación, pero no en el sentido de relación jurídico-patrimonial, sino en el sentido del deber de atender a una persona que está en peligro, y por lo tanto aquí responsabilidad sería extracontractual.</p>	<p>Aquí hay discusión en la doctrina, yo no estoy a favor de una, ni de la otra, puesto que el art. 3 de LGS se presta para varias interpretaciones, hay criterios para discutir si se trata de una o si se trata de la otra; pero yo considero que debe ser de acuerdo a las circunstancias del caso que se nos presente. Si el paciente, víctima de una mala praxis médica, en emergencia, viene a 2 años, 1 mes, sería ilógico imos por la vía extracontractual, puesto que el plazo de prescripción es de 2 años.</p>	<p>Los entrevistados 1 y 2, se muestran a favor de que la atención de emergencia debe ser contractual, de estos dos entrevistados se puede afirmar además, que el art. 3 de la LGS, al referirse a una obligación, se refiere a una obligación heterónoma, aquella que es impuesta por ley. Los entrevistados 3 y 4, se muestran a favor de que la atención de emergencia debe ser extracontractual, de estos dos entrevistados se puede afirmar además, que el art. 3 de LGS, al referirse a una obligación, se refiere al deber de atender a una persona que está en peligro. El entrevistado 5, no se muestra ni a favor ni, en contra; refiriéndose a que se debe de interpretar, de acuerdo a las circunstancias del caso, que se nos presente.</p>
						<p>Por lo tanto tenemos que con respecto a la atención de emergencia, 2 entrevistados se muestran a favor de que sea contractual, por otro lado 2 entrevistados se muestran a favor de que sea extracontractual, y 1 no se muestra ni a favor, ni en contra, todo esto nos lleva a decir, que no existe uniformidad en considerar a la atención de emergencia como contractual o extracontractual, y que actualmente este tema, es materia de discusión en la doctrina.</p>

### 3.2. DISCUSIÓN DE RESULTADOS

A la luz de los resultados obtenidos y de los objetivos propuestos, se realiza las siguientes discusiones:

En la presente investigación se encontró el siguiente resultado, en lo que corresponde a la pregunta Nro. 01, los entrevistados respondieron indicando, que los principales problemas en torno a la responsabilidad civil médica son la responsabilidad civil subjetiva del profesional médico, la carga de la prueba establecida en el art. 1330 del Código Civil, el resarcimiento de los daños al paciente y la atención de emergencia, este análisis se relaciona con lo indicado por Carhuatocto (2014), con respecto a los problemas que rodean a la responsabilidad civil médica, entre sus ideas refiere que uno de los problemas de la responsabilidad civil médica, es considerar a la responsabilidad civil médica del profesional como subjetiva, puesto que este escenario, lo que genera mayormente es impunidad. Por otro lado, al respecto Mosset (2001), refiere que uno de los problemas en relación a la responsabilidad civil médica, es el tema de la carga de la prueba, puesto que coloca a una de las partes en una situación de imposibilidad probatoria, de prueba imposible o diabólica. En contrastación a ello, Fernández y Woolcct(2018), refieren que el gran problema que se presenta en cuanto a la responsabilidad civil médica, es que no siempre la víctima, que intenta reclamar una indemnización sufrida a raíz de una intervención médica, logra superar los obstáculos constituidos por la prueba de la culpa del médico. Esta probanza, como se señala se erige como una valla muchas veces infranqueable. Por otro lado Valdivia (2016), refiere que un problema a considerar dentro de la responsabilidad civil médica, es en cuanto al resarcimiento de los daños al paciente, respecto a las vías (contractual-extracontractual), puesto que el paciente tiene ese dilema, de que si se va por una vía o por la otra, le serán reparados determinados daños, cuando los daños, le deben ser reparados de manera integral. Además lo indicado por los entrevistados, se corrobora por lo indicado por Espinoza (2016) en el 1er CONEDE( 1er Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho), quien refiere que un problema a considerar dentro de la responsabilidad civil médica, es en

cuanto a la atención de emergencia, refiriéndonos, que si a un paciente le hacen una mala praxis derivada de una atención de emergencia, se considera responsabilidad contractual o extracontractual, generado ello actualmente una discusión en la doctrina.

En lo que corresponde a la pregunta Nro. 02, los entrevistados respondieron afirmativamente indicando, que si bien la responsabilidad civil del profesional médico, es subjetiva, sin embargo hoy en día la actividad médica es una actividad riesgosa por naturaleza y que como consecuencia de ello la responsabilidad civil médica del profesional, debería ser considerada como objetiva, este análisis se relaciona con la investigación realizada por Carhuatocto (2010) titulado " la responsabilidad civil médica, el caso de las infecciones intrahospitalarias", entre sus ideas concluyentes refiriere, que en el Perú, para que la responsabilidad civil médica del profesional sea objetiva, urge la consagración de factores de atribución objetivos dentro de la responsabilidad médica, apoyándonos sobre la base de la doble naturaleza de las prestaciones asociadas a la salud, como actividad riesgosa y como actividad empresarial, que se sustentaría actualmente, si consideramos que la medicina es una actividad riesgosa y que el Código de Protección y Defensa del Consumidor cataloga a la responsabilidad civil de los proveedores de servicios médicos, como objetiva la responsabilidad, asimismo Carhuatocto nos manifiesta que determinados daños médicos pueden ser asimilados bajo el concepto de responsabilidad civil objetiva, siendo innecesario examinar la culpabilidad del autor, bastando acreditar que el daño fue asociado a la prestación médica, por ello el autor postula el abandono del factor de atribución subjetivo, en determinados casos y la asunción del factor de atribución de garantía y el riesgo. Además manifiesta que es necesario complementar el sistema de responsabilidad subjetiva por daños médicos e ingresar a regular supuestos de responsabilidad civil objetiva teniendo en cuenta los riesgos propios de la actividad médica.

