

NUESTRA JURISPRUDENCIA Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. REFLEXIONES SOBRE SU APLICACIÓN

Jairo Cieza Mora^{αβ}

“Un exquisito don de humanidad es inherente a la vocación médica genuina; pero la manera de ejercitarlo es susceptible de infinitos grados y formas hasta lo sublime. En este respecto, el ideal de cultura es tender, cordialmente y sin asomo de alarde, a la perfección en el modo como se asiste y se hace el bien al paciente y a sus allegados, con el máximo de comprensión y miramiento de su alma, con el máximo de prudencia, de tacto, de prevención, de dulzura, de urbanidad; en una palabra, con un verdadero espíritu caballeresco” Honorio Delgado, “El Médico, La Medicina y el Alma”

1. OBJETIVO DEL PRESENTE ARTÍCULO

Esta parte de mi trabajo se centrará en la jurisprudencia nacional y extranjera para abordar los criterios de la responsabilidad civil médica tratados por los jueces y árbitros. En los casos que he podido revisar por ejemplo, en sentencias de jueces peruanos, se aprecia un notable desconocimiento de lo elemental en materia de responsabilidad civil con la consecuencia perniciosa para las víctimas de los daños de negligencia médica. Situaciones como la no distinción entre responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva que se acumulan de manera promiscua, o el no poder distinguir que la responsabilidad civil médica tiene naturaleza contractual en casos tan claros como la asistencia o la prestación de servicios por parte de una clínica, grafican lo antedicho sobre la carencia de sustento jurídico de las sentencias nacionales. En el mismo sentido, desconocer el significado del artículo 1762 del Código Civil referido a la solución de asuntos profesionales o problemas técnicos de especial dificultad y su correcta o razonable aplicación son situaciones que deben ser corregidas y enmendadas por la judicatura nacional. Si a lo antes descrito, que son criterios básicos en la materia de responsabilidad civil de los profesionales

^α Profesor de Derecho Civil en el Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en el pregrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Universidad de Lima. Profesor de Derecho y Literatura en la Universidad Antonio Ruíz de Montoya. Arbitro de la Cámara de Comercio de Lima. Socio del Estudio Capuñay & Cieza Abogados.

^β Para los valiosos médicos del Hospital Cayetano Heredia de cuyo esfuerzo denodado contra las adversidades fui testigo. En especial para Erico Cieza, Roger Hernández, Alberto Gómez y Hermino Hernández.

y de los médicos en particular, le sumamos el tiempo que demora un proceso judicial o arbitral, la dificultad probatoria de los damnificados, el desconocimiento y hasta la indiferencia para hacer un esfuerzo al momento de cuantificar los daños no patrimoniales por parte de los magistrados, el panorama se vuelve aún más desolador para las víctimas de los daños médicos y contra los propios médicos que ven en el proceso un tortuoso camino. Lo que pretendo en esta parte de mi investigación es abordar sentencias y analizarlas utilizando elementos de la primera parte de mi trabajo ya publicada¹. He podido observar directamente cómo es el padecimiento de las personas que han sufrido daños por negligencia médica, su dolor y sobre todo su impotencia para hacer justicia en un sistema que los absorbe y que no permite que concreten sus aspiraciones de lograr, al menos, cierta calma, al saber que el establecimiento de salud en donde fue dañado él o su familiar ha resarcido el daño y del mismo modo, el médico que cometió la negligencia ha sido ejemplarmente sancionado, con lo cual se logra la compensación aflictiva satisfactoria de la responsabilidad civil. No puedo dejar de mencionar que en nuestro país no existe un sistema de salud. Ésta es una circunstancia que no puedo omitir.

Existen valiosos profesionales de la salud altamente comprometidos con la salud de sus pacientes pero se ven confrontados a una realidad penosa y de ineficiencia estatal que genera una obstrucción de sus aspiraciones de enrumbar la medicina al cumplimiento de sus fines. Esta abdicación del Estado de su papel fundamental hace que los médicos valiosos migren a situaciones más acordes con sus necesidades materiales y en una gran cantidad de casos se conviertan en una pieza más de un sistema privado que ve en la rentabilidad el único incentivo para su desarrollo precarizando de esta manera la actividad médica. El Estado, sus funcionarios, sus empleados han abandonado la formación o el fortalecimiento de un sistema de salud y lo que existe es una inercia que se mantiene de la manera más descarnada y que no hace vislumbrar un cambio en la atención médica y una disminución de los eventos adversos o del accidente médico a tasas razonables.

