

DE LA PUENTE Y LAVALLE, M. (2003). El Contrato en General Tomo I. Lima: Palestra Editores srl.

DEL CARPIO NARVAEZ, L. A. (2008). La Contratación Electronica. Derecho y Cambio Social. Obtenido de Derecho y cambio Social.

MALPARTIDA CASTILLA, V. &. (2001). Contratos de Colaboración Empresarial. Lima: San Marcos. Editores.

Apuntes sobre la responsabilidad civil médica en el Perú

Notes on liability medical in Peru

COLORADO HUAMÁN, William(*)

Sumario: I. Introducción. II. Análisis. III. La relación médico – IV. La responsabilidad civil – médica V. La responsabilidad subjetiva u objetiva del profesional médico VI. La responsabilidad civil del establecimiento sanitario VII. Conclusiones. VIII. Lista de referencias.

Resumen: En el presente artículo, se describe la importancia de la actividad médica y como esta ha venido siendo tratada en el tiempo por cada grupo humano, resaltándose la existencia de una relación desventajosa entre el médico y el paciente, donde el primero de ellos gozaba de privilegios; pero ante las relaciones sociales y la masificación de la actividad médica, ha conllevado que dicha vinculación se vuelva más equitativa y se reconozcan derechos al paciente; en tal virtud, se describe la problemática del campo de la responsabilidad civil, para tratar la actividad médica para proteger a la víctima; analizándose la responsabilidad civil del médico, como de los establecimientos sanitarios.

Palabras claves: Médico, Establecimiento sanitario, Actividad médica, Responsabilidad civil.

(*) Abogado por la Universidad Nacional de Cajamarca. Maestría de Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional de Cajamarca.

Abstract: In this article, we describe the importance of medical activity and how it has been treated in time by each human group, highlighting the existence of a disadvantageous relationship between the doctor and the patient, where the first of them enjoyed privileges; but before the social relations and the massification of the medical activity, it has entailed that this connection becomes more equitable and the patient's rights are recognized; in this virtue, the problem of the field of civil responsibility is described, to treat the medical activity and to protect the victim; analyzing the civil responsibility of the doctor, as well as of the health establishments.

Key words: Medical, Health establishment, Medical activity, Civil liability.

I. Introducción

María luego de su embarazo quedó con bastantes flacidez en su cuerpo y ante el hecho de lucir bien, decide contratar con Pedro, la realización de una cirugía estética; de esta manera, es atendida en la clínica "Santa Fe", donde posteriormente se realiza la operación, en la cual interviene personal del establecimiento sanitario (*médicos y enfermeras*); sin embargo, a los ocho meses de producida la operación, la paciente tiene molestias, como es dolor abdominal, dolor en la espalda, ardor en la herida y no tiene los resultados queridos; ante ello, conversa con el médico, quien se justifica el haber realizado todo su esfuerzo en la operación, pero ante una supuesta descompensación en la intervención quirúrgica, implico no concluyera de forma exitosa la operación; por su parte, la clínica, indico que no puede responsabilizarse por los daños que presenta la paciente, ya que no ha contratado con ella, y además que sus instalaciones (*sala de operaciones*) fueron alquiladas al médico, quien además es ajeno a la institución.

El caso expuesto y muchos más que son publicitados por los medios de comunicación⁽¹⁾ nacional como internacional, nos muestran una

⁽¹⁾ Los medios de información nos ponen en conocimiento de un sin número de casos de mala praxis médica, donde se ha contagiado a los pacientes con bacterias, estos han sufrido perforaciones en varias partes de sus órganos producto de operaciones, han sufrido cortes en los

realidad que se presenta en el ámbito de salud, donde una persona que busca mejorar su estado de salud –*aspecto físico*–, se somete a una operación estética, en la cual termina empeorando e incluso hasta perdiendo la vida; frente a ello los médicos, como los establecimientos de salud, pretenden liberarse de cualquier tipo de responsabilidad, invocando diversos argumentos; de esta manera, el problema descrito, nos lleva a reflexionar sobre la responsabilidad civil que tiene el profesional médico en su actividad frente a su paciente.

II. Análisis

En el periodo precolombino de nuestro país, la medicina tradicional fue empírica, basada en un enfoque mágico religioso, así como también la fe en la medicina tradicional; siendo uno de los hallazgos más importantes de los restos humanos –en especial de las momias– las trepanaciones craneanas, técnica que se practicó con regular éxito en muchos grupos étnicos en todo el mundo; pero, la cultura "Paracas", fue quien la desarrolló con mayor éxito⁽²⁾.

En la época incaica el médico tenía una presencia reconocida, siendo conocido como *ambicamayoc*⁽³⁾, el cual contaba con autorización

nervios faciales al realizarse una operación odontológica, se han contagiado de VIH a raíz de una transfusión sanguínea e incluso han perdido la vida al afectarse sus órganos internos; lo que ha desencadenado incluso que se adopten conductas violentas contra el personal médico y las entidades sanitarias, el caso más reciente, es la venganza privada que han emprendido los señores Claudia Rocío Benites Aguirre y Lenin Alexander Benites Aguirre, al haber hecho detonar explosivos en las instalaciones de la Clínica Ricardo Palma-Lima, lugar donde aparentemente habrían dejado morir a su madre a raíz de una presunta mala praxis médica.

⁽²⁾ Para operar, se anestesiaba al paciente con coca o alcohol, luego se procedía a cortar el cuero cabelludo hasta llegar al cráneo y se delimitaba el área a cortar marcando el perímetro. Se ha descrito que para cortar el cráneo utilizaron la obsidiana (piedra volcánica), curetas de dientes de cachalote, el tumi, entre otros instrumentos. Se extraía el área afectada, teniendo mucho cuidado, se limpiaba y tapaba la zona con una placa de oro y, por último, se colocaban los vendajes con finos algodones propios de la zona. Disponible en: <http://www.cultura.gob.pe/?version=anterior>.