En lo que corresponde a la pregunta Nro. 3, los entrevistados respondieron afirmativamente indicando su desacuerdo con la carga de la prueba establecida

en el art. 1330 del Código Civil, considerando que es excesivo para el paciente, debido a que existe una asimetría informativa entre médico y el paciente, además una parte de los entrevistados infiere, que frente a casos donde fuese muy complejo la carga probatoria, en el Perú se debe de tomar el modelo de la jurisprudencia italiana, con respecto al principio recepta la couter (la responsabilidad por la cosa misma), para que se pueda admitir la inversión de la carga de la prueba, esto se corrobora con la investigación realizada por Ávila(2003) titulado: "La prueba de la culpa por el perjudicado y la indemnización por daños en la responsabilidad civil médica", entre sus ideas concluyentes refiere que la culpa se considera como un criterio de imputación de responsabilidad civil del profesional médico, que determina su existencia en una relación entre el comportamiento dañoso y aquel requerido por el ordenamiento jurídico, en este contexto la prueba de la culpa por el perjudicado es excesiva. Además también se corrobora con la investigación realizada por Parra (2014) titulado "La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa", entre sus ideas concluyentes, refiere que la carga de la prueba le corresponde al actor, no obstante, teniendo a la vista la dificultad que implica el sustento de la responsabilidad del médico por culpa, con prueba a cargo de la víctima, nos parece imprescindible suavizar el esquema probatorio. Por otro lado para Guerra (2010), nos indica que existe una dificultad probatoria, puesto que el paciente demandante está en una posición asimétrica, con respecto al médico o institución médica, toda vez que no tiene acceso directo a los medios probatorios, y con ello se limita su derecho a la producción de la prueba, admitiendo que existe un peligro potencial que los medios probatorios sean manipulados o inclusive destruidos, en el lapso que son requeridos por el juez hasta el cumplimiento de su aportación. Al respecto esto también se corrobora con lo que señala Mosett (2001), cuando nos indica que en el caso de responsabilidad civil médica, la carga de la prueba para el paciente, es difícil, 'puesto que el paciente, en estado de inconsciencia, no puede probar la mala praxis, que lo condujo al agravamiento de su dolencia, pero la demostración de la no culpa o de lo fortuito, es relativamente sencillo para el médico interviniente. Por consiguiente del siguiente contexto, podemos decir que la carga de la prueba en relación al art. 1330 del Código Civil, es excesiva para el

paciente, y que urge una reforma legislativa, que permita al juez flexibilizar la carga de la prueba de manera excepcional.

En lo que corresponde a la pregunta Nro. 4, la mayoría de los entrevistados respondieron afirmativamente, indicando que en cuanto a los daños, hay diferencias entre ambas vías, ya que por la vía extracontractual, se puede cuantificar y establecer mayor tipo de daños, cosa que no se puede hacer por la vía contractual, y ello nos lleva a que al paciente víctima de una mala praxis médica, le sean reparados determinados daños y en consecuencia a ello se debería de dar la unificación en un solo derecho de daños, en cuanto a la responsabilidad civil médica, esto se corrobora con la investigación realizada por Sotomarino (2009) titulado " el daño moral en la responsabilidad civil", entre sus ideas concluyentes, refiere que existen diferencias entre la vía contractual y la vía extracontractual, una de ellas, reside en el establecimiento de los tipos de daños; pero pese a esta diferenciación, lo que se debe buscar es que la reparación del daño y el resarcimiento del perjuicio, siempre estén dirigidos a tratar de reponer o resarcir de manera integral, a quien ha sido víctima de tales actos. Además se corrobora con la investigación realizada por Valdivia (2016) titulado " reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la responsabilidad civil médica", en sus ideas refiere que en cuanto a los daños, hay diferencias entre ambas vías, si hablamos de la vía contractual, podemos reclamar entre los daños patrimoniales, el lucro cesante, daño emergente, y en los daños extra patrimoniales únicamente lo que es el daño moral; pero la vía extracontractual nos permite poder cuantificar y establecer mayor tipo de daños. Además este autor refiere que se debe de establecer un solo derecho de daños, hacia eso está apuntando el derecho actual de lo que es responsabilidad civil por derecho de daños, a una unificación de ambas responsabilidades, para que así la víctima, en este caso la persona afectada por la mala praxis médica ya no tenga ese dilema de que no se le puedan en este caso ser reparados determinados daños, sino le sean reparados todos los daños de manera integral. Al respecto esto también se corrobora, con lo que señala García (2016), cuando nos indica que el encuadre de la responsabilidad civil médica dentro del campo contractual o extracontractual reviste no solo importancia

doctrinaria, pues teniendo en cuenta el doble sistema de responsabilidad que establece nuestro Código Civil, la elección de cualquiera de las 2 vías traerá consecuencias distintas, como diferente alcance en la obligación indemnizatoria por los daños. En contrastación a ello Fernández y Woolcott (2018), determinaron que poco o nada importa que la fuente del daño se haya producido dentro o fuera de una relación jurídica contractual o extracontractual. Lo que preocupa es fundamentalmente indemnizar las consecuencias, de todo orden que padece la víctima del daño, ya sean ellas extra patrimoniales o patrimoniales. Ello nos conduce a pronunciarnos a favor de un régimen unificado en materia de responsabilidad civil por daños.

En lo que corresponde a la pregunta Nro. 05, los entrevistados respondieron por un lado, una parte de los entrevistados se muestra a favor de que la atención de emergencia debe ser de carácter contractual, en virtud de que el artículo 3 de la LGS, al referirse a una obligación, se refiere a una obligación heterónoma, aquella que es impuesta por Ley, por otro lado una parte de los entrevistados coinciden en que la atención de emergencia debe ser extracontractual, en vista de que el artículo 3 de la LGS, al referirse a una obligación, se refiere al deber de atender a una persona que está en peligro, y finalmente un entrevistado manifiesta que en cuanto a su naturaleza, de considerarlo contractual o extracontractual, dependerá de las circunstancias, esta discrepancia se corrobora de igual manera, con la investigación de Carhuatocoto (2010) titulado: "La responsabilidad civil médica, el caso de las infecciones intrahospitalarias", en el año 2010, dentro de sus ideas concluyentes, nos refiere a que la responsabilidad civil médica, es de naturaleza contractual, ello debido a que la relación médico- paciente, no solo se instaura cuando el usuario del servicio de salud, tuvo la opción de elegirlo y acudir al mismo, sino también en los casos en que por la gravedad del paciente, cualquier médico u hospital está en la obligación de atenderlo (asistencia médico-quirúrgica de emergencia), naciendo en estos casos el vínculo contractual por imperio de la Ley General de Salud y derivada de las obligaciones inherentes a todo médico. Por consiguiente este autor, nos refiere a que la atención de emergencia es de naturaleza contractual. Por otro lado

Ledesma (1995), refiere que la responsabilidad derivada de la atención de emergencia es de carácter extracontractual, porque entre causante y víctima, no existe ninguna relación anterior al daño, que no sea la situación de emergencia, por la que se sometió al paciente. Además, estos análisis se relacionan con la investigación realizada por Valdivia (2016), titulado: "Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la responsabilidad civil médica", Actualidad Civil, publicación Nro. 28, en sus ideas concluyentes refiere que la naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos (prestadores de salud) en un caso de atención de emergencia, podrá ser contractual o extracontractual, mientras se proteja el interés legítimo de la víctima a la cual se ha causado el daño, finalmente de los 3 autores citados podemos corroborar que en el Perú, en cuanto a doctrina, no existe uniformidad en considerar a la atención de emergencia como contractual o extracontractual, tal como se puede apreciar.

### 3.3. CONCLUSIONES

#### PRIMERA:

Se determinó que los principales problemas en relación a la responsabilidad civil médica, están relacionados con la responsabilidad civil subjetiva del profesional médico, la carga de la prueba establecida en el artículo 1330 del Código Civil, el resarcimiento de los daños al paciente y la atención de emergencia.

#### SEGUNDA:

Se determinó que la responsabilidad civil médica del profesional es subjetiva, según el art. 36 de LGS, sin embargo una parte de los abogados coinciden en que la responsabilidad civil médica del profesional en el Perú, debe ser considerada objetiva y que se debería hablar de una responsabilidad del médico, no por culpa, sino por riesgo.

#### TERCERA:

Se determinó que la carga de la prueba establecida en el artículo 1330 del Código Civil, es un exceso, con respecto al paciente; si bien hay casos donde es obvio (Caso Villanueva), sin embargo, hay otros casos donde es muy difícil probarlo, y ello es debido a que existe una asimetría informativa; respecto al médico – paciente.

#### CUARTA:

Se determinó que en cuanto a daños, hay diferencias entre ambas vías, ya que por la vía extracontractual, se puede cuantificar y establecer mayor tipo de daños, cosa que no se puede hacer por la vía contractual, y que ello genera que al paciente víctima de una mala praxis médica, solo le puedan ser reparados determinados daños.

**QUINTA:**

Se determinó que no existe uniformidad, al considerar la atención de emergencia, como contractual o extracontractual; ello porque existe una discusión en la doctrina, en cuanto a la interpretación de la palabra "obligado", dentro del Art. 3 de la LGS.

A handwritten signature in dark ink, consisting of a stylized, cursive script that is difficult to decipher. It appears to be written on the left side of the page, near the bottom.

### **3.4. RECOMENDACIONES**

#### **PRIMERA:**

Se recomienda que el Gobierno Regional de Junín, brinde solución a los principales problemas que se relacionan a la responsabilidad civil médica, de modo que se resguarde el derecho de los pacientes a ser resarcidos frente a cualquier daño producto de una mala praxis médica.

#### **SEGUNDA:**

Se recomienda a los juristas, evaluar la posición, de considerar a la responsabilidad civil médica del profesional, también como objetiva, en vista de que la actividad médica es una actividad riesgosa por naturaleza.

#### **TERCERA:**

Se recomienda al Poder Legislativo, una modificatoria legislativa del artículo 1330 del Código Civil, para casos de responsabilidad civil médica de naturaleza contractual, para que se permita la flexibilización de la carga de la prueba, y que frente a casos donde fuese muy complicada, la carga probatoria o la prueba para el paciente (dañado), se permita la inversión de la carga de la prueba.

#### **CUARTA:**

Se recomienda a los juristas, evaluar la posición de considerar, dentro de la responsabilidad civil médica, una unificación en cuanto al derecho de daños, para que el paciente, víctima de una mala praxis médica pueda sentir que se le han reparado de manera integral, todos los daños que se le han ocasionado.

**QUINTA:**

Se recomienda a los diversos abogados litigantes, que en vista de que no existe uniformidad en la doctrina, al considerar la atención de emergencia como contractual o extracontractual, se precise que de acuerdo a las circunstancias, que se presente (carga de la prueba, plazo prescriptorio), los abogados lo interpreten buscando la mejor manera de llevar el caso del paciente (víctima de una mala praxis médica).

Handwritten signature and initials, possibly 'SAJ', located in the bottom left corner of the page.

### 3.5 FUENTES DE INFORMACIÓN

Aranzamendi, L. (2015). Instructivo teórico – práctico del diseño y redacción de la tesis en Derecho. Lima-Perú: Grijley.

Arimany, J. (2007). La Medicina defensiva: un peligroso boomerang. Humanitas. Madrid-España: Humanidades médicas.

Ávila, J. (2003). La prueba de la culpa por el perjudicado y la indemnización por daños en la responsabilidad civil médica. Tesis para optar el título de magister en Derecho Civil. Lima – Perú: Universidad Nacional de Trujillo- Facultad de Derecho y Ciencia Política.

Barchi, L. (2000). La responsabilidad civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia. Lima- Perú: Gaceta Jurídica.

Borja, M. (1937). Teoría general de las obligaciones. Guadalajara-México: Porrúa.

Bullard, A. (2005). Cuando las cosas hablan: El res ipsa loquitur y la carga de la prueba en la responsabilidad civil. En revista Themis. Lima- Perú: Tinco S.A.

Bustamante, A. (1997). Teoría general de la responsabilidad civil. Buenos Aires- Argentina: Abelardo Perrot.

Carhuatocto, H. (2010). La responsabilidad civil médica: El caso de las infecciones intrahospitalarias. Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho con Mención en Derecho Civil y Comercial. Lima – Perú: Universidad Nacional Mayor de San Marcos- Facultad de Derecho y Ciencia Política.

Carhuatocto, H. (2010). La responsabilidad civil médica de los hospitales. Lima -Perú: Jurista Editores.

Cieza, M. (2016). Personas, negocio jurídico y responsabilidad civil. Lima - Perú: Jurista Editores.

Cifuentes, D. (2014). Como realizar una historia clínica. Recuperado en: [http://www.fm.unt.edu.ar/ds/Dependencias/ExperienciaClinicaPrecoz/Segundo/Ateneo\\_historia\\_clinica.pdf](http://www.fm.unt.edu.ar/ds/Dependencias/ExperienciaClinicaPrecoz/Segundo/Ateneo_historia_clinica.pdf).

Denegrí, M. (2001). Análisis de la responsabilidad civil médica en la legislación peruana. Lima - Perú: Advocatus.

De Trazegnies, F. (2001). La responsabilidad extracontractual. Lima- Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Espinoza, J. (2003) Radiografía de la responsabilidad civil y administrativa de los médicos. Lima-Perú: Legal Express.

Espinoza, J. (2016). Derecho de la responsabilidad civil. Lima-Perú: Pacifico Editores S.A.C.

Fernández, C. (1985). Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano Derecho de las Personas, en Código Civil Exposición de Motivos. Lima-Perú: Industria Avanzada.

Fernández, C. y Woolcott, O. (2018). Derecho Médico. Lima- Perú: Instituto Pacifico S.A.C.

Galán, J. (2003). Responsabilidad civil médica. Madrid-España: Thomson Reuters.

- García, J. (2016). La responsabilidad civil médica en el Perú; aspectos básicos. Lima-Perú: Lex Iuris.
- García, M. (2010). Aspectos básicos de la responsabilidad civil médica. Madrid-España: Thomson Reuters.
- Gisbert, J. (1998). Medicina legal y toxicología. Madrid-España: Masson S.A.
- Guerra, M. (2010). La prueba en los procesos de indemnización por responsabilidad médica. Lima -Perú: Gaceta Jurídica.
- Herencia, Y. (2014). La responsabilidad civil de los médicos y la mala praxis en el departamento de cirugía general del Hospital Nacional Carlos Lanfranco la Hoz del distrito de Puente Piedra, el año 2013. Tesis para optar el título profesional de abogado. Lima-Perú: Universidad Alas Peruanas-Facultad de Derecho y Ciencia Política.
- Hernández, Fernández y Baptista (2014). Metodología de la Investigación. México: Mc Graw Hill.
- Hernández, A. (2002). La responsabilidad por mala praxis médica. Tesis doctoral. Córdoba- Argentina: Universidad de Córdoba-Facultad de Derecho y Ciencia Política.
- Higton, E. (1991). La relación médico- paciente. Buenos Aires- Argentina: Ad Hoc.
- Ledesma, M. (1995). Ejecutorias. Lima- Perú: Cultural Cuzco.
- Mosset, J. (2001). La responsabilidad de los profesionales. Santa Fe- Argentina: Rubinzal Culzoni.

- Palacios, J. (2016). Metodología de la investigación jurídica. Lima-Perú: Grijley.
- Parra, D. (2014). La responsabilidad civil del médico en la medicina curativa. Tesis doctoral. Madrid-España: U. Carlos III.
- Pizarro, C. (2008). El contrato médico. Santiago- Chile: U. Católica.
- Plasencia, D. (2015). La aplicación del criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica derivada de la cirugía estética. Tesis para optar el título profesional de abogada. Lima-Perú: Universidad Privada del Norte-Facultad de Derecho y Ciencia Política.
- Rojina, M. (1962). Compendio de derecho civil. Guadalajara-México: Porrúa.
- Sedano, D. (2002). La responsabilidad civil médica en el Perú. Lima- Perú: Pacifico Editores S.A.C.
- Sotomarino, S. (2009). El daño moral en la responsabilidad civil. Lima- Perú: Universidad de San Martín de Porres-Facultad de Derecho y Ciencia Política.
- Tapia, T. (2005). Responsabilidad civil médica en los establecimientos de salud. Tesis para optar el título profesional de abogado. Santiago-Chile: U. Austral
- Trigo, F. (2008). Reparación de daños por mala praxis médica. Buenos Aires- Argentina: Hammurabi S.R.L.
- Valdivia, C (2016). Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la responsabilidad civil médica. Actualidad Civil. Publicación Nro. 28. Lima-Perú: Pacifico Editores S.A.C.
- Varsi, E. (2006). Derecho Médico Peruano. Lima- Perú: Grijley.

Vásquez, R. (2009). La prueba de la culpa médica. Buenos Aires-Argentina: Hammurabi.

Woolcott, O. (2002). La responsabilidad civil de los profesionales. Lima-Perú: Ara.

Woolcott, O. (2008). Salud, daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio. Lima-Perú: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

Zambrano, A. (2004). Responsabilidad médica. Montevideo-Uruguay: Reus.

Zeno, Ch. (2015). Concepto de daño y reparación. Santiago- Chile: Inter Edu.

#### **Conferencias:**

Carhuatocto, H. (2014) Responsabilidad civil médica. Lambayeque – Perú: Colegio de Abogados de Lambayeque.

Espinoza, J. (2015) Responsabilidad civil médica- Derecho Civil (1er Congreso Nacional de Estudiantes de Derecho, CONEDE -2015) Lambayeque-Perú: Escuela Jurídica INCEGA.

Valdivia, C. (2016) Reflexiones sobre la responsabilidad civil por mala praxis. Lima-Perú: Poder Judicial del Perú.

#### **Legislación:**

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

Pactos Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (19 de diciembre de 1966)

Constitución Política del Perú de 1993.

Ley General de Salud- Ley Nro. 26842

Código Civil de 1984

Código Procesal Civil – D.L. Nro. 768

**Expedientes:**

Expediente Nro. 148-95/ 23 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima.

Expediente Nro. 1997-4784-0-0100/ Tercer Juzgado Civil de Lima.

Expediente Nro. 1998-2005/ Séptimo Juzgado Civil de Lima.

Expediente Nro. 694-86 2004 /Segundo Juzgado Civil de Lima.

Expediente Nro. 1776-2007-AA/TC

Expediente Nro. 0001-2005-PI/TC.

Expediente Nro. 1615-00/ Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Expediente Nro. 1405-2009/ Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

**Jurisprudencia:**

Casación Nro. 849-96-AREQUIPA del 10-07-97.

Casación Nro. 1258-2013-LIMA NORTE del 13-12-13

Casación Nro. 3557-2012-LIMA del 27-07-12

Casación Nro. 5247-2008 – CAJAMARCA del 10-10-08

Casación Nro.4056-2010 – AREQUIPA del 20-10-10

ANEXOS

123  
456

**ANEXO 1: MATRIZ DE CONSISTENCIA MATRIZ DE CONSISTENCIA –CUALITATIVO**

**TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN: “RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS, REGIÓN JUNÍN, AÑO 2018”**

**AUTOR: JUAN JOSÉ BLANCO BALDEÓN**

PROBLEMA	OBJETIVO	SUPUESTO	CATEGORÍA	METODOLOGÍA
<p><b>PROBLEMA GENERAL</b></p> <p>¿Cuáles son los principales problemas referentes a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018?</p> <p><b>PROBLEMAS ESPECIFICOS</b></p> <p>a. ¿Puede ser objetiva la responsabilidad del profesional médico, con respecto a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018?</p> <p>b. ¿Es la carga de la prueba un exceso para el paciente con respecto a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018?</p> <p>c. ¿Es importante la unificación en una sola Teoría de Daños, dentro de la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018?</p> <p>d. ¿Es la atención de emergencia, responsabilidad contractual o extracontractual, con respecto a la responsabilidad civil médica en la Región Junín, año 2018?</p>	<p><b>OBJETIVO GENERAL</b></p> <p>Identificar cuáles son los principales problemas referentes a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018?</p> <p><b>OBJETIVOS ESPECIFICOS</b></p> <p>a. Determinar si puede ser objetiva, la responsabilidad del profesional médico, con respecto a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018.</p> <p>b. Determinar si la carga de la prueba es un exceso para el paciente con respecto a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018.</p> <p>c. Determinar si es importante la unificación en una sola Teoría de Daños, dentro de la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018.</p> <p>d. Determinar si la atención de emergencia, es responsabilidad contractual o extracontractual, con respecto a la responsabilidad civil médica, en la Región Junín, año 2018.</p>	<p>Los principales problemas en la relación a la responsabilidad civil médica, están relacionados a la responsabilidad civil subjetiva del profesional médico, la carga de la prueba establecida en el art. 1330 del Código Civil, el resarcimiento de los daños al paciente y la atención de emergencia</p>	<p>Responsabilidad civil médica</p> <p><b>SUB CATEGORÍAS</b></p> <p>a) Responsabilidad subjetiva y responsabilidad objetiva</p> <p>b) Carga de la prueba.</p> <p>c) Teoría de daños</p> <p>d) Atención de emergencia</p>	<p><b>Tipo:</b> Básico</p> <p><b>Diseño:</b> Teoría fundamentada.</p> <p><b>Nivel:</b> Descriptivo</p> <p><b>Enfoque:</b> Cualitativo.</p> <p><b>Método:</b> Inductivo</p> <p><b>Población:</b> Abogados especialistas en derecho civil, de la Región Junín</p> <p><b>Muestra:</b> 5 abogados especialistas en derecho civil, con conocimientos en responsabilidad civil médica, de la Región Junín.</p> <p><b>Técnica:</b> Entrevista.</p> <p><b>Instrumento:</b> Guía de entrevista</p>

## ANEXO 2. GUIA DE ENTREVISTA



### RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS, REGIÓN JUNÍN, AÑO 2018

Solicito acceder a esta entrevista, con respuestas claras y explícitamente relacionadas a ellas.

#### ENTREVISTA A LETRADOS ESPECIALISTAS EN DERECHO CIVIL

1. ¿Cuáles son los principales problemas en relación a la responsabilidad civil médica en la Región Junín?

2. ¿La responsabilidad civil médica en el Perú del profesional es subjetiva, sin embargo usted piensa que se podría considerar como objetiva?

3. ¿Está de acuerdo con la carga de la prueba establecida en el art. 1330 del Código Civil, con respecto al demandante (paciente)?

4. ¿Considera usted que se debe optar por la unificación en un solo derecho de daños, en relación a la responsabilidad civil médica?

5. Si le hacen una mala praxis médica derivada de una atención de emergencia ¿considera la responsabilidad contractual o extra contractual?

## **ANEXO 3: PROPUESTA LEGISLATIVA**

### **ANTEPROYECTO DE LEY**

**SUMILLA: LEY QUE COMPLEMENTA EL ARTÍCULO 1330 DEL CÓDIGO CIVIL, EN LO REFERIDO A LA CARGA DE LA PRUEBA, PARA QUE SE PUEDA ADMITIR LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, PARA EFECTOS DE CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA DE NATURALEZA CONTRACTUAL, DONDE LA PRUEBA PARA EL PACIENTE SEA MUY EXCESIVA.**

**ANTEPROYECTO DE LEY Nro. ....**

El Colegio de Abogados de(...), debidamente representado por su Decano(...), en estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 107 de la Constitución Política del Perú y de los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la república presenta el siguiente proyecto de Ley:

#### **I.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS**

Que, la responsabilidad civil médica es la institución por la cual los profesionales médicos y los centros hospitalarios responden por los daños ocasionados al paciente.

Que, la responsabilidad civil médica en el Perú, se ha tornado importante en vista de que se han registrado en los últimos años, un notable aumento de demandas contra los médicos y establecimientos prestadores de salud.

Que, actualmente se ha considerado en la legislación el art. 1330 del Código Civil, que establece que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable

corresponde al perjudicado, por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Que, en la actualidad el art. 1330 del Código Civil, presenta serias deficiencias en cuanto a casos de responsabilidad civil médica de naturaleza contractual, puesto que la prueba del dolo o la culpa inexcusable del médico, corresponde al perjudicado de la mala praxis médica.

Que, se ha presentado casos en la que una de las partes, en este caso el médico tiene el control sobre la prueba.

Que, para el paciente el acceso a la prueba, en muchos casos se le ha dificultado o que muchas veces, le resulta oneroso.

Que, esto conlleva a que la carga de la prueba, sea un exceso para el paciente, debido a que existe una asimetría informativa entre el médico y el paciente, y que urge una flexibilización.

Que, en el derecho comparado, ante casos, donde fuese muy complejo la carga probatoria o la prueba para el paciente, en estos casos se admite la inversión de la carga de la prueba.

## **II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA QUE SE PROPONE SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL.**

La presente iniciativa legislativa complementa el artículo 1330 del Código Civil, y sus normas conexas, sin derogarlas.

## **III. ANALISIS COSTO- BENEFICIO DE LA FUTURA NORMA LEGAL**

El impacto de la presente iniciativa legislativa resulta favorable en la medida en

que, el costo al erario nacional, si bien puede ser significativo en términos de inversión económica, para dar solución a un problema de índole social, ya que está inmerso el aparato estatal, este quedaría significativamente respaldado y muy bien justificado en cuanto a los beneficios relacionados a la salud de los pacientes, para que de esta modo se pueda proteger a los pacientes que son víctimas de alguna negligencia médica, y de esta manera lograr un equilibrio en el bienestar general como fin supremo del Estado, para la defensa del derecho a la salud de todos los peruanos.

#### **IV. FÓRMULA LEGAL**

**INCORPÓRESE UN PÁRRAFO AL ART. 1330 DEL CÓDIGO CIVIL, EN EL SENTIDO DE QUE SE PUEDA ADMITIR LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA, PARA CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA DE NATURALEZA CONTRACTUAL, DONDE SE EVIDENCIE QUE LA CARGA DE LA PRUEBA PARA EL PACIENTE RESULTE EXCESIVA.**

##### **Artículo 1.- Objeto de la ley**

El objeto de la presente ley es complementar el artículo 1330 del Código Civil, mediante la incorporación de un párrafo.

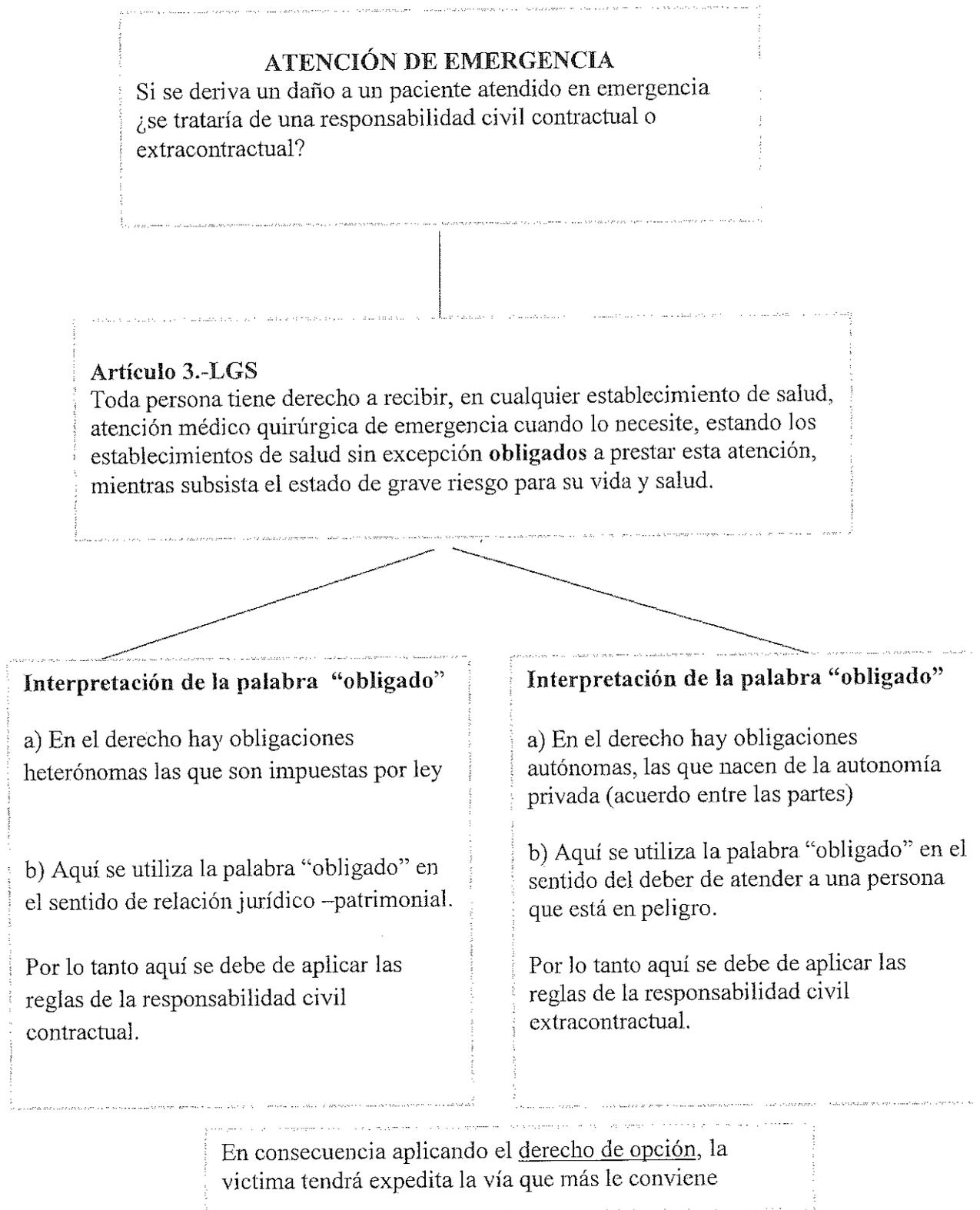
**Artículo 2.-** Incorpórese un párrafo al artículo 1330 del Código Civil, el cual estará redactado de la siguiente manera:

“Que, para casos de responsabilidad civil médica, de naturaleza contractual, donde la carga de la prueba para el paciente (demandante), resulte excesiva, admítase la inversión de la carga de la prueba”.

**Artículo 3.-** La presente Ley entrara en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”.

PRUEBA DEL DOLO Y DE LA CULPA INEXCUSABLE	PRUEBA DEL DOLO Y DE LA CULPA INEXCUSABLE
<p><b>ARTÍCULO 1330</b></p> <p>La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.</p>	<p><b>ARTÍCULO 1330</b></p> <p>La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.</p> <p>Que, para casos de responsabilidad civil médica, de naturaleza contractual, donde la carga de la prueba para el paciente (demandante), resulte excesiva, admítase la inversión de la carga de la prueba.</p>

## ANEXO 4: MAPA CONCEPTUAL



Fuente: Elaboración propia

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**
**INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIONES CUALITATIVA**
**I. DATOS GENERALES:**

1.1 Apellidos y nombres del informante: BARRIOS VALER, EDWIN  
 1.2 Institución donde labora: UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS  
 1.3 Nombre del instrumento motivo de Evaluación: GUIA DE ENTREVISTA  
 1.4 Autor del instrumento: DR. JUAN JOSÉ BLANCO BALDEÓN  
 1.5 Título de la Investigación: RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA, PRINCIPALES PROBLEMAS  
REGION JUNIN, 2018

**II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN**

INDICADORES	CRITERIOS	DEFICIENTE				BAJA				REGULAR				BUENA				MUY BUENA			
		0-5	6-10	11-15	16-20	21-25	26-30	31-35	36-40	41-45	46-50	51-55	56-60	61-65	66-70	71-75	76-80	81-85	86-90	91-95	96-100
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.																		X		
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.																		X		
3. ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la investigación.																		X		
4. ORGANIZACIÓN	Existe un constructo lógico en los ítems.																			X	
5. SUFICIENCIA	Valora las dimensiones en cantidad y calidad																			X	
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para cumplir con los objetivos trazados.																		X		
7. CONSISTENCIA	Utiliza suficientes referentes bibliográficos.																		X		
8. COHERENCIA	Entre Hipótesis dimensiones e indicadores.																	X			
9. METODOLOGÍA	Cumple con los lineamientos metodológicos.																	X			
10. PERTINENCIA	Es asertivo y funcional para la Ciencia																		X		

III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD: ES VIABLE

IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN: 90% //

LUGAR Y FECHA: LIMA, SETIEMBRE DE 2018 //

UNIVERSIDAD ALAS PERUANAS  
 DR. EDWIN BARRIOS VALER  
 DOCENTE  
 Escuela Acad. Prof. de Derecho

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

DNI 24183026 Teléfono 995144404

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICA  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**
**INFORME DE OPINIÓN DE EXPERTOS DE INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIONES CUALITATIVA**
**I. DATOS GENERALES:**

- 1.1 Apellidos y nombres del informante: Dr. Pablo Daniel Quiñas Lujillas  
 1.2 Institución donde labora: Universidad Alas Peruanas  
 1.3 Nombre del Instrumento motivo de Evaluación: Guía de Entrevista  
 1.4 Autor del instrumento: Dr. Juan José Blanco Baldeón  
 1.5 Título de la Investigación: Responsabilidad Civil Médica, por algunos problemas Regionales, 2018

**II. ASPECTOS DE VALIDACIÓN**

INDICADORES	CRITERIOS	DEFICIENTE				BAJA				REGULAR				BUENA			MUY BUENA						
		0-5	6-10	11-15	16-20	21-25	26-30	31-35	36-40	41-45	46-50	51-55	56-60	61-65	66-70	71-75	76-80	81-85	86-90	91-95	96-100		
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.																				X		
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.																					X	
3. ACTUALIDAD	Adecuado al avance de la investigación.																				X		
4. ORGANIZACIÓN	Existe un constructo lógico en los ítems.																					X	
5. SUFICIENCIA	Valora las dimensiones en cantidad y calidad																					X	
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para cumplir con los objetivos trazados.																					X	
7. CONSISTENCIA	Utiliza suficientes referentes bibliográficos.																				X		
8. COHERENCIA	Entre Hipótesis dimensiones e indicadores.																				X		
9. METODOLOGÍA	Cumple con los lineamientos metodológicos.																					X	
10. PERTINENCIA	Es asertivo y funcional para la Ciencia																				X		

 III. OPINIÓN DE APLICABILIDAD: Es viable

 IV. PROMEDIO DE VALORACIÓN: 90% //

 LUGAR Y FECHA: Lima, setiembre de 2018

FIRMA DEL EXPERTO INFORMANTE

 DNI 0272842 Teléfono 999974395

 cub. 50 Com-78  
003909