2. LAS SENTENCIAS JUDICIALES MATERIA DE COMENTARIO²

¹ CIEZA MORA, Jairo, "La responsabilidad civil médica" Criterios de imputación (factores de atribución) y el dilema sobre su contractualización" en *Actualidad Jurídica*, Tomo 231, Febrero 2013, Gaceta Jurídica Editores p. 72- 89.

² Es bueno señalar que estas sentencias las pude obtener transcribiéndolas de la investigación presentada ante el IDIC por la Dra. Olenka Wolcott Oyague, y que, por algún motivo, no fueron publicadas. Algunas otras sentencias las he obtenido de los expedientes de grado que como jurado he podido obtener y de mi propia experiencia profesional. Si se quiere recurrir a otras sentencias recomiendo el trabajo de Juan Espinoza Espinoza (ESPINOZA ESPINOZA, Juan,

- **Exp. N° 148-95, resolución del 10.06.1996, 23° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, Materia: Indemnización, Demandante: Luz América Ramos Jiménez, Demandada: Clínica Ricardo Palma, Juez: Dra. Olga Palacio Tejada.**

En los considerandos se aprecia lo siguiente:

“ (...) por la pérdida de la visión del ojo izquierdo, y la mala operación realizada al ojo derecho al no colocarle el lente intraocular y no ser atendida clínicamente está a punto de perder el ojo derecho. (...)”

Según se lee en la parte considerativa (hechos) el actor *“Ampara su demanda en los artículos 1979, 1981 y 1985; solicita una indemnización de doscientos cincuenta mil dólares americanos (...)”*

Como se puede apreciar la demanda se basa en artículos de responsabilidad civil extracontractual, que tiene que ver con la responsabilidad civil de daños causados por animales (¿?), responsabilidad vicaria, y el daño a la persona entre otros aspectos de la responsabilidad extracontractual. Los servicios médicos fueron prestados en la Clínica Ricardo Palma por lo que la base normativa debió adaptarse a la responsabilidad civil contractual, tomando como sustento legal genérico los artículos 1321 y 1322 del Código Civil y como base para que la estructura sanitaria responda el artículo 1325 del Código Civil. Hay una tendencia en el caso de los demandantes de invocar normas de responsabilidad extracontractual cuando se trata de responsabilidad civil médica. Considero

en su libro *Derecho de la responsabilidad civil*, Editorial Rodhas, Undécima Edición, 2011), por ejemplo se hace mención a las siguientes:

- “(...) En Casación, la Sala Primera de la Corte Suprema de Lima, con fecha 31.10.96, se establece que la operación practicada por el médico es considerada como **actividad riesgosa** y que: “ante la producción de un daño, no es necesario determinar la culpa o el dolo del agente, pudiéndose afirmar que existe una especie de culpa virtual por el hecho de la utilización de la actividad riesgosa”. (...) con ello, simplemente “se disfraza una tentación objetivista que no quiere confesarse”. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, en su libro *Derecho de la responsabilidad civil*, Editorial Rodhas, Undécima Edición, 2011, p.727
- “ En casación, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con fecha 18.09.97, determina que se debe aplicar el art. 1969 c.c., por cuanto: “No se puede atribuir responsabilidad civil a los demandados por el ejercicio médico diligente prestado, por el simple hecho de considerársele una actividad riesgosa, por otro lado el riesgo al que se ha sometido la demandante no puede semejarse ser reputada en forma paralela a las actividades riesgosas o de peligro como son los accidentes de tránsito u otras similares” Espinoza Espinoza, Op. Cit. P. 727

que la institución que debe guiar la resolución de este caso es la inejecución de obligaciones. Es exigible a la clínica un deber de seguridad que corresponde a la responsabilidad contractual y que es diferente del deber genérico de no dañar, que es aplicable a la responsabilidad civil extracontractual. Los familiares del paciente celebraron un contrato con la clínica, en específico, un contrato de prestación de servicios médicos en donde la clínica se obliga a brindar una prestación de servicios idónea al paciente y al mismo tiempo éste se obliga a pagar la contraprestación a favor de la Clínica, por lo tanto y por donde se le mire nos encontramos ante una responsabilidad civil contractual o por inejecución de obligaciones, y no existe ninguna zona gris que haga aplicables la tesis de la opción (escoger entre los dos regímenes de responsabilidad) o del “cúmulo” (adaptar elementos de la responsabilidad civil, de ambos regímenes, de acuerdo con la conveniencia del dañado). No estoy de acuerdo con aquel argumento que considera que estamos ante el deber genérico de no dañar, pues la vinculación surge de un contrato y éste desplaza sus efectos y obligaciones derivadas del mismo no solamente a las prestaciones médicas en concreto sino también a los llamados deberes de seguridad o de protección que tiene la estructura sanitaria para con los pacientes. Los daños generados por el acto médico o los daños ocasionados por el accidente médico - este último que puede ser por un factor exógeno a la intervención del médico (infecciones intra hospitalarias por ejemplo) - deben ser considerados, desde mi punto de vista, también como daños derivados de una relación contractual. El hecho que la clínica actúe frente al paciente o sus familiares en calidad de deudora y que aquélla preste los servicios mediante terceros a su cargo, obliga a la estructura sanitaria a responder por los daños causados al paciente a título de responsabilidad objetiva pero indefectiblemente el régimen de responsabilidad a ser aplicado es el de la responsabilidad contractual.

- **Expediente Nº 12103391, resolución de 21.06.1994, 12º Juzgado Civil de Lima, Materia: Indemnización, Demandante: Silvia Urbina Márquez, Demandado: Clínica Santa Natalia y otros, Jueza Dra. Julia Martha Luyo.**

Los hechos expresados en la resolución señalan lo siguiente:

“Colectomía izquierda al intestino que fue realizada por el Doctor José Delgado Rojas (...) 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 (...)

Finalmente se establece un fallo que resuelve:

“FALLO: (...) pagar a la demandante la suma de dos mil nuevos soles, más lo correspondiente a costas y costos del proceso”.

En este proceso observamos que se demanda por responsabilidad civil contractual, lo que es correcto, sin embargo la pretensión no solamente se basa en la inejecución de obligaciones sino en una responsabilidad vicaria, la misma que se regula en el artículo 1981 del Código Civil en donde el principal responde por los hechos de su dependiente, precepto que corresponde a la responsabilidad civil extracontractual.

No se puede acumular artículos de responsabilidad contractual con otros de responsabilidad extracontractual. Si se quiso hacer responder a la Estructura sanitaria debió utilizarse, como ya hemos visto, el artículo 1325 del Código Civil en donde el deudor responde por los actos dolosos o culposos de los terceros a su cargo. Tengo mis dudas también de la responsabilidad solidaria invocada en la sentencia pues la solidaridad es característica de la responsabilidad vicaria del citado artículo 1981 del Código Civil³ (Tener a otro bajo sus órdenes) y no de la responsabilidad contractual por el actuar de los terceros a su cargo, tal como señala el artículo 1325 del Código Civil⁴, pues como sabemos la solidaridad no se presume sino que tiene que estar expresada en la norma o en la convención.

Otro aspecto que me llama poderosamente la atención es la indemnización establecida de S/. 2000.00 por el daño a la integridad de un paciente o por una negligencia grave como el olvido de una gasa en el cuerpo de una persona. No comprendo qué perverso criterio se ha tomado para fijar tal irrisoria suma que seguramente será pagada en “cómodas cuotas”, pero lo más probable es que el criterio sea inexistente.

³ **Art. 1981.-** “Aquél que tenga 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”

⁴ **Art. 1325:** “El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros , responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”

- **Expediente No. 1688-94, resolución del 26.10.1994, Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Materia: Indemnización, Demandante: Silvia Urbina Márquez, Demandados: Clínica Santa Natalia, Ángel Reaño Vásquez y José Delgado Rojas, Vocal Ponente Dr. Anchante Pérez**

En este expediente se aplica nuevamente la responsabilidad civil extracontractual, en concreto, la responsabilidad vicaria y se hace mención a la trascendencia probatoria de la historia clínica: *“(...) están obligados a responder solidariamente por la indemnización demandada conforme lo establece el artículo 1981 del Código Civil (...) La historia Clínica inicialmente mencionada, la misma que por ser un instrumento público produce fe respecto de la realidad del acto verificado conforme lo señala el artículo 409 del Código de Procedimientos Civiles. “*

Finalmente se *“(...) declara fundada la demanda (...) DISPUSIERON: que los co-demandados, Clínica Santa Natalia, Ángel Reaño Vásquez y José Delgado Rojas, paguen solidariamente en favor de la actora la suma de quince mil nuevos soles por todo concepto indemnizatorio; con costas; y los devolvieron; en los seguidos por Silvia Urbina Márquez.”*

Como apreciamos nuevamente se vuelve a invocar la responsabilidad civil extracontractual cuando a todas luces estamos ante un supuesto de responsabilidad contractual. Se pretende que la responsabilidad vicaria extracontractual es aplicable a los casos de responsabilidad civil médica en donde la clínica debe responder por los actos negligentes de quien esté bajo sus órdenes, lo cual no tiene asidero jurídico, pues la clínica tiene una relación obligacional frente al paciente o sus representantes y cualquier vulneración a los deberes de seguridad debe ser resuelta bajo las reglas de la responsabilidad contractual. Además en la responsabilidad contractual responde la Clínica contractual y objetivamente, mientras que el médico negligente responderá extracontractual y subjetivamente.

Otro aspecto tratado en la sentencia materia de comentario es el de la Historia Clínica, la cual es el documento que detalla cada uno de los actos que forman parte del procedimiento médico aplicable al caso concreto. La Historia Clínica permite comprender de manera minuciosa los antecedentes, el diagnóstico, las características, la probabilidad y los actos médicos a realizar y realizados al paciente. Por lo tanto se convierte en un documento fundamental, el principal, para poder probar las circunstancias que conllevaron a un evento adverso o a una mala praxis médica.

- **Expediente No. 1518, Resolución del 30.06.1995, Demandante: Augusto Díaz Castillo, Demandados: Clínica Maisón de Santé, Clínica Internacional, Materia: Indemnización,**

Los hechos son los siguientes: *“Con fecha 07 de julio de 1991 a la una y treinta de la madrugada su menor y único hijo Joel Enrique Díaz Martínez sufrió un accidente al caer desde la azotea de un inmueble en el cual se encontraban celebrando una reunión social, al enterarse de lo ocurrido lo socorrieron inmediatamente, encontrándose su menor hijo en estado consciente, lúcido y caminando perfectamente, luego de revisarlo notaron que tenía un hematoma en la cabeza (...) nos dirigimos a la Clínica Maisón de Santé (...) habiéndole solicitado al médico que le tomaran placas para descartar alguna lesión interna, no accediendo el médico a su pedido, pues él consideraba que era el médico y que sabía lo que tenía que hacer (...) indicándoles que su hijo tenía una lesión en la columna vertebral, cuarenta minutos después su hijo comenzó a quejarse de intensos dolores en el cuello (...) el médico que lo atendía, sin tomarle placas indicaba que era una fractura en la columna, lo que ellos le contradecían pues su hijo se movía y se paraba cuando el médico lo requería, es bajo estas circunstancias que el médico ordenó a la enfermera que le pusiera una inyección intramuscular que le calmara el dolor (...) se quedó dormido y a los cinco minutos le sobrevino fuertes convulsiones, ante esta situación el médico preguntó si el menor era alérgico a algún medicamento (...) en el transcurso de las horas su hijo continuaba con convulsiones (...) a las seis de la mañana dejó de convulsionar durmiendo aproximadamente 40 minutos, cuando dejó de roncar, inmediatamente avisaron a la enfermera, quienes se pasaban la voz de unos a otros para conseguir oxígeno. (...)”*

El desgarrador relato continúa: *“(...)A los pocos minutos sale el médico y nos dice que teníamos que ser fuertes porque nuestro hijo había fallecido de insuficiencia cardio-respiratoria, se le preguntó sobre el resultado de las placas, indicándole que había sido negativo, durante la noche no vio a su hijo ningún médico, no obstante que le habían manifestado que se habían contactado con el neurocirujano Jorge Dick Núñez Manrique, el que nunca llegó y el diagnóstico lo dio por teléfono; (...) hubo imprudencia al aplicar el anestésico que le causó la muerte a su hijo(...)”.*

Los argumentos jurídicos planteados por el demandante son articulados bajo la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual, como se aprecia a continuación:

“Con lo dispuesto en los artículos 1979 y 1981 del Código Civil, artículo primero del Decreto Ley diecinueve mil seiscientos seis (...) solicita se

declare fundada. (...) esta es absuelta por la Sociedad Francesa de Beneficencia Centro Hospitalario Maisón de Santé, que niega y contradice la demanda en todo sus extremos, pues su proceder no ha sido negligente, sino que la grave lesión cerebral que le ocasionó la muerte fue producida por la caída pues la lesión se encontraba en una zona quirúrgicamente inaccesible que solo puede ser detectada con equipos sofisticados como lo es un tomógrafo axial, que no se encontraba disponible en esa hora de la madrugada, y que aún en el supuesto de haberse detectado el hematoma Epidural no se hubiera podido lograr salvarle la vida al paciente siendo que la gravedad del daño es la que ocasionó la muerte y no la negligencia médica, pues ellos hicieron todo lo que estuvo a su alcance dentro de la ciencia médica, acto seguido procede a reconvenir para que los demandantes le paguen la suma de cien mil dólares americanos ya que ellos han obrado con diligencia y se ha emprendido en su contra una actitud injuriosa y difamatoria, sorprendiendo con versiones antojadizas a la prensa todo lo cual le causa un daño moral, (...) a la Clínica Internacional, quien niega contradice la demanda, pues su falta de atención se debió a que no tenían sus papeles completos, y como él mismo indica, el menor se encontraba consciente y caminando por lo que dicha clínica no ha incumplido con la Ley de atención de emergencias médicas (...)

La Corte sintetiza sus argumentos de la siguiente manera:

“(...) por lo expresado no queda sino establecer seguidamente, si realmente existe solidaridad entre las entidades demandadas (...)

*Por lo que no nos encontramos ante una concasualidad sino ante **daños sucesivos**, por la cual **cada uno debe responder independientemente**. (...) “el principal responde porque dado que realiza una actividad económica, tiene la posibilidad de difundir más fácilmente a través del sistema de precios el costo de estos accidentes inevitables, que se presentan en todo proceso productivo de bienes y servicios. Por consiguiente, no es que el principal sea culpable –real ni presuntamente– sino simplemente es el mejor vehículo para difundir estos costos sociales (...) FALLA: declarando improcedente la reconvencción formulada en el primer otrosí y fundada en parte la demanda (...)” (resaltado nuestro)*

Es de destacar esta sentencia de la Corte Superior que utiliza argumentos del análisis económico del derecho para otorgar una sentencia justa. Los argumentos de la Corte se basan en la responsabilidad objetiva de las estructuras sanitarias para lo cual esboza criterios de la teoría del riesgo, como, en este caso, el del riesgo de la empresa. Se comprende éste riesgo, argumentando que así como la empresa (médica en este caso) obtiene

ganancias y utilidades, como consecuencia de su actividad empresarial, por lo tanto tiene la posibilidad de incrementar el costo de la prestación de sus servicios, con lo cual puede cubrir los accidentes médicos que son consecuencia de la propia actividad. La Corte menciona el sistema de precios mediante el cual puede aumentar el costo de cada prestación médica para tener una utilidad mayor, este excedente, solamente estará destinado al pago de las indemnizaciones por los daños generados por la actividad empresarial médica. El sistema de precios es, pues, una forma de distribuir socialmente el riesgo entre la sociedad y es al que se refiere la sentencia materia de comentario. Me parece excesivo recurrir al sistema de precios explicado para justificar la atribución de responsabilidad a la estructura sanitaria. Creo que si tenemos un fundamento legislativo la sentencia debe invocarlo y desarrollarlo en su adaptación al caso concreto para tener una resolución coherente y orgánica. Otras modalidades de la distribución social del riesgo son los criterios del *deep pocket* y el *cheapest cost avoider*, así como el sistema de seguros. Desde esta perspectiva, la empresa médica está en una mejor posición para prever los daños⁵, está en una situación en la que le resulta más barato neutralizar los perjuicios generados al paciente, por lo tanto debe responder frente a los pacientes o a sus familiares. Esta sentencia llega a un resultado justo utilizando criterios de análisis económico del derecho lo cual me parece correcto, con la atinencia antes indicada, pues en donde pueda ser aplicable el Análisis económico del derecho (AED) como instrumento para llegar a soluciones satisfactorias es bienvenido.

Sin embargo la sentencia de la Sala Superior⁶ increíblemente refiere: *“El cadáver presentaba lesiones recientes consistentes en hematomas fronto-parietal derecho con escoriación central y con múltiples lesiones contusas en diferentes partes de su cuerpo, con predominio en la cabeza y tórax lumbar, que del protocolo de necropsia de fojas noventa y noventiuno aparece que el menor sufrió traumatismo de cabeza, fallecimiento por hematoma con fractura cerebral (...)”* Se continúa con los hechos señalando que: *“(...) que la historia clínica de fojas doscientos dieciocho y doscientos ochentidos, confirma que la causa de la muerte fue inmediata por hematoma epidural con fractura craneal (...) la clínica demandada cumplió con prestar el auxilio médico requerido, no apreciándose negligencia de parte del profesional y personal que lo atendió (...) las pruebas actuadas*

⁵ Sobre la Empresa Médica se puede revisar el documentado trabajo de LORENZETTI, Ricardo Luis, *La Empresa Médica*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Segunda edición ampliada y actualizada, 2011.

⁶ Exp. 1620, Resolución del 31.01.1996, Sala Civil de Lima, Materia Indemnización, Demandante: Augusto Díaz Castillo, Demandado: Clínica Maison de Santé, Clínica Internacional, Vocal ponente: Dr. Canelo Ramírez

acreditan la **ausencia de dolo y culpa de la emplazada clínica**⁷ (...) elementos que por virtud del artículo 1979 del acotado código civil resulta (sic) indispensable para la existencia de una relación obligatoria; que en cuanto a la co-demandada Clínica Internacional Sociedad Anónima consta que por escrito conjunto de los demandantes y la demandada (...) han transigido el pleito (...) fijando en quince mil Nuevos Soles como monto indemnizatorio (...) por lo que carece de objeto pronunciarnos en este extremo” En la parte resolutive de la sentencia se establece: “REFORMÁNDOLA: (...) DECLARA fundada en parte la demanda y ordena que la clínica internacional Sociedad Anónima pague a los demandantes quince mil nuevos soles. (...)”. (Resaltado nuestro)

Una de las cosas que llama poderosamente la atención en este caso es que se habla de una *ausencia de dolo o culpa* de la clínica. Esta aseveración es incoherente, la persona jurídica no puede responder por dolo o culpa, simplemente responde objetivamente, primero por el hecho de ser persona jurídica y por tanto no se le puede atribuir intención o negligencia y segundo porque responde por el actuar de los terceros a su cargo, es decir por el accionar negligente, imprudente o imperito de los médicos que tienen algún tipo de vinculación con la estructura sanitaria y que han generado el daño. No es correcto afirmar entonces que la clínica responde por dolo o culpa sino que sí es responsable, pero objetivamente y el autor directo del daño causado al paciente es el médico, técnico o auxiliar a cargo de la deudora o sea la estructura sanitaria.

Otro aspecto deleznable de la sentencia de Sala materia de comentario es el hecho que obvia lo señalado por la sentencia de vista en el sentido que el menor fue diagnosticado incorrectamente pues el médico dependiente de la clínica consideró que se trataba de una lesión a la columna vertebral y desestimó la sugerencia de los padres de hacerle los análisis que puedan descartar una lesión interna. Es decir hubo un acto de negligencia médica, una infracción a la obligación de seguridad y una vulneración a los deberes de protección al paciente menor de edad. El médico obvió que el menor se desplazaba con normalidad y por lo tanto era probable que la lesión a la columna no existiese y que la situación adversa se presente internamente dado el hematoma localizado en el cerebro. No es argumento de defensa válido señalar que no se contaba con tomógrafo axial para poder estar en capacidad de detectar la lesión cerebral, según la clínica, inubicable. Lo que no debió perderse nunca de vista es que un médico (tercero a cargo) omitió

⁷ Se refieren a la demandada Clínica Maison de Sante de la Sociedad Francesa de Beneficencia

cumplir diligentemente sus funciones frente a un paciente, por lo cual la estructura sanitaria (Maisón de Santé) debió responder civilmente.

- **Exp. 173-95, Resolución de 21.12.1995, Sexto Juzgado Civil de Lima, Materia: Indemnización, Demandante: Gladys Cavero Schang, Demandado: Clínica San Pablo, Juez: Dra. Natividad Chaupis Huaranga**

En este proceso la pretensión es la siguiente: *“Doña Gladys Gálvez Cavero Schang contra la Clínica San Pablo, a fin que cumpla con pagarle la suma de doscientos cincuenta mil dólares americanos, por concepto de indemnización proveniente de responsabilidad solidaria en los daños y perjuicios(...).”* Los hechos se pueden narrar de la siguiente manera: *“(...) fue internada en la clínica para el nacimiento de su hija (...) al día siguiente (...) fue sometida a una intervención quirúrgica, y estando bajo los efectos de la anestesia, la técnica de enfermería de turno le colocó una bolsa de agua caliente entre sus piernas, lo cual le produjo graves quemaduras tanto en la pierna izquierda como en la derecha (...) se aprecia que no existe negativa alguna por parte de la Clínica demandada para solucionar las lesiones causadas a la demandante, circunstancia que debe ser valorada por el juzgador en ejercicio de la sana crítica (...).”*

Sobre los argumentos jurídicos de la sentencia se puede apreciar lo siguiente: *“En aplicación de lo previsto por el numeral novecientos ochentiuno (sic – debe ser 1981) del Código Civil, la Clínica debe responder por dichos daños, que también estas (sic) han sido ocasionadas (sic) con exención de dolo y culpa, siendo atendida en forma adecuada por los médicos de la clínica, en forma pronta y oportuna (...) se prueba que las heridas causadas fueron tratadas correctamente (...).”*

Que siendo así la demanda deviene en amparable, de conformidad con 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 tres mil setecientos cincuenta y cinco punto ochenta y ocho dólares americanos (...) para el tratamiento médico especializado para la recuperación de las zonas afectadas de la demandante (...).”

Este es un grave equívoco en la sentencia transcrita pues otra vez con “promiscuidad” se mezclan indiscriminadamente artículos de responsabilidad contractual (1320, referido a la culpa leve) con artículos de responsabilidad extracontractual (arts. 1981y 1985, referidos a la

responsabilidad vicaria y al daño, además de elementos en la responsabilidad por el *neminem laedere*). Esta es otra demostración de lo lejos que está nuestra magistratura de asimilar correctamente conceptos básicos en materia de responsabilidad civil. Pensando bien se podría decir a favor de la sentencia que ha utilizado tesis de compatibilidad en su parte considerativa y ha tomado mano de la tesis del cúmulo, sin embargo nada hace pensar que ha sido así, pues no existe ninguna mención a dichas teorías que pueden resolver problemas en casos de las denominadas “zonas grises”. Este tipo de actuaciones lo que hace es ratificar que estamos ante una carencia básica de conceptos en materia de responsabilidad civil. De otro lado la manera en cómo se cuantifican los daños es, por lo menos, arbitraria. Una señora que sufre de quemaduras graves durante la atención de su parto recibe una ínfima indemnización, teniendo en cuenta que no podrá, por un buen tiempo, atender con normalidad a su hijo recién nacido. El caso es que no hay invocado ningún criterio metodológico para la justificación del resarcimiento establecido. Si bien se trata de “daños punitivos” no está de más recordar el caso “Mc Donald’s” en donde por las quemaduras ocasionadas a una señora por el café servido en un recipiente inadecuado se resarció con una suma millonaria, preguntémosnos por cuánto se hubiera indemnizado o resarcido en un caso como el descrito.

Luego de interponer recurso de apelación, la Sala⁸ señala “que, indudablemente, las lesiones sufridas y las huellas dejadas en los miembros (sic) inferiores de la víctima le han ocasionado daño moral el que por virtud del artículo 1322 del Código Civil, es susceptible de resarcimiento”

En este caso se vislumbra la aplicación de la responsabilidad civil contractual, invocando el daño moral (art. 1322 del c.c.), que establece:

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

En esta sentencia se aprecia la utilización de la categoría del daño moral y no del daño a la persona que se encuentra previsto en el artículo 1985 del c.c. referido a la responsabilidad civil extracontractual. Ya hemos apreciado que hay posiciones que enfocan el daño moral como **todo** daño no patrimonial, es decir optando por un sentido lato, amplio de daño moral de origen francés y otras que abordan situaciones de daño moral como una especie del daño a la persona. En la sentencia materia de comentario el daño moral no se explica cómo angustia, dolor, sufrimiento, aflicción que

⁸ Exp. N° 93-96 , resolución de 28.06.1996, Primera Sala Civil de Lima, Materia: Indemnización, Vocal Ponente: Dr. Canelo Ramírez

tenga un carácter transitorio, sino más bien como daño subjetivo por lo que comprendemos que el magistrado asimila daño moral con el menoscabo de situaciones subjetivas no patrimoniales.⁹

- **Expediente: 1998-2005, resolución del 26.01.1999, 7º Juzgado Civil de Lima, Materia: Indemnización, Demandante: Patricia Rosario Miera Miranda, Demandado: Clínica Ricardo Palma**

La pretensión del accionante se resume en una de *“Responsabilidad extracontractual e indemnización por daños y perjuicios, a fin de que se cumpla con pagarle la suma de quinientos mil dólares o su equivalente en moneda nacional.”* Los hechos de la demanda son resumidos de la siguiente manera en la parte considerativa de la sentencia: *“Ingresó a la Clínica Ricardo Palma, por presentar malestar general e insuficiencia respiratoria, siendo atendida por el médico de Emergencia, quien después de obscultarle efectuaron un pre-diagnóstico, indicándole que se encontraba al borde de un paro respiratorio y de inmediato le aplicaron terapia de oxígeno, razón por la cual los médicos ordenaron internamiento en la Clínica Ricardo Palma, en donde nuevamente fue examinada por el Neumólogo doctor David Cáceres Cáceres, quien encontró los siguientes síntomas polisnea, insuficiencia respiratoria aguda y estridor laringio, disponiendo que se le tome rayos X de Tórax y cuello; **agrega** que por orden del doctor David Cáceres, fue conducida en silla de rueda por una enfermera y otra auxiliar a la Sala de Radiología, se encontraba con una mascarilla de oxígeno y suero, le dejaron abandonada en dicho ambiente; no obstante en el peligro que se encontraba, y después de una hora aproximadamente fue llamada por el radiólogo; pero no había ningún personal de la Clínica para que le conduzcan en ese lugar (sic), por lo que su prima Lucia Rodríguez Miranda y sus familiares trataron de corregir esa negligencia , logrando poner la aguja y la mascarilla de oxígeno en su lugar y ellas le (sic) llevaron para sacarle las placas radiológicas, al término del cual y ante su queja interpuesta , el Radiólogo llamo severamente la atención a la empleada, por haberle abandonado, afirma seguidamente fue trasladada a la Sala de Internamiento ocupando la cama 1000, permaneciendo tres días y por falta de asistencia médica adecuada, se produjo la inflamación de las glándulas bertolinas por lo que solicitó la*

⁹ Las posiciones del daño moral como inclusivo de todo daño no patrimonial son defendidas por Fernando de Trazegnies, Rómulo Morales, Leysser León entre otros. La posición del daño a la persona es defendida por Carlos Fernández Sessarego, Juan Espinoza, entre otros. Hay posiciones intermedias como Carlos Cárdenas Quirós que se refiere al Daño subjetivo.

inter-consulta de un Ginecólogo, es decir el dieciocho de febrero último, y recién después de examinarle (sic) dijo que era necesario una operación quirúrgica, después que concluyo el tratamiento respiratorio (...). Glándula Bartolina izquierda comenzó a drenar sola, llamando (...)contestándole que la doctora Villar, le había (sic) revisado y decidido operarle de la Glándula Bartolina derecha, siendo abandonada por largas horas en una salita de la clínica y grande fue su sorpresa cuando de nuevo retornaron a la sala de hospitalización habiéndosele puesto un enema evacuante y permaneciendo un día sin probar alimentos, y recién a las cinco horas de la tarde, pudo probar alimentos, indicándole que habían retardado su operación para el día veinticuatro de febrero, es decir tenía que quedar internada un día más, lo que significaba tener que pagar dos mil quinientos nuevos soles; agrega que el mismo día veinticuatro después de las evidentes contradicciones y contraordenes del personal médico y auxiliares, las enfermeras le sacaron de la habitación diciéndole que se encontraba de alta , y por razones de trámites administrativos, permanecí sentada desde las doce hasta las dieciocho horas , sin dejarle salir a su domicilio porque no llegaba la carta de ampliación de garantía , por ultimo afirma que llegó a su domicilio en mal estado, siguiendo el tratamiento médico hasta el veintiocho de febrero que volvió a sentirse peor que antes, es que sus familiares le llevaron a emergencia de la Clínica, siendo evaluada por el doctor Jesús del Carpio Tejada, quien ordenó la operación quirúrgica inmediata debido a que estaba preparada con el riesgo quirúrgico inmediato debido a que estaba preparado con el riesgo quirúrgico(sic) y los exámenes pendientes , y no obstante a (sic) ello en forma sorpresiva y sin que exista ninguna orden, el laboratorista de turno inconsultamente procedió a extraerle sangre para nuevos análisis a pesar de haberle informado que tenía todos sus análisis completos, estos insistieron y lograron sacarle sangre , posteriormente a los pocos minutos el técnico laboratorista se dirige a su persona preguntándole por su apellido Mallqui se escribe con uno o dos L, entonces reaccionó manifestando que su apellido era MIERA Y no MALQUI, y por esa impresión se desmayó, al recuperar el conocimiento, el jefe de laboratorio se apersonó pidiéndole disculpas, reconociendo que había cometido un grave error, finalmente fue operada y dada de alta, (...).” Los argumentos legales de la demandante se vieron amparados: “En los artículos mil novecientos sesentinueve y mil novecientos ochenticinco del código civil y lo establecido en el artículo cuatrocientos ochentiseis inciso siete y ocho del código Procesal Civil”

Continúa la sentencia indicando en el considerando tercero que “los medios probatorios aportados por la demandante en el presente proceso en la que

*se demanda sobre responsabilidad extracontractual e indemnización por daños y perjuicios contra la demandada Clínica Ricardo Palma, