

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE PERMITEN A LOS JUECES LA
APLICACIÓN DE LA TEORÍA UNITARIA DE RESPONSABILIDAD
CIVIL EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: HUGO MIGUEL MUÑOZ PERALTA

Asesor:

M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ

Cajamarca, Perú

2022

COPYRIGHT © 2022 by
HUGO MIGUEL MUÑOZ PERALTA
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE PERMITEN A LOS JUECES LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA UNITARIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO CIVIL Y COMERCIAL

Presentada por:

Bachiller: HUGO MIGUEL MUÑOZ PERALTA

JURADO EVALUADOR

M.Cs. José Luis López Núñez
Asesor

Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

Cajamarca, Perú

2022



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Siendo las 12:45 horas, del día 25 de noviembre de dos mil veintidós, reunidos en el Auditorio de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por la **Dra. MARÍA ISABEL PIMENTEL TELLO**, **Dra. SANDRA VERÓNICA MANRIQUE URTEAGA**, **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**, y en calidad de Asesor el **M.Cs. JOSÉ LUIS LÓPEZ NÚÑEZ**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno y el Reglamento de Tesis de Maestría de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada “**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE PERMITEN A LOS JUECES LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA UNITARIA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**”, presentada por el **Bachiller en Derecho HUGO MIGUEL MUÑOZ PERALTA**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó APROBAR con la calificación de DIECISIETE (17) la mencionada Tesis; en tal virtud, el **Bachiller en Derecho HUGO MIGUEL MUÑOZ PERALTA**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO CIVIL Y COMERCIAL**.

Siendo las 12:00 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
M.Cs. José Luis López Núñez
Asesor

.....
Dra. María Isabel Pimentel Tello
Jurado Evaluador

.....
Dra. Sandra Verónica Manrique Urteaga
Jurado Evaluador

.....
Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

A:

Dios, por la grandeza de la vida; a mis padres y hermanos, por ser las
lumbreras en mi peregrinar; a mis hijos, por ser razón de mi vida y a Lucy, por
el amor convertido en felicidad.

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE TABLAS	x
LISTA DE FIGURAS	xi
RESUMEN	xiii
ABSTRACT	xiv
INTRODUCCIÓN	xv
CAPÍTULO I ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
1.1.1. Contextualización o problemática	1
1.1.2. Descripción del problema.....	8
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	9
1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN	9
1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....	12
1.4.1. Espacial	12
1.4.2. Temporal.....	12
1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN	13
1.5.1. De acuerdo al fin que persigue	13
1.5.2. De acuerdo al diseño de la investigación.....	14
1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	16
1.6. HIPÓTESIS	16
1.7. OBJETIVOS	17
1.7.1. General	17
1.7.2. Específicos.....	17
1.8. LIMITACIONES	18

1.9. MÉTODOS	18
1.9.1. Generales	18
1.9.2. Específicos.....	20
1.10. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.....	22
1.10.1. Análisis documental.....	22
1.10.2. Fichaje.....	23
1.11. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	23
1.11.1. Ficha de análisis documental	23
1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA.....	24
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	24
CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO.....	26
2.1. MARCO <i>IUSFILOSÓFICO</i>	26
2.2. ALCANCES DOCTRINARIOS Y JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN MÉDICA.....	29
2.2.1. Naturaleza jurídica de la obligación médica.....	29
2.2.2. Deberes y derechos de los médicos frente a la atención facultativa hacia los pacientes.....	32
2.2.3. Consentimiento del paciente.....	35
2.2.4. El contrato médico	43
2.2.5. Calificación del contrato médico.....	44
2.2.6. Clasificación del contrato médico.....	53
2.3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO	63
2.3.1. La imputabilidad o capacidad de imputación	64
2.3.2. La antijuricidad.....	67

2.3.3. Factores de atribución	69
2.3.4. El nexo causal o la relación de causalidad	77
2.3.5. El daño	91
2.4. ALCANCES DOCTRINARIOS DE LA TEORÍA TRADICIONAL O DUALISTA Y DE LA TEORÍA MODERNA O MONISTA.....	103
2.5. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN ENTIDADES DE SALUD PÚBLICA	114
CAPÍTULO III DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	121
3.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS	121
3.1.1. Análisis jurisprudencial de procesos de responsabilidad civil médica	121
Casación N° 1417-2010-Lima.....	126
3.1.2. Procesos judiciales de responsabilidad civil médica	129
3.1.3. Análisis de procesos judiciales de responsabilidad civil médica ..	137
3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	139
3.2.1. Cumplir el rol tutelar del juez optimizando el principio tuitivo de la reparación integral de la víctima	139
3.2.2. Aplicar la responsabilidad civil solidaria entre el médico y los establecimientos sanitarios	156
3.2.3. Ampliar el plazo de prescripción hasta 10 años, conforme se ha normado en casos de responsabilidad civil por inexecución de obligaciones	163
3.2.4. Proyecto de ley sobre la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil médica....	167

CONCLUSIONES	173
RECOMENDACIONES	175
REFERENCIAS.....	176

LISTA DE TABLAS

Tabla 1 Jurisprudencia sobre responsabilidad civil médica	120
Tabla 2 Análisis de procesos judiciales sobre responsabilidad civil médica ...	130

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 Procesos judiciales de responsabilidad civil médica en Cajamarca..137

Figura 2 Fundamentación jurídica de las demandas.....138

AGRADECIMIENTO:

Con eterna gratitud a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca, *alma mater* de hombres defensores de la justicia y, de manera particular, al M. Cs. José Luis López Núñez, asesor del presente trabajo de investigación, por sus valiosos aportes y orientaciones.

RESUMEN

La teoría de la responsabilidad civil médica tiene como fin la reparación integral del paciente o sus familiares. El Código Civil de 1984 acoge la tesis dualista que bifurca la responsabilidad civil en responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y extracontractual; sin embargo, ambos tipos de responsabilidad requieren la concurrencia de los mismos elementos (antijuricidad, imputabilidad, factores de atribución, daño y nexo causal) y buscan resarcir los daños infligidos a la víctima; por lo que seguir comulgando con esta tesis resulta anticuado e injusto, pues presentan solo diferencias de matiz, según la doctrina y jurisprudencia nacional que defienden la tesis unitaria. Esta investigación tiene como objetivo general establecer los fundamentos jurídicos que permiten a los jueces la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en casos de responsabilidad civil médica; es una investigación básica, cuyo alcance es explicativo, su enfoque es cualitativo; la técnica empleada es el análisis documental y se utilizaron los métodos argumentativo y analítico. La hipótesis contrastada determinó que los fundamentos jurídicos que permiten a los jueces la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil médica son: cumplir el rol tutelar del juez optimizando el principio tuitivo de la reparación integral de la víctima, aplicar la responsabilidad civil solidaria entre el médico y los establecimientos sanitarios y ampliar el plazo de prescripción hasta 10 años, conforme se ha normado en casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones.

Palabras clave: responsabilidad civil médica, tesis unitaria de la responsabilidad civil, reparación integral de la víctima

ABSTRACT

The theory of medical legal liability has as its purpose the in the total reparation of the patients or their relatives. The Civil Code of 1984 accepts the dualist thesis that bifurcates tort law in: torts for non-execution of obligations and torts that doesn't imply contracts; however, both types of torts require the concurrence of the same elements (illegality, imputability, attribution factors, damage and causal link) and seek to compensate the damage inflicted on the victim; therefore, continuing to agree with this thesis is outdated and unfair, since they only present hue differences, according to the national doctrine and jurisprudence that defend the unitary thesis. The general objective of this research is to establish the legal foundations that allow judges to apply the unitary theory of tort law in cases of medical legal liability; it is a basic research, whose scope is explanatory, its approach is qualitative; the technique used is documentary analysis and the argumentative and analytical methods were used. The contrasted hypothesis determined that the legal grounds that allow judges to apply the unitary theory of tort law in cases of medical legal liability are: to comply with the protective principle of comprehensive reparation for the victim; apply joint and several torts between the doctor and health establishments and extend the prescription period up to ten years, as has been regulated in cases of torts for non-execution of obligations.

Keywords: medical legal liability, unitary theory of tort law, total reparation of the victim

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil médica es un postulado que forma parte de la realidad jurídica peruana, en la que se peticiona la responsabilidad civil del médico; pero, actualmente se enfrenta a una problemática respecto de una posible tramitación defectuosa de los procesos de responsabilidad civil contractual del médico, la cual conlleva a la vulneración de los derechos de los pacientes; pues, en principio, el plazo de prescripción en la responsabilidad civil derivada de inejecución de obligaciones es de 10 años, mientras que la derivada de la responsabilidad civil extracontractual solamente es de dos años; los factores de atribución y el nexo causal en ambos tipos de responsabilidades también son distintos.

Asimismo, la responsabilidad civil médica puede estar dentro de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y, excepcionalmente, la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana. En este orden de ideas, se debe precisar que la tesis moderna o unitaria apunta a una unificación de ambos tipos de responsabilidades, atendiendo que tienen como fin último alcanzar la reparación integral de la víctima; asimismo, cuentan con los mismos presupuestos, habiendo entre ellas tan solo una diferencia de matiz, como los plazos de prescripción (mencionados *ut supra*), los factores de atribución (en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones es la culpa y en la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana es la culpa y el riesgo creado) o el nexo causal (en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones se exige una causa inmediata y directa; mientras que, en la responsabilidad civil extracontractual, una causa próxima y adecuada).

Lo descrito evidencia un problema de dispersión normativa que podría influir, y de hecho influye, en la actuación de las partes procesales y su defensa en el contexto de los procesos por responsabilidad civil contractual médica; indeterminación causada por la asunción de un sistema dualista planteado por la tesis tradicional de la responsabilidad civil, que genera una diferenciación innecesaria en el tratamiento de la responsabilidad civil, atendiendo que el punto de convergencia son los presupuestos comunes y ambos tipos de responsabilidad civil tienen como finalidad última la reparación integral a la víctima o familiares. De ahí surge la incógnita: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que permiten a los jueces la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil médica?, por lo que es de interés de la presente investigación, en primer término, evidenciar los problemas factuales causados por la mencionada dispersión normativa para, a partir de ello, elaborar una fórmula dogmática que coadyuve a la unificación de ambos tipos de responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico peruano.

Para lograr dilucidar el problema materia de investigación, se analizó 11 procesos sobre responsabilidad civil médica en el Distrito Judicial de Cajamarca, para identificar la motivación en las resoluciones de los jueces, así como delimitar los componentes de la teoría tradicional y unitaria de la responsabilidad civil que son eficientes para la tutela de los procesos de responsabilidad civil médica y, por último, proponer un proyecto de ley sobre la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil médica.

Es así que se desarrollaron tres capítulos. En el primer capítulo se desarrolla los aspectos metodológicos que involucra el planteamiento y formulación del problema, justificación, ámbito y tipos de investigación, hipótesis, objetivos, métodos, técnicas e instrumentos de investigación.

El segundo capítulo comprende el marco teórico, analiza detalladamente desde el punto de vista normativo, así como doctrinario y jurisprudencial, la obligación civil médica, elementos de la responsabilidad civil y las teorías tradicional o dualista y moderna o monista.

En el tercer y último capítulo se discute y contrasta la hipótesis, se analiza la jurisprudencia sobre responsabilidad civil médica, así también, los procesos judiciales sobre responsabilidad civil médica en el Distrito Judicial de Cajamarca y, por último, se plasma el Proyecto de Ley que modifica el artículo 48 de la Ley General de Salud – Ley N° 26842, sobre responsabilidad civil médica.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.1. Contextualización o problemática

La responsabilidad civil médica es parte integrante de un todo llamado responsabilidad civil; es decir, no existe una responsabilidad profesional específica, por lo que los elementos de la responsabilidad civil médica son los estipulados por la doctrina y legislación para la responsabilidad civil, aplicados al campo de la ciencia médica. Estos son: (a) la imputabilidad o capacidad de imputación, (b) la ilicitud o antijuricidad, (c) el factor de atribución, (d) el nexo causal o la relación de causalidad y (e) el daño (Espinoza, 2002, p. 55).

Esto significa que para la existencia de responsabilidad civil médica deben cumplirse todos los presupuestos citados, bastando la no concurrencia de uno de ellos para resquebrajar el espejo de la responsabilidad civil. Sin embargo, el desarrollo de la responsabilidad civil ha llegado a trasladar su tradicional forma de centrarse en el autor o “culpable” a fijar su atención en la víctima; por

ello, entiende que basta que se produzca un daño para que surja la obligación de repararlo (Woolcott, 2002, p. 39).

Presupuesto indispensable para la responsabilidad civil médica es la demostración del hecho dañoso y la imputabilidad del mismo, pues es sabido que la medicina (con el devenir del tiempo) se ha ido “masificando”, es decir, se ha dejado de lado la concepción clásica del “médico de la familia” o “médico de cabecera”, para adentrarnos al fenómeno de la socialización de la medicina, con lo que se entiende que el médico presta un servicio social, y que no se obliga con el paciente sino con la sociedad, de manera tal que su obligación es legal (Lorenzetti, 1986, p. 53). Así, frente a un caso concreto, hoy en día es común observar que ante una determinada dolencia son varios los facultativos médicos –cada uno en su área específica– que atienden al paciente; con lo que se hace muchas veces complicado precisar el nexo causal y la imputabilidad del autor (o autores) del evento dañoso.

Dentro del vasto territorio de la responsabilidad civil encontramos dos provincias, separadas por una frontera académica antes que real: la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y la responsabilidad civil extracontractual o *aquilliana*. En esta línea argumentativa, se debe precisar que la tesis moderna o unitaria

apunta a una unificación de ambos tipos de responsabilidades, atendiendo que tienen como fin último alcanzar la reparación integral de la víctima; asimismo, cuentan con los mismos presupuestos, habiendo entre ellas tan solo una diferencia de matiz, como por ejemplo los plazos de prescripción (en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones es de 10 años; mientras que, en la responsabilidad civil extracontractual de dos años), los factores de atribución (en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones es la culpa y en la responsabilidad civil extracontractual o *aquilliana* es la culpa y el riesgo creado) o el nexo causal (en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones se exige una causa inmediata y directa; mientras que, en la responsabilidad civil extracontractual, una causa próxima y adecuada) (Taboada, 2001, p. 35).

La tesis sobre la responsabilidad civil acogida por el Código Civil de 1984 es la tradicional o dualista que bifurca a la teoría de la responsabilidad civil en dos grandes territorios: responsabilidad civil por inejecución de obligaciones –mal llamada responsabilidad civil contractual (pues, el contrato no es la única fuente de obligaciones), regulada en el libro VI de las obligaciones, siendo el marco normativo fuente el artículo 1321 del Código Civil– y, por otro lado, la responsabilidad civil extracontractual o *aquilliana*, recogida en el libro

VII de la fuente de las obligaciones, siendo su marco jurídico base el artículo 1969 del Código Civil.

Atendiendo a la tesis tradicional, se debe explicitar que la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones emerge de la violación de un deber específico (relación jurídica obligatoria); mientras que, la responsabilidad civil extracontractual, emerge de la trasgresión a un deber genérico de no causar daño a otro (*neminem laedere*).

En el ámbito doctrinario y jurisprudencial se sostiene que para la configuración de ambos tipos de responsabilidad civil se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: antijuricidad, imputabilidad o capacidad de imputación, factores de atribución, daño y nexo causal (Espinoza, 2002, p. 55). En la Casación N° 99-1999-LIMA (1999), por ejemplo, se estableció que:

Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, a fin de que proceda la indemnización por daños y perjuicios, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el daño; b) el dolo o culpa, salvo en los casos de responsabilidad objetiva; y c) la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido.

Asimismo, es pacífico afirmar que entre el médico y paciente se genera un contrato. Al respecto, la opinión jurisprudencial y

doctrinaria dominante consideran la responsabilidad emergente de la relación médico—paciente como de naturaleza contractual (Acosta, 1990, pp. 91- 92), y solo excepcionalmente extracontractual (Pérez, 1985, p. 54), tal sería el caso de una emergencia en la que el paciente no pudiera brindar su consentimiento informado.

Es preciso indicar que no hay puntos de convergencia para determinar el tipo de contrato que se perfecciona; si bien es cierto que para la mayoría de los doctrinarios se trataría de un contrato de locación de servicios (Pérez, 1985, p. 57), también se sostiene que se podrían generar otros tipos de contratos, como sería el contrato de mandato, contrato *sui generis*, innominado o atípico, contrato proteiforme o multiforme.

Sin embargo, en la tramitación de los procesos de responsabilidad civil contractual médica, los abogados accionan bajo la normativa de la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliانا*, incluso peticionan una acumulación subjetiva originaria, demandando tanto al médico como al establecimiento sanitario, es decir, demandan una responsabilidad solidaria.

La responsabilidad solidaria o vicaria se encuentra recogida en el artículo 1981 del Código Civil y es propia de la responsabilidad civil

extracontractual, es decir, se viene confundiendo el tratamiento que corresponde a la responsabilidad civil contractual médica, pues se fundamenta en normas que regulan la responsabilidad civil extracontractual. En esta línea, se debe explicitar que la norma aplicable para el caso de la responsabilidad contractual de los galenos es el artículo 1325 del Código Civil que, si bien no contempla un caso de responsabilidad solidaria, permite que las entidades hospitalarias —en calidad de deudor— que para ejecutar la obligación se vale de terceros —médicos— respondan de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.

Los procesos de responsabilidad civil médica tramitados ante la Corte Superior de Justicia de Cajamarca presentan los errores de tramitación señalados. Así, se tiene que se demanda responsabilidad solidaria entre el establecimiento de salud y los galenos. Por otro lado, en algunos procesos judiciales se evidencia que se peticiona responsabilidad civil contractual del médico; sin embargo, en la fundamentación jurídica citan normas de responsabilidad civil extracontractual (artículo 1969 sobre responsabilidad subjetiva, artículo 1981 sobre responsabilidad solidaria, por citar algunos ejemplos). Pero los errores no solo son de parte de los abogados, sino que se extienden hasta los propios operadores jurídicos, pues, en muchos de los casos, hacen una

calificación positiva de la demanda, sin advertir que no existe conexión lógica entre los fundamentos fácticos y jurídicos con el petitorio, pues, tienen su fundamento jurídico en normas aplicables para casos de responsabilidad civil extracontractual.

La tramitación defectuosa de los procesos de responsabilidad civil contractual médica conlleva a la vulneración de los derechos de los pacientes; pues, en principio, el plazo de prescripción en la responsabilidad civil derivada de inejecución de obligaciones es de 10 años, mientras que la derivada de la responsabilidad civil extracontractual solamente es de dos años; los factores de atribución y el nexo causal en ambos tipos de responsabilidades también son distintos: En la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, el Código Civil de 1984 no ha regulado la responsabilidad objetiva (normada en el artículo 1970 y que se origina por la utilización de un bien o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, no importando a título de qué responde el autor, es decir, si actuó con dolo o culpa), esto podría conllevar, en el caso de responsabilidad civil contractual médica, a que los daños resultantes de la inejecución o del cumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso por parte del actuar de los profesionales médicos cuando no existe dolo ni culpa, no estarían obligados a resarcirlos.

Asimismo, al no existir una relación lógica entre los hechos y el petitorio, al fundamentar el petitorio con normas no aplicables a la responsabilidad civil contractual médica, podría incluso declararse la improcedencia de la demanda, conforme a lo prescrito por el inciso 4 del artículo 427 del Código Procesal Civil, vulnerando el principio de economía procesal que persigue el ahorro de tiempo, dinero y esfuerzo.

1.1.2. Descripción del problema

Lo descrito evidencia un problema de dispersión normativa que podría influir —y de hecho influye— en la actuación de las partes procesales y su defensa en el contexto de los procesos por responsabilidad civil contractual médica; indeterminación causada por la asunción de un sistema dualista planteado por la tesis tradicional de la responsabilidad civil que genera una diferenciación innecesaria en el tratamiento de la responsabilidad civil, atendiendo que el punto de convergencia son los presupuestos comunes para ambos tipos de responsabilidad civil y que ambos tienen como finalidad última la reparación integral a la víctima o familiares; motivo por el cual, es interés de la presente investigación, en primer término, evidenciar los problemas factuales causados por la mencionada dispersión normativa antes dicha, para, a partir de ello, elaborar una

fórmula dogmática que coadyuve a la unificación de ambos tipos de responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico peruano.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que permiten a los jueces la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil médica?

1.3. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación es trascendente desde dos perspectivas: la teórica y la práctica. Bajo la primera perspectiva se va a evidenciar falencias en el trámite de los procesos de responsabilidad civil médica, tanto por abogados litigantes como por jueces, confundiendo los alcances de la clasificación dualista o tradicional de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, tesis acogida por el Código Civil de 1984. En esta línea argumentativa, se observa que la fundamentación jurídica en los procesos de responsabilidad civil médica extrapola artículos correspondientes a la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, desconociendo que la tesis aplicada para abordar la responsabilidad civil médica es la que se deriva de una responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, pues tiene su origen

en la violación de un deber específico (relación jurídica obligatoria: contrato médico); y, por lo tanto, bajo esta postura legislativa, en casos de mala *praxis* médica, el marco normativo aplicable se encuentra prescrito en el libro VI de las obligaciones, siendo su norma fuente el artículo 1321 del Código Civil.

Asimismo, permite analizar los alcances doctrinarios de los presupuestos comunes de ambos tipos de responsabilidad civil (imputabilidad, antijuricidad, factores de atribución, nexo causal y daño), contrato médico, consentimiento informado, responsabilidad subjetiva por parte del médico y la responsabilidad objetiva por parte del establecimiento médico. Esto significa que se presentarán nociones de tipo teórico que, además, van a cubrir un vacío del conocimiento existente sobre el razonamiento de los jueces para dirimir casos de mala *praxis* médica.

Bajo la perspectiva práctica, se produce la mirada humanista de la responsabilidad civil enfocada en la víctima (el paciente y/o sus familiares), resulta indispensable que los procesos de responsabilidad civil médica en donde se peticione indemnización por daños y perjuicios, sean tramitados conforme a la regulación recogida en nuestro Código Civil; en caso contrario, se pueden afectar los intereses de la víctima. Aquí es preciso mencionar que el legislador ha recogido en el artículo 1985 del Código Civil el principio de la reparación integral del daño causado (*restitutio in*

integrum), abarcando los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y daños extrapatrimoniales (daño moral y daño a la persona).

La recepción de la tesis moderna o unitaria de la responsabilidad civil, conllevaría a calificar positivamente las demandas de responsabilidad civil médica; asimismo, se podría aplicar la tesis de la responsabilidad solidaria, atendiendo que, en muchos de los casos, hay una relación de dependencia entre los galenos y los establecimientos de salud. Se permitiría la asunción de la responsabilidad objetiva (propia de la responsabilidad civil extracontractual y regulada en el artículo 1970 del Código Civil), atendiendo a que la actividad médica podría considerarse riesgosa y peligrosa. En virtud de la parte *in fine* del artículo 1985 del Código Civil se podría petitionar el pago de intereses legales desde la fecha del evento dañoso, situación que no se ha contemplado para casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones. El plazo de prescripción podría extenderse hasta 10 años, como es el caso de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y el espectro de los daños indemnizables se extendería a todos los contemplados en el Código Civil de 1984.

En la esfera personal y profesional, el presente trabajo de investigación halla asidero en la profundización doctrinaria del instituto jurídico de la responsabilidad civil de los profesionales médicos, conllevando a realizar aportes a la comunidad jurídica; en forma específica, coadyuvaría a

repensar la regulación de la responsabilidad civil en el Código Civil y cimentar bases para adoptar los lineamientos de la tesis moderna o unitaria, con la finalidad de alcanzar la reparación integral de los pacientes o de sus familiares.

1.4. ÁMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1. Espacial

Este tipo de investigación, es básica teórica y aplicará técnicas y métodos de análisis teórico – dogmático; el ámbito de aplicación es en el territorio peruano.

1.4.2. Temporal

Este tipo de investigación, es básica teórica y aplicará técnicas y métodos de análisis teórico – dogmático; el ámbito temporal es la vigente regulación.

1.5. TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.5.1. De acuerdo al fin que persigue

La presente investigación es de tipo pura, teórica o dogmática, pues se caracteriza porque se origina en un marco teórico y permanece en él. El objetivo es incrementar los conocimientos científicos, pero sin contrastarlos con ningún aspecto práctico (Muntané, 2010); asimismo, es básica pues le interesa conocer la forma en que los jueces emplean la teoría de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil contractual médica.

En ese sentido, tomando como orientadora la conceptualización de que la investigación básica consiste en la búsqueda de la verdad independientemente de su posible uso práctico, el que acaso jamás llegue (Bunge, 2019). Interesa en esta investigación solo la forma en que los jueces han venido resolviendo procesos de responsabilidad civil contractual médica.

Por lo tanto, no le interesa llevar a cabo una investigación aplicada, más porque en la ciencia jurídica se hace imposible contar con inducciones generalizables a toda la aplicación del Derecho; así, el derecho se construye principalmente en base a discusiones de tipo

teórico, en base a posturas que han sido ya aceptadas y se han asentado en la comunidad jurídica, así como con la construcción de otras todavía no aceptadas, respaldadas por la argumentación.

1.5.2. De acuerdo al diseño de la investigación

Con lo dicho en el acápite anterior, el complemento para la realización de la investigación básica antes propuesta, es la investigación descriptiva, que busca especificar las propiedades, características, y los perfiles importantes de las personas, grupo, comunidades o cualquier otro fenómeno que se someta a un análisis (Hernández et al., 2003, p. 43).

El presente trabajo de investigación es de tipo explicativo; pues busca ir más allá de la descripción de la problemática en la tramitación de los procesos de responsabilidad civil contractual médica y de la sola descripción de institutos jurídicos, como la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, contrastando sus puntos de convergencia y divergencia, para apuntalar hacia la conveniencia de acoger la tesis moderna o monista de cara al resarcimiento integral de la víctima o de sus familiares en casos de responsabilidad civil médica.

Es este sentido, esta investigación está dirigida a identificar las causas de la deficiente tramitación de la responsabilidad civil profesional de los médicos, por parte de los abogados litigantes y de los jueces, respondiendo a la pregunta del por qué ocurre este fenómeno social. Para alcanzar tal objetivo, se analizan procesos judiciales concluidos sobre responsabilidad civil médica, lo que permitirá evidenciar cuáles son las razones que conllevan a fundamentar, de manera indistinta y ajena a la regulación normativa nacional, procesos de responsabilidad civil médica por inejecución de obligaciones, con fundamentos jurídicos de la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*. Como su nombre lo indica, su interés se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se manifiesta o por qué se relacionan dos o más variables (Hernández et al., 2014, p. 95).

Desde el punto de vista de las tipologías de investigación en derecho, esta investigación corresponde a una investigación de tipo propositiva (Witker, 2016), pues se busca una modificación directa en el ordenamiento jurídico peruano, realizando una propuesta dogmática que pretende coadyuvar a la uniformización de criterios de los magistrados que conocen y tramitan casos de responsabilidad civil contractual médica.

1.5.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

Las investigaciones básicas, por tanto, tampoco pueden pensarse en términos numéricos, ordinales, sino en términos de cualidades, características; motivo por el que la presente investigación es cualitativa, este tipo de investigaciones aplicables a los asuntos de interacción social (Balcázar *et al.*, 2013, pp. 15-16) como ocurre con las actuaciones del derecho.

La investigación se ha realizado bajo el enfoque cualitativo, ya que no se pretende hacer uso de instrumentos cuantitativos de medición; es decir que se prescinde de la estadística para presentar los resultados (Hernández *et al.*, 1999, p. 501). Aún más, se realiza el análisis de textos como demandas, sentencias, legislación y doctrina vinculados con la responsabilidad civil médica, por lo cual, no será posible cuantificarlos y se asumirá una postura argumentativa frente a ellos.

1.6. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que les permiten a los jueces la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil médica son:

1. Cumplir el rol tutelar del juez optimizando el principio tuitivo de la reparación integral de la víctima;
2. Aplicar la responsabilidad civil solidaria entre el médico y los establecimientos sanitarios; y,
3. Ampliar el plazo de prescripción hasta 10 años, conforme se ha normado en casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones.

1.7. OBJETIVOS

1.7.1. General

Establecer los fundamentos jurídicos que permiten a los jueces la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil médica.

1.7.2. Específicos

1. Analizar el rol jurisdiccional frente a la diversidad de enfoques para el tratamiento de procesos sobre responsabilidad civil médica.

2. Identificar los componentes de la teoría tradicional y unitaria de la responsabilidad civil que son eficientes para la tutela de los procesos de responsabilidad civil médica.
3. Elaborar una fórmula dogmática sobre la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil médica.

1.8. LIMITACIONES

No existen limitaciones para el desarrollo de la presente tesis.

1.9. MÉTODOS

1.9.1. Generales

1.9.1.1. Analítico

Este método forma parte de la filosofía analítica, también llamada filosofía del lenguaje, por cuanto su interés es el de esclarecer el significado de las palabras, evitando su ambigüedad. Aplicado al derecho, se busca descomponer analíticamente cada enunciado en orden a descubrir su unidad mínima elemental y así establecer su semántica;

posteriormente, en cuanto método lingüístico habrá de comprobarse su correspondencia con el lenguaje jurídico ordinario (Sánchez, 2018, p. 256).

Este método permitirá realizar un riguroso análisis del conjunto de disposiciones normativas que serán analizadas cuando se interprete la responsabilidad civil en nuestro ordenamiento jurídico peruano.

1.9.1.2. Deductivo

El método deductivo, a ser el método general de la ciencia, es de utilidad en esta tesis pues ha permitido la estructuración y la búsqueda del problema de investigación, que es por donde inicia la investigación científica (Bunge, 2019). Por eso, este método ya fue utilizado para la redacción del presente trabajo de investigación, en especial para la ubicación del problema y de la hipótesis respectiva.

1.9.2. Específicos

1.9.2.1. Método de dogmática jurídica

Es importante que se entienda este método como uno propio de la ciencia del derecho, que lo concibe como un sistema normativo complejo que requiere de interpretación. Así, para los que trabajan guiados por el método de la dogmática jurídica el objeto de estudio del derecho está constituido por las fuentes formales que lo integran. Todo el derecho debe necesariamente emanar de la ley, la costumbre, los principios generales del derecho, el negocio jurídico y la jurisprudencia. Excluye por tanto el contexto social donde el Derecho opera (Witker, 2016).

Esa es la principal característica de esta investigación, pues no se investigará a la sociedad y a la responsabilidad civil en el quehacer social y cotidiano, sino que se hará bajo el punto de vista de la normatividad existente y de las decisiones de los magistrados.

1.9.2.2. Método argumentativo

Dicho método permite llegar a conclusiones por medio de afirmaciones lógicas que están fundamentadas en razones aceptadas desde el punto de vista jurisprudencial o del campo de aplicación de los textos normativos (Zamora Zumárraga, 2017, p. 150).

A través de la aplicación del método argumentativo, el tesista ha desarrollado un contexto de justificación de la aplicación de la tesis unitaria de la responsabilidad civil médica, respaldado en el desarrollo jurisprudencial peruano que postula la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil; asimismo, en la labor tuitiva y creadora que realizan los operadores jurisdiccionales, procurando la reparación integral de los pacientes o de sus familiares. La argumentación jurídica ha permitido dar razones sólidas para dejar de lado un falso antagonismo entre los dos regímenes de la responsabilidad civil y permitir que los jueces, incluso ante demandas mal formuladas de los abogados litigantes, fijen montos indemnizatorios que coberturen el haz de daños patrimoniales y extrapatrimoniales a favor de los pacientes.

1.9.2.3. Método de hermenéutica jurídica

La hermenéutica es la interpretación de textos y la hermenéutica jurídica es la aplicación de los criterios de hermenéutica a los documentos legales, dentro de los cuales se encuentran la legislación en general y también la jurisprudencia (Sánchez, 2011, p. 330). Los principios de la hermenéutica hacen ver que la interpretación normativa es contextual dentro de la misma legislación y el espacio—temporal de sus orígenes y de su aplicación final, criterios que son tomados en cuenta en la tesis.

1.10. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Análisis documental

Dada la configuración de la investigación como básica, esta técnica de recojo de información resulta sumamente eficiente, puesto que, coadyuva a la sistematización de las fuentes, pero también, a la revisión de dicha sistematización, su comprensión y la deconstrucción y reconstrucción en base al análisis y la posterior síntesis; así, el uso de esta técnica guarda consistencia con los métodos antes contemplados. El análisis documental, entonces, se

lleva a cabo tanto cuando se recoge la información, como cuando esta es volcada en el informe de tesis.

Como se infiere, se trata de realizar una revisión de la legislación sobre responsabilidad civil, demandas y las sentencias que los jueces han emitido sobre el mismo tema en nuestra localidad.

1.10.2. Fichaje

Es la técnica indicada para las investigaciones de carácter documental, como lo es la presente. Esta técnica permite guardar un registro detallado de los documentos consultados, que en este caso será la doctrina de responsabilidad civil, de modo tal que se encuentre diferencias y similitudes en ella y se localice a la más idónea para la defensa de esta tesis.

1.11. INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.11.1. Ficha de análisis documental

Que corresponde a la técnica de análisis documental, que será ejecutada de manera virtual, habida cuenta que la era de la informática así lo permite; autorizando una sistematización

ordenada de la información, así como la consignación de los comentarios que le merece el estudio de la documentación al investigador.

1.12. UNIDAD DE ANÁLISIS, UNIVERSO Y MUESTRA

El tipo de investigación dogmática no trabaja con unidad de análisis, universo y muestra.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Se ha revisado el Registro Nacional de Trabajos de Investigación, así como los diferentes repositorios de las principales universidades internacionales, utilizando para la búsqueda los componentes de la formulación del problema de investigación; sin embargo, no se ha tenido éxito en la ubicación de antecedentes directos del problema que le ocupa a la presente investigación.

Asimismo, en las bibliotecas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y de Postgrado de la Universidad Nacional de Cajamarca, existe un trabajo previo que se vincula con el tema de investigación. Además, se empleó el buscador de la SUNEDU, el RENATI para localizar otros

trabajos de investigación a nivel nacional. Se emplearon las palabras claves: “responsabilidad civil” y “responsabilidad médica”. Lo que permitió identificar a cuatro tesis que se relacionan con esta investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. MARCO *IUSFILOSÓFICO*

El postpositivismo, mal denominado por algunos “neoconstitucionalismo” y que otros entienden como constitucionalismo postpositivista (Atienza, 2017), intenta reducir la costumbre formalista que, en apariencia, fue propiciada por el positivismo, otorgándole al juez la potestad de construir la norma desde la aplicación del derecho positivo en cada caso particular (Peces, 2000); no obstante, concibe a la norma positiva como una simple disposición que no reviste importancia, sino hasta el momento de su aplicación en el caso concreto, dejándole toda la potestad al juzgador para decidir la norma a ser aplicada en el caso.

El postpositivista es un enfoque moderno, es antipositivista, es un modelo descriptivo de la Constitución como norma, reglas jurídicas de contenido axiológico superiores a otras reglas (Comanducci, 2002, p. 5). No busca la imposición positiva de una norma, sino busca un sistema normativo basado en axiomas, valores y justicia para un respaldo a nivel constitucional.

Esta corriente iusfilosófica, considera a la Constitución como un conjunto de principios, derechos, valores y normas superiores que rigen la actuación del Estado (Velasco Cano & Vladimir Llano, 2015, p. 61).

Esta última postura, ha influido para cambiar las concepciones de diversas instituciones jurídicas, así como del derecho mismo, que para la postura naturalista estaba conformada únicamente por los valores supremos y preexistentes al Estado y, por lo tanto, al ordenamiento jurídico que se limitaba a reconocerlos (Bix, 2000); concepción que mutó con el positivismo, que separó la idea de derecho de la concepción de los valores previos, dejando esto a cargo de la moral, y propiciando una serie de constructos que se entendían con autonomía de los valores morales y que suponen coerción en la actuación de los ciudadanos (Hart, 1961); posturas que se están viendo modificadas contemporáneamente gracias al escepticismo que niega la calidad de derecho a las regulaciones positivadas, migrando el concepto del mismo hacia el campo factual, concretamente, casuístico.

Así, la norma jurídica ha pasado de ser un valor abstracto e inmutable, para luego ser vista como una disposición debidamente regulada con pretensión de autonomía y, finalmente, como interpretación practicada principalmente por el juez al momento de resolver un caso concreto, en el que tiene la posibilidad de definir la norma que resulte adecuada a las necesidades

identificadas en cada uno. Visión tomada con bastante recato por el tesista, dada la inestabilidad que parece secundar esta posición que abandona a merced del juez, la seguridad jurídica.

El cambio de concepción sobre el derecho y sobre la norma ha influido también en la perspectiva de la legitimidad de la misma que, cuando el discurso positivista imperaba, se entendía como el recorrido de atravesar debidamente los procedimientos legislativos; en cambio, debido al constitucionalismo, la validez ha migrado hacia un campo material, sustantivo, que depende “de que el contenido del acto o la norma sea compatible con lo dispuesto en normas superiores” (Ródenas, 2007, p. 544) como la Constitución y, al mismo tiempo, de la validez que cuenten las normas constitucionales.

La norma, entonces, no se hace eficaz cuando la disposición logra ser aplicada en la realidad, sino cuando el caso específico consigue una solución que se ajuste a sus necesidades, lo que resulta muy extremo en el sentido de las licencias que le son otorgadas al juzgador respecto de cuan eficaz es la norma decidida para el caso concreto y que, según asume el investigador, requiere todavía de la regulación normativa para privilegiar la seguridad jurídica que otorga el ordenamiento jurídico, el mismo que debe ser tenido en cuenta de manera equilibrada con los hechos en cada resolución judicial.

2.2. ALCANCES DOCTRINARIOS Y JURÍDICOS DE LA OBLIGACIÓN MÉDICA

2.2.1. Naturaleza jurídica de la obligación médica

Algunos esbozos de la teoría de las obligaciones de medios y de resultado se encuentran en el Derecho romano y en el antiguo derecho francés; sin embargo, gracias a los aportes doctrinarios de Gabba y fundamentalmente de Demogue (jurista francés) debemos la elaboración acabada de la tesis, sin perjuicio de sus posteriores desarrollos.

En las “obligaciones de medios, de actividad o de diligencia” el deudor se obliga a usar la diligencia necesaria para satisfacer al acreedor, sin garantizar la obtención de un determinado resultado. Como contrapartida, en las “obligaciones de resultado” el deudor se compromete a alcanzar un resultado determinado, un *opus*.

Esta tesis ha sido acogida, en forma mayoritaria, por los tribunales para dilucidar casos de responsabilidad civil médica¹. Así, se ha

¹ Así por citar algunas jurisprudencias argentinas:

“El médico contrae una obligación de medios consistente en la aplicación de su saber y de su proceder a favor de la salud del enfermo” (CNEsp. Civ. y Com., Sala VI, 28/7/87, “Lizzano de Villalba, Ángela c/Instituto Antártida”, “Rep. L.L., 1989-586-161”). “En materia de responsabilidad médica, el deber de prestar asistencia galénica –o medical– es de medios, circunstancia que impone al pretensor la prueba de la culpa del facultativo”

entendido que la obligación del galeno es de “medios”; es decir, el médico se compromete a poner toda su ciencia, conocimiento y destrezas para tratar de restablecer la salud o “curar”. No se compromete, pues, a cumplir con un determinado resultado.

Como bien lo expresa el médico argentino Achával (1983) al abordar el tema, el médico trata de cumplir con restablecer la salud, el que cura en todo caso será el curandero. Quedando reservado, para algunos tratadistas, la obligación de resultado para ciertos profesionales médicos, *verbigracia* cirujanos estéticos, analistas, prostodoncistas, ortodoncistas (p. 25).

En esta línea argumentativa, respecto a la obligación de diligencia asumida por los médicos, se precisa que, se comprometen a colocar todos los medios necesarios y a su alcance, conforme con el estado de la ciencia médica actual, para procurar obtener la recuperación del paciente, esto es, restablecer su estado de salud, pero bajo ninguna circunstancia se comprometen o garantizan un resultado, ello debido a que la medicina es una ciencia axiológica relativa y, por tanto, inexacta (Galán, 1999, p. 5).

(CNCiv. y Com. Fed., Sala III, 22/5/85, “Alva de Rodríguez, Felipa c/Clínica Marini”, “J.A.”, 1985-IV-126).

Sin embargo, se debe precisar que algunos tratadistas critican esta clasificación de obligaciones, sosteniendo que ha devenido en anticuada y no acorde a los tiempos modernos de la medicina, pues, toda obligación —incluida la de medios— exige un resultado mínimo.

Así, para Mosset Iturraspe (1985) esta clasificación es “artificial y arbitraria”, pues, en realidad, no se puede negar que toda obligación implica “un resultado” a obtener y “medios apropiados” para procurarlos (p. 135).

Siguiendo esta postura, Lorenzetti (1986) sostiene que el concepto de obligación de medios es funcional e históricamente relativo (p. 117).

Por su parte, Luciano Barchi (2001) indica que toda prestación, objeto de la relación obligatoria, está dirigida a un concreto resultado que satisface el interés del acreedor, por tanto, la conclusión lógica es que toda obligación es de resultados (p. 47).

En suma, acogiendo la teoría de la obligación de medios o de diligencia que asume el médico, podemos colegir que el facultativo se compromete con el paciente a poner todo su cuidado, sapiencia

y conocimientos para procurar el logro de la curación esperada, resultado que no es su compromiso final.

La atención al paciente es la manera de pago por parte del galeno. Como tal debe ésta cumplir con los caracteres de integridad, identidad, puntualidad. En referencia a este extremo, se ha explicitado:

En la medida en que el facultativo haya cumplido con una correcta elaboración del diagnóstico y haya desarrollado lo mejor posible la terapia normalmente aplicable al tratamiento de la enfermedad definida, cumple con su deuda (Galán, 1999, p. 179).

2.2.2. Deberes y derechos de los médicos frente a la atención facultativa hacia los pacientes

2.2.2.1. Deberes y derechos anteriores al tratamiento

Cuando se inicia la relación, el médico debe abocarse al estudio detenido del caso o enfermedad del paciente, investigar cuál es su dolencia, elaborar su diagnóstico y definir una terapia curativa en base a lo que se presente necesario de ese análisis preliminar.

Para ello debe valerse, en principio, de los datos informativos brindados por el propio paciente. Esto señala un deber concomitante del enfermo de suministrar todos los datos posibles al profesional y, el galeno, de procurar informarse de aspectos no solo relacionados a la enfermedad del paciente; sino, también, de circunstancias afines como sería su situación económica, su actividad habitual, sus hobbies, sus metas, sus miedos y preocupaciones; en fin, sus perspectivas de la vida. Es decir, se procura tener un cabal conocimiento de la persona del paciente. Se trata, en suma, de conocer a la persona que sufre la enfermedad antes que a la enfermedad misma. Esta actitud diligente va a permitir al médico tener una aproximación humanitaria frente al paciente, la que le llevará a ganar su confianza que es el elemento necesario para elaborar un diagnóstico cierto. En esta línea argumentativa, se ha afirmado:

El médico debe en primer lugar examinar y estudiar al paciente como persona que es, en relación con su entorno, para ello debe interrogarlo sobre los pormenores de su afección, condiciones de vida, antecedentes familiares, etc.; y además utilizar los exámenes necesarios con el fin de diagnosticar la enfermedad, identificar sus características individuales y ambientales, para así adoptar la terapéutica correspondiente. (Serrano y Tejada, 1994, p. 128)

Otro de los deberes preliminares al tratamiento es la realización de pruebas necesarias previas y la advertencia de los riesgos que éste genera. Lo que se relaciona con el consentimiento que el paciente, debidamente informado, preste al facultativo. Siendo la regla genérica, que el galeno no puede arriesgar impunemente un tratamiento sin contar con autorización del enfermo.

2.2.2.2. Deberes y derechos durante el tratamiento

Se trata aquí del fiel cumplimiento del programa que el mismo facultativo ha fijado en la elaboración del diagnóstico.

Para el tratadista argentino Mosset Iturraspe (1985) una atención “demorada” o “suspendida” o brindada con alternancias, cuando otra es la exigencia que se desprende de la enfermedad, configura la negligencia médica, uno de los rostros de la culpa, caracterizado por hacer menos de lo debido (p. 142).

2.2.2.3. Deberes y derechos posteriores al tratamiento

El comportamiento del galeno termina cuando da de alta a su paciente; hasta ese momento, persiste su obligación de cuidado y su responsabilidad.

2.2.3. Consentimiento del paciente

2.2.3.1. Consentimiento informado

El consentimiento constituye la parte medular del acto médico expresado mediante la exteriorización positiva de la voluntad del paciente —casi siempre— o de sus familiares cuando no pueda hacerlo por sí mismo, en referencia a la información veraz y pormenorizada dada por el facultativo con respecto a su enfermedad; como serían los alcances sobre los tratamientos, terapias, riesgos, beneficios y demás datos que considere necesarios. Debe precisarse, sin embargo, que con respecto a ciertas enfermedades graves —como sería el caso del cáncer o cualquier otra enfermedad incurable— la obligación del médico de brindar una información veraz puede trasladarse, lícitamente, a los

familiares. En este sentido, el maestro Fernández Sessarego (1992), afirma:

En ciertas situaciones transmitir toda la verdad al paciente podría causarle un estrago emocional contraproducente con la finalidad de obtener su total curación. Ciertas fatales verdades o determinadas graves noticias pueden influir gravemente en el ánimo del paciente, amenguando su deseo de vivir, de sanar. De otro lado, comunicarle toda la verdad podría, en ciertos casos, constituir un cruel proceder, sobre todo en aquellas situaciones en las que el paciente, dada su personalidad o su falta de preparación psicológica para recibir ciertas noticias, no se encuentra en condiciones de asumirlas con serenidad y hasta con cierta dosis de estoicismo. (p. 764)

La Ley N° 26842, Ley General de Salud, establece explícitamente que:

Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúan de este requisito las intervenciones de emergencia. (artículo 4°)

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

El consentimiento informado implica la plena correspondencia de los medios adecuados propuestos por el profesional médico que se consideran adecuados en procura de obtener la salud del paciente. Esto es que el enfermo permite y se adhiere a la realización de un acto voluntario propuesto por el médico, siendo indispensable que la información brindada al paciente sea veraz, amplia y adecuada a la capacidad y comprensión de éste, deberán considerarse las ventajas y desventajas y no hacer una conferencia magistral (Achaval, 1983, pp. 41-43).

En esta línea argumentativa, Acosta (1990) ha sostenido:

Presupuesta la capacidad de las partes, el consentimiento en el contrato médico deberá expresar perfectamente la coincidencia de voluntad del facultativo y del paciente; se requiere, por tanto, de una doble voluntad y su recíproco reencuentro. (p. 129)

Atendiendo a los presupuestos de configuración del consentimiento informado, se ha sostenido que:

La voluntad del paciente debe considerarse válidamente prestada cuando éste ha sido correctamente ilustrado, en forma clara y accesible a su nivel cultural, sin ocultaciones sobre el tipo de dolencia que padece, haciéndole conocer los beneficios esperados de la técnica propuesta,

adelantándose un pronóstico, informándole de la existencia de los diferentes tratamientos alternativos si los hubiere, y sin dejar de poner de manifiesto las posibles consecuencias que el tratamiento puede llegar a provocarle, atento al estado actual de la ciencia y según lo indiquen las estadísticas. (Pérez, 1985, p. 184)

Bajo esta misma perspectiva de delimitar el contenido del consentimiento informado, se afirma:

El contenido de la información que el médico debe proporcionar al paciente se puede sintetizar en cuatro aspectos, los mismos que son esenciales para el cumplimiento cabal del deber de informar a cargo del facultativo y, consiguientemente, para que el paciente, en conocimiento de dicha información, se halle en inmejorables condiciones para prestar su consentimiento. Se trata (a) del diagnóstico de la enfermedad, (b) del tratamiento a seguir, (c) del pronóstico y (d) de los riesgos o consecuencias que pueden presentarse en un caso específico. (Fernández, 2004, p. 743)

2.2.3.2. Presupuestos del consentimiento informado

A. Titular

Atendiendo al contenido personalísimo del derecho a la vida, a la salud, integridad física, por citar algunos derechos, cuya titularidad le pertenece al propio paciente o usuario de los servicios médicos, es él quien ostenta el derecho y debe

autorizar la intervención médica, siendo presupuesto que actúe con discernimiento, intención y libertad.

Si el paciente no cuenta con capacidad de discernimiento o de autodeterminación para autorizar una intervención médica, situaciones que se podrían presentar por su delicado estado de salud, deberán ser sus familiares directos o representantes legales quienes brinden el respectivo consentimiento.

En casos que el paciente se encuentre en estado inconsciente o de inminente peligro para conservar su vida, de manera que resulta urgente la actuación médica ante el riesgo latente de que se produjere su muerte o lesiones irreversibles, y no fuere posible ubicar a sus representantes legales o a sus familiares para contar con su consentimiento, el médico puede actuar lícitamente amparado por el estado de necesidad.

B. Tiempo

El consentimiento —por parte del paciente o de sus familiares— debe otorgarse antes del acto médico o intervención quirúrgica requerido para el tratamiento del paciente, persistiendo a lo largo de todo el proceso terapéutico. En caso de

enfermedades crónicas o incurables que requieren tratamientos prolongados, se requiere que el consentimiento se vaya brindado en diferentes etapas, con lo que se resguarda el derecho a la libertad del paciente.

Se ha establecido como regla que, el paciente o sus familiares deben brindar su consentimiento expreso antes de la realización del procedimiento médico y en el momento oportuno para que el paciente pueda obrar en las mejores condiciones posibles para la exteriorización de su voluntad. Si el profesional pretende obtener el asentimiento con posterioridad (a manera de ratificación del acto), sin que exista ninguna causa que justifique tal circunstancia, habrá limitado la órbita de autonomía del paciente y podría endilgársele algún tipo de responsabilidad según las circunstancias (Castaño, 1997, p. 250).

El consentimiento exteriorizado por el paciente o sus familiares es de naturaleza temporal y puede ser revocable en cualquier momento, sin sujeción a formalidad alguna establecida por la ley, ello debido a que no tiene una forma *ad solemnitatem*.

C. Forma

Para el perfeccionamiento del consentimiento no se requiere cumplir con una forma prescrita por ley; en consecuencia, no es necesario algún requisito especial para su eficacia. Sin embargo, dada su importancia, es recomendable exigir una forma escrita del consentimiento para la realización de cualquier acto médico, con excepción en supuestos de urgencia, inconsciencia del enfermo o de riesgo para la salud pública.

El consentimiento informado es un procedimiento gradual y básicamente verbal, materializado normalmente en un documento que debe ser suscrito por el paciente o sus familiares directos, habiendo tomado conocimiento con anterioridad de las implicancias del acto terapéutico, con el fin de que pueda meditar sosegadamente al respecto; no obstante, se requiere siempre de la información verbal pormenorizada por parte del galeno, situación que resulta de capital importancia para el paciente, quien ha depositado su confianza en el médico. Cabe señalar, que la principal dificultad que se origina en el consentimiento exteriorizado en forma verbal, por parte del facultativo, es la falta de prueba

fehaciente respecto al contenido y alcances de la información brindada al paciente. Así para el jurista peruano Fernández Sessarego (2004):

El principal problema que plantea un consentimiento verbal es la carencia de una constancia fehaciente de haberse producido la información debida de parte del médico. Es por ello que, en ciertos casos, a criterio del médico y en salvaguarda de su responsabilidad, el asentimiento del paciente para llevar adelante un acto médico debe ser proporcionado por escrito. (p. 752)

Se puede restringir la forma verbal del consentimiento informado en determinados casos, como ocurre en la donación y trasplante de órganos, ensayos clínicos sin interés terapéutico particular para el sujeto de la experimentación, actualmente se presenta en personas voluntarias para pruebas de vacuna contra la Covid—19, situaciones especiales en las que se requiere la forma escrita del consentimiento para su validez, atendiendo que se trata de actos médicos altruistas en los que quien se somete a ellos arriesga su salud sin esperar contraprestación o beneficio, por lo que el discernimiento y la libertad del consentimiento de quienes se someten a tales actos médicos debe ser plenamente garantizada.

2.2.4. El contrato médico

Actualmente la doctrina dominante afirma que entre el médico y el paciente se genera un contrato. En el ámbito jurisprudencial también se ha acogido esta tesis, considerando que el tipo de responsabilidad civil que se origina del vínculo obligacional médico—paciente deviene por una inejecución de obligaciones (contractual), siendo excepcional los casos de responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*.

La responsabilidad civil por inejecución de obligaciones de los médicos requiere una serie de condiciones necesarias para su nacimiento, siendo presupuesto indispensable la configuración de un contrato médico válido.

A. Definición de contrato médico

El contrato médico es aquel acuerdo de voluntades o convención suscrito entre un médico y el paciente; en mérito del cual, el primero se compromete a poner toda su ciencia y expertiz —de manera diligente, como un médico “prudente”— en aras de procurar alcanzar un objetivo mediato como lo es la restauración de la salud y, el segundo, el paciente, se obliga usualmente a

cancelar honorarios profesionales por dichos servicios profesionales. En este mismo orden de ideas, se ha sostenido que, el contrato médico es:

Aquella convención celebrada entre un médico y un paciente a virtud del cual el primero se obliga para con el segundo a prestarle sus servicios profesionales en forma diligente y el segundo se obliga generalmente a pagar un precio por dichos servicios. (Acosta, 1990, pp. 91-92)

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, siendo el Magistrado ponente Dr. Héctor Gómez Uribe, el 26 de noviembre de 1986, acertadamente ha sostenido:

Mediante contrato el médico se compromete con su paciente a tratarlo o intervenirle quirúrgicamente, a cambio de una remuneración económica, en la mayoría de los casos, pues puede darse la gratuidad, con el fin de liberarlo, en lo posible, de sus dolencias; para este efecto, aquel debe emplear sus conocimientos profesionales en forma ética, con el cuidado y diligencia que se requieran, sin que, como es lógico, pueda garantizar al enfermo su curación ya que esta no siempre depende de la acción que desarrolla el galeno pues pueden sobrevenir circunstancias negativas imposibles de prever.

2.2.5. Calificación del contrato médico

Conforme se ha señalado líneas arriba, la opinión jurisprudencial y doctrinaria dominante optan por sostener que, en general, las profesiones liberales —como la de los médicos y abogados— están unidas a sus clientes por un vínculo contractual, es decir, emerge de

una relación jurídica obligatoria de carácter específico. Sin embargo, las diferencias son acentuadas en cuanto concierne a la individualización del tipo de contrato que se perfecciona entre el paciente y/o sus familiares y el médico o establecimiento sanitario, debemos indicar que el contrato de locación de servicios es el más usual.

A continuación, se efectúa un análisis breve de las diversas teorías sobre la materia existentes:

2.2.5.1. Teoría del mandato

El contrato de mandato se encuentra regulado en el artículo 1790 del Código Civil de 1984, que prescribe que por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante.

Esta teoría ha sido defendida, entre otros, por los juristas Pothier, Marcadé, Duranton, Troplong, Dernburg y Marty.

En el Derecho Romano y en las legislaciones del medioevo, se realizaba una diferenciación entre las actividades intelectuales y las serviles. Por entonces el profesional

gozaba de ciertos privilegios, de un status especial que le hacía considerar indigno todo tipo de remuneración.

En aquella época tuvo especial acogimiento esta teoría para tipificar la relación jurídica entre profesional y cliente.

Consecuentemente con ello, se entendía que por ser el vínculo entre médico y paciente esencialmente de confianza, el paciente “encargaba” su salud al galeno, y en ese “encomendar” la integridad psicofísica se veía reflejado el mandato.

Esta teoría del mandato se aplicó generalmente a las relaciones entre médicos de industrias y la dirección de las empresas. El médico recibía órdenes de la administración para asistir a los enfermos de esa empresa, sin estimar que fuera subordinado de ella. En compensación por sus servicios, el facultativo recibía un sueldo mensual o remuneración extra, basada en el número de atenciones. Por esta concepción jurídica del médico como mandatario y no como trabajador, podía ser despedido sin previo aviso y sin derecho a indemnización alguna.

Esta teoría ha sido ampliamente superada y resulta actualmente inaplicable, pues, en principio, el médico tiene derecho a recibir una contraprestación económica por los servicios brindados al paciente; asimismo, si bien es cierto se sigue manteniendo como base de toda relación jurídica obligacional la confianza que deposita el paciente o sus familiares en el médico tratante, resulta impensable afirmar que el paciente tenga un ámbito de potestad para exigir al médico un resultado determinado, como sería el caso del restablecimiento de su salud, pues, el médico se obliga a cumplir con la *lex artis* de su profesión en procura de alcanzar dicho fin.

2.2.5.2. Teoría de locación de servicios

Esta teoría es sostenida fundamentalmente por Cujas, Duvergier, Laurent, Planiol y Ripert y Bruno.

La doctrina francesa se apartó de la concepción clásica del contrato de mandato, aun cuando la legislación admita que ese contrato sea remunerado. En efecto, el mandato importa representación y el médico no puede ser considerado como representante de su cliente (quien actuaría como

representado o *dominus*), actuando en nombre e interés del paciente, pues, desnaturalizaría la esencia de las profesiones liberales; por otro lado, el mandato tiene por objeto la ejecución de actos jurídicos por parte del mandatario, y el médico al prestar sus servicios profesionales sólo ejecuta actos materiales.

Para los seguidores de esta postura, el vínculo obligacional que emerge de la relación médico—paciente es un contrato de locación, debido a que se encuentra en él todos los caracteres de un contrato de locación de obra: servicios prometidos por parte del profesional médico, un precio convenido como contraprestación a los servicios recibidos, etc.

En esta teoría del contrato de locación se han planteado a su vez dos posibilidades: a) locación de servicios, y b) locación de obras.

A. Locación de servicios o arrendamiento de servicios

Este es un contrato por el cual una parte promete cumplir un servicio a favor de la otra, en contraposición del pago de un

precio en dinero. Esta teoría es la que ha sido recogida por la postura mayoritaria de tratadistas.

El contrato de locación de servicios supone la subordinación jurídica, técnica y económica, en caso del contrato médico, la única subordinación factible entre médico y paciente es la jurídica. El médico, locador, pone a disposición del paciente, locatario, sus servicios profesionales, faceta ésta en la que se representa la subordinación jurídica, pero resulta irrazonable aseverar que el honorario profesional pueda implicar subordinación técnica por la que el paciente (locatario) le imparta órdenes al galeno (locador), y que este último deba acatarlas (Pérez, 1985, p. 57).

B. Locación de obra

Se entiende por tal el contrato por el cual una parte se obliga a ejecutar una obra a favor de la otra, y ésta se compromete, a su vez, como contraprestación, a pagar un precio en dinero.

En ocasiones se ha sostenido que la actividad del médico generalmente conforma un *opus*, bajo la teoría de las obligaciones de resultado; sin embargo, conforme se ha

indicado, las obligaciones del médico son de medios, excepcionalmente, serían de resultado, como el caso del cirujano plástico que se compromete con su paciente alcanzar un resultado específico.

En otras oportunidades se ha pensado que la obra solo aparece configurada si las partes computan el resultado y no el trabajo, hecho que tendrá lugar, por ejemplo, cuando el facultativo se obliga a efectuar una intervención quirúrgica, una curación precisa, etc.

Consideramos que en la relación médico—paciente no se configura una locación de obra, pues, si bien es cierto el médico en el *iter* de la atención facultativa realiza actos médicos en procura de restablecer la salud de su paciente, no se obliga a obtener un resultado determinado.

El contrato de locación de servicios es el vínculo obligacional que se genera entre el facultativo y el paciente y/o sus familiares, precedido del consentimiento informado del paciente. El médico se obliga a prestar sus servicios profesionales con diligencia, prudencia y en respeto a la *lex*

artis, a cambio, tiene derecho a recibir como contraprestación los honorarios profesionales previamente pactados.

2.2.5.3. Teoría del contrato *sui generis*, innominado o atípico

Una importante corriente moderna, representada por los tratadistas Marcadé, Matter, Puig Brutau, Garsonnet y Jean Savatier, arguye que el contrato que vincula al facultativo con el paciente es atípico o innominado.

Al momento que una persona requiere los servicios de un médico se produce una relación contractual, pero éste sería un contrato *sui generis*, innominado y su cumplimiento acarrearía responsabilidad contractual.

Esta doctrina reconoce que la relación obligacional entre el médico y el paciente origina un contrato, pero no llega a establecer de qué contrato se trata, ya que sólo lo clasifica de innominado, atípico o *sui generis*. La adhesión a ella se justificará solo en la medida que el vínculo existente entre facultativo y paciente no encuadrarse en forma perfecta en un contrato debidamente reglamentado en la legislación del Estado respectivo, situación que resulta difícil, pues, la

relación obligacional se encontraría regulada en el contrato de locación de servicios (Acosta, 1990, p. 101).

2.2.5.4. Teoría del contrato proteiforme o multiforme

Un gran número de tratadistas, dentro de los cuales encontramos a Bustamante Alsina, Mosset Iturraspe, Acuña Anzorena, Rezzónico y otros, se inclinan por referirse a la existencia de un contrato proteiforme o multiforme o, en fin, variable, sosteniendo que dada la multiplicidad de hipótesis que pueden surgir en las vinculaciones entre facultativo y paciente, cada situación examinada en relación con sí misma podrá ser un mandato, una locación de servicios o una locación de obra, o bien un negocio atípico o innominado.

Se ha señalado que esta tesis, en cuanto entender al contrato que vincula al médico y al paciente como proteiforme o multiforme, sería la más acertada, en razón de que en los diferentes supuestos que en la práctica médica se pueden presentar, la relación médico—paciente en ocasiones podrá tomar los rasgos propios de la locación de obras o de la locación de servicios; también participar de los caracteres

de ambos a la vez, y en otras oportunidades configurar un verdadero contrato de trabajo (Pérez, 1985, p. 59).

2.2.6. Clasificación del contrato médico

Partiendo de la premisa que la relación entre el facultativo y el paciente es de naturaleza contractual, corresponde desarrollar la clasificación del contrato médico.

La clasificación propuesta se basa en la clasificación general de los contratos elaborada por el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle, por considerar que se trata de la más completa, con aplicación al contrato médico.

2.2.6.1. En cuanto al nombre

El contrato médico es un contrato nominado, el cual podría encontrar perfecta cabida en el contrato de locación de servicios regulado por nuestro Código Civil.

2.2.6.2. En cuanto a su regulación

De acuerdo a lo señalado en el punto anterior, por su regulación el contrato médico es un contrato típico.

2.2.6.3. En cuanto a su estructura

Según este criterio, los contratos se clasifican en simples y complejos. Es contrato simple aquél que da lugar a una sola relación jurídica patrimonial. En cambio, el contrato es complejo cuando agrupa varios contratos distintos, dando lugar a más de dos relaciones jurídicas patrimoniales (De La Puente, 2001, p. 171).

En lo que respecta a la estructura del contrato médico, se trata de un contrato simple, pues generalmente da lugar a una sola relación jurídica, la misma que consiste en la obligación del médico de atender al paciente, y la del paciente de pagar una suma de dinero por el servicio, comúnmente llamado honorario.

No obstante, también puede tratarse de un contrato complejo vinculado, al agrupar varios contratos distintos vinculados por la voluntad de las partes.

2.2.6.4. En cuanto a su contenido o área

De acuerdo a este criterio, los contratos se clasifican en civiles, comerciales y especiales.

Por su contenido es un contrato civil, ya que al igual que toda profesión liberal es extraña al Derecho Mercantil.

2.2.6.5. En cuanto a su autonomía

De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en principales, accesorios y derivados. Son contratos principales aquellos que no dependen jurídicamente de otros contratos, que por sí tienen o cumplen plenamente una finalidad concreta, sin necesidad de ningún acto jurídico adicional. En contraposición a los contratos principales se encuentran los accesorios o auxiliares, que son los que no pueden celebrarse independientemente, pues su objeto es, precisamente, complementar otro contrato (De La Puente, 2001, p. 176).

Por su autonomía el contrato médico es un contrato principal, ya que no depende de ningún otro contrato. Sin embargo, esto no se constituye en regla pues, puede concurrir con la

existencia de contratos accesorios o auxiliares, tales como los contratos de análisis de laboratorio clínico o de exámenes radiológicos, cuya función es la de ser un medio de ayuda de diagnóstico. Este mismo criterio puede afirmarse con respecto a la relación del paciente con el centro hospitalario, en cuanto a los servicios extramédicos o paramédicos (habitación, alimentación, enfermería, etc.). (Castillo, 2003, pp. 13-14).

2.2.6.6. En cuanto a la formación

De acuerdo al criterio de la formación, los contratos se clasifican en consensuales, formales y reales, según se formen por el mero consentimiento de las partes contratantes, se requiera además una formalidad especial o se necesite también la entrega de un bien.

Atendiendo a tales conceptos, el contrato médico es un contrato consensual, ya que se celebra con el solo consentimiento de las partes —manifestado ya sea en forma expresa, verbal o tácita— y toda formalidad que se desee seguir será porque las partes decidan imponérsela, pero no porque la ley lo exija.

2.2.6.7. En cuanto al tiempo

Siguiendo este criterio, los contratos se clasifican en de ejecución inmediata, diferida e instantánea y de duración.

En principio, la ejecución del contrato médico es inmediata. En otras palabras, el médico está obligado a brindar la atención de salud inmediatamente después de celebrado el contrato y el paciente tiene la obligación de pagar los honorarios al contado al momento de la prestación del servicio.

En cuanto a su duración, este contrato es, con frecuencia, uno de ejecución sucesiva, ya que requerirá del transcurso necesario de un tiempo para su perfeccionamiento. Sus efectos no se agotarán en un solo acto, comenzando las prestaciones con la consulta inicial. La prestación médica puede ser continua o periódica, según los intervalos señalados en el contrato o que nazcan de su naturaleza, durante un período determinado o, generalmente, indeterminado. Será sucesivo, por ejemplo, el contrato que tenga por objeto la elaboración del diagnóstico o tratamiento del enfermo.

2.2.6.8. En cuanto a su negociación

Este criterio ha dado lugar a una clasificación que está adquiriendo gran importancia en la vida moderna, que es la de contratos de negociación previa, contratos por adhesión y contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación (Castillo, 2003, p. 16). Concluyendo, que el contrato médico es una forma de contrato por adhesión: un contrato “necesario” por adhesión.

Siguiendo la misma línea de razonamiento, se ha indicado que la imposibilidad de discutir las condiciones del contrato médico —nacido ello de las características propias de la ciencia médica, que dificultan la facultad de discutir libremente por ambas partes las cláusulas de ese acuerdo— permite colegir que no se trata de un contrato de libre discusión; a *contrario sensu*, debe tratarse de una forma *sui generis* de contrato de adhesión, cuyo factor determinante no es el desequilibrio económico, sino el desequilibrio de conocimientos técnico—científicos y la imperiosa necesidad de contratar los servicios de salud en procura de su mejoría (Acosta, 1990, p. 124).

2.2.6.9. En cuanto al rol económico

Por el rol económico, el contrato médico es un contrato de cambio, pues su principal función es la circulación de la riqueza. Asimismo, es un contrato de disposición, ya que el médico tiene la obligación de satisfacer la prestación de salud, obteniendo a cambio la correspondiente contraprestación (retribución) por parte del paciente.

2.2.6.10. En cuanto a su función

Los contratos se clasifican, según este criterio, en constitutivos, reguladores, modificatorios y extintivos.

El contrato médico es un contrato fundamentalmente constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio; pero nunca será un contrato resolutorio, puesto que siempre generará la obligación de satisfacer una prestación de salud, por una parte, y la de pagar los honorarios, por otra.

2.2.6.11. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

De conformidad con este criterio, los contratos se clasifican en individuales y colectivos.

El contrato médico, de acuerdo a esta categoría, es un contrato individual, ya que produce efectos y crea obligaciones y derechos, únicamente para las partes que lo celebran sin obligar a terceros que no han concurrido con su consentimiento al perfeccionamiento del convenio.

Esta calificación es sin perjuicio de la responsabilidad por el hecho de terceros y otras situaciones jurídicas que pueden nacer en virtud del acto médico que tiende hacia una actividad conjunta, dado que el avance de la ciencia y de la técnica requiere un despliegue profesional que solo puede concretarse por medio del equipo. Por otra parte, la yuxtaposición de los servicios hospitalarios con el acto médico de equipo da pie a constantes inferencias que son fuente de responsabilidad (Acosta, 1990, pp. 117-118).

2.2.6.12. En cuanto a la prestación

El contrato médico es generalmente un contrato bilateral, sinalagmático o con prestaciones recíprocas y excepcionalmente unilateral. Por regla general, ambas partes quedan recíprocamente obligadas: el médico queda obligado a brindar sus servicios profesionales y el paciente o sus familiares a pagar los honorarios convenidos.

Sin embargo, ello no es óbice para que, en casos determinados, se admita la posibilidad de que el contrato médico sea unilateral, esto es, solo el médico asume la obligación de prestar servicios profesionales a un paciente, que no contrae obligación alguna de pagar por dichos servicios, por decisión expresa del facultativo de no cobrar honorarios.

2.2.6.13. En cuanto a la valoración

Según este criterio, los contratos se clasifican en onerosos y gratuitos, llamados también a título oneroso y a título gratuito. Es contrato oneroso aquél en que cada una de las partes sufre un sacrificio cuya contrapartida es una ventaja o beneficio que

recibe, a diferencia del contrato gratuito, en el cual solo una de las partes recibe una ventaja y solo la otra sufre un sacrificio, no existiendo contrapartidas a la ventaja y al sacrificio (De La Puente, 2001, p. 162).

El contrato médico puede ser tanto un contrato oneroso, por el cual ambas partes se obligan a ejecutar prestaciones recíprocas: el médico a prestar diligentemente sus servicios profesionales en procura de restablecer la salud o salvar la vida del paciente y éste se obliga a cancelar sus honorarios profesionales, como uno a título gratuito, en el cual solamente una de ellas, el médico, asume este deber, sin exigir como contrapartida el pago de sus honorarios.

2.2.6.14. En cuanto al riesgo

De acuerdo con este criterio, los contratos se clasifican en conmutativos y aleatorios.

Por el riesgo, el contrato médico es fundamentalmente un contrato conmutativo, ya que la existencia y cuantía de las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, en el sentido de conocerse de antemano.

Sin embargo, podría decirse que reviste carácter aleatorio debido al riesgo que puede existir en todo tratamiento o en la posibilidad de curación, propio de cada paciente en particular. La ciencia médica con el devenir del tiempo y gracias a los avances científicos y tecnológicos ha evolucionado a pasos agigantados, hoy es posible hablar de robótica médica, nanotecnología, situación que permite reducir el alea médica.

2.3. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO

Se ha precisado, líneas arriba, que la responsabilidad civil del médico no comprende un rubro especial o capítulo aparte del todo llamado “Responsabilidad Civil”; que vendría a constituir una responsabilidad profesional específica, por lo que los elementos de la responsabilidad civil médica son los estipulados por la doctrina y legislación para la responsabilidad civil, aplicados al campo de la ciencia médica. Se debe explicitar, que la jurisprudencia y doctrina nacional aseveran que los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, tanto la derivada del incumplimiento de las obligaciones (caso típico de la responsabilidad civil del médico) como la denominada extracontractual o *aquilliana* son coincidentes en ambas: imputabilidad o capacidad de imputación,

antijuricidad, factores de atribución, nexo causal o relación de causalidad y daño.

A continuación, abordamos el desarrollo de los elementos de la responsabilidad civil —desde un enfoque doctrinario y jurisprudencial— con referencia particular a la ciencia médica.

2.3.1. La imputabilidad o capacidad de imputación

El artículo 1974 del Código Civil Peruano, prescribe:

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

La imputabilidad o capacidad de imputación es la aptitud del sujeto de derecho de ser responsable por los daños que ocasiona, situación que se presenta cuando el sujeto tiene discernimiento o es consciente de los alcances de sus actos.

En un sentido más lato, el término imputabilidad se entiende como sinónimo de referibilidad, de vinculación. Se afirma, que, al negar la

responsabilidad del incapaz (de querer y entender para el sistema italiano, privado de discernimiento para el nuestro) se está comprendiendo a la capacidad como una condición de la responsabilidad, pero no de la culpa. En opinión del maestro Juan Espinoza habrá responsabilidad sin culpa; pero no responsabilidad sin capacidad de imputación. En el caso de la responsabilidad sin culpa (objetiva, propia de la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, regulada en el artículo 1970 del Código Civil) estarán los representantes legales de aquel que, careciendo de capacidad de imputación, cause el daño (Espinoza, 2002, pp. 55-56).

La imputabilidad puede ser entendida como juicio de valor acerca de un acto voluntario producto de un evento dañoso, centrándose el problema en analizar factores subjetivos de atribución, esto es, evaluación de la culpa y sus diferentes grados: culpa grave o inexcusable, culpa leve o dolo. Asimismo, puede implicar una mera atribución legal, que subvaluando las connotaciones que exhiba la conducta, ligue una causa a un determinado resultado, en la intención de proteger a la víctima, en otras palabras, considerar factores objetivos, el Código Civil de 1984, en cuanto a la responsabilidad objetiva, regula que el evento dañoso debe producirse a través de una actividad o bien riesgoso o peligroso (Lorenzetti, 1986, pp. 231-214).

Para el tratadista argentino Mosset Iturraspe (1985):

Para que se genere el deber de reparar el daño causado no es suficiente la existencia de una conducta humana; no es bastante que dicho comportamiento sea antijurídico, se requiere algo más: que esa acción antijurídica sea imputable, atribuible al sujeto. La imputación es un plus respecto de la autoría o, si se quiere, una autoría de segundo grado (p. 179).

En el campo de la medicina, para que un hecho médico sea calificado como culpable o doloso es necesario que sea imputable a su autor, esto es, que al ejecutarlo este último teniendo la calidad de médico y encontrándose en un acto de su ejercicio profesional, haya obrado con la voluntad, discernimiento y razonamiento necesarios.

Se parte del supuesto de que el causante del daño es legalmente médico. Prescribe al respecto el artículo 22 de la Ley General de Salud que:

Para desempeñar actividades profesionales propias de la medicina, odontología, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, se requiere tener título profesional en los casos que la

ley así lo establece y cumplir con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás que dispone la ley.

2.3.2. La antijuricidad

Atendiendo a una tesis hodierna de la responsabilidad civil, se ha explicitado que una conducta es antijurídica (con propiedad, se podría hablar de una conducta ilícita) no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido. En este extremo, es preciso señalar que, en el caso de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, rige el principio de tipicidad, en tanto, emerge de una relación obligacional específica; en contrapartida, en los casos de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, rige el principio de atipicidad, siendo más extenso el ámbito de cobertura de daños, pues, por principio basta que exista un daño para que genere la obligación de repararlo.

En esta línea argumentativa el recordado maestro Lizardo Taboada (2001), precisa:

Esto ha llevado a la doctrina a señalar que en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en

materia de conductas que puedan causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hecho normativos, y atípicas, en cuanto a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico. (pp. 27-28)

Conforme se ha indicado líneas *ut supra* conviene hacer una diferencia terminológica entre antijuricidad e ilicitud. Una conducta es antijurídica cuando contraviene al ordenamiento jurídico positivizado o no, pues, abarca también la base axiológica que fundamenta todo ordenamiento jurídico. En esta misma línea argumentativa, el jurista Juan Espinoza (2002), ha precisado:

Aunque la doctrina mayoritaria conviene en utilizar el término antijuricidad, en lo personal, prefiero el de ilicitud. En efecto, si bien es cierto que lo antijurídico es “lo contrario al derecho”, para la responsabilidad civil y penal; en materia de acto (o negocio) jurídico, se utilizan parámetros distintos. Así, es jurídico, (aunque peque de redundante) “lo que produce efectos jurídicos”. Bajo esta perspectiva, tanto el delito, como el supuesto de responsabilidad civil serían “jurídicos”, en tanto productores de efectos jurídicos. (pp. 65-66)

En aplicación a la actividad médica y en línea de principio, debemos enfatizar que la conducta desplegada por el médico no constituye *per se* un comportamiento antijurídico o contrario al Derecho. El ordenamiento no solo legitima la prestación del derecho humano a la salud, sino que además la promociona, consagrando una obligación jurídica de obrar para el médico; los más altos bienes

jurídicos —precedidos por el derecho fundamental a la vida— que protege el derecho están allí interesados por lo que adviene congruente con éste toda conducta tendiente a salvaguardarlos (Lorenzetti, 1986, p. 208).

2.3.3. Factores de atribución

El Código Civil de 1984, en cuanto a la regulación de los factores de atribución, ha recogido la tesis subjetiva (artículo 1969, responsabilizando al autor que actúa a título de dolo o culpa) y objetiva (artículo 1970, endilgando responsabilidad a quien mediante una actividad o bien riesgoso o peligroso causa daño a otro).

Conforme lo ha señalado el maestro Lizardo Taboada (2001), los factores de atribución:

Son aquellos que determinan finalmente la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad. En materia de responsabilidad contractual el factor de atribución es la culpa, mientras que, en el campo extracontractual, de acuerdo al código actual son dos los factores de atribución: la culpa y el riesgo creado. En el campo contractual la culpa se clasifica en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo, mientras que en lado extracontractual se habla únicamente de culpa y también de riesgo creado. (pp. 31-32)

Este presupuesto de la responsabilidad civil contesta la interrogante ¿a título de qué el autor va a responder ante un evento dañoso?, vale decir, constituye “el fundamento del deber de indemnizar”. Existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades riesgosas o peligrosas o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera prescindiendo el criterio de la culpa). También forman parte de los factores de atribución el abuso del derecho y la equidad (Espinoza, 2002, p. 80).

2.3.3.1. La culpa médica

En casos de responsabilidad civil por inexecución de obligaciones de los profesionales médicos el criterio de la culpa ha sido determinante para responsabilizar a los galenos. Si bien es cierto el criterio subjetivo e imperante de la culpa médica se ha ido dejando de lado, para incorporar criterios incluso hasta objetivos para tratar la responsabilidad civil de los establecimientos sanitarios, pues, se entiende que la actividad médica es una actividad riesgosa o peligrosa. En este extremo, debemos precisar que el criterio del médico prudente con estándares del principio *bonus pater familias* del derecho romano ha quedado obsoleto, *máxime* si se considera que por

mandato del artículo 1762 del Código Civil los profesionales, entre ellos los médicos, solo responden por dolo o culpa inexcusable, es decir, bajo una interpretación a *contrario sensu* si media culpa leve, el médico no responde por su conducta antijurídica desplegada.

En esta línea argumentativa, en referencia a la culpa profesional, con acierto, se ha sostenido que presupone la individualización del concepto de diligencia, implicando su examen la evaluación de la conducta del profesional con respecto a cada caso concreto. Cuando el comportamiento del deudor, o sea, el profesional, se caracteriza por regirse por determinadas reglas técnicas o científicas, es decir, que él debe efectuar una específica actividad profesional, entonces, es correcto hablar de “culpa profesional” como una noción contrapuesta a aquélla referida a la “diligencia profesional”. De este modo se concreta la noción genérica de culpa en un espacio determinado de la actividad humana. Y será precisamente el “profesionalismo” lo que distingue esta actividad y que exige una evaluación de la conducta en términos concretos, según el tipo de actividad desarrollada (Woolcot, 2001, p. 286).

El tratadista argentino Ricardo Lorenzetti (1986), refiere que el criterio subjetivo de la culpa es el límite mínimo de la culpabilidad; por debajo de este nivel de imputación no existirá responsabilidad. En el dolo aquiliano y en la culpa inexcusable existirá intención de incumplir (el sujeto actúa con intención y voluntad de causar un daño); en la culpa, que es el peldaño más bajo de todas estas formas, no aparecen ninguno de estos elementos. En el supuesto del ejercicio de la medicina, ya se fundamente ésta en un vínculo obligacional voluntario o legal; la norma secundaria se materializa en el deber jurídico de propender hacia la obtención de la salud humana, dedicando para ello toda la diligencia, expertiz y sapiencia de quien la ejerce. La actuación voluntaria negligente, imprudente o imperita del médico, violatoria de aquel deber jurídico, es juzgada por el ordenamiento como afrentosa hacia el mismo, configurándose una ilicitud culposa (pp. 216-217).

El artículo 36 de la Ley General de la Salud, reconoce una responsabilidad subjetiva a los profesionales, técnicos y auxiliares en el campo médico al prescribir que son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades. Consideramos que el modelo jurídico

adoptado, cimentado en criterios residuales de la culpa médica, es cuestionable y no responde a la asunción de la tesis dualista acogida por el Código Civil. Atendiendo que en el artículo 1970 del Código Civil se ha regulado la responsabilidad objetiva, es decir, basta que el sujeto realice una actividad o utilice un bien riesgoso o peligroso, en otras palabras, que se encuentre en los supuestos preestablecidos por ley, para que responda. En esta línea de pensamiento, a modo de ejemplo, parecería un contrasentido responsabilizar a un cirujano estético a título de dolo o culpa, fundamentar su responsabilidad por un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso sería desconocer los alcances de la responsabilidad objetiva, pues, en el caso específico, las obligaciones del médico cirujano estético son de resultado.

2.3.3.2. Alcances de la culpa médica en la jurisprudencia

En el tema específico de la culpa médica, los fallos judiciales han mostrado una evolución histórica.

En una primera etapa, que se ha llamado el de la “irresponsabilidad”, se pretendía que el profesional solo respondía por culpa grave o dolo inexcusable. El resto del haz

de actitudes culposas en que podía incurrir el médico entraba dentro del concepto de “culpa profesional”. Se actualizaba así, por creación pretoriana, el sistema romano de la prestación de culpas, en base a la idea fundante de la especial dificultad técnica que encierra la actuación profesional.

Aun cuando fue superada en la jurisprudencia esa tendencia, se sigue manteniendo la idea de una apreciación restrictiva de la culpa profesional. Si bien se ha trastocado el enfoque cuasidelictual de la responsabilidad, se recurrió a la idea de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado para mantener la prueba de la culpa a cargo del paciente. El artículo 1762 del Código Civil peruano prescribe lo referente a la culpa profesional, indicando que, si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

Este artículo ha sido duramente criticado al sostener que injustamente coloca en un *proius* a los profesionales, pues, solo responderían por dolo o culpa inexcusable, situación que conllevaría a no responder por los daños que podrían ocasionar en el ejercicio de su profesión; asimismo, se ha cuestionado la

ambigüedad del término de prestación de servicios de “especial dificultad”, pues, no existe profesión alguna que carezca de especial dificultad para el desarrollo de su ejercicio. En suma, los médicos y los profesionales liberales no deberían tener una regulación particular o un marco normativo diferenciado para responder civilmente por los daños y perjuicios que podrían ocasionar en su ejercicio profesional.

La jurisprudencia argentina, bajo este enfoque, ha precisado:

La responsabilidad del médico en el ejercicio de su arte surgiría si la falta cometida deriva de la inobservancia de las reglas de prudencia y atención, o es producto de un grueso error científico. Es decir, que la sanción solo podrá aplicarse cuando media una notoria negligencia o imperdonable imprudencia o exista un abandono de los más elementales deberes profesionales” (C.C.C. La Plata, Sala I, 21—11—69, E.D. 31—44).; “toda apreciación restrictiva que se haga del desarrollo de sus actividades profesionales ha de ser discreta, preocupándose de aplicar las sanciones que correspondería, sea en el orden penal como en el civil, solo en el caso de severa gravedad, cuando se llegara a observar que el profesional hubiese procedido con manifiesta imprudencia, al indicar determinado tratamiento, no preceptuado ni aconsejado por academias o institutos del ramo, y observando negligencia notoria en la forma de su asistencia al paciente” (Fallo Dr. Juan Molina en autos “Malavolta José c/Moizé James”, 31—12—47, L.L. 59, p. 275); “El criterio judicial no puede ser sino severo, muy estricto, para sancionar como correspondiere el incumplimiento a un correcto ejercicio profesional, bajo el supuesto que la imputación sea evidente y de gravedad, motivada por un insólito proceder, falta notoria de destreza o un torpe error de tipicidad técnica o científica, como causas productoras de un daño cierto, digno de ser

indemnizado” (C.N. Civ. Sala D, 22—8—79, E.D. 86—509); “La culpa grave del profesional, se resuelve en una hipótesis particularmente grave de impericia y, precisamente, en la completa disconformidad del método con respecto a la técnica, sobre el cual había recaído la elección, es decir, a aquellas reglas que, según el consenso común de las autoridades científicas y por una consolidada experimentación, se puede considerar adquiridas en la ciencia y en la práctica, en modo que se configura el bagaje cultural y experimental necesario para el profesional que se dedica a un particular sector de la medicina. El conjunto de aquellas reglas y de aquellas enseñanzas llega a configurar el límite más allá del cual, la libertad de elección del profesional no puede extenderse”. (Jurisprudencia Italiana. V. Cass. 13 de octubre de 1972. n. 3044)

Aun cuando se ha dejado de lado, el concepto de culpa profesional se sigue manteniendo ciertas reminiscencias de los supuestos que sustentaron su creación pretoriana. Nociones tales como “grueso error científico”, “notoria negligencia”, “imperdonable imprudencia”, “torpe error de tipicidad técnica o científica”, denotan la idea tradicional que solo responsabiliza al médico en situaciones extremas.

Es importante destacar, ciertos visos jurisprudenciales que intentan establecer nuevos parámetros conceptuales que dejen de lado dichas nociones. Así, en un caso singular, se ha establecido:

El médico anestesista debe responder por las consecuencias del acto profesional en el cual la impericia

está por encima del riesgo quirúrgico que no ha sido demostrado y, por el contrario, aparece un insólito proceder que se trasluce en la culpa médica. (Exp. N° 694-86)

2.3.4. El nexo causal o la relación de causalidad

Este elemento significa que el acto del obligado a indemnizar debe ser la causa, o una de las causas, de la producción del resultado dañoso. Dicho, en otros términos, entre el comportamiento del agente y el daño acaecido ha de existir relación de causa a efecto o de antecedente y consecuente, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil y no nacerá la obligación legal de indemnizar. El daño causado debe ser consecuencia de la conducta antijurídica o ilícita del autor para que se configure un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Sucediendo lo mismo en el campo de la responsabilidad civil derivada de la inexecución de obligaciones, ya que el daño causado al acreedor debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento absoluto o relativo (parcial, tardío o defectuoso) de la prestación debida por parte del deudor.

Es necesaria la existencia de ese nexo de causalidad, pues de otro modo se estaría atribuyendo a una persona el daño causado por otro. Por ello la relación causal es un elemento del acto ilícito y del

incumplimiento contractual, que vincula el daño directamente con el hecho, e indirectamente con el elemento de imputación subjetiva o de atribución objetiva (Bustamante, 1997, p. 267).

Bajo el prisma de la tesis dualista acogida por el Código Civil peruano, para casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, según el artículo 1321 se requiere una causa inmediata y directa; en contrapartida, para los casos de responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, según el artículo 1985 se requiere de una causalidad adecuada.

Para los maestros argentinos Trigo Represas y Rubén Stiglitz:

Dentro del ámbito de la responsabilidad civil, la relación de causalidad asume una doble función, de singular importancia: a) permite determinar, con rigor científico, cuándo un resultado dañoso es material u objetivamente atribuible a la acción de un sujeto determinado; b) brinda, al mismo tiempo, los parámetros objetivos indispensables para calibrar la extensión del resarcimiento, mediante un régimen predeterminado de imputación de consecuencias. (Trigo y Stiglitz, 1991, pp. 255-256)

El jurista peruano Fernando De Trazegnies (2001), comenta:

Toda relación de responsabilidad extracontractual implica que una determinada persona (la víctima) puede exigir a otra (el responsable) el pago de una indemnización por daños causados por ésta última a la primera. Pero este poder exigir no se dirige arbitrariamente contra cualquier persona. Tiene

que haber una razón para que una determinada persona y no otra sea obligada a pagar; una razón que individualice un presunto responsable dentro del universo de personas. El primer hecho que utiliza el Derecho para estos efectos es la relación de causa a efecto. (p. 305)

En referencia al nexo de causalidad en la esfera médica, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado: La actividad profesional de un médico o los servicios que presta una institución de salud sea privada o pública pueden generar riesgos permitidos por la propia naturaleza de su actividad, los que se adecuan a sus fines tanto científicos y profesionales en el caso de los médicos, y de prestación de servicios en el caso de la institución. Para responsabilizar la actividad de un médico y en general toda actividad de prestaciones de salud, aun sea en casos de responsabilidad objetiva, el demandante tiene que acreditar la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del demandado y la producción del daño. No se puede atribuir responsabilidad civil a los demandados por el simple hecho de considerársele una actividad riesgosa. El riesgo a que se somete una paciente no puede ser reputado como una actividad riesgosa o de peligro como son los accidentes de tránsito u otros (Cas. N° 1312—96—Lambayeque, 1997).

Desde un análisis particular del nexo causal o la relación de causalidad en los casos de responsabilidad civil médica, podemos sostener que entre la conducta del médico y el daño causado debe

existir una relación de causalidad, es decir, que el daño debe ser efecto o resultado de aquella conducta, la cual obra como causa suficiente en la producción del evento dañoso.

La conducta del médico en su quehacer profesional tiene que ser la causa del daño, que presupone dos condiciones: en primer lugar la conducta médica debe ser la causa inmediata y directa, que no quiere decir que sea la causa última en el orden cronológico, sino que se deben tener en cuenta en la producción del daño, los actos, hechos o causas que han obrado en forma remota, como lo sería el caso del medicamento prescrito por el médico cuyo tratamiento no es cumplido por el paciente, aquí el médico no es responsable del daño producido por esta causa, porque no fue por su conducta que se produjo el resultado, sino por la del paciente. Además, la conducta médica debe ser determinante en la producción del daño, que es cuando debido a la actuación médica se ha contribuido en un mayor grado a la producción del resultado, de tal manera que, si no hubiera sido por este actuar, el daño no se hubiese ocasionado (Serrano y Tejada, 1994, pp. 174-175).

Sobre este presupuesto de la responsabilidad civil, la Corte Suprema de Justicia Colombiana se ha pronunciado:

Enfocado el asunto desde el punto de vista de los elementos integrantes de la responsabilidad puede sentarse como regla general que, en los litigios sobre responsabilidad profesional médica, como en todo problema de responsabilidad, debe establecerse la relación de causalidad entre el acto imputado al médico y el daño sufrido por el cliente. Por lo tanto, el médico no será responsable de la culpa o falta que se le imputa, sino cuando estas hayan sido las determinantes del perjuicio causado. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado ponente: Dr. Liborio Escallón. Bogotá, 5 de marzo de 1940)

2.3.4.1. Distintas doctrinas del nexa causal

Dentro del nexa causal o relación de causalidad se han desarrollado diversas teorías causales para explicar la relación de antecedente—consecuente entre la conducta antijurídica del autor y el evento dañoso, de manera muy somera, conviene desarrollar cada una de ellas.

A. Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*

Esta teoría fue expuesta en 1860 por Von Bury con el nombre de *Aequivalenz Theorie*. Según este autor, es causa de un evento todo lo que ha contribuido de alguna manera a su realización y todas las condiciones que deben ser consideradas equivalentes en lo causal y jurídico. Para esta teoría, es causa

toda condición, positiva o negativa, a falta de la cual el evento no se habría realizado, de ahí la locución *conditio sine qua non*.

Esta teoría, a nuestro entender, es a todas luces excesiva y no halla fundamento razonable, pues, si no se focaliza la atención en determinar una causa próxima o inmediata, nos adentramos a una tarea interminable de sopesar todas las causas, siendo que causalmente hablando todas ellas son al mismo tiempo antecedentes y son necesarias para la producción del evento dañoso. Su estricta aplicación conduce a conclusiones que la razón rechaza, pues con ella se hace responsable a la persona de todas las consecuencias —aun remotas y desproporcionadas— que resulten de sus actos.

Esta teoría conducía a soluciones inaceptables e ilógicas ya que, en rigor, implicaba que cada sujeto que contribuyó con una sola de las condiciones debía responder de todo el resultado, puesto que cada condición era en sí misma causa de éste (Woolcott, 2002, pp. 125-126).

B. Teoría de la causa próxima

En la doctrina y jurisprudencia anglosajonas ha encontrado eco esta teoría, cuya formulación se remonta a Francis Bacon en un pasaje en sus *Maximes of Law*:

Sería para el derecho una tarea infinita juzgar las causas de las causas y las influencias de las unas sobre las otras. Y por ello se contenta con la causa inmediata y juzga las acciones por esta última sin remontar a un grado más lejano. (Bustamante, 1997, p. 269)

Constituye una reacción contra el intento de llevar a cabo un exhaustivo análisis de todas las concausas que intervienen en cualquier suceso de la realidad y reconoce relevancia (a efectos de atribuir o rechazar la responsabilidad) solo a la causa más próxima en el tiempo, esto es, a la inmediatamente anterior a la producción del daño. Todas las demás, por remotas (*too remote*), se consideran intrascendentes a efectos jurídicos.

Según esta teoría, se le llama causa solamente a aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado que se hallan temporalmente más próxima a éste; las otras causas son llanamente “condiciones”.

El Código Civil peruano, en su artículo 1321, ha recogido esta teoría para determinar la relación de causalidad en casos de responsabilidad civil por inexecución de obligaciones, regulando que el resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en tanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

C. Teoría de la causa adecuada

Esta teoría es defendida por Von Kries. Según esta teoría no todas las condiciones necesarias de un resultado son equivalentes. Aquella que según el curso natural y ordinario de las cosas es idónea para producir el resultado, ésa es la causa. Las demás condiciones que no producen normal y regularmente ese efecto, son solamente condiciones antecedentes o factores concurrentes.

Para establecer cuál es la causa de un daño conforme a esta teoría, es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un resultado; y ese juicio de probabilidad no puede hacerse sino en función de lo

que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto (Bustamante, 1997, p. 270).

Hay causalidad adecuada entre un evento y un daño, cuando concluimos, sobre la base de la evidencia disponible, que la recurrencia de ese acto o actividad incrementará las posibilidades de que el daño también ocurrirá. Para esta teoría no es causa cada condición del evento, sino solo la condición que sea “adecuada”, “idónea” para determinarlo. No se consideran, por tanto, causados por la conducta, aquellos efectos que se han verificado de manera contraria al curso normal de las cosas. El procedimiento para individualizar la adecuación se vale de un juicio *ex ante*: se remonta al momento de la acción y se juzga como si el evento debiese aún producirse.

El Código Civil peruano de 1984 ha recogido la tesis de la causalidad adecuada para casos de responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*. Así en el artículo 1985 ha prescrito que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir

una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

D. Causalidad probabilística

Un sector de la doctrina norteamericana entiende a la causa como un concepto funcional. El fundamento de la causalidad probabilística reside en desplazar la carga probatoria del nexo causal al demandado como agente dañante, frente a casos excepcionales en los cuales la víctima se encuentra en imposibilidad de probar el nexo causal.

2.3.4.2. Supuestos de ruptura del nexo causal

En referencia al presupuesto del nexo causal de la responsabilidad civil, nuestro Código Civil de 1984 ha regulado supuestos de ruptura del nexo causal que conllevan a no responder por los daños y/o perjuicios ocasionados por el autor; en tal sentido, para casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones ha regulado el caso fortuito o fuerza mayor (estableciendo una sinonimia conceptual para referirse a casos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impiden el cumplimiento de la prestación obligacional del deudor, con la

única diferencia respecto al origen del evento); asimismo, para los casos de responsabilidad civil extracontractual o *aquilliana* ha contemplado cuatro supuestos de ruptura del nexo causal: caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de la víctima y hecho de un tercero. En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual se ha contemplado también la posibilidad de la concausa, situación que se presenta cuando en el evento dañoso también ha participado la conducta negligente de la víctima, en dicho caso, procede una disminución razonable en el *quantum* indemnizatorio, a diferencia de la ruptura del nexo causal que conlleva a la liberación de responsabilidad civil por parte del autor del evento dañoso.

A. Caso fortuito o fuerza mayor

Nuestro Código Civil vigente, en su artículo 1315, en el ámbito de la responsabilidad civil por inexecución de obligaciones, prescribe lo referente al caso fortuito o fuerza mayor:

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

El jurista peruano Juan Espinoza (2002), acogiendo la tesis moderna que supera la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor, planteando la distinción entre caso fortuito de la causa no imputable, considera que el primero debe considerarse como un límite de responsabilidad “agravado” respecto a la “causa no imputable”. Esta última expresa un concepto de carácter prevalectivamente subjetivo, mientras el caso fortuito, comporta una valoración de tipo objetivo, o sea extraña al deudor, “refiriéndose a un evento que proviene generalmente del exterior de la persona del deudor y de su organización económica (pp. 142-143).

En el campo de la responsabilidad civil del médico, es interesante las interrogantes que sobre este punto se plantea el jurista argentino Ricardo Lorenzetti (2005), al precisar:

Este tópico es de indudable interés en materia de responsabilidad civil del médico y es generalmente uno de los caminos que conducen a la irresponsabilidad. ¿Es la enfermedad un suceso fortuito?; ¿lo es el riesgo quirúrgico?; ¿en qué grado la mora y la culpa excluyen el casus? De la respuesta que demos a estas interrogantes dependerá en gran medida la suerte de todo sistema de responsabilidad, puesto que la excusa fundada en lo imprevisible es moneda corriente en las causas por responsabilidad galénica. (p. 363)

B. El hecho de un tercero

Según el saber doctrinario del maestro Juan Espinoza (2002):

Por el hecho de un tercero no solo tiene que pensarse en las hipótesis de dolo o culpa del mismo. También podría encontrarse en un supuesto de responsabilidad objetiva. Si bien es cierto que en materia de responsabilidad civil extracontractual el hecho propio de un tercero solo genera un supuesto de ruptura del nexo causal, en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, si bien extingue la obligación del deudor, se puede presentar la posibilidad que el acreedor se dirija directamente, por vía extracontractual, al tercero, por haber lesionado su derecho de crédito. (p. 149)

Henri Mazeaud y André Tunc (1977), justifican la absolución del autor del evento dañoso cuando el hecho de un tercero sea la única causa del daño, sin considerar si el hecho ha sido culposo o no. La responsabilidad del demandado no podría tomarse en cuenta en este caso; puesto que el hecho del demandado no es, en absoluto la causa del perjuicio (p. 240).

En relación al ámbito galénico, por hecho de un tercero debe entenderse una persona distinta al paciente y al médico deudor, la cual no debe tener una relación de dependencia jurídica con este último porque si el perjuicio se debe a un comportamiento doloso o culposo de un subordinado suyo, como podría ser un auxiliar de cirugía o una enfermera instrumentista, este daño no

se considera causado por un hecho externo a la esfera jurídica del médico, por lo tanto, no se puede hablar de exoneración o ruptura del nexo causal. Si el hecho del tercero es la causa exclusiva del daño el médico se exonera totalmente, siempre y cuando este hecho sea extraordinario, imprevisible e irresistible, porque si el médico actuó negligentemente, de ninguna manera este hecho será externo a su actividad y no lo exonera de responsabilidad (Serrano y Tejada, 1994, p. 182).

C. El hecho de la propia víctima

El evento dañoso no solo puede ser provocado por la conducta antijurídica desplegada por el médico, pues, en determinados casos se produce con la intervención de la propia víctima, quien participa con su accionar (esto se presentaría, por ejemplo, cuando el paciente se automedica o no sigue el procedimiento posoperatorio determinado por el facultativo) en la producción del daño, la consecuencia práctica de la presencia de una concausa es la disminución proporcional del *quantum* indemnizatorio.

Lizardo Taboada (2001), comenta:

En efecto, existe un supuesto de concausa cuando la víctima contribuye con su propio comportamiento con la conducta del autor a la realización del daño. El daño no es consecuencia única y exclusiva de la conducta del autor, sino que la propia víctima ha contribuido y colaborado objetivamente a la realización del mismo, el cual no se hubiera producido de no mediar el comportamiento de la propia víctima. (p. 82)

Con referencia al punto de vista médico, se sostiene que la conducta culposa del paciente puede dar lugar a exonerar de responsabilidad parcial o totalmente al médico que ha causado un daño, en la medida en que los hechos del paciente hayan sido la causa exclusiva o parcial de ese daño (Serrano y Tejada, 1994, p. 180).

2.3.5. El daño

El daño viene a constituir en la actualidad el principal elemento de la responsabilidad civil, indistintamente si se trata de una derivada por inejecución de obligaciones o de una responsabilidad civil extracontractual o *aquilliana*, llegando incluso a denominarla en algunos países, como España, como “Derecho de Daños”. Esto tiene explicaciones históricas, pues en un inicio —con las legislaciones decimonónicas— el elemento principal lo constituyó la culpa, entendida incluso como pecado. Con el devenir del tiempo y con los aportes del humanismo jurídico —que se vislumbró con el vuelco del

endiosamiento de la propiedad (estando en el *prius* de los derechos fundamentales, bajo el influjo del Código Civil Francés de 1804) hacia el ensalzamiento de la persona humana— se fijó la atención en la persona de la víctima, entendiéndose que basta que se produzca un daño para generar la obligación de repararlo.

Bajo esta nueva perspectiva, la responsabilidad civil como tutela jurídica civil busca el resarcimiento integral de la víctima, procurando, en un primer momento, restablecer un *status quo ex ante* del evento dañoso; asimismo, exige al Estado desincentivar conductas antijurídicas a través de montos indemnizatorios ejemplificadores. En esta línea argumentativa, la responsabilidad civil atiende a la víctima o a sus familiares para resarcirla de los daños sufridos (daños patrimoniales y extrapatrimoniales), diferenciándose notoriamente de la responsabilidad penal que se focaliza en el autor de la conducta antijurídica para sancionarlo.

2.3.5.1. Concepto

Daño civil indemnizable es el menoscabo, detrimento a los intereses o facultades jurídicas legítimamente protegidos, sean de índole patrimonial o extrapatrimonial (bienes vitales naturales, propiedad o

patrimonio). Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima.

El profesor argentino Miguel Ciuro (2006) precisa que, en términos generales:

La noción de daño implica un deterioro de un estado que se considera más perfecto. Se trata de una mengua, un menoscabo de alguna condición estimada mejor; de un cambio en sentido “disvalioso”. Esto lleva a la necesidad de aclarar en qué consiste esa “perfección”. No carecen de significado las afinidades entre las palabras “daño”, “herida” o “lesión”, “in—justicia” y “con—dena”. (p. 93)

Para Bustamante Alsina ninguna persona está autorizada a desbordar su órbita de facultades e invadir la ajena. Si ello ocurre se configura el daño en sentido lato, pero cuando la lesión recae en los bienes que constituyen el patrimonio de una persona, la significación del daño se contrae y se concreta en el sentido estricto de daño patrimonial.

Si se causa un daño injusto a un tercero menoscabando su patrimonio, es conforme al principio de justicia que el autor responda mediante el debido resarcimiento procurando restablecer el patrimonio a su estado

anterior. Este deber de resarcir es lo que actualmente se llama responsabilidad civil (Bustamante, 1997, p. 159).

2.3.5.2. Clasificación del daño

La doctrina es pacífica al clasificar el daño en dos categorías, a saber:

A. Daño patrimonial

Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. Esto es, constituye la lesión de intereses de orden material que importan un daño patrimonial que puede presentarse de distintas formas: como daño actual o futuro; como lucro cesante o daño emergente; como daño directo o indirecto, o bien, reconociendo su fuente en una relación obligacional o *aquiliana*. Este, 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. Es decir, el empobrecimiento, la disminución patrimonial concreta sufrida por el reclamante.

b. Lucro cesante

La idea de lucro es muy amplia, y abarca cualquier ingreso derivado de actividades remuneradas. Es cesante porque, a causa del hecho dañoso, ya no existirá, total o parcialmente. Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado. Es la ganancia patrimonial neta dejada de percibir por el dañado.

B. Daño extrapatrimonial

Es el que lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial. Dentro de éste se encuentra el daño moral, 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”.

a. Daño a la persona y daño moral

Los desarrollos teóricos de la categoría del daño a la persona lo debemos al recordado e insigne maestro Carlos Fernández Sessarego, premunido de un fuerte y serio arraigo humanista, desarrolló magistralmente los conceptos de daño a la persona y daño al proyecto de vida. El maestro sanmarquino criticó la clasificación de daños extrapatrimoniales propuesta por el legislador del Código Civil, entendiendo que el daño a la persona es el continente que engloba una infinidad de daños (todos que inciden en la psique o en el soma de la persona, incluido el daño moral), por lo que es vana la regulación del daño moral propuesta por el legislador. El daño a la persona, para Fernández Sessarego (1998) es: un daño psicosomático o un daño al ejercicio de la libertad en cuanto proyecto de vida. Por lo tanto, todos y cualquier daño al ser humano, cualquiera sea su especie o tipo, es, genéricamente, un daño a la persona (p. 194).

Asimismo, desarrolló la categoría jurídica del daño al proyecto de vida, partiendo de una férrea realidad filosófica humanista, entendiendo que somos seres en libertad, nacidos para trascender a través de acciones concretas desplegadas en nuestra realidad fenomenológica. El Código Civil Peruano de

1984 acogió la tesis del daño a la persona, pero lamentablemente no reguló lo concerniente al daño al proyecto de vida.

El jurista Fernández Sessarego (2002), al abordar el tema del daño a la persona, precisa:

El “daño a la persona”, como su nombre lo indica, comprende todo tipo de daños que pueda sufrir el sujeto. Comprende, por lo tanto, una inmensa gama de lesiones al soma o a la psique, así como al daño al ejercicio mismo de la libertad que se traduce objetivamente en el “proyecto de vida”. Todos estos daños son “a la persona” y no a otro ente. Todos son daños exquisitamente jurídicos, que nada tienen que ver con lo “moral” y en algunas ocasiones no generan ni dolor ni sufrimiento. En el nivel de la historia que nos ha tocado vivir, no obstante, la estrecha relación entre lo moral y lo jurídico, no es posible confundir sus esferas. Lo moral se centra en el plano de la subjetividad y lo jurídico en el de la intersubjetividad. (p. 53)

Para el profesor peruano Leysser León (2004):

El daño a la persona es el detrimento de un derecho fundamental del individuo, debido a un hecho antijurídico generador de responsabilidad civil. De modo más restringido, el daño a la persona sería la consecuencia de toda modificación negativa (extrínseca o intrínseca, general o particular, temporal o permanente) que afecte la integridad anatómica o funcional del individuo, considerado como entidad somática y psíquica. (pp. 190-191)

Entendemos por daño moral al sufrimiento psíquico o espiritual que en la persona pueden producir ciertas conductas o actividades, tanto si implican una agresión directa o inmediata a bienes materiales, cual si el ataque afecta al acervo extrapatrimonial o de la personalidad (ofensas a la fama, al honor, honestidad, muerte de familiares o allegados, destrucción de objetos muy estimados por su propietario, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, etc.).

En contraposición de los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante), el daño moral, no se traduce en ninguna pérdida pecuniaria o cuantificable monetariamente, el patrimonio de la víctima está intacto; consiste exclusivamente en el dolor, pesar, o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos (Serrano y Tejada, 1994, p. 51).

Dalmartello, citado por Ricardo Rabinovich, entiende al daño moral como una “privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor principal en la vida del hombre y que son la paz, la tranquilidad física, el honor y los demás sagrados afectos” (Rabinovich, 1999, p. 212).

Ricardo Yagüez (1993), precisa que los llamados “daños morales” son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social o la salud física o psíquica; en suma, a los que suelen denominar derechos de la personalidad o extrapatrimoniales (p. 675).

El jurista brasileño José De Aguiar (2003), haciendo una distinción entre daño patrimonial y daño moral, refiere:

Importa observar, aún, que la inestimabilidad del bien lesionado, aunque, por regla general, constituya la esencia del daño moral, no es un criterio definitivo para la distinción, conviniendo, pues, para caracterizarlo, comprender el daño moral en relación a su contenido, que no es el dinero, ni una cosa comercialmente reducida a dinero, sino el dolor, el espanto, la emoción, la vergüenza, la injuria física o moral, en general una dolorosa sensación experimentada por la persona, atribuyendo a la palabra dolor el más amplio significado. (p. 485)

Rosana Pérez (1985), precisa que el daño moral no abarca necesaria y únicamente los afectos anímicos, sino que comprende una noción más amplia de lesiones y que la doctrina italiana denomina daños no patrimoniales objetivos —por oposición a los subjetivos que se refieren a los dolores físicos y padecimientos anímicos—, representados por las ofensas al buen nombre y a la reputación, entre otros ejemplos (p. 103).

La jurisprudencia argentina ha precisado que:

El daño moral es aquel que no tiene efectos sobre el patrimonio, pero hace sufrir a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley. De ahí que su reparación deba determinarse ponderando esencialmente la verdadera dimensión de los sufrimientos de quien lo padece y no mediante una proporción que lo vincule con los otros daños cuya indemnización se reclama, toda vez que ninguna relación forzosa existe entre el perjuicio material y el moral, razón por la que dicha proporción puede variar en función de las particularidades de cada caso. (CNCiv. y Com. Fed., Sala 3ª, 14/11/89, Paján, Luis O. c/Gob. Nac.)

En la sentencia del 20 de mayo de 2002 el Tribunal de Roma, a fin de justificar la consideración del daño por luto al fijar el resarcimiento, el juez recuerda una famosa sentencia de Miguel de Unamuno, según la cual, lo que distingue al ser humano de los demás animales es que vela a sus muertos:

el sentimiento de desconsolada postración que surge de la pérdida de un ser querido es en tal medida fisiológico y connatural a la esencia humana, que el mito y el arte han forjado ejemplos inolvidables de ello: los mitos de Antígona, de Cástor y Pólux, de Orfeo y Eurídice, de Admeto y Alcestes; el Lamento de Jacopone da Todi, la Pietà de Miguel Ángel, la Mamma Roma de Pier Paolo Pasolini.

Mosset Iturraspe (1985), desde un enfoque médico, expresa:

Restan como daños morales los denominados “puros”, los relacionados con la “parte afectiva del

patrimonio moral”: dolor, tristeza, soledad, ansiedad, disgusto, temor por las consecuencias definitivas, por los tratamientos, padecimientos nacidos de éstos y de las intervenciones quirúrgicas, del proceso de curación, etc. (p. 231)

b. Daño al proyecto de vida

El tratadista que mayores alcances doctrinarios ha aportado a este tema es el maestro sanmarquino Carlos Fernández Sessarego. Ontológicamente, se ha afirmado que el hombre es libertad. Pero que esta libertad exige ser exteriorizada en las diferentes relaciones intersubjetivas, hacerse “vida de la libertad”, con la finalidad que la libertad ontológica pueda cumplirse en la realidad como “proyecto de vida”.

Fernández Sessarego (2002), al desarrollar el tema, expresa:

Es decir, que la libertad que somos, se proyecte al mundo exterior como acto, conducta o comportamiento, dada su vocación de realizarse, de concretarse. Esta fenomenalización de la libertad es el “proyecto de vida”. Más adelante, precisa: El “proyecto de vida” supone el ejercicio de una decisión libre del ser humano. El “proyecto de vida” significa la presencia de la libertad que somos en la realidad o experiencia de la vida comunitaria. Es su expresión fenoménica. A través del “proyecto de vida” se vive una decisión libre, se cumple un destino, se justifica una razón de ser: “soy el que decidí ser”, “vivo como decidí vivir”, “hago lo que decidí hacer”. (pp. 63-65)

El maestro Fernández Sessarego (2002), al referirse al “proyecto de vida”, sostiene:

En él se juega su destino, se centran sus más caras aspiraciones, su más íntima vocación. El “proyecto” le otorga un sentido a su vida. En el “proyecto de vida” se hace realidad la libertad: es el ejercicio mismo de la decisión libre. De ahí que un daño que atente contra el proyecto de vida, que lo frustre, lo retarde o lo menoscabe, incide en el hontanar mismo de mi ser. Es, por ello, un daño radical. A menudo, es irreparable. A raíz de su frustración, se origina un vacío existencial, difícil de suplir o sustituir por otro proyecto. Esta frustración genera procesos de honda depresión, de pérdida del sentido de la vida. Esta situación, que cala en lo más profundo de la existencia, puede conducir a la evasión mediante la adicción a las drogas y, en casos límite, hasta el suicidio. (p. 51)

En esa línea argumentativa, el jurista peruano (2002), más adelante precisa:

El “daño al proyecto de vida”, en cambio, es un daño que lesiona nada menos que la libertad del sujeto en cuanto se traduce objetivamente en la realización personal. El daño incide, precisamente, en el proyecto existencial por el cual optó la persona en tanto ser libre. El daño al proyecto de vida no es, por consiguiente, un daño psicosomático, que afecta primariamente el soma o la psique de la persona. Es de advertir, sin embargo, que para lesionarlo se debe afectar previamente alguna de tales esferas o determinados aspectos de las mismas. (p. 55)

Fernández Sessarego (1998), afirma:

Se designa como “proyecto de vida” el rumbo o destino que la persona quiere darle a su vida, es decir, el radical sentido

existencial derivado de una previa valoración. El ser humano, en cuanto ser ontológicamente libre, decide vivir de una u otra manera, vivenciar preferentemente ciertos valores, escoger una determinada actividad laboral, perseguir ciertos e importantes objetivos. (p. 183)

2.4. ALCANCES DOCTRINARIOS DE LA TEORÍA TRADICIONAL O DUALISTA Y DE LA TEORÍA MODERNA O MONISTA

Conforme se ha venido desarrollando *in extenso* a lo largo del presente trabajo de investigación, el Código Civil vigente ha acogido la tesis tradicional o dualista de la responsabilidad civil, regulando la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones en el libro VI de las obligaciones, siendo su norma fuente el artículo 1321. En referencia a la responsabilidad civil extracontractual o *aquilliana* lo ha normado en el libro VII de la fuente de las obligaciones, siendo su norma base el artículo 1969 del Código Civil. La piedra angular del enfoque de la teoría tradicional o dualista parte en sostener que en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones el daño emerge de una violación a un deber específico (relación jurídica obligatoria, que normalmente es un contrato, es por ello, el *nomen iuris* de responsabilidad civil contractual); en contrapartida, en el caso de la responsabilidad civil extracontractual o *aquilliana*, el daño emerge de la trasgresión a un deber genérico de no causar daño a otro.

En esta línea argumentativa, se puede sostener que el principio de tipicidad rige para los casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones;

en cambio, para casos de responsabilidad civil extracontractual rige el principio de atipicidad, conforme lo prescrito por el artículo 1969 del Código Civil, aquel que mediante dolo o culpa causa daño a otro está obligado a indemnizarlo. En la responsabilidad civil extracontractual la repercusión de los alcances en la reparación de los daños se ha visto extendida a esferas impensables, basta pensar en daños genéticos o los que pudieran ocasionarse por efectos de pandemias, como la Covid—19 que tantos estragos han causado en el orbe, como sería el caso específico de revelar datos sensibles (personas contagiadas) por parte de terceras personas no autorizadas (Muñoz, 2020).

Los puntos de convergencia de ambos regímenes de responsabilidad civil, en primer término, radica en que ambas pretenden el resarcimiento integral del daño, es decir, fijada su atención en la víctima —sin que ello constituya una mirada miope de la responsabilidad civil— procuran el resarcimiento integral de la víctima, indemnizando toda la esfera de daños posibles (patrimoniales: daño emergente y lucro cesante; y, extrapatrimoniales: daño a la persona y daño moral). Una de las grandes conquistas de la responsabilidad civil que tiene su auge en la revolución industrial de fines del siglo XIX, a través de los primeros accidentes ferroviarios, es ser un mecanismo de tutela civil que busca, en principio, propender al *status quo ex ante* del evento dañoso y, cuando ello no fuera posible, una

indemnización equitativa que abarque todos los daños sufridos por la víctima.

Otro punto de convergencia entre ambos tipos de responsabilidad civil es que requieren de los mismos presupuestos para su configuración: imputabilidad o capacidad de imputación, antijuricidad o ilicitud, factores de atribución, relación de causalidad o nexo causal y el daño. Cada uno de estos presupuestos los hemos desarrollado líneas *ut supra*. El daño es el elemento principal de ambos tipos de responsabilidad, pues, no hay responsabilidad civil si no hay daño; o, dicho de otra manera, basta la presencia de un daño para que exista la obligación de indemnizarlo; sin embargo, en ambos tipos de responsabilidad civil se exige una causalidad (para el caso de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones una causa inmediata o próxima; y, para casos de responsabilidad civil extracontractual se exige una causa adecuada); asimismo, en ambos tipos de responsabilidad civil puede presentarse el *casus*, es decir, la ruptura del nexo causal.

2.4.1. Alcances de la teoría tradicional o dualista

La tesis dualista fue acogida por el Código Civil Francés de 1804, bajo la interpretación de los artículos 1137, referente a la obligación de velar por la conservación de la cosa, sea que el contrato tenga

por objeto la utilidad de una de las partes, sea que tenga por objeto su utilidad común, somete a quien tiene la guarda, a prestarle todos los cuidados de un buen padre de familia y 1383 del Code, que prescribe que cada uno es responsable del daño que él ha causado no solo por su hecho sino también por su negligencia e imprudencia. La doctrina francesa clásica estableció una dualidad del concepto de culpa: culpa contractual y culpa extracontractual, siendo esta distinción el fundamento para regir la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual. La culpa contractual parte del supuesto de la preexistencia de un vínculo jurídico (relación jurídica obligatoria, contrato), situación que no sucede en la culpa extracontractual, en la cual la propia culpa hace nacer la obligación, teniendo la carga de la prueba el propio dañado de la culpa.

Esta tesis establece que las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho pueden ser reguladas por ley (normas de orden público) o por el contrato (normas de orden privado). Bajo esta corriente de pensamiento, a la responsabilidad civil contractual se la ubica dentro de las obligaciones, *máxime* si el contrato es la principal fuente de obligaciones; en cambio, a la responsabilidad civil extracontractual se la ubica en el libro de fuentes de las obligaciones. Esta tesis es la acogida por el Código Civil de 1984.

Desde un punto de vista formal, es fácil diferenciar lo que es una responsabilidad contractual y lo que es una responsabilidad extracontractual, dado que la primera nace del incumplimiento de una obligación, mientras que la segunda nace de la comisión de un acto ilícito (Alpa, 2006, p. 125).

Quienes acogen esta tesis sostienen que las diferencias sustanciales entre ambos tipos de responsabilidad civil, parten de la naturaleza de las normas violadas por cada una; asimismo, sostienen que ambos tipos de responsabilidad cumplen funciones diferentes, la responsabilidad civil contractual se fundamenta en el principio de cooperación respecto a una expectativa que ha quedado frustrada y en la responsabilidad civil extracontractual se presenta una situación de solidaridad social que procura la reparación del daño.

Juan Espinoza (2002), haciendo una crítica a esta tesis, precisa:

No debería afirmarse, de manera excluyente, que en una hipótesis se ha conculcado un deber genérico y en la otra un deber específico, porque en ambas están presentes deberes genéricos y específicos. En mi opinión, el problema no se encuentra en el hecho de aplicar tal o cual régimen de responsabilidad que, en buena cuenta, se centra en juzgar maniqueístamente la conducta del agente dañoso, sino en

proporcionar a la víctima un medio jurídico eficaz para reparar adecuadamente el daño ocasionado. (p. 42)

A. Diferencias entre la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y la responsabilidad civil extracontractual

De acuerdo a la regulación del Código Civil de 1984, acogiendo la tesis tradicional o dualista de la responsabilidad civil, entre ambos tipos de responsabilidades hay diferencias, a continuación, desarrollamos escuetamente las principales diferencias:

a. Graduación de la culpa

En la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones se regula la culpa inexcusable (“negligencia grave”), conforme a lo prescrito en el artículo 1319 del Código Civil, incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación; asimismo, se regula la culpa leve (“omisión de diligencia ordinaria”), conforme a lo prescrito en el artículo 1320, 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. En los casos derivados de responsabilidad civil extracontractual o

aquiliana, no hay graduación de culpa, limitándose el artículo 1969 del Código Civil a prescribir que responde quien causa un daño a otro actuando a título de dolo o culpa.

b. Relación de causalidad

En cuanto a la relación de causalidad o nexo causal, en los casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones se exige una causa próxima, así lo ha prescrito el artículo 1321 del Código Civil, al normar que 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.

Por su parte, en casos de responsabilidad civil extracontractual se exige la presencia de la causa adecuada, conforme a lo prescrito por el artículo 1985 del Código Civil, la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

c. Daños resarcibles

Conforme se ha señalado, en casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, conforme a lo prescrito en los artículos 1321 y 1322 del Código Civil, son resarcibles daños patrimoniales (daño emergente, lucro cesante) y extrapatrimoniales (daño moral).

Para el caso de la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, conforme lo ha normado el artículo 1985 del Código Civil, son resarcibles daños patrimoniales (daño emergente, lucro cesante) y extrapatrimoniales (daño moral, daño a la persona).

d. Intervención de terceros

En casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, conforme a lo prescrito por el artículo 1325 del Código Civil, el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario. En la esfera de la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, conforme a lo regulado en el artículo 1981 del Código Civil, se establece la

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

e. Prescripción

El plazo prescriptorio para casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones es de 10 años, conforme a lo prescrito por el artículo 2001, inciso 1 del Código Civil. En contrapartida, para casos derivados de responsabilidad civil extracontractual el plazo prescriptorio es de dos años, conforme a lo regulado en el artículo 2001, inciso 4 del Código Civil.

2.4.2. Alcances de la teoría moderna o monista

Frente a la tesis tradicional o dualista se presenta una corriente de pensamiento moderna que comulga con la tesis monista o unitaria de la responsabilidad civil. Desde 1896 Lefebvre criticó la distinción de la clasificación de culpa contractual y culpa extracontractual, bajo el influjo del Código Napoleónico, afirmando que solo existe un tipo

de culpa: la de naturaleza delictual y, por consiguiente, la responsabilidad civil debe girar en torno a ella (Lefebvre, 1886, p. 60). Otra de las críticas a la tesis clásica o tradicional es afirmar que no existe diferencia entre la ley y el contrato, teniendo como fundamento que la ley es el contrato social, bajo el influjo de Jean—Jacques Rousseau y el contrato es ley entre las partes.

Juan Espinoza (2002), al criticar esta postura, sostiene:

Como se puede observar, el juicio crítico que merece la posición monista es severo, por cuanto, si bien se puede compartir la unidad del tratamiento de ambas responsabilidades, los fundamentos que se utilizan para tal efecto, son insostenibles. Sin embargo, ubicándola dentro de su contexto histórico, esta corriente “influyó sobre los defensores de la dualidad, quienes fueron cambiando de parecer y adoptando criterios mucho menos radicales”. (p. 44)

Dentro del vasto territorio de la responsabilidad civil encontramos dos provincias, separadas por una frontera académica antes que real, la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y la responsabilidad civil extracontractual o *aquilliana*. En esta línea argumentativa, se debe precisar que la tesis moderna o unitaria apunta a una unificación de ambos tipos de responsabilidades, atendiendo que tienen como fin último alcanzar la reparación integral de la víctima; asimismo, cuentan con los mismos presupuestos, habiendo entre ellas tan solo una diferencia de matiz, como por

ejemplo los plazos de prescripción (en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones es de 10 años; mientras que, en la responsabilidad civil extracontractual de dos años), los factores de atribución (en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones es la culpa y en la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana* es la culpa y el riesgo creado) o el nexo causal (en la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones se exige una causa inmediata y directa; mientras que, en la responsabilidad civil extracontractual, una causa próxima y adecuada) (Taboada, 2001, p. 35).

En consecuencia, no existe argumento válido que justifique el por qué ante un mismo hecho dañoso, generador de un mismo tipo de daño, puedan aplicarse regímenes de responsabilidad civil diferentes, con cobertura de daños distintos.

En consecuencia, diferenciar la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones de la responsabilidad civil extracontractual conlleva a desconocer el elemento primordial y convergente en ambos tipos de responsabilidad: el daño. La función del Derecho ante un evento dañoso —sea que su origen se encuentre en la violación de un deber específico, como un contrato, o emerja de la violación de un deber general de no causar daño a otro— es propender a su reparación

integral. En definitiva, más que atender al daño, se busca centrar la atención en el dañado.

Juan Espinoza (2002), en pro de la tesis monista o moderna de la responsabilidad civil, sostiene:

La discusión sobre la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual es bizantina, por cuanto, en ambas se produce un daño y el derecho debe intervenir para repararlo. No importa el origen del daño, sino cómo solucionar sus consecuencias. No importa el agente dañoso sino el dañado. (p. 51)

2.5. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN ENTIDADES DE SALUD PÚBLICA

La responsabilidad civil médica implica “la obligación que tiene el médico de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios e involuntarios dentro de ciertos límites y cometidos en el ejercicio de su profesión”. Tiene fundamento en los principios generales de la responsabilidad, según los cuales “todo hecho o acto realizado con discernimiento, intención y libertad genera obligaciones para su autor en la medida en que provoque un daño a otra persona” (Yungano, Bolado, Poggi, & Bruno, 1986, p. 26).

La responsabilidad civil médica recae en todo tipo de profesional de salud. El Reglamento de la Ley de Trabajo Médico, aprobado por el Decreto

Supremo N 024–2001–SA, que regula el trabajo profesional del médico–cirujano, en su artículo 5, reconoce “como acto médico toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Ello comprende los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de estos”.

La responsabilidad civil médica puede presentarse en entidades de salud pública o privada; respecto a la entidad pública, se puede contrastar con la casación N 1312–2018 de la Sala Penal Transitoria de Huancavelica, donde en su fundamento decimoquinto señaló “el artículo 6 del Reglamento de la Ley de Trabajo Médico manifiesta que el médico–cirujano asume responsabilidad legal por los efectos del acto médico y el Estado garantiza las condiciones necesarias para su cumplimiento. No podrá ser obligado a ejercer el acto médico, si las condiciones de infraestructura, equipo o insumos no garantizan una práctica médica ética e idónea, con arreglo al Código de Ética del Colegio Médico del Perú, tomando como referencia las disposiciones sobre acreditación hospitalaria, salvo aquellos actos médicos exigidos por la atención de un paciente en situación de emergencia”. Esta responsabilidad legal no es otra que la responsabilidad civil médica (contractual o extracontractual) según la naturaleza que la genere.

La naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos, entiéndase por estos también a los prestadores de salud, podrá ser contractual o extracontractual, mientras se proteja el interés legítimo de la víctima a la cual se ha causado daño. Siendo su responsabilidad siempre subjetiva, al responder por el ejercicio doloso o culposo de su actividad (Valdivia Rodríguez, 2018, p. 1). Es decir, existe una unificación sobre el tipo de naturaleza de responsabilidad civil médica, optando por la tesis unitaria; la cual brinda una mejor protección a la víctima; en cuanto a la responsabilidad subjetiva del evento dañoso es menester señalar que ésta se da dentro de la esfera contractual como extracontractual, por la cual la teoría unitaria es la más idónea para este tipo de responsabilidad médica.

La Ley General de Salud, prescribe 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)”; mientras que “para los establecimientos de salud, llámese hospitales, clínicas y postas médicas, esta responsabilidad es objetiva”; bastando que el paciente perjudicado alegue dolo o culpa del prestador de salud, para que dicho dolo o culpa se presuman, correspondiendo a este la prueba en contrario, o sea, demostrar la inexistencia de dolo o culpa en su conducta (Valdivia Rodríguez, 2018, p. 1).

Nuevamente se puede evidenciar los rasgos similares de ambos tipos de responsabilidades que la Ley General de Salud señala en función de la responsabilidad civil médica; sin embargo, a nivel de la basta jurisprudencia nacional, no llegan a tener un criterio uniforme; más aún si a nivel doctrinario se consideran iguales debido a sus presupuestos jurídicos (daño, antijuridicidad, factor de atribución y nexo causal); por lo que la tesis unitaria es la más idónea para determinar la responsabilidad civil médica a favor de la víctima.

En el caso de emergencias hospitalarias, el artículo 3 de la Ley General de Salud señala que “toda persona tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico—quirúrgica de emergencia cuando la necesite y mientras subsista el estado grave de riesgo para su vida o su salud”. Es decir, sea un centro médico público o privado, la ley no hace distinción al igual que la responsabilidad civil médica no la hace; por lo que la responsabilidad civil abarca centros médicos públicos o privados. No hay que olvidar el aforismo jurídico *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, el cual significa “donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir”.

El doctrinario Cieza Mora (2013) refiere que el paciente se encuentra en una situación de asimetría informativa con respecto al médico y a la

estructura sanitaria por lo que la carga de la prueba debe estar en la clínica o en el médico para acreditar la ausencia de culpa (p. 56). Es decir, la tesis unitaria abarcaría y ayudaría a las víctimas a obtener una justa y adecuada responsabilidad civil médica, mejorando la asimetría informativa, en igualdad de información.

García Huayama (2015) nos menciona sobre la deprimente situación en la que se encuentra la salud pública en el Perú, señalando que los daños de las víctimas no solo dependen del médico que las trata sino también de la infraestructura en la que desarrolla su actividad. A su vez, agrega que los principales problemas de nuestro sistema de salud son los siguientes: hospitales con limitaciones de infraestructura y equipos, sin capacidad para renovar; instituciones con insuficientes recursos humanos para una correcta atención y servicio, existiendo sobreoferta de pacientes; déficit personal médico que hace que el trabajo en los hospitales sea recargado, entre otras (p. 14).

Si bien es cierto, los hospitales públicos a diferencia de las clínicas particulares o privadas, no cuentan con una infraestructura moderna y adecuada para la atención de los pacientes, generando que algunos pacientes opten por un establecimiento médico privado, no implica que dichos hospitales sean inmunes de responsabilidad civil médica. Pues

como se estableció líneas arriba, los hospitales al igual que los médicos son responsables.

Respecto a ello, Cieza Mora (2013) precisa que los daños médicos no solamente corresponden al dolo o a la culpa de los dependientes de la estructura sanitaria, sino también a la falta de capacidad organizativa de la propia estructura, lo que amplía el radio de acción para exigir el resarcimiento. Existiendo responsabilidad médica de los hospitales como personas jurídicas.

Según el artículo 48 de la Ley General de Salud 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.

Para García Huayama (2015) la primera parte del artículo 48 de la Ley General de Salud establece un supuesto de responsabilidad indirecta, en mérito a la cual el centro de salud asume responsabilidad objetiva y solidaria por los daños y perjuicios que causa el personal bajo su dependencia; agrega el autor que resulta aplicable tanto en supuestos contractuales como extracontractuales (p. 42). De lo señalado se puede también concluir que la responsabilidad de un centro médico, sea este público o privado, así como la responsabilidad del médico o personal asistencial de apoyo puede darse dentro de la esfera contractual y extracontractual (teoría unitaria) siendo la finalidad resarcir los daños infligidos a la víctima.

CAPÍTULO III

DISCUSIÓN Y CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

3.1. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

3.1.1. Análisis jurisprudencial de procesos de responsabilidad civil médica

Habiendo desarrollado los aspectos doctrinarios de la teoría tradicional o dualista y de la teoría monista o moderna de la responsabilidad civil médica, corresponde realizar un análisis crítico de la jurisprudencia nacional desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de la República que coadyuve a ver el tratamiento dado a esta institución jurídica. De manera preliminar, se debe señalar que nuestra jurisprudencia todavía tiene arraigo en los lineamientos de la tesis tradicional o dualista en procesos de responsabilidad civil; sin embargo, se constata una tendencia hodierna para comulgar con la tesis moderna o monista.

Algunos atisbos de la tesis moderna o monista de la responsabilidad civil la encontramos en nuestra jurisprudencia nacional que, acogiendo la tesis de la opción, que permite a la víctima elegir entre

la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones o la responsabilidad civil extracontractual, conlleva a que los operadores jurisdiccionales, bajo la exigencia del principio del *iura novit curia*, recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, procuren la reparación integral del paciente o de sus familiares, *máxime* si se atiende que en ambos tipos de responsabilidad se requiere de los mismos presupuestos, existiendo entre ellas solamente diferencias de matiz.

A continuación, se muestran los expedientes y sentencias casatorias expedidas por la Corte Suprema del Perú que han acogido la tesis monista o moderna de la responsabilidad civil:

Tabla 1

Jurisprudencia sobre responsabilidad civil médica

N°	JURISPRUDENCIA	HALLAZGO
01	Expediente N° 34-1998-Arequipa	La demanda importaría una de responsabilidad extracontractual, pero apreciando su contenido estaríamos también frente a una demanda sobre incumplimiento de contrato por servicios profesionales, como ha sostenido al final la parte demandada; sin embargo, examinando minuciosamente los hechos se puede advertir que en el contrato verbal sobre prestación de servicios

		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 daño a otro, lo que, tal como lo admite la doctrina, ingresa obviamente en la esfera de la relación extracontractual como es el caso de la conducta negligente del médico tratante.
02	Casación N° 1312-1996-Lambayeque	Para responsabilizar la actividad de un médico y en general toda actividad de prestación de salud, aun sea en casos de responsabilidad objetiva, el demandante tiene que acreditar la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del demandado y la producción del daño.
03	Expediente N° 12103391	Colectomía izquierda al intestino que fue realizada por el Doctor J.D.R. (...) ampara su pretensión en los artículos del Código Civil referidos a 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 tiene bajo sus órdenes a otro, esta figura es recogida en nuestro ordenamiento por el Código Civil (resolución de fecha 21 de junio de 1994).
04	Expediente N° 173-95-Lima	En aplicación de lo previsto por el numeral 1981 del Código Civil, la Clínica debe responder por dichos daños, que también estas han sido ocasionadas con exención de dolo y culpa, siendo atendida en

forma adecuada por los médicos de la clínica, en forma pronta y oportuna. Que siendo así la demanda deviene en amparable, de conformidad con los artículos 1320, 1981 y 1985 del Código Civil. (...) FALLO: (...) deberá pagar por todo concepto indemnizatorio la suma de cinco mil quinientos dólares americanos con intereses a partir de la interposición de la demanda y cubrir el monto de 3755.88 dólares americanos (...) para el tratamiento médico especializado para la recuperación de las zonas afectadas de la demandante (...) (resolución de fecha 21 de diciembre de 1995).

-
- 05 Casación N° 4751-2009-Lima Todo supuesto de responsabilidad civil ya sea contractual o extracontractual, requiere la existencia de cuatro elementos concurrentes, tales como: i) la antijuricidad, la cual puede definirse como todo comportamiento humano que causa daño a otro mediante acciones u omisiones no amparadas por el derecho, por contravenir una norma, el orden público, la moral y las buenas costumbres; ii) el daño, que constituye la lesión a un interés jurídicamente protegido, sin daño o perjuicio no hay responsabilidad civil, puesto que el objetivo primordial de la misma es precisamente la indemnización o resarcimiento del daño causado; iii) nexos causal o relación causal, es la relación determinante del daño y el daño propiamente dicho; y, iv) los factores de atribución, que son aquellos que determinan la existencia de la responsabilidad civil. (fundamento tercero)

- 06 Casación N° 1468-2010-Ucayali No existe vicio alguno al haberse substanciado el presente proceso en la vía civil; tampoco en cuanto el *A quo* ha aplicado normas correspondientes a la responsabilidad civil extracontractual, siendo pertinentes al caso *sub litis* las normas contenidas en la Sección Sexta del Libro séptimo, Fuentes de las Obligaciones, del Código Civil. Además, debe considerarse que la responsabilidad civil es una sola, siendo la reparación del daño el aspecto que debe orientar la actuación del órgano jurisdiccional en un caso como el de los autos. (fundamento quinto)
-
- 07 Casación N° 4922-2010-Lima De conformidad con un sector de la moderna doctrina y para el caso materia de juicio, debe concebirse la responsabilidad civil como una institución única, existiendo solo algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En tal sentido, aun cuando nuestra legislación civil se adhiere al sistema tradicional (en que se regula por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil), ello no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, y que se estudie ambas clases de responsabilidad sobre la base de elementos comunes. La actual regulación de nuestro Código Civil no puede ser impedimento para estudiar el sistema de la responsabilidad civil desde una óptica unitaria, más aún cuando la prolongación indefinida

del conflicto afectaría los derechos de las partes.
(fundamento octavo)

-
- 08 Casación N° 1417-2010-Lima La responsabilidad civil es una sola, existiendo dos aspectos distintos, la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo ambas como común denominador la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados. (fundamento cuarto)
-
- 09 Casación N° 220-2013-Lima La entidad impugnante sostiene que se ha aplicado indebidamente el artículo 1981 del Código Civil pues dicha norma es de aplicación para la institución de la responsabilidad civil extracontractual y no para la civil contractual, como resulta del presente caso. Sin embargo, la responsabilidad solidaria que le corresponde asumir a la entidad hospitalaria no se produce en estricto por el incumpliendo de un contrato, sino por el acto dañoso causado por el médico al no actuar con diligencia media quien mantiene una relación contractual con la mencionada entidad, en ese sentido la infracción normativa material en este extremo corresponde ser declara infundada. (fundamento sexto)
-
- 10 Casación N° 1544-2013-Pasco La finalidad de la responsabilidad civil es resolver conflictos entre particulares como consecuencia de la producción de daños, por ello durante mucho tiempo se ha debatido en la doctrina el problema referido a la unidad de la responsabilidad civil como sistema normativo, que según el criterio tradicional debe mantenerse como ámbitos separados la

responsabilidad civil contractual de la responsabilidad extracontractual, en la medida que el origen del daño causado difiere en un caso y en el otro, siendo ésta posición actual del Código Civil peruano que ha regulado por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil. (fundamento octavo)

La doctrina moderna, aunque no en forma unánime considera que la responsabilidad civil es única y que si bien existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, por lo que no obstante que aun cuando el Código Civil se adhiere al sistema tradicional, ello no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola y que es la reparación del daño el aspecto que debe orientar la actuación del órgano jurisdiccional, en consecuencia, la diferenciación entre responsabilidad contractual y extracontractual no es determinante para otorgar indemnización por daños y perjuicios, ya que conforme se señaló la responsabilidad civil es una sola. (fundamento noveno)

11 Casación N° 3449-2014-Ica Este Supremo Colegiado ha sostenido en reiteradas jurisprudencias que de conformidad con la moderna doctrina, la responsabilidad civil debe concebirse como una institución única y si bien existen algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, ello no es impedimento para que se entienda que la

responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola, pues no obstante que nuestro Código Civil se adhiere al sistema tradicional, es la reparación del daño el aspecto que debe orientar la actuación del órgano jurisdiccional. (fundamento octavo)

La actual regulación de nuestro Código Civil no puede ser impedimento para estudiar el sistema de la responsabilidad civil desde una óptica unitaria. Por consiguiente, estando a tal concepción, carece de relevancia el hecho que en la sentencia de vista ahora impugnada se haya establecido la existencia de responsabilidad contractual (...), porque la parte demandante ha señalado en forma clara y precisa el petitorio de su demanda y los fundamentos que la sustentan, al solicitar una indemnización por daños y perjuicios por el fallecimiento del padre de sus hijos en ejecución de labores para las cuales no había sido contratado; y si bien la accionante ha invocado normas sobre responsabilidad extracontractual, es el juez quien debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil; por lo que en el caso de autos corresponde a la Sala Superior resolver el fondo de la controversia. (fundamento noveno)

12 Casación N° 1318-2016-Huancavelica En el campo de la inejecución de obligaciones, el daño moral resulta equivalente a la noción conceptual del daño a la persona, es decir, hay que

entenderlo de manera amplia como aflicción o sufrimiento, daño a la integridad psicosomática y daño al proyecto de vida, de lo que sigue que cualquier pedido que se realice por daño moral deberá tener en cuenta tal situación. (fundamento sétimo)

Nota: Fuente, expedientes y sentencias casatorias expedidas por la Corte Suprema del Perú.

3.1.2. Procesos judiciales de responsabilidad civil médica

En la presente tesis se han analizado 11 procesos judiciales de responsabilidad civil médica tramitados en el Distrito Judicial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca para visualizar las confusiones que genera la asunción de la tesis tradicional o dualista, por parte de abogados y magistrados; y, la pertinencia de la aplicación de la tesis monista para dirimir casos de *mala praxis* médica, conforme se detalla en Tabla 2.

Tabla 2

Análisis de procesos judiciales sobre responsabilidad civil médica

N	Expediente	Responsabilidad Civil		Fundamentación Jurídica		Auto admisorio	
		Contractual	Extracontractual	Contractual	Extracontractual	Contractual	Extracontractual
01	Expediente N° 532-2019 Primer Juzgado Civil de Cajamarca	X		Art. 1457	Art. 1969, 1970, 1985	X	
S.P.	DTE: Wynny Fiorella Martos Colona. DDO: Servicios de Salud Los Fresnos S.A.C., Nancy Bonilla Vda. De Olivares.						
HALLAZGO: Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil contractual. La actora acudió al Centro de Salud demandado para que sea atendida su menor hija, el médico tratante estableció un diagnóstico errado y la trató por supuesta crisis nerviosa, aplicándole un inyectable para después ser derivada a su casa. Al día siguiente, nuevamente es internada por dolores de cabeza, pérdida de conocimiento, no control de su cuerpo, convulsiones, la menor entró en coma profundo, posteriormente, el doctor ordenó que se la traslade de emergencia al Hospital Regional de Cajamarca. El mismo día, el emergenciólogo y neurólogo le diagnosticaron hemorragia cerebral, por tanto, tuvieron que trasladarla a la ciudad de Lima.							
02	Expediente N° 1486- 2017	X		Art 1882	Art.1969,1981,	X	

Tercer Juzgado Civil de Cajamarca		1985	
S.P. DTE: María Salomé Montoya Navarrete			
DDO: Seguro Social de Salud Cajamarca – ESSALUD			
HALLAZGO: Indemnización de daños y perjuicios ocasionados por negligencia médica al haber sido intervenida quirúrgicamente en tres oportunidades, la primera, fue por histerectomía, la cual le provocó incontinencia urinaria debido a que no le colocaron el insumo correspondiente a la operación (malla top) ya que el establecimiento de ESSALUD no contaba con ello, posteriormente, se le realizó una segunda intervención en donde se le instaló el insumo, operación médica que no fue realizada correctamente continuando con incontinencia urinaria, es así, que se le programa una tercera intervención quirúrgica en donde se corrigió la implantación del insumo colocado, a consecuencia de dichas intervenciones se le detectó una fístula vesícula vaginal, provocando daños a su salud.			
Expediente N° 444-2017			
03	Segundo Juzgado Civil de Cajamarca	X	Art. 1969, 1970, 1983,1984 y 1985
S.P. DTE: Sharon Ayleen Sánchez Alvarado			
DDO: Hospital II ESSALUD de Cajamarca, Luis Namuche Farroñal			
HALLAZGO: Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados post parto. La demandante sufre de incontinencias fecales por el motivo que, en el parto, al momento de coser la parte vaginal con vía a la mucosa			

anal, se hizo una mala intervención quirúrgica, la actora abandonó su trabajo de odontología por el motivo de que, ante cualquier movimiento, le ocasiona incontinencia fecal.

04	Expediente N° 161-2005				
	Tercer Juzgado Civil de Cajamarca	X	Art. 1183, 1186	Art. 1981, 1984	-----
S.P.	DTE: Leonardo Sangay Santillan				
	DDO: Clínica Limatambo S.A.C.				
HALLAZGO: Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil contractual ocasionada por la atención de parto en la clínica demandada, alegando negligencia médica por la obstetra de dicha clínica, debido a un diagnóstico errado confirmando que su embarazo ya estaba a término, ante lo cual la intervinieron de inmediato, suministrándole misoprostol, debido a ello, el parto tuvo que ser inducido, la obstetra rompió la fuente con una aguja provocando el parto, consecuentemente, nació el bebé antes de tiempo, lo cual le produjo serias complicaciones y la muerte del neonato.					
05	Expediente N° 1754- 2013	X	Art. 1457		X
	Primer Juzgado Civil de Cajamarca				
S.P.	DTE: Alia María Vásquez Mejía				
	DDO: Clínica San Francisco de Asís S.A.				

HALLAZGO: Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil contractual, a consecuencia de una operación por laparotomía explorativa a la menor hija de la demandante, conforme a su evolución médica se presentaron diversas molestias como dolores frecuentes con intensidad de leve a severa, posteriormente, presentó un cuadro de fiebre y malestar general, diagnosticándole un proceso inflamatorio en la zona de la operación, todo ello, debido a una *mala praxis* en la intervención quirúrgica por parte del médico tratante por el olvido de una gasa estéril en la operación dentro de la paciente.

06 Expediente N° 790-2006

Primer Juzgado Civil de
Cajamarca

X

Art. 1970, 1981,
1983 y 1985

X

S.P. DTE: Cecilia De Rocío Vigo Gil

DDO: Clínica Limatambo S.A.C.

HALLAZGO: Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual, el doctor al realizar el control prenatal no se percató que el ritmo cardíaco no era el adecuado por lo que no tomó medidas para el parto, el día del parto, el bebé se encontraba con DIPS-II (mal del corazón), además de haber sufrido atrapamiento de hombros por lo cual presento asfixia, se lo derivó a la ciudad de Lima, en el transcurso del viaje, personal médico no tomó las medidas necesarias para el abastecimiento de oxígeno necesario por el tiempo de vuelo, por tal motivo, el doctor optó por entubar y dar respiración AMBU, por el mal procedimiento, causó sangrado de boca, nariz y lesiones en el pulmón. Al llegar a la ciudad de Lima, el bebé se encontraba con asfixia severa por atrapamiento de hombros, trauma obstétrico, cardiopatía congénita, hemorragia intraparenquial cerebral, acidosis metabólica descompensada,

trastorno de coagulación, paro cardiorrespiratorio y riesgo de sepsis por maniobras de reanimación y procedimientos invasivos, optando por realizarle una intervención quirúrgica la cual no resistió, falleciendo.

Expediente N° 561-2016

07	Tercer Juzgado Civil de Cajamarca	X	Art. 1969, 1981 y 1985	X	X
----	-----------------------------------	---	------------------------	---	---

S.P. DTE: Teodoro Aguilar Acuña

DDO: Hospital II ESSALUD de Cajamarca, Coansa del Perú Ings. S.A.C.

HALLAZGO: Indemnización de daños y perjuicios derivada de responsabilidad civil extracontractual, demanda *mala praxis* médica en la elección de operación de apendicitis aguda y no una operación por oclusión intestinal por bridas y adherencias que padecía.

Expediente N° 601-2013

08	Primer Juzgado Civil de Cajamarca	X	Art. 1148, 1152, 1172, 1220 y 1882	Art. 1969, 1985	X
----	-----------------------------------	---	------------------------------------	-----------------	---

S.P. DTE: Jorge Alberto Vigo Pastor

DDO: Rubén Jorge Chilón Mendoza, Clínica Limatambo S.A.C.

HALLAZGO: Indemnización de daños y perjuicios derivada de responsabilidad civil contractual, el demandante sufrió un accidente de tránsito que le causó dolor, deformación y limitación funcional de su pierna derecha y tobillo izquierdo, siendo trasladado a la clínica demandada donde recibió tratamiento quirúrgico, luego de cuatro meses, presentó un aumento de volumen en las zonas afectadas y los dolores persistían, optando por ir a la ciudad de Lima en donde se internó y se le brindó el tratamiento adecuado.

	Expediente N° 243-2015			
09	Segundo Juzgado Civil de Cajamarca	X	Art.1969,1970	-----
S.P.	DTE: Carlos Antonio Paz Rodríguez			
	DDO: Hospital Regional de Cajamarca, Procuraduría del Gobierno Regional Cajamarca.			
HALLAZGO: Indemnización de daños y perjuicios derivada de responsabilidad civil extracontractual, la demandante acudió al Hospital Regional ya que se encontraba con amenaza de parto prematuro, en la sala de dilatación dio a luz —sin ayuda de ningún doctor y enfermera— quedando su bebé entre su ropa interior, además nació con el cordón umbilical envuelto en el cuello quedándose así por más de quince minutos, posteriormente, la salud del bebé se agravó al límite de amputarle los dedos.				
	Expediente N° 1238-			
10	2015 Tercer Juzgado Civil de Cajamarca	X	Art.1969,1983	X
S.P.	DTE: Sandra Judith Rojas Montoya			
	DDO: Enzo Renato Bazualdo Fiorini, Clínica Limatambo S.A.C.			
HALLAZGO: Demanda de indemnización por responsabilidad civil extracontractual, la demandante se realizó una operación estética, al transcurrir los días, los dolores de la operación fueron aumentando, es por eso, que se dirige nuevamente a la clínica demandada				

para que la revisen, el doctor le mencionó que los dolores eran debido a la recuperación óptima de la paciente; sin embargo, fue intervenida por segunda vez en la ciudad de Lima para corregir los errores del médico tratante.

11 Expediente N° 642-2011

X

Segundo Juzgado Civil
de Cajamarca

Art. 1969, 1985

S.P. DTE: Lorenzo Meléndez Enco

DDO: Hospital Regional de Cajamarca

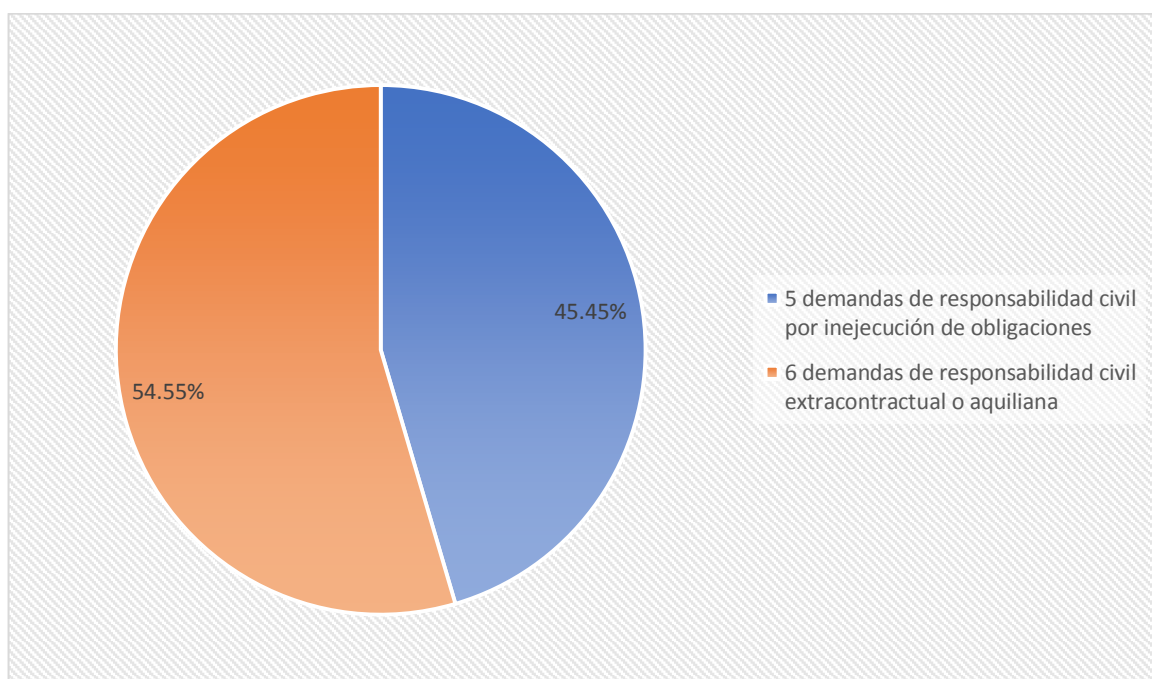
HALLAZGO: Indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil extracontractual, la demandante ingresa al hospital demandado para ser intervenida de una operación (cesárea), horas después, el galeno tratante prescribe que se le realice transfusión de una unidad de sangre; sin embargo, por responsabilidad del personal de salud, hicieron la transfusión de sangre grupo A + que no le correspondía, por esta razón, causan la muerte de la accionante.

Nota: Procesos judiciales de responsabilidad civil médica tramitados en el Distrito Judicial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca.

3.1.3. Análisis de procesos judiciales de responsabilidad civil médica

Figura 1

Procesos judiciales de responsabilidad civil médica en Cajamarca

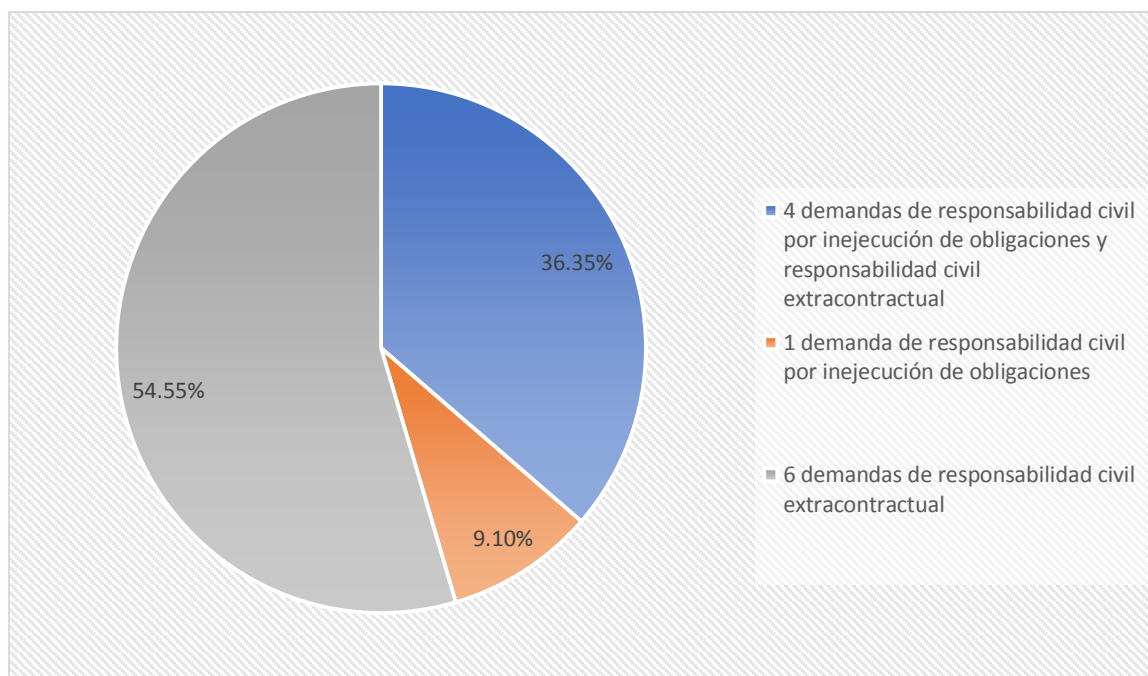


Conforme se ha evidenciado del análisis de los 11 expedientes tramitados en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, tanto los abogados litigantes como los jueces indistintamente tramitan los procesos de responsabilidad civil médica bajo el régimen legal de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y de la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*; asimismo, se acredita que la fundamentación jurídica de las demandas presentadas tienen su fundamento tanto en dispositivos normativos de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y responsabilidad civil extracontractual.

En tal sentido, de los 11 procesos analizados, cinco demandas que corresponden al 45.45% fueron tramitadas bajo el régimen legal de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones (cabe precisar que los abogados peticionan responsabilidad civil contractual) y seis demandas que corresponden al 54.55% fueron interpuestas peticionando responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*. Es decir, se puede demostrar que indistintamente se tramitan procesos de responsabilidad civil médica en ambos regímenes legales de responsabilidad civil.

Figura 2

Fundamentación jurídica de las demandas



Asimismo, se puede advertir que, respecto a la fundamentación jurídica, en cuatro procesos judiciales que corresponden al 36.35% los abogados

fundamentan sus demandas de responsabilidad civil médica bajo el régimen legal de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y responsabilidad civil extracontractual; un proceso que corresponde al 9.10% ha sido sustanciado bajo el régimen legal de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y seis procesos que corresponden al 54.55% han sido tramitados bajo el régimen legal de la responsabilidad civil extracontractual. Es decir, se evidencia que en la mayoría de procesos judiciales los abogados han tramitado sus demandas bajo normas que no son propias de la responsabilidad civil médica y, en varios procesos, han fundamentado indistintamente con normas de ambos tipos de responsabilidad civil.

3.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que les permiten a los jueces la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil médica son:

3.2.1. Cumplir el rol tutelar del juez optimizando el principio tuitivo de la reparación integral de la víctima

A nivel de jurisprudencia nacional, en el expediente N° 12103391 se puede contrastar que se demanda por responsabilidad civil por

inejecución de obligaciones; sin embargo, la pretensión no solamente se basa en la inejecución de obligaciones sino en una responsabilidad vicaria, la misma que está regulada en el artículo 1981 del Código Civil, que corresponde a la responsabilidad civil extracontractual.

En el expediente N° 173—95—Lima se contrasta que —a nivel judicial— se mezclan los artículos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones (1320 Código Civil) con los artículos de responsabilidad civil extracontractual (1981 y 1985). Demostrando con ello, que ambas tienen matices muy similares y que su diferenciación en materia médica no es tan determinante, pues lo único que le interesa al juzgador es reparar el daño de la víctima de manera integral.

En la casación N° 4751—2009—Lima se hace explícita referencia a los puntos de convergencia entre la tesis monista o moderna y la tesis tradicional o dualista, en primer lugar, precisa que para la concurrencia de ambos tipos de responsabilidad civil se requiere de los mismos presupuestos (antijuricidad, daño, nexo causal o relación de causalidad y los factores de atribución); asimismo, sostiene que basta que no se cumpla con uno de estos presupuestos para que se presente la imposibilidad de peticionar indemnización por daños y perjuicios.

Conforme se ha sostenido en el presente trabajo de investigación, el criterio que permite defender la tesis moderna o unitaria radica en que, en ambos tipos de responsabilidad civil, sea la que deviene de una inejecución de obligación (la Corte Suprema, siguiendo una costumbre jurídica, la mal denomina responsabilidad “contractual”, no considerando que el contrato no es la única fuente de obligaciones) o la que procede de una responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana* exigen la concurrencia copulativa de los mismos presupuestos.

De la casación N° 1468—2010—Ucayali se puede contrastar que la Corte Suprema de Justicia del Perú, en un caso que bajo el prisma de la teoría tradicional o dualista debería sustanciarse al amparo de las normas de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, atendiendo que el origen del evento dañoso proviene del contrato individual de trabajo, celebrado por el recurrente y la empresa demandada, para erradicar el cultivo ilegal de coca, postula que no existe incompatibilidad entre la tesis monista y la dualista, pues, precisa que los operadores jurisdiccionales de instancias inferiores no han cometido ni errores *in procedendo* ni errores *in iudicando* al haber sustanciado el presente proceso con normas de responsabilidad civil extracontractual, fundamentando su decisión en dos argumentos sólidos.

En primer lugar, explícitamente sostiene que la responsabilidad civil es una sola, es decir, sea que se acoja la responsabilidad civil por inexecución de obligaciones o la que deviene de la responsabilidad civil extracontractual, la técnica civil de la responsabilidad civil fija su atención en la víctima. En segundo lugar, justifica dicho fundamento en la finalidad que persigue ambos tipos de responsabilidad civil: la reparación integral de la víctima, esto es, el monto indemnizatorio deberá comprender los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y los extrapatrimoniales (daño a la persona y daño moral), indistintamente del tipo de responsabilidad civil del que se trate.

En la casación N° 4922—2010—Lima, la Corte Suprema del Perú postula la tesis moderna o unitaria, justificando tal decisión en la unidad de la teoría de la responsabilidad civil; en tal sentido, si bien es cierto, parte reconociendo que nuestro Código Civil ha recogido la tesis tradicional o dualista, pues, regula tanto la responsabilidad civil por inexecución de obligaciones como la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*; sin embargo, postula que ello no es impedimento para acoger la tesis unitaria o moderna, pues, en ambos tipos de responsabilidad civil se requiere de los mismos presupuestos para su configuración, existiendo entre ellas solamente diferencias de matiz.

En la casación N° 1417—2010—Lima, la Corte expresamente menciona que la responsabilidad civil es una sola, no solo porque, en ambos tipos de responsabilidad, se exige la concurrencia de los mismos presupuestos, haciendo énfasis en la antijuricidad, entendida como la vulneración al ordenamiento normativo, comprendiendo no solo la trasgresión a dispositivos normativos sino a principios y valores; en esta línea argumentativa, la Corte Suprema se aparta del criterio adoptado en otras sentencias que comulgan con la tesis monista que establecen como punto de convergencia el daño.

Asimismo, la Corte Suprema para justificar la tesis moderna o unitaria de la responsabilidad civil remarca el imperativo legal de indemnizar los daños causados, función principal de la técnica de la responsabilidad civil que procura, bajo el principio de integridad, indemnizar todos los daños causados, sean éstos de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial.

En la casación N° 1544—2013—Pasco se puede contrastar que la Corte Suprema del Perú hace un análisis exhaustivo del fin último de la responsabilidad civil, partiendo de la tesis clásica o dualista que justifica la bifurcación de la responsabilidad civil por el origen del evento dañoso. Así, se ha sostenido que, en casos de inexecución de obligaciones, el daño proviene de la trasgresión de un deber

específico: el vínculo contractual; mientras que, en caso de responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, el origen del evento dañoso proviene de la trasgresión de un deber genérico, esto es, basta la concurrencia del daño para que exista la obligación legal de indemnizar a la víctima.

Dando un salto cuántico, la Corte Suprema explicita que la tesis moderna o monista sostiene que la responsabilidad civil es una sola y que, en ambos tipos de responsabilidad civil, solo se presenta una diferencia de matiz; en esta línea argumentativa, precisa que; no obstante, nuestro Código Civil ha acogido la tesis tradicional o dualista, ello no es impedimento para comulgar con la tesis moderna, pues, la responsabilidad civil persigue como fin último la reparación integral de la víctima.

Asimismo, explicita que la diferenciación entre ambos tipos de responsabilidad civil (por inexecución de obligaciones o por responsabilidad civil extracontractual) no es óbice para otorgar indemnización por daños y perjuicios; en esta línea de razonamiento, la Corte Suprema ha acogido la tesis unitaria, pues, indistintamente del tipo de responsabilidad civil que se peticione, bajo los fundamentos de la tesis monista de la responsabilidad, los operadores jurisdiccionales deberían atender a la reparación integral de la víctima.

Del análisis de la casación N° 3449—2014—Ica se puede contrastar que la Corte Suprema del Perú postula explícitamente la tesis moderna o unitaria, criticando la tesis tradicional o dualista que ha sido acogida por el Código Civil de 1984, pues, no hay una razón suficiente para mantener esta separación. La Corte Casatoria motiva su decisión en el fundamento de la unicidad de la responsabilidad civil, sin perjuicio de afirmar que entre ambos tipos de responsabilidad civil se presentan diferencias de matiz; sin embargo, el fundamento primordial es la finalidad que se persigue, indistintamente del tipo de responsabilidad civil del que se trate, esto es, la reparación integral de la víctima que permita el resarcimiento de todos los daños infligidos a la víctima, sean estos de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial.

La Corte Suprema precisa que la actual regulación de la responsabilidad civil no es impedimento para acoger la tesis moderna, en otras palabras, para entender a la responsabilidad civil como única, pues, tener otro punto de vista conllevaría a olvidar el fin último de la técnica civil de la responsabilidad civil: reparación integral de la víctima. Asimismo, consideramos que la Corte Suprema fundamenta su decisión en el principio procesal del *iura novit curia*, recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, principio que obliga al operador jurisdiccional a aplicar el derecho que corresponde a la parte, sin perjuicio que haya sido invocado de

manera errónea. En esta línea de razonamiento, para los casos concretos de responsabilidad civil, el juez debería sustanciar el proceso indistintamente de si corresponda a una responsabilidad civil por inejecución de obligaciones o una responsabilidad civil extracontractual, pues, el fin último es resarcir todos los daños causados a la víctima.

En la casación N° 1318—2016—Huancavelica se puede contrastar que, el hecho de impedir el resarcimiento por un defecto en técnica legislativa genera un perjuicio a quien ha sido víctima de daño, lo que propiciaría situaciones evidentemente injustas que, frente a un mismo perjuicio y en igualdad de hechos, un demandante que siguió la ruta de la responsabilidad extracontractual obtenga mayor indemnización que uno que siguió el camino de la inejecución de obligaciones.

Como se ha podido contrastar, la duda surge en el campo de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones (responsabilidad contractual). Allí, como se ha indicado, la indemnización solo comprende el daño emergente, lucro cesante y daño moral. ¿Significa eso que en los supuestos que se perjudique la integridad psicosomática del individuo y su proyecto de vida no corresponde indemnizar, porque eso es, en realidad, daño a la persona? La única solución válida para quien ha sufrido perjuicios en su organismo por

una mala praxis médica, que repercute daño en su aspecto psíquico – corporal, solo puede consistir en una indemnización que comprenda al daño moral (aflicción, pena) y el daño al proyecto de vida (daño a la persona), pues la víctima recibe una reparación acorde con el daño sufrido. Lo contrario implicaría que, por cuestiones de formas, exista un conflicto de etiquetas conceptuales, y se le niegue a la víctima una indemnización justa, a quien le es irrelevante saber cómo se llama el daño.

Los dispositivos existentes en plano interpretativo como lo es la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones como extracontractual deben darse acorde con la necesidad de resolver un conflicto jurídico concreto (mala *praxis* médica) y la función que cumple la indemnización, la cual es la reparación integral de la víctima.

De los expedientes sobre responsabilidad civil médica tramitados ante los juzgados de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca se puede contrastar la existencia del problema jurídico, en donde abogados y jueces no determinan aún el tipo de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) ante casos de negligencia médica. Y a pesar de ello, los jueces generan fallos contradictorios que de una u otra manera propician la interposición de medios impugnatorios, en donde

a nivel del Tribunal Constitucional ya se tiene una línea marcada sobre el tipo de responsabilidad civil médica, la cual está en función de la teoría unitaria o monista; vale decir, solo existe un tipo de responsabilidad en casos de negligencia médica.

La responsabilidad civil médica tiene como finalidad el resarcimiento integral del paciente o de sus familiares, en caso, de fallecimiento. Ante un evento dañoso producido por el incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de la relación obligacional médico—paciente, la teoría de la responsabilidad civil propende a la reparación integral de la víctima, implicando el resarcimiento de los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) y daños extrapatrimoniales (daño a la persona y daño moral).

Conforme se ha desarrollado en la presente tesis, nuestro Código Civil de 1984 recoge la tesis tradicional o dualista de la responsabilidad civil que subdivide en dos ámbitos, por un lado, la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, regulado en el libro VI de las obligaciones para abarcar casos de responsabilidad civil que tienen su origen en el incumplimiento de un deber específico; por otro lado, la responsabilidad civil extracontractual o *aquilliana*, regulado en el libro VII del Código Civil de la fuente de las obligaciones para casos en los que el origen del evento dañoso sean consecuencia del

incumplimiento de un deber genérico, bastando que se cause un daño para que exista la obligación de indemnizar a la víctima.

El resarcimiento de los daños ocasionados al paciente, atendiendo a la tesis dualista, debería abarcar, conforme lo regula el artículo 1321 del Código Civil, daños patrimoniales, específicamente al daño emergente y lucro cesante y, en la categoría de daño extrapatrimonial, únicamente al daño moral, conforme lo prescribe el artículo 1322. En casos de responsabilidad civil extracontractual, considerando lo prescrito en el artículo 1985 del Código Civil, la reparación comprende, en el daño patrimonial, al lucro cesante y, en el daño extrapatrimonial, al daño a la persona y daño moral. La teoría tradicional no coadyuva a la reparación integral de la víctima, pues, no abarca la reparación de todos los daños en la esfera patrimonial y extrapatrimonial, pues, en cuanto a la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones —propia de la responsabilidad civil médica— no abarca el daño a la persona y, en referencia a la responsabilidad civil extracontractual, no abarca la reparación del daño emergente, como categoría del daño patrimonial.

El acogimiento de la tesis moderna o monista que es el postulado del presente trabajo de investigación, como faro orientador de los operadores jurisdiccionales para resolver casos de responsabilidad

civil médica, está acorde con las líneas directrices del principio de la reparación integral del paciente o de sus familiares, pues, independientemente del petitorio reclamado, sea que se haya demandado responsabilidad por inexecución de obligaciones (en la parte litigiosa, los abogados equivocadamente peticionan responsabilidad civil contractual médica) o responsabilidad civil extracontractual o aquiliana, atendiendo al principio del *iura novit curia*, el juez debe conducir el proceso judicial para alcanzar el resarcimiento integral del paciente o de sus familiares.

Al analizar los procesos judiciales de responsabilidad civil médica tramitados en el Distrito Judicial de la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, se evidencia que los abogados litigantes desconocen las categorías de la responsabilidad civil médica; en esta línea argumentativa, se debe explicitar que, en la mayoría de procesos, demandan por responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*. Entre el médico y el facultativo se genera un vínculo obligacional con prestaciones recíprocas, por parte del galeno, de brindar un servicio médico idóneo de acuerdo a los avances científicos; y, por parte del paciente, cumplir con cancelar los honorarios pactados en la forma acordada previamente; consecuentemente, ante cualquier evento dañoso, debemos demandar —atendiendo a los lineamientos de la tesis tradicional o dualista de la responsabilidad civil acogida por el

Código Civil de 1984— responsabilidad civil por inejecución de obligaciones.

Asimismo, constituye requisito de admisibilidad, conforme a lo prescrito en el artículo 424 inciso 5 del Código Procesal Civil, la claridad y consistencia del petitorio; sin embargo, los litigantes presentan pedidos incoherentes que no guardan relación ni con los fundamentos fácticos ni jurídicos. A glosa de ejemplo, en la mayoría de procesos, peticionan responsabilidad solidaria entre el galeno y el establecimiento sanatorio, es decir, equivocadamente aplican lo prescrito en el artículo 1981 del Código Civil, en el entendido que los médicos son dependientes de los establecimientos sanatorios. Conforme lo desarrollado *in extenso* en la presente tesis ha quedado demostrado que las normas a aplicar, según la teoría tradicional o dualista de la responsabilidad civil, para dirimir casos de responsabilidad civil médica, son las de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, por lo tanto, *a priori* no podría peticionarse responsabilidad solidaria entre el médico y la clínica o establecimiento médico; bajo el imperio de la tesis tradicional, la norma a aplicar es el artículo 1325 del Código Civil, el establecimiento médico que para prestar sus servicios se vale de terceras personas (médicos o personal sanatorio), responde por los daños causados por éstos, sea a título de dolo o culpa, salvo pacto en contrario.

Otro de los crasos errores, por parte de los abogados litigantes, consiste en peticionar, como pretensión accesorio el pago de intereses legales, computados a partir del evento dañoso. El artículo 1985 del Código Civil, en cuanto a la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, regula la posibilidad de peticionar el pago de intereses legales, si seguimos bajo el amparo de los alcances de la tesis dualista o tradicional, existe una indebida acumulación objetiva, pues, estando ante procesos que devienen por inexecución de obligaciones, en todos los casos de responsabilidad civil médica no se puede reclamar el pago de intereses legales.

Por otro lado, el análisis crítico de las casaciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú permite concluir que existe una tendencia para la asunción de la tesis moderna o unitaria de la responsabilidad civil, postura que el tesista ha desarrollado y defendido en la presente investigación científica, atendiendo que la responsabilidad civil fija su atención en la reparación integral del paciente o de sus familiares, procurando, en principio, volver al *status quo ex ante* del evento dañoso y, frente a casos en los cuales no se pueda lograr este objetivo, por ejemplo, por muerte o daños psicosomáticos irreversibles sufridos por el paciente, se busca que los operadores jurisdiccionales fijen indemnizaciones que coberturen toda la gama de daños, tanto patrimoniales como

extrapatrimoniales, alcanzando de este modo otro de los fines de la responsabilidad civil, desincentivar conductas por parte de médicos o establecimientos sanitarios que, ante montos indemnizatorios ejemplares, se verían constreñidos a ser diligentes en el servicio médico prestado.

En esta línea argumentativa, de las casaciones analizadas se colige que el principal fundamento para comulgar con la tesis moderna o unitaria de la responsabilidad civil es el fin que persigue, tanto la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones como la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, la reparación integral de la víctima. Asimismo, la Corte Suprema hace énfasis en indicar que para accionar ambos tipos de responsabilidad civil se requiere de la concurrencia de los mismos presupuestos, existiendo solamente entre ellas diferencias de matiz.

La Corte Suprema de la República también justifica la teoría monista o moderna de la responsabilidad civil en el principio del *iura novit curia*, recogido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, los operadores jurisdiccionales que deban resolver procesos de responsabilidad civil médica, ante petitorios mal formulados, ya sea por desconocimiento de la normativa de la responsabilidad civil o por la confusión entre ambos tipos de

responsabilidad civil, como sucede en la mayoría de procesos en donde los abogados litigantes peticionan responsabilidad civil extracontractual e incluso responsabilidad solidaria entre el médico y el establecimiento sanatorio, deberían reconducir el proceso para alcanzar el fin último de resarcir todos los daños ocasionados al paciente, tanto en la esfera patrimonial como en la extrapatrimonial.

La función jurisdiccional es preponderante en procesos de responsabilidad civil médica y exige una debida motivación de sus resoluciones, desde la etapa postulatoria al calificar la demanda, pues, *a priori*, no podría rechazar *in limine* la demanda sin que justifique su decisión a través de una motivación cualificada; en este punto, si se enfoca el tema desde un punto de vista puramente procesal, el juez si podría rechazar la demanda y declararla improcedente por la falta de conexión lógica entre el petitorio y los hechos y ello a causa de las confusiones que se genera por la tesis tradicional o dualista de la responsabilidad civil; sin embargo, atendiendo a los principios de reparación integral de la víctima y a que el juez conoce el derecho, consideramos que el juez debería reconducir el proceso de responsabilidad civil médica y propender a que se indemnice todos los daños ocasionados a la víctima, indistintamente.

En suma, podemos contrastar que existe una confusión para tramitar procesos de responsabilidad civil médica, los abogados justifican sus pedidos de indemnización de responsabilidad civil médica en normas de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y de responsabilidad civil extracontractual, confusión que se extiende hasta los magistrados, pues, califican las demandas sin mayor análisis de la teoría de la responsabilidad civil. Conforme ha quedado demostrado, tanto con el análisis de las sentencias casatorias como de los procesos judiciales de responsabilidad civil médica tramitados en el Distrito Judicial de Cajamarca, los petitorios de los procesos de responsabilidad civil médica no se enmarcan dentro de los alcances de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, pues, no se fundamentan en las normas propias del libro VI de las obligaciones.

La tesis unitaria o moderna de la responsabilidad civil médica conllevaría a superar estas disquisiciones procesales, pues, el juez podría reconducir los procesos de responsabilidad civil y establecer montos indemnizatorios que, en atención al principio de la reparación integral de la víctima, abarquen todo el haz de daños ocasionados al paciente.

3.2.2. Aplicar la responsabilidad civil solidaria entre el médico y los establecimientos sanitarios

En la esfera de la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, el artículo 1981 del Código Civil regula lo concerniente a la responsabilidad solidaria o subordinada, en una terminología ambigua pretende responsabilizar al autor directo e indirecto, desconociendo que siempre va a responder un autor, en tanto se cumpla con todos los presupuestos de la responsabilidad civil. *A priori*, en el campo de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, el Código Civil peruano no ha regulado este instituto jurídico; sin embargo, la responsabilidad civil también alcanza a los centros médicos cuando se trata de un contrato a favor de los pacientes y para cumplir con la prestación hayan intervenido médicos, conforme a lo prescrito por el artículo 1325.

En la Casación N 220—2013 de la Sala Civil Permanente de Lima se contrasta que existe nuevamente un conflicto normativo respecto al tipo de responsabilidad civil médica, pues para el juez de primera instancia en el conflicto de intereses existe una relación contractual; mientras para el juez de segunda instancia es una responsabilidad extracontractual, hecho que originaría la nulidad de la sentencia por incongruencia *extrapetita*. Asimismo, la entidad impugnante sostiene

que se ha aplicado indebidamente el artículo 1981 del Código Civil pues dicha norma es de aplicación para la institución de la responsabilidad civil extracontractual y no para la civil contractual. Sin embargo, la responsabilidad solidaria que le corresponde asumir a la entidad hospitalaria no se produce en estricto por el incumpliendo de un contrato, sino por el acto dañoso causado por el médico al no actuar con diligencia media quien mantiene una relación contractual con la mencionada entidad.

Para Cieza Mora (2013) el problema central cuando se presenta a la responsabilidad médica como un caso de responsabilidad civil contractual, es el referente a la carga de probar, pues de acuerdo con el artículo 1330 del Código Civil recaerá sobre el paciente dañado, lo cual es injusto (p. 62). Por lo que lo más pertinente es la aplicación de la teoría unitaria, es decir, aquella teoría que alberga ambos tipos de responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual en beneficio no del médico, clínica u hospital, sino en beneficio de la víctima, donde existe un perjuicio.

Del análisis de los procesos de responsabilidad civil médica tramitados ante los juzgados del Distrito Judicial de Cajamarca se colige que los abogados demandan responsabilidad civil solidaria entre el médico y el establecimiento sanatorio, desde un enfoque

pragmático, se justifica, pues se va a procurar indilgar responsabilidad a la parte que pueda responder con mayor solvencia económica, en el caso de la responsabilidad civil médica, antes que dirigir la pretensión contra el médico tratante se procura dirigirla a la clínica o establecimiento médico para lograr que los montos indemnizatorios puedan ser coberturados. Sin embargo, la responsabilidad civil solidaria no es aplicable para casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, por parte de los médicos o establecimientos hospitalarios, pues se encuentra normado dentro del libro VII del Código Civil correspondiente a las fuentes de las obligaciones.

En la mayoría de procesos, los abogados litigantes desconocen que también se puede responsabilizar a los establecimientos hospitalarios, no desde la normativa de la responsabilidad solidaria o vicaria, propia de la responsabilidad civil extracontractual; en esta línea argumentativa, se debe explicitar que el artículo 1325 del Código Civil regula lo concerniente al contrato en favor de un tercero. En consecuencia, desde la esfera de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, la clínica o establecimiento sanatorio es responsable por los hechos de los terceros que se valen para cumplir con su obligación, en casos de responsabilidad civil médica, los terceros vendrían a ser los médicos y personal de salud que han

cumplido directamente con la prestación médica a favor de los pacientes, respondiendo por los daños dolosos o culposos que hayan ocasionado.

Conforme lo indicado, existe la posibilidad que los establecimientos hospitalarios no respondan por los daños ocasionados por los terceros que hayan sido previamente contratados para prestar el servicio médico, siempre que hayan establecido un pacto en contrario. Esta práctica de liberación de responsabilidad es recurrente por parte de los establecimientos sanatorios, pues, a través de negocios jurídicos suscritos con los médicos se liberan de responsabilidad civil, aduciendo que solamente han arrendado el establecimiento o prestado el instrumental quirúrgico a los galenos, con ello quienes deberán responder exclusivamente por los daños causados son los profesionales de la salud.

Sin embargo, bajo la tesis de la apariencia, el paciente o sus familiares, podrían demandar también al establecimiento médico por cuanto, se entendería que el centro hospitalario avala con su staff de médicos especialistas, equipos y materiales quirúrgicos, pues, sería injusto pretender que el paciente tenga conocimiento de los contratos de exclusión de responsabilidad suscritos entre el establecimiento y los galenos; asimismo, los médicos, en la mayoría de las veces, no

tendrían la misma capacidad económica para responder por los daños ocasionados.

Siguiendo los postulados de la tesis moderna o monista de la responsabilidad civil médica, siendo los pilares que la sustentan los presupuestos comunes exigidos para ambos tipos de responsabilidad civil y el fin último que se persigue, la reparación integral del paciente o de sus familiares de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, no habría impedimento para solicitar la responsabilidad solidaria entre el médico tratante y el establecimiento sanatorio.

La primera justificación que se plantea es el grado de subordinación que existe entre el médico y el establecimiento hospitalario, subordinación que no es de carácter profesional, sino que emerge del vínculo contractual previo entre ambos para la prestación del servicio de salud hacia los pacientes, es decir, existe un grado de subordinación entre la clínica o establecimientos y los galenos, caso contrario, los facultativos no podrían brindar sus servicios dentro de las instalaciones sanatorias del centro médico. En esta línea argumentativa, el establecimiento de salud se convierte en garante de la prestación médica, en consecuencia, está obligado a un deber de elección para tener el cuidado y diligencia necesarios para contar con médicos especialistas y los equipos o insumos quirúrgicos necesarios,

incluso contar con material quirúrgico y equipos médicos en casos de emergencias; asimismo, cuenta con un deber de vigilancia que abarca todo el acto médico, desde los exámenes preliminares hasta el alta de los pacientes.

La tesis de la responsabilidad unitaria o monista, permite al paciente o a sus familiares exteriorizar su derecho de opción, es decir, podrán elegir indistintamente entre demandar por la vía de la responsabilidad por inejecución de obligaciones o de la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, consecuentemente, no habría impedimento para demandar responsabilidad solidaria entre el médico y la clínica o establecimiento de salud.

Asimismo, bajo el enfoque de la tesis monista o unitaria, la petición de responsabilidad solidaria se justifica por permitir al paciente o sus familiares cumplir con la carga de la prueba, conforme a lo prescrito por el artículo 196 del Código Procesal Civil, las partes procesales deben acreditar la existencia de sus alegaciones. Los pacientes o sus familiares se hallan, en la mayoría de los casos, imposibilitados de acreditar mala *praxis* médica, pues, cuando el error médico no es manifiesto, como sería el caso de olvido de instrumental quirúrgico, resulta una labor titánica acreditar la negligencia médica, *máxime* si se considera que la responsabilidad civil de los médicos o personal

sanitario es subjetiva, es decir, responden a título de dolo o culpa. Sin embargo, la clínica o establecimiento médico responden objetivamente, es decir, al considerarse la actividad médica como de riesgo o peligro, la clínica o establecimiento médico respondería por los daños ocasionados por los facultativos.

Los pacientes o sus familiares para asegurar el pago del monto indemnizatorio petitionado responsabilizan a la clínica o establecimiento sanitario, pues, tiene la mayor posibilidad para responder por los daños ocasionados por sus facultativos médicos en la prestación médica. La asunción de la responsabilidad solidaria conllevaría a garantizar la cobertura de los montos indemnizatorios, situación que no resulta tan perjudicial al establecimiento médico, pues, tiene el derecho de repetición contra el médico o personal de salud que ha ocasionado los daños, sea a título de dolo o culpa.

La tesis dualista o clásica resulta anacrónica para responsabilizar solidariamente al establecimiento médico y al paciente, pues, en casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, permite la exclusión de responsabilidad si se acredita que entre la clínica y los médicos tratantes hay un contrato previo que excluye de responsabilidad al establecimiento sanitario, limitándose solamente a arrendar el local o prestar los equipos médicos. En contrapartida, en

la responsabilidad civil solidaria, el Código Civil no excluye de responsabilidad a los autores directos e indirectos, basta acreditar subordinación o dependencia.

En el ámbito médico y atendiendo al resarcimiento integral de la víctima, la responsabilidad solidaria entre los facultativos médicos y establecimientos sanatorios resulta más apropiada para cumplir con dicho fin, pues, permitiría que los establecimientos médicos cubran los montos indemnizatorios, sin perjuicio, de su derecho de repetir contra el médico o personal de salud que ocasionaron los daños, sea a título de culpa o dolo.

3.2.3. Ampliar el plazo de prescripción hasta 10 años, conforme se ha normado en casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones

Una de las diferencias existente entre la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones y la responsabilidad civil extracontractual es el plazo prescriptorio, conforme lo normado en el artículo 2001 inciso 1 del Código Civil, la acción indemnizatoria por responsabilidad civil derivada de inejecución de obligaciones, tratándose de una acción personal, prescribe a los 10 años; sin embargo, en casos de responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, conforme a lo

regulado en el artículo 2001 inciso 4 del Código Civil, prescribe a los dos años.

Conforme se ha desarrollado en el presente trabajo científico, existiendo un vínculo obligacional entre el paciente o sus familiares y el médico tratante o el establecimiento sanatorio, las normas que regulan la responsabilidad civil médica pertenecen a la esfera de la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones. En consecuencia, el plazo prescriptorio es de 10 años y debería ser computado a partir de la materialización del evento dañoso.

Sin embargo, atendiendo al análisis crítico de las sentencias casatorias y los procesos judiciales tramitados en la Corte Superior de Justicia de Cajamarca, se concluye que los abogados al demandar procesos de responsabilidad civil médica en su fundamentación jurídica citan dispositivos normativos propios de la responsabilidad civil extracontractual, es decir, los jueces podrían tramitar los procesos de responsabilidad civil médica bajo la regulación de la responsabilidad civil extracontractual, por lo tanto, el plazo prescriptorio que se tendría que aplicar se reduciría a dos años. Esta situación vulnera los intereses de los pacientes o de sus familiares, pues, contarían con un plazo corto para poder accionar procesos de responsabilidad civil médica.

El plazo prescriptorio para la tramitación de procesos judiciales en procesos de responsabilidad civil es de capital importancia, pues, sin mayor fundamento, el Código Civil regula plazos totalmente diferentes para cada tipo de responsabilidad, no existe justificación para que la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones tenga un plazo prescriptorio extenso frente al plazo de prescripción de apenas dos años de la responsabilidad civil extracontractual. En esta línea argumentativa, si se atiende que ambos tipos de responsabilidad civil tienen los mismos presupuestos y apuntan al resarcimiento integral de la víctima, no existe justificación para continuar con la diferenciación de plazos prescriptorios, por lo tanto, se podría hacer cómputo del plazo prescriptorio más extenso de 10 años conforme lo tiene prescrito para casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones.

En los procesos de responsabilidad civil médica, atendiendo a la dificultad que se tiene para acreditar la responsabilidad civil del médico tratante o del personal de salud y de la clínica o centro hospitalario, se requiere contar con un plazo prescriptorio amplio; en tal sentido, incluso frente al equívoco en el trámite de procesos de responsabilidad civil médica sustanciados bajo las normas de la responsabilidad civil extracontractual, se debería optar por contar con

el plazo de 10 años, *máxime* si se considera que se trata de una responsabilidad civil por inexecución de obligaciones.

Se debe tener presente el punto de partida para el cómputo del plazo de prescripción es a partir de la realización u ocurrencia del acto médico dañoso; sin embargo, advertimos que se presentan serias dificultades para determinar cuándo se produce la consolidación del daño, pues, se ha demostrado que las consecuencias patológicas de un perjuicio médico pueden evolucionar durante años, por ejemplo, el sida, la hepatitis C transfusional.

La teoría monista o unitaria de la responsabilidad civil permitiría uniformizar el plazo prescriptorio que nuestra legislación nacional, sin justificación, ha diferenciado de acuerdo al tipo de responsabilidad que se trate, consideramos que el plazo de 10 años establecido para procesos de responsabilidad civil por inexecución de obligaciones permitiría a la víctima o sus familiares contar con un plazo razonable para accionar. En esta línea argumentativa, en casos de responsabilidad civil extracontractual, contar con dos años conllevaría a perjudicar el fin último de la reparación integral de la víctima, pues, no tendría la posibilidad de obtener todo el acervo probatorio para acreditar los casos de mala *praxis* médica.

3.2.4. Proyecto de ley sobre la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil médica



Proyecto de Ley N° _____

PROYECTO DE LEY

**LEY QUE MODIFICA EL ARTÍCULO 48 DE LA LEY GENERAL DE SALUD –
LEY N 26842, SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

FÓRMULA LEGAL DEL PROYECTO DE LEY

Artículo 1. Modificación:

Modifíquese el artículo 48 de la Ley General de Salud – Ley N 26842, el que quedará redactado en los términos siguientes:

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.

Se debe tener en cuenta que, para solicitar indemnización por daños y perjuicios, la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica pertenece a la teoría unitaria; es decir, la responsabilidad civil es una sola. En caso que, la parte afectada, o en su defecto, familiares o responsables lo soliciten de manera distinta (ya sea contractual o extracontractual), el juez del proceso deberá adecuar la pretensión en función del principio *iura novit curia* y del derecho de defensa.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La teoría de la responsabilidad civil médica tiene como fin último la reparación integral del paciente o de sus familiares, esta premisa debe orientar la labor jurisdiccional para dirimir casos de mala *praxis* médica y de los abogados litigantes que peticionan indemnizaciones. El Código Civil de 1984 acoge la tesis dualista o tradicional que bifurca la responsabilidad civil en dos territorios: responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, regulado en el libro VI Las Obligaciones y la responsabilidad civil extracontractual o *aquiliana*, regulado en el libro VII Fuentes de las Obligaciones; sin embargo, atendiendo que en ambos tipos de responsabilidad se requiere la concurrencia de los mismos elementos (antijuricidad, imputabilidad, factores de atribución, daño y nexo causal) y tienen como fin la reparación integral de la víctima, seguir comulgando con esta tesis no solo resulta anticuado, sino injusto, pues, entre ellas, solamente hay diferencias de matiz,

conforme lo sostiene la doctrina y jurisprudencia nacional que postulan y defienden la tesis moderna o unitaria que plantea la unicidad de la responsabilidad civil y su enfoque humanista hacia la víctima.

Como doctrina nacional que acoge la tesis unitaria o moderna, tenemos a Espinoza Espinoza (2002) quien manifiesta que para la configuración de ambos tipos de responsabilidad civil se requiere la concurrencia de los siguientes presupuestos: antijuricidad, imputabilidad o capacidad de imputación, factores de atribución, daño y nexo causal (p. 55). Pero hay posturas contradictorias, como la de Alpa (2006) quien manifiesta que es fácil diferenciar lo que es una responsabilidad contractual y lo que es una responsabilidad extracontractual, dado que la primera nace del incumplimiento de una obligación, mientras que la segunda nace de la comisión de un acto ilícito (p. 125). Lo cierto es que la doctrina no es uniforme respecto al tipo de responsabilidad civil médica.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, en la Casación N° 4922—2010—Lima en su fundamento octavo señaló que debe concebirse la responsabilidad civil como una institución única, existiendo solo algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Aun cuando nuestra legislación civil se adhiere al sistema tradicional (en que se regula por separado ambos aspectos de la responsabilidad civil), ello no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola.

Las Casaciones 1468–2010–Ucayali y 1417–2010–Lima consideran que la responsabilidad civil es una sola. Entendiéndose que la responsabilidad civil contractual y extracontractual tienen un común denominador como la antijuricidad y la finalidad de indemnizar los daños causados.

Igualmente, en la Casación N° 1544–2013–Pasco, en su fundamento noveno, señala que la doctrina moderna, aunque no en forma unánime considera que la responsabilidad civil es única y que si bien existen solamente algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, por lo que no obstante que aun cuando el Código Civil se adhiere al sistema tradicional, ello no es impedimento para que se entienda que la responsabilidad civil en el sistema jurídico es una sola.

Esta confusión sobre el tipo de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) en materia de responsabilidad médica no es un tema actual, pues su conflictividad a nivel de jurisprudencia se ha dado desde siempre, tal como lo señala el expediente N° 34–1998–Arequipa la demanda importaría una responsabilidad extracontractual, pero apreciando su contenido estaríamos también frente a una demanda sobre incumplimiento de contrato por servicios profesionales, este problema se da ante la conducta negligente del médico tratante.

Los procesos sobre responsabilidad civil médica actualmente no solo es un problema de criterios de jueces, pues existe una gran divergencia sobre el tipo de responsabilidad civil por parte de los abogados que tramitan su demanda como responsabilidad contractual (expediente 532–2019, expediente 1486–2017, expediente 161–2005, expediente 1754–2013, expediente 601–2013) y como responsabilidad extracontractual (expediente 48–2015, expediente 444–2017, expediente 790–2006, expediente 561–2016, expediente 243–2015, expediente 1238–2015, expediente 642–2011) no teniendo un criterio uniforme respecto de cómo se debe tramitar una demanda sobre responsabilidad civil médica.

Por lo que, ante dicho problema jurídico y normativo, el juez se ve en la imperiosa necesidad de adecuarla según su criterio (criterio que a nivel de jurisprudencia nacional tampoco es uniforme), que en pocos casos (ya sea mediante apelación o casación) establecen que la responsabilidad civil es una sola, y esto es lo más pertinente, pues lo que buscan con este criterio es resarcir a la víctima, lo cual es la finalidad primordial de la responsabilidad civil.

Siendo fundamental, el cambio normativo respecto al tipo de responsabilidad civil en materia de negligencia médica, evitando caer en vulneración de derechos como la tutela jurisdiccional efectiva y derecho a la defensa. Con ello, se logrará tener un criterio uniforme a nivel jurisprudencial a favor de la víctima.

ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

Se garantiza que la presente iniciativa legislativa no ocasionará gastos extraordinarios al Erario Nacional, por cuanto reducirá costos y cargas procesales, evitando procesos tediosos y largos los cuales generan una demora en el accionar judicial, pues mediante la implementación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil médica, estos procesos se realizarán de manera adecuada, evitando confusiones jurídicas en cuanto a su naturaleza, buscando como finalidad la reparación integral de la víctima.

CONCLUSIONES

1. Los fundamentos jurídicos que les permiten a los jueces la aplicación de la teoría unitaria de la responsabilidad civil en los casos de responsabilidad civil médica son: cumplir el rol tutelar del juez optimizando el principio tuitivo de la reparación integral de la víctima; aplicar la responsabilidad civil solidaria entre el médico y los establecimientos sanitarios; y ampliar el plazo de prescripción hasta 10 años, conforme se ha normado en casos de responsabilidad civil por inejecución de obligaciones.
2. La motivación en resoluciones de los jueces en procesos sobre responsabilidad civil médica en el Distrito Judicial de Cajamarca radica en atención del principio de reparación integral de la víctima, pues el juez conoce el derecho y reconduce el petitorio de la víctima para que la indemnización abarque todos los daños ocasionados indistintamente si se trate de una responsabilidad basada en la tesis dualista.
3. Los componentes de la teoría tradicional y unitaria de la responsabilidad civil que son eficientes para la tutela de los procesos de responsabilidad civil médica son la existencia de presupuestos comunes para su configuración, como la imputabilidad o capacidad de imputación, antijuricidad o ilicitud, factores de atribución, relación de causalidad o nexo causal y el daño; otro componente es que ambas teorías buscan la reparación integral del daño, y

en ambos tipos de responsabilidades puede existir la ruptura del nexo causal.

4. Se propone como proyecto de ley la modificación del artículo 48 de la Ley General de Salud – Ley N 26842, sobre responsabilidad civil médica la cual señala que, para solicitar indemnización por daños y perjuicios, la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica pertenece a la teoría unitaria; debiendo el juez adecuar la pretensión en función del principio *iura novit curia*.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a otros investigadores analizar la teoría unitaria de la responsabilidad civil en función del Tercer Pleno Casatorio Civil sobre la flexibilización de los principios de congruencia, eventualidad y preclusión procesal, para que se puedan extender sus alcances no solo a los procesos de familia sino también en materia de responsabilidad civil médica.
2. Se recomienda a otros investigadores el estudio de la responsabilidad civil médica desde un enfoque de la ciencia de la salud buscando con ello facilitar la solución de las controversias derivadas por una mala *praxis* médica, entendiendo que la responsabilidad civil es una sola y busca como fin la reparación integral de la víctima.
3. Se recomienda a los jueces unificar criterios jurisdiccionales sobre el tipo de responsabilidad civil derivada de una mala *praxis* médica, coadyuvando a tramitar procesos civiles con un respaldo normativo claro, evitando generar incertidumbre jurídica en las partes procesales.
4. Se recomienda a los abogados litigantes utilizar los mecanismos legales idóneos sobre el tipo de responsabilidad civil (por inejecución de obligaciones y extracontractual) en sus escritos procesales. Asimismo, tener claridad y coherencia entre la fundamentación fáctica y jurídica de la demanda, evitando la confusión a nivel judicial.

REFERENCIAS

- Achaval, A. (1983). *Responsabilidad civil del médico*. Editorial Abeledo Perrot.
- Acosta, V. (1990). *De la responsabilidad civil médica*. Editorial Jurídica de Chile.
- Alpa, G. (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad civil*. Jurista Editores.
- Atienza, M. (2017). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Balcázar, P., González, N., Gurrola, G., & Moysén, A. (2013). *Investigación cualitativa*. Universidad Autónoma del Estado de México.
<http://repositorio.minedu.gob.pe/handle/123456789/4641> <http://repositorio.minedu.gob.pe/handle/123456789/4641>
- Barchi, L. (2001). Responsabilidad civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia. *Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica*, (30).
- Bix, B. (2000). *La teoría del derecho natural. A companion to philosophy of law and legal theory*.
- Bunge, M. (2019). *Investigación científica: enfoque, método y evaluación*. Grijley; Fondo Editorial de la Universidad Enrique Guzmán y Valle.
- Bustamante, A. (1997). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Editorial Abeledo Perrot.
- Casación N° 849 - 1996 Arequipa. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (1996).
- Casación N° 99 - 1999 Lima. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (1999).

- Castaño, M. (1997). *El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica*. Temis.
- Castillo, M., & Céspedes, E. (2003). Características del contrato médico. *Revista Actualidad Jurídica*, Tomo 116.
- Cieza Mora, J. (2013). Nuestra jurisprudencia y la responsabilidad civil médica. Reflexiones sobre su aplicación. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 51-73.
- Ciuro, M. (2006). Aportes metodológicos a la filosofía del daño. En J. De Los Mozos, *Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Grijley.
- De Aguiar, J. (2003). El daño moral. En: *El Daño*. Editorial Jurídica Bolivariana.
- De la Puente, M. (2001). *El Contrato en general*. Palestra.
- De Trazegnies, F. (2001). *La Responsabilidad extracontractual*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Decreto Legislativo N° 295. Código Civil Peruano de 1984. Presidencia de la República del Perú (1984).
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00295.pdf>
- Decreto Legislativo N° 768. Código Procesal Civil Peruano de 1984. Presidencia de la República del Perú (1992).
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/00768.pdf>
- Espinoza, J. (2002). *Derecho de la responsabilidad civil*. Gaceta Jurídica.
- Fernández, C. (1992). *Derecho de las personas*. Editorial Cultural Cuzco.

- Fernández, C. (1998). Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual, *Themis*, (38), 179-209.
- Fernández, C. (2002). Daño moral y daño al proyecto de vida. *Revista Jurídica del Perú*, 43-60.
- Fernández, C. (2004). Aspectos jurídicos del “consentimiento informado” del paciente en la responsabilidad civil médica. En: F. Escobar, *Negocio jurídico y responsabilidad civil*. Estudios en Memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova, 695-820.
- Galán, J. (1999). *La responsabilidad civil del médico*. Jarpyo.
- García Huayama, J. C. (2015). La responsabilidad civil médica en el Perú. Aspectos básicos. *Derecho y Cambio Social*, 1-59.
- Hart, H. (1961), *El concepto del derecho*. Einaudi.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (1999). *Metodología de la investigación* (2.^a ed.). McGraw-Hill.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2003). *Metodología de la investigación* (3.^a ed.). McGraw Hill.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación* (6.^a ed.). McGraw Hill.
- Ley N° 26842. Ley General de Salud. Congreso de la República del Perú (1997).
<https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/256661-26842>
- Lorenzetti, R. (1986). *Responsabilidad civil de los médicos*. Rubinzal y Culzoni.
- Mazeaud, H., & Tunc, A. (1977). *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Ediciones Jurídicas Europa América.

- Mosset, J. (1985). *Responsabilidad civil del médico*. Astrea.
- Muñoz, H. (2020). Responsabilidad civil extracontractual derivada del tratamiento de datos sensibles sin el consentimiento de pacientes infectados con el COVID-19. *Revista Quaestio Iuris*, 281-298.
- Muntané, J. (2010). *Introducción a la investigación básica*. Liver Research Unit, Hospital Universitario Reina Sofía; Centro de Investigación Biomédica en Red de Enfermedades Hepáticas y Digestivas (CIBEREH o Ciberehd); Instituto de Salud Carlos III. Ministerio de Sanidad y Consumo; Instituto Maimónides de Investigación Biomédica de Córdoba.
- Peces-Barba, G (2000). *Derechos fundamentales*. U. Guadina.
- Pérez, R. (1985). *Responsabilidad civil del médico*. Editorial Universidad.
- Rabinovich, R. (1999). *Responsabilidad del Médico*. Astrea.
- Ródenas, Á. (2007). Validez formal y validez sustantiva. El encaje de la competencia material. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (30), 543-559.
10.14198/DOXA2007.30.47
- Sánchez, A. (2018). El método jurídico: diferentes líneas metodológicas y una propuesta de síntesis. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (21), 251-278. <http://rtfd.es/numero21/08-21.pdf><http://rtfd.es/numero21/08-21.pdf>
- Sánchez, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (14), 317-358.

[https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/05/11-](https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/05/11-14.pdf)

[14.pdf](https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/05/11-14.pdf)<https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/05/11-14.pdf>

Serrano, L., & Tejada, C. (1994). *Responsabilidad civil y del Estado en la prestación de servicios médico-asistenciales*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Taboada, L. (2001). *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley.

Trigo, F., & Stiglitz, R. (1991). *Derecho de daños*. La Rocca.

Valdivia Rodríguez, C. M. (2018, 8 de febrero). *Reflexiones sobre aspectos relevantes de la responsabilidad civil médica*. Pasión por el Derecho.

[https://lpderecho.pe/responsabilidad-civil-](https://lpderecho.pe/responsabilidad-civil-medica/#:~:text=La%20naturaleza%20de%20la%20responsabilidad,o%20culposo%20de%20su%20actividad)

[medica/#:~:text=La%20naturaleza%20de%20la%20responsabilidad,o%20culposo%20de%20su%20actividad](https://lpderecho.pe/responsabilidad-civil-medica/#:~:text=La%20naturaleza%20de%20la%20responsabilidad,o%20culposo%20de%20su%20actividad).

Witker, J. (2016). *La investigación jurídica* (3.^a ed.). Publilex.

Woolcott, O. (2002). *La responsabilidad civil de los profesionales*. Ara.

Yungano, Bolado, L., Poggi, & Bruno. (1986). *Responsabilidad profesional de los médicos*. Universidad.