⁽³⁾ Sus características más resaltantes eran: "usar cabello largo, camiseta de algodón, (cumbi) blanca, estrecha y larga, encima una manta por capa anudada al hombro derecho con algodón y lana de colores de borda" (como se citó en García, 2015, p. 182).

del Inca para acceder a honorarios en oro, plata, pescado, maíz; por su parte, existían también personajes de la medicina conocidos como Hamicamayoc, o Chuksi Hampicamayoc, los cuales recibían grandes favores de la gente y gozaban de muchos privilegios sociales, ya que curaban con hierbas, polvos y agua; pero si mataban a un paciente por ignorancia, eran quemados y enterrados junto al hombre a quien hubiesen matado (García, 2015, p. 183).

En el mundo, se evidencia también el tratamiento de la actividad médica; así, en Mesopotamia, se exigió formalmente responsabilidad al médico por los errores cometidos en el ejercicio profesional. Y, a través del Código de Hammurabi⁽⁴⁾ (2400 a.c), se llegó a castigar severamente a estos cuando herraban en el tratamiento realizado (García, 2015, p.179). Distinguiéndose dos tipos de responsabilidad, según los daños fueran provocados por una persona libre o a un esclavo. En el primer supuesto, esto es cuando la lesión o muerte se provocaba a una persona libre, existía una responsabilidad de naturaleza penal, estableciéndose castigos físicos gravísimos para el médico infractor (amputación de manos). En cambio, cuando se trataba de daños a un esclavo, las consecuencias eran puramente económicas o patrimoniales⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ **Precepto 218:** “Si un médico ha tratado a un hombre libre de una herida grave con lanceta de bronce y ha hecho morir al hombre, o si ha abierto la nube del hombre con la lanceta de bronce y destruye el ojo del hombre, que le corten las manos”.

Precepto 219: “Si un médico hace incisión profunda al esclavo de un individuo común y le provoca la muerte, restituirá esclavo por esclavo”.

Precepto 220: “Si el medico ha abierto la nube con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo pagará la mitad del precio del esclavo”.

⁽⁵⁾ Según García (2015): “En Egipto los médicos pertenecían frecuentemente a los grandes colegios sacerdotales y disfrutaban de iguales prerrogativas que la casta sacerdotal, siendo los templos los lugares preferidos para el desempeño de la actividad médica. Existiendo la tradición de castigar al médico cuando se apartaba del cumplimiento de las normas que recogía el libro sagrado –a través de las cuales se regulaba la actividad de los médicos- y, aunque el enfermo se salvase, comprobada la existencia de una indebida actuación, se le imponía penas variadas, inclusive la muerte. El libro sagrado de los egipcios contenía un código ético que obligaba al médico a poner todos sus conocimientos al servicio del paciente para su pronto restablecimiento; y le prohibía el uso de sustancias peligrosas, si bien es cierto, estos preceptos no tenían carácter jurídico, el respeto a su contenido era norma de comportamiento desde el punto de vista ético” (p. 180).

Por su parte, en Grecia, se produce el paso definitivo de una medicina meramente empírica, con tintes mágicos y divinos⁽⁶⁾, a una medicina eminentemente técnica, la cual se basaba en la experimentación y en el estudio racional, aplicando un método científico. Su ejercicio era libre y existían distintos tipos de médicos en función al grado de formación adquirida y del lugar que practicaban la profesión⁽⁷⁾ (García, 2015, p. 180). De este modo, entre los griegos había un tratamiento riguroso ante el presunto error médico; por lo que, incluso Alejandro Magno, estableció la pena de crucifixión para aquel médico que abandonaba libre y voluntariamente a un enfermo⁽⁸⁾.

En Roma, se destacó una verdadera plasmación jurídica de lo que hasta entonces solo eran preceptos deontológicos; recogiendo en los textos romanos temas puntuales como la impericia, los experimentos peligrosos, el error profesional, el abandono del enfermo por el galeno una vez comprometido en su curación etc.; en tal virtud, la Ley Aquiliana, se encargó de proteger a los pacientes de la negligencia o imprudencia de ciertos médicos a través de normas básicas sobre el concepto de responsabilidad. Admitiéndose que la relación médico – paciente, era una forma de arrendamiento de servicios, un contrato consensual de uso frecuente, de gran utilidad práctica y para el cual no se exigían formalidades especiales, pudiendo manifestarse el consentimiento por cualquier medio; destacándose la obra de Justiniano y el Digesto, donde la negligencia médica era considerada como un acto criminal y se castigaba con graves penas según el grado de responsabilidad (García, 2015, p. 181).

⁽⁶⁾ Como lo resalta Valdivia (2016, p. 180): “En la antigua Grecia, se atribuía a los médicos brujos y hechiceros poderes mágicos o divinos”.

⁽⁷⁾ Los médicos técnicamente formados –de escuela- médicos públicos – contratados por la ciudad para el cumplimiento de funciones asistenciales o forenses-, esclavos médicos- que bajo la dirección de un superior practicaban a medicina en las formas más rudas y atendían a los más pobres-, los médicos contratados para cometidos especiales –en los teatros, milicias, circos-. (como se citó en García, 2015, p. 180).

⁽⁸⁾ Como dato histórico, se indica que esta sanción le fue impuesta a Glauco, médico de Efeso, por haber dejado sucumbir a su paciente, como consecuencia de una infracción dietética, mientras el médico se encontraba en un teatro (García, 2015, p. 180).

Por su parte, en la edad media, supuso un regreso en cierto modo, a la concepción deontológica de la responsabilidad del médico, con abundantes connotaciones religiosas; en esta etapa los monasterios fueron los lugares donde se conservó el saber médico, con escasos avances científicos, y con cierto retroceso respecto a épocas anteriores en lo que a la concepción del profesional médico se refiere⁽⁹⁾.

En el siglo XIX, en Francia se resolvieron dos casos resonantes, el primero de ellos del doctor Hélie, quien, en 1825, al atender un parto cortó los brazos del recién nacido; y el segundo de ellos, fue en el año 1832, donde el doctor Thouret Nory, al practicar una incisión a un obrero, afectó una arteria, a la cual solo colocó un simple vendaje, recetando una pomada y luego se negó a atenderlo, lo que conllevó una infección y la posterior amputación del brazo; en ambos casos los tribunales resaltaron una falta grosera en la actividad médica realizada (Valdivia, 2016, p. 180).

De este modo, los puntos históricos nos muestran que la actividad médica ha sido tratada de forma particular y especial, dependiendo de cada grupo social, donde se han formulado reglas en torno a la responsabilidad del profesional sanitario.

III. La relación médico – paciente

Dada la trascendencia de la actividad que realizaba un galeno, este fue considerado como un ser superior, quien no podía equivocarse, y si algo malo ocurría con el paciente, la situación era recibida como producto de la voluntad de Dios o como una fatalidad del destino; aunado al hecho que el paciente le entregaba un poder absoluto sobre su salud y el médico la aceptaba, asumiendo un papel paternalista; forma de pensar, que origina que nadie se atreviera a cuestionar, confortar o dudar un diagnóstico y mucho menos llevar a su doctor a los estratos judiciales.

⁽⁹⁾ Aquí, García (2015, p. 181), nos detalla que el sacerdote médico prevalecía sobre el médico secolar. Si bien con unas características distintas de aquellas que marcaban el ejercicio de la medicina en las culturas arcaicas, vuelve a vincularse esta profesión a lo religioso. Así, por ejemplo, la Regula de San Benito, dice: “ha de ser obligación personal y moral de abad-médico el que los enfermos no sean descuidados en ningún momento, sea cual fuere su estado y condición”.

Sin embargo, dada la evolución de las relaciones sociales (Aguerto y Quequejana, 2015, p. 199), y la llamada “masificación de la medicina” (García, 2015), conllevó una mayor demanda de prestaciones de servicios médicos, donde, la atención personalizada, fue sustituida por la llamada medicina social, la cual respondía a la necesidad de ampliar la prestación de servicios de salud a todos los sectores de la población (p. 184).

En ese sentido, la relación de desigualdad que hasta ese momento se tenía, fue dando paso a una de mayor equilibrio, reconociéndose al paciente, su derecho a la intimidad, a la dignidad⁽¹⁰⁾ y como manifestación de todos ellos, la autonomía de la voluntad⁽¹¹⁾, que se resumía en una palabra, su “libertad”. Como consecuencia de ello, se generó que los mismos pacientes se rehúsen entender que su caso no tenía solución y se nieguen panoramas o diagnósticos pesimistas; en tal virtud, ante cualquier consecuencia negativa en el tratamiento médico, las personas tienden a creer que el fallo o error 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 perjuicio sufrido.

Situación que implica, dejar de lado, una relación de sumisión con el galeno y generar una mayor protección de la salud de los pacientes; pero, también conlleva el incremento de demandas, desincentivando algunas especializaciones consideradas riesgosas (anestesiología, neurocirugía, etc.); aunándose, el incremento del costo de los servicios médicos, ya que los facultativos se verán forzados a adoptar medidas de precaución como programas de diagnósticos y terapéuticos excesivos, rechazando casos difíciles, ejerciendo su profesión a la defensiva, para eludir cualquier tipo de responsabilidad.

⁽¹⁰⁾ “[Aquí], el derecho del paciente a estar informado, solo tendrá cumplimiento con la verificación de la obligación del médico de informar adecuadamente; por lo que el consentimiento del paciente tendrá efectos jurídicos válidos, si para otorgarlos el médico ha informado correctamente, de lo contrario se tratará de un consentimiento viciado por una inducción a error debido a la información incorrecta” (Valdivia, 2016, p. 185).

⁽¹¹⁾ Para Cieza (2016, p. 809): “el paciente se encuentra en una situación de asimetría informativa frente al médico y frente a la clínica u hospital. No se les puede pedir a los pacientes y a los profesionales médicos que actúen como iguales, no lo son. Por tanto, el paciente se encuentra en una severa desventaja frente a la estructura sanitaria clínica, hospital o consultorio médico, ya que no puede en un proceso acreditar el dolo o la culpa inexcusable del médico que hace la historia clínica, que tiene la experiencia, la ciencia para la que ha estudiado”.

IV. La responsabilidad civil – médica

Conociendo que la actividad médica, no solamente genera la recuperación del paciente; sino, que puede tener resultados lesivos, donde se afecta la salud, la integridad personal e incluso la propia vida; el derecho no pudo ser ajeno a ello; por lo que, procedió a controlar el ejercicio del profesional sanitario, protegiendo al paciente, más aún, dado los extraordinarios progresos en el área de la medicina (García, 2015, p. 185); en ese orden de ideas, en el campo jurídico, se hizo indispensable afinar el mecanismo que permitan tratar socialmente los daños que se puedan generar, apareciendo de esta manera la “*responsabilidad civil*”, mediante la cual se obliga al causante de un daño a reparar⁽¹²⁾ la afectación que ha producido con su actuar⁽¹³⁾.

Ahora, la esfera de la responsabilidad civil, se encuentra dividida en dos ámbitos que son el “*contractual*” y “*extracontractual*”; manteniendo ambos sistemas una marcada diferenciación y el criterio utilizado para ello es la “relación obligacional” y no el contrato; como lo resalta, Taboada (2015, p. 36):

Debería hablarse de responsabilidad obligacional, cuando la obligación de reparar un daño proviene del incumplimiento de un

⁽¹²⁾ Para Chang (2014, p. 183 y 184), es curioso verificar como nuestro Código Civil, usa indistintamente los términos indemnización y reparación del daño como si fuesen de similar alcance; así, en la sección sexta del libro VII del Código Civil, se aprecia que los artículos 1972, 1977 y 1979, se utiliza el termino “*reparar*”; mientras que se habla de “*indemnización*” en los artículos 1969 y 1973, 1982, 1983, 1985 y 1987, incluso podemos apreciar que en un mismo artículo indistintamente se utilizan los términos “*indemnización*” y “*reparación*”, como se aprecia del artículo 1977. (...) esta bastedad de términos utilizados por el codificador invita a la confusión, pues, “*indemnización*” no es sinónimo de “*resarcir*” ya que mientras el primero es consecuencia de un daño tolerable por el ordenamiento jurídico y deviene de un mandato legal; el segundo denota la reparación de un daño antijurídico, esto es, un daño no tolerado por el derecho (...). Por nuestra parte creemos que nuestro Código Civil, regula una función resarcitoria – reparadora, lo que se concluye del contenido de los artículos 1969, 1970 y 1984, ya que las dos primeras normas hablan de reparar el daño y si bien el artículo 1969, alude a indemnizar, se entiende que esto se debe a un error en la conceptualización de dicho termino.

⁽¹³⁾ En igual sentido, para León (2017, p. 145): “la responsabilidad civil, significa un fenómeno que consiste en que el ordenamiento haga cargo de una persona el deber de resarcimiento del daño ocasionado a otro”.

deber jurídico específico y previamente establecido, denominado “relación jurídica”; en tanto que la responsabilidad extraobligacional será consecuencia del incumplimiento de un deber jurídico genérico (no causar daño a los demás), sin que exista entre los sujetos ningún vínculo obligacional previo.

Durante mucho tiempo, se ha debatido sobre los diferentes sistemas jurídicos y el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, cuya finalidad es resolver conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños (Espinoza, 2017, p. 39); ya que según el criterio tradicional, deben estar separados la responsabilidad contractual de la extracontractual⁽¹⁴⁾; sin embargo, debe tenerse presente que ambos sistemas de Responsabilidad Civil, tienen en común los mismos elementos, pero con cierto tratamiento distintivo; siendo que incluso la actual tendencia moderna del Derecho de Daños, propicia la unificación del sistema de Responsabilidad Civil⁽¹⁵⁾.

La disyuntiva descrita trasciende al tratamiento jurídico de la actividad médica, y ello se expresa en saber cuál de los dos campos la debe regular⁽¹⁶⁾, y esto pasa, según Espinoza, por “la transformación de la relaciones sociales, que han convertido al profesional en una especie de prestador de servicios” (2016, p. 919), donde al presentarse un daño al usuario, este puede exigir su respectiva reparación⁽¹⁷⁾. Tal es así, que “la responsabilidad del médico ocu-

⁽¹⁴⁾ Y esta es justamente la posición asumida por nuestro Código Civil; en tal virtud, en el Libro VI, se regula la denominada Inejecución de Obligaciones; en cambio en el Libro VII, ha previsto Responsabilidad Extracontractual.

⁽¹⁵⁾ Para León (2017, p. 152): “la unificación de la responsabilidad, también forma parte del elenco de productos defectuosos que arriban a nuestro país desde la bibliografía argentina. Hacia finales del decenio 1980 – 1990, en efecto se difundió entre los estudiosos peruano, provenientes, inequívocamente, de la doctrina argentina menos fiable y atendible, el discurso en torno a la llamada “unificación” de la responsabilidad civil”.

⁽¹⁶⁾ Por su parte, Agurto, et al. (2015, p. 199), señalan que la naturaleza jurídica de la responsabilidad médica, es un tema de debate en la ciencia jurídica contemporánea; no solo del formante doctrinario, sino también y fundamentalmente, por la jurisprudencia, la cual ha centrado su atención respecto a este supuesto de la provincia de la responsabilidad de los profesionales, pues, la misma transformación de las relaciones sociales ha convertido al profesional en una especie de prestador de servicios y, por ello, al generar un daño al usuario de los servicios que brinda, este último tiene toda la facultad de exigir su respectiva reparación.

⁽¹⁷⁾ Sin perjuicio de lo esbozado, tanto Espinoza (2016, p. 919) como Agurto, et al. (2015, p. 200), expresan que existen diversos puntos dentro de la institución que son materia de debate,

pa un lugar privilegiado, pues a diferencia de otras profesiones liberales, que inciden en su accionar dentro de lo que podríamos denominar “patrimonial”, este se ocupa de la salud y bienestar de la persona” (Agurto y Quequejana, 2015, p. 199).

En esa línea de pensamiento, ante la lesión de la integridad personal de un paciente, un sector de nuestra doctrina nacional⁽¹⁸⁾, opina que la responsabilidad es de tipo contractual⁽¹⁹⁾, en razón de mediar un previo contrato de prestación de servicios médicos asistenciales⁽²⁰⁾ entre el facultativo y el paciente⁽²¹⁾ (Valdivia 2016, p. 182); por otro lado, se cuenta también, con la opinión de aplicar el campo extracontractual⁽²²⁾,

siendo su propio fundamento; por otro lado, si constituye una obligación de medios o de resultado; asimismo, si es objetiva o subjetiva; y finalmente, el campo que debe regularlos, contractual o extracontractual.

⁽¹⁸⁾ Conformado por los doctores García, J. (1 de agosto de 2015). La responsabilidad medica en el Perú – Aspectos básicos. Editorial Instituto Pacífico, Volumen (14), p. 191; Valdivia, C. (1 de noviembre de 2016). Reflexiones sobre algunos aspectos relevante de la responsabilidad médica. Editorial Instituto Pacífico, Volumen (28), p. 182. Cieza, J. (2016). Personas, negocio jurídico y responsabilidad civil. Lima, Perú: Juristas Editores.

⁽¹⁹⁾ Según García (2015, p. 186): “Puesto que la lesión a la integridad personal del paciente ocasionada por el médico en el ejercicio de su actividad profesional configura una hipótesis típica, en la cual el cruce entre el interés (positivo de prestación) del acreedor a la correcta ejecución de la prestación y el interés (negativo de protección) a no ver lesionado el derecho subjetivo a la salud, determina tradicionalmente el operar de una responsabilidad a doble título, en realidad la jurisprudencia (italiana) ha elaborado sobre la materia un cuerpo de reglas unitarias, dentro del cual, la distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana se esfuma y pierde significado”.

⁽²⁰⁾ Para Valdivia (2016, p. 194), surge aquí, el consentimiento informado, el cual es la aceptación a realizarse determinado tratamiento propuesto por el médico, de parte del paciente, siempre y cuando haya comprendido tanto el diagnostico como las características del tratamiento propuesto, alternativas del mismo y fundamentalmente los riesgos, en caso de aceptarlo o no.

⁽²¹⁾ En Francia hasta antes del 20 de mayo del año de 1936, el problema de la responsabilidad civil profesional se situó en el terreno delictual, con fundamento en lo establecido por los artículos 1382 y 1393 del Código Civil. Recién desde la fecha citada la tendencia comenzó a volcarse masivamente a favor de la tesis contractualista, como regla genérica del deber de responder.

⁽²²⁾ Para García (2015, p. 191), uno de los pocos defensores contemporáneos de la tesis de la responsabilidad extracontractual de los médicos es el jurista argentino Guillermo Borda, quien alega que la responsabilidad profesional no surge de una convención, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato, es decir, que el deber de

ya que, la responsabilidad profesional no surge de una convención, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, haya o no contrato, como ocurre, cuando se asiste a la víctima de un accidente callejero o cuando se asiste a un paciente desmayado en la calle⁽²³⁾.

Problemática que nuestra jurisprudencia tampoco ha sabido manejar, ya que en los Expedientes N.º 694-96, 1615-00, 121033-91, se opta por la naturaleza contractual⁽²⁴⁾; mientras que en los Expedientes N.º

responder se desenvuelve en el terreno extracontractual, agregando que si bien en ocasiones existe consentimiento reciproco en la prestación de salud, el paciente tiene derecho a no continuar con el tratamiento por diversas causas (sea porque le resulta molesto, porque no quiere o no puede gastar en remedios o, inclusive por puro capricho), por tanto no resulta posible admitir la existencia de un contrato si cada una de las partes está en la posibilidad de resolverlo libremente.

También se invocan como argumento a favor de la extracontractualidad los siguientes: i) el carácter intelectual del trabajo se opone a la existencia de un contrato entre el profesional y su cliente; ii) tales contratos serian nulos por recaer sobre derechos de la personalidad; y, iii) la actuación del galeno comporta un deber de altruismo, el ejercicio de la medicina al igual que el sacerdocio, resultaba ajeno a los pactos y divorciado de los contenidos económicos.

⁽²³⁾ Para Espinoza (2016, p. 922), los ejemplos descritos, se encontrarían dentro de la responsabilidad civil derivada por atención medica en caso de emergencia, donde el artículo 3 de la Ley General de Salud N.º 26842 del 15 de julio de 1997, señala: “Toda personas tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico o 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”. Así, citando la opinión de Barchi, precisa que al regular el artículo que se comenta 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”, en contraposición a la relación obligatoria autónoma, que se realiza por las partes libremente.

⁽²⁴⁾ Exp. 694-96, emitida por la Cuarta Sala de Justicia de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 17/10/1996, se indica: “la despreocupación por la salud del paciente, son muestras objetivas de indiferencia e inhumanidad, constituyen una violación de los deberes médicos configurativos en el incumplimiento de los medios y diligencia adecuados en la asistencia de la paciente que fue objeto de una defectuosa intervención quirúrgica, causante de daños culposamente ocasionados que configuran la responsabilidad de los demandados de naturaleza contractual”.

Exp. 1615-00, sentencia emitida por la tercera sala civil de la Corte superior de justicia de Lima, de fecha 24/05/2000, se indica: “el hecho de atribuir a la institución demandada el haber utilizado para una transfusión de sangre infectada con el virus del SIDA, y que por tal causa el demandante es ahora portador, engloba un supuesto de responsabilidad civil contractual”.

148-95, 1688-94, se decide por su naturaleza extracontractual⁽²⁵⁾. Situación que es preocupante, ya que, el encuadre de la responsabilidad médica dentro del campo contractual o extracontractual reviste no solo importancia doctrinaria, sino también fáctica, pues, teniendo en cuenta el doble sistema, se tendrá diferente plazo de prescripción y distinto alcance en la obligación indemnizatoria⁽²⁶⁾.

Exp. 121033-91, resolución emitida el día 21 de junio de 1994, donde se indica: “Colectomía izquierda al intestino que fue realizada por el doctor José Delgado Rojas (...) ampara su pretensión en los artículos del Código Civil referidos a las obligaciones de hacer, obligaciones solidarias, inejecución de obligaciones y prestación de servicios (...) la presencia de gasa delata responsabilidad de la referida clínica, (...) existe la figura de responsabilidad vicaria del principal por el cual se consagra la responsabilidad objetiva de quien bajo sus órdenes a otro, esta figura es recogida en nuestro ordenamiento jurídico por el Código Civil (...)”.

(25) Como ejemplo de ello, Espinoza (2016, p. 920 y 920), señala: “Dionicio Ramos Luza, interno a su menor hija Lorena en la Clínica Arequipa, la cual presentaba una “tumoración de parótida” y neurofibroma. El doctor Víctor tejada Gutiérrez le practico una intervención y le ocasiono una “paresia fasil derecha”, lo cual se comprobó en el Instituto de Enfermedades Neoplásicas. En primera instancia se condenó tanto al doctor como a la clínica. En apelación solo se condenó al doctor, excluyendo a la clínica y se fijó el monto indemnizatorio en ochenta mil nuevos soles. Con fecha 17 de setiembre de 1998, se declaró que no había nulidad en la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, advirtiéndose que existe una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que, a consecuencia del incumplimiento del contrato, surge además la violación del deber genérico de no causar daños a otro.

Exp. 1688-94, resolución emitida el día 26 de octubre del año de 1994, donde se indica: “están obligados a responder solidariamente por la indemnización demandada conforme lo establece el artículo 1981 del Código Civil (...)”.

(26) Para León (2017, p. 158), se presentan las siguientes diferencias:

- El plazo de prescripción es de 10 años para el incumplimiento de obligaciones y de dos años para responsabilidad extracontractual (artículo 2001, incisos 1 y 4).
- En cuanto a la prueba, existe una presunción de que el incumplimiento se debe a culpa leve del deudor (artículo 1329); el dolo y la culpa inexcusable tienen que ser probados (artículo 1330). En la responsabilidad extracontractual, el descargo por falta de dolo o de culpa corresponde a su autor (artículo 1969).
- En el incumplimiento se resarcen, como regla general, los daños que sean su consecuencia inmediata y directa, y si media culpa leve, el daño que podía preverse al tiempo en que se estableció la relación obligatoria (artículo 1321). En la responsabilidad extracontractual, el resarcimiento comprende los daños que puede enlazarse con el acto ilícito, de conformidad con los criterios de la causalidad jurídica, los cuales por decisión del legislador son los de la teoría de la causa adecuada (artículo 1985).
- En el incumplimiento, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (artículo 1321 y 1322). En la responsabilidad extracontractual se añade a dichos conceptos el de “daño a la persona” (artículo 1985).

Para la doctrina, en estos momentos, ya no existiría controversia, pues indican que la regla general de la responsabilidad del prestador de salud frente al paciente es de tipo “contractual”; en virtud de que los hechos muestran 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 (como se citó a López Mesa).

En el plano teórico resulta clara la distinción, pero es frecuente observar en la práctica que ambas formas de responsabilidad pueden concurrir cuando el medico además de incumplir obligaciones derivadas de un contrato también inobserva la obligación genérica de no causar daño a los demás. En estos supuestos la jurisprudencia ha gestado el “criterio o derecho de opción” al perjudicado, donde se le otorga a la víctima la facultad de hacer valer sus derechos bien en la vía contractual o extracontractual conforme a la situación más favorable que se presente, más no podrá escoger ambas a la vez; tal como se ha resaltado en la Casación N.º 344-2000-Lima:

“(...) En el contrato verbal sobre prestación de servicios como el de autos, existe una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge además, “la violación del deber genérico de no causar un daño a otro”, lo que según la doctrina, ingresa en la esfera de la relación contractual (...) concretamente en el caso de autos, de la exposición de los hechos que motivan la demanda se advierte, como se ha dicho una zona gris e indefinida en la medida que existe hechos que pueden encuadrar tanto en la culpa contractual, como en la extracontractual y es ahí donde surge el problema de procesal que puede definirse con el siguiente criterio: es doctrina comúnmente admitida que el perjudicado puede optar entre un acción cuando el hecho causado del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber genérico de no causar un daño a otro, eligiendo entre una u otra de las acciones que tienden al mismo fin, cual es la reparación del daño causado (...)”.

- En el incumplimiento, los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor. En la responsabilidad extracontractual, el monto de la indemnización devenga intereses desde la fecha en que se produjo el daño (artículo 1985).

De esta manera, el “*criterio*” o “*teoría de la opción*”⁽²⁷⁾, parte de la compatibilidad de los dos regímenes en materia de responsabilidad; sistematización que surge a partir de tomar el elemento *daño* como centro de gravedad del problema, ya que a pesar de no compartir la naturaleza tiene como punto de confluencia la misma situación jurídica de la cual parte (Valdivia, 2016, p. 183). Además lo más importante es reparar el daño subyacente de la negligencia médica, amparando así el derecho a la tutela jurisdiccional procesal efectiva, reconocida en nuestro ordenamiento jurídico⁽²⁸⁾.

V. La responsabilidad subjetiva u objetiva del profesional médico

Teniendo en cuenta, la postura que la responsabilidad del profesional médico, es de tipo contractual, el siguiente problema a tratar tiene que ver con la aplicación de la responsabilidad objetiva o subjetiva, para lo cual es pertinente indicar que en el año de 1925, el jurista francés Demogue, publico su obra, “Tomo V del tratado de obligaciones en general”, y al analizar sobre las relaciones de la responsabilidad delictual con la responsabilidad contractual, hizo una

(27) Con ello, podemos observar a un juez más permeable a tutelar efectivamente al agente dañado y que no se deja seducir frente a modelos legislativos correspondientes a otra realidad. Ello constituye un ejemplo para que los operadores jurídicos vean más allá de la literalidad de los dispositivos legales y se embarquen en nuevos horizontes interpretativos (Espinoza, 2016, p. 921).

Casación N.º 849-96 Arequipa, en la que se refiere: “la responsabilidad contractual y extracontractual no son vías antagónicas, sino 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”.

(28) Artículo 139, inciso, 3 de la Constitución Política de 1993, que a la letra dice: “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: la observación del debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

Artículo I del Título Preliminar del Decreto Legislativo 768 (Código Procesal Civil), que señala: “Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.

distinción entre “obligaciones de medios y obligaciones de resultado”; clasificación que fue seguida luego por los hermanos Mazeaud, pero con la terminología de “obligaciones de generales de prudencia y diligencia” y “obligaciones determinadas”.

En términos sencillos, podemos entender, que las “*obligaciones de medios*”, son todas aquellas que solo importa la diligencia y la aptitud para cumplir las medidas que normalmente conducen a un resultado, sin asegurar la obtención del mismo. En cambio, las “*obligaciones de resultado*”, se debe conseguir el fin acordado, es decir, aquí no basta con el que el deudor actúe diligentemente, ya que es necesario alcanzar el resultado prometido o esperado por el acreedor⁽²⁹⁾ (como se citó en García, 2015, p. 199)⁽³⁰⁾.

Con lo descrito, queremos entrar a detallar, que dentro de la actividad médica, el profesional de la medicina se compromete a procurar los mecanismos necesarios para poder curar una determinada patología que presenta una persona; aquí, es donde se debe tener en cuenta, que la curación del enfermo depende de diversos factores y no todos están bajo el control del médico, por tanto en la mayoría de casos la curación no es el fin directo de cumplir, aunque es el objeto deseado, si a pesar de prodigar lo cuidados idóneos y suficientes, no se logra el objetivo deseado

(29) Véase a Massimo, F. “La responsabilidad en las obligaciones de medios y en las obligaciones de resultado”, en estudios sobre la responsabilidad, traducción y edición al ciudadano de León, L. (2001, p. 377).

(30) Como cita García (2015, p. 199): “Para el profesor trujillano Sedano Vásquez, sostiene que la invocación a las obligaciones de medios y de resultado en la responsabilidad civil profesional sirve para aquellos ordenamientos donde la prueba de la culpa no esté sujeta a reglas claras; no obstante en nuestro ordenamiento dicha clasificación resulta inútil, ya que para todos los casos la culpa se presume, en tanto en el ámbito obligacional como extraobligacional, tal como lo establecen los artículos 1329 y 1969 del Código Civil”. En el mismo sentido Osterling y Castillo indican que la diferencia entre medios y resultados resulta artificial, ya que en las primeras se busca también un resultado y en la últimas existe necesariamente un medio para cumplirlas.

Asimismo, no detalla (p. 203): “Para poder determinar las obligaciones de medios y de resultado, se debe considerar los siguientes criterios: i) la ausencia de gravedad de caso a tratar; ii) la implícita voluntad de las partes; y, iii) la presencia del riesgo que conlleva la actuación médica”.

de mejorar la salud del paciente, no se puede atribuir responsabilidad al médico, dado que esto depende de la propia naturaleza humana; en ese sentido, podemos ver que la obligación que asume un médico es una de medios, “que es conocida como responsabilidad subjetiva” (Valdivia 2016, p. 189 y 190).

Sin embargo, dado el avance de la tecnología, dentro del campo de la medicina, se han producido diversos avances, motivo por el cual, el mismo profesional en estos momentos tiene certeza sobre la consecuencia de su actividad; en tal virtud, puede obligarse a un resultado determinado, donde debe cumplir el objetivo, a esta obligación se la conoce como responsabilidad objetiva, siendo un claro ejemplo de ello las cirugías estéticas (Valdivia, 2016, p. 191), las intervenciones odontológicas, la colocación de prótesis, implante de cabello, transfusión sanguínea, análisis clínicos, ligaduras de trompas o vasectomía, emisión de dictámenes o certificados y otras intervenciones de fácil realización donde la ciencia médica ha alcanzado prácticamente la seguridad del éxito y para las cuales las estadísticas suministran índices muy altos de probabilidad de eficacia (García, 2015, p. 201).

Así, lo viene entendiendo incluso nuestra Corte Suprema, al establecer en la Casación N.º 1258-2013-Lima:

“Por lo demás, es necesario precisar a esta parte impugnante que la naturaleza de las obligaciones derivadas de la prestación médica no es de resultado, sino de medios (*salvo casos muy excepcionales en donde, por ejemplo, un cirujano estético se compromete a un cierto resultado específico*), por lo que es insuficiente imputar al profesional o técnico responsabilidad por el solo hecho de no curar al paciente o no haberle salvado la vida, sino que debe acreditar que no le ha prodigado los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requerían (...).”

De este modo, en determinados supuestos de la medicina moderna el médico se obliga a la obtención de un resultado, lo que implica que, si no cumple con lo prometido, debe hacerse responsable de las consecuencias que conlleva su comportamiento.

VI. La responsabilidad civil del establecimiento sanitario

Es necesario también examinar el tema de la responsabilidad civil del establecimiento sanitario; para lo cual, la doctrina nacional, señala que, dada la aplicación del campo contractual a la actividad médica, si el galeno se vinculó con la víctima para brindarle sus servicios dentro de una estructura sanitaria, y se ocasionaron daños, la institución de salud, asume una responsabilidad civil contractual indirecta, siempre y cuando tenga previamente un vínculo con el médico; razonamiento que tiene coherencia con lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley General de Salud N.º 26842, donde se dispone:

“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 este 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 (...).”

Como podemos apreciar, el referido precepto normativo establece un supuesto de responsabilidad indirecta o refleja en mérito al cual el centro de salud asume responsabilidad objetiva y solidaria por los daños y perjuicios que causa el personal bajo su dependencia.

Ahora, cuando el paciente se vincula directamente con el establecimiento de salud, este también responderá de manera objetiva y exclusiva, conforme lo establece el artículo 1325, que a la letra dice:

“El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde por los hechos dolosos culposos de estos, salvo pacto en contrario”.

En tal virtud, cada entidad sanitaria puede ser solidariamente responsable ante los daños que se produzcan a los pacientes que se atien-

den en sus instalaciones⁽³¹⁾. Así, lo entiende la nuestra Corte Suprema, en la Casación N.º 1116-2011-Lima, donde indica:

“El principal (sociedad francesa de beneficencia) responde por los daños causados a sus servidores, porque resulta ser el vehículo más idóneo para prevenir o mitigar la ocurrencia de daños a sus pacientes (demandante), por lo que se tiene por verificado que los daños sufridos por la actora son imputables a la demandada, por haber sido cometido por el personal dependiente de la misma, no siendo aplicables las normas sobre exoneración de responsabilidad por ruptura del nexo causal”.

En pocas palabras, los establecimientos de salud son responsables por el simple hecho de mantener un vínculo con el auto (director) del daño que implique dependencia de este. En suma, el damnificado tendrá frente así dos legitimados pasivos, estado en la posibilidad de demandar contra uno u otro, o contra ambos a la vez, aunque queda claro que una vez obtenido el resarcimiento integro de uno de ellos, ya no podrá perseguir al otro. Y la única forma que tendrá la institución sanitaria, para liberarse de responsabilidad es probando que el médico, actuó diligentemente y no fue el causante del daño o que entre el autor directo (galeno) y la víctima (paciente) no concurren los requisitos generales de responsabilidad civil por hecho propio, ello debido a que si el daño no resulta imputable a los prestadores directos del servicio médico, desaparece el fundamento de la responsabilidad refleja del centro de salud y por tanto este no queda obligado a ningún resarcimiento.

Sin embargo, el problema se presenta cuando el médico independiente del centro de salud, contrata con este, para hacer uso de parte de sus instalaciones; ante ello, encontramos la opinión de García (2015, p. 206), quien indica que la responsabilidad directa de médico no se puede extender más allá de la dependencia primigenia que tiene el galeno y la víctima; sin perjuicio de ello, al encontrarse la víctima en poder elegir

⁽³¹⁾ Según García (2015, p. 206), se discute la existencia de la relación de dependencia entre el médico y la estructura sanitaria, ya que los profesionales médicos no se encuentran subordinados dado su nivel de preparación intelectual y profesional.

la vía contractual y extracontractual, para poder resarcir el daño y a fin de que sea el centro de salud, quien también responsa por los daños que presenta, consideramos que se puede invocar la aplicación del artículo 1981⁽³²⁾; siempre y cuando, personal del centro de salud, independiente al médico, haya participado en la intervención médica.

En este punto, podemos concluir de acuerdo a lo expuesto y dado nuestro caso, que la víctima puede accionar directamente contra el cirujano plástico, ya que la obligación a la que se comprometió este último es uno de carácter cierto (mejora del aspecto de salud); sin perjuicio de ello, la clínica también tendría responsabilidad al permitir que su persona intervenga en la intervención quirúrgica, donde obviamente se generó el daño a la paciente

VII. Conclusiones

- Desde la aparición del hombre, este ha presentado diversas dolencias, las cuales han sido tratadas obteniéndose su recuperación, pero, en otras oportunidades se han producido resultados lesivos, conllevando la afectación de la propia vida; en tal virtud, el Derecho de acuerdo a la realidad de cada grupo social ha brindado la protección, especialmente a la víctima, quien por su misma condición se encuentra en una situación de inferioridad ante los demás.
- Durante muchos años, el médico ha sido considerado como un ser superior, quien no podía equivocarse, de este modo, el paciente le entregaba un poder absoluto sobre su salud; sin embargo, dada la

⁽³²⁾ En la casación N.º 4721-2011-Cajamarca, la Corte Suprema ha indicado: “Se verifica que el hecho antijurídico quedó plenamente acreditado, por cuanto la muerte del neonato se produjo por incumplimiento del deber de diligencia profesional del personal que labora en la demandada Clínica Limatambo, en igual sentido está probado el nexo de causalidad y el factor de atribución, por cuanto en el proceso penal también quedó establecido que el accionar negligente de la obstetra (causa inexcusable) causó la muerte del neonato y que el establecimiento médico es demandado en calidad de responsable solidario de conformidad con lo previsto por el artículo 1981 del Código Civil”.

evolución de las relaciones sociales y la masificación de la medicina, ha conllevado que el paciente pueda reafirmar sus derechos (derecho a la intimidad, dignidad, libertad, información, entre otros).

- La vida actual, está cargada de riesgos, lo que genera daños a las personas; de esta manera, hay la necesidad imprescindible de poner en marcha los mecanismos jurídicos pertinentes para proteger y salvaguardar a las personas; de este modo, la responsabilidad civil que tiene como función principal el de reparar los daños que se presentan en la realidad, cobijando dentro de ella a la responsabilidad civil contractual y extracontractual, que se ven diferenciados por la existencia e inexistencia de un vínculo entre los sujetos.
- En la responsabilidad medica se presentan problemas, como es el hecho de la aplicación de la responsabilidad contractual o extracontractual, ya que cada uno tiene ciertas ventajas frente a la otra (plazo y forma de probar), pero finalmente se permite que cada persona en virtud de su caso, elegir cualquier esfera, ya que al final lo que se busca es reparara el daño.
- Finalmente, nuestra doctrina de forma unánime resalta que la actividad medica es una de medios; pero dado los avances de la medicina ha conllevado que ciertas áreas de esta, se pueda tener certeza del resultado, como es el caso de la cirugía estética. En tal virtud, el medico puede responder directamente, sin perjuicio de ello, y dado el criterio de opción la victima también puede generar responsabilidad en la institución de salud, siempre y cuando el personal haya intervenido en la operación.

VIII. Lista de referencias

- AGURTO, C., Y Quequejana, S. (2015). La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica. Lima: Instituto Pacífico, (10), 198-210.
- CHANG, G. (2014). Algunos apuntes sobre el sistema actual de responsabilidad civil en el Perú. Lima: Instituto Pacífico, (6), 180-186.
- CIEZA, J. (2016). Personas, negocio jurídico y responsabilidad civil. Lima: Juristas Editores.

- ESPINOZA, J. (2016). Derecho de la responsabilidad civil. Lima: Instituto Pacífico.
- GARCÍA, J. (2015). La responsabilidad médica en el Perú. Aspectos básicos. Lima: Instituto Pacífico, (14), 178-217.
- LEÓN, L. (2017). La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Lima: Instituto Pacífico.
- TABOADA, L. (2015). Elementos de la responsabilidad civil. Lima: Instituto Pacífico.
- DE TRAZEGNIES, F. (2015). Estudio Preliminar de la Responsabilidad Extracontractual. Tratado de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Lima: Instituto Pacífico, 2, 29- 54.
- VALDIVIA, C. (2016). Reflexiones sobre algunos aspectos relevantes de la responsabilidad civil médica. Instituto Pacífico, (28), 179-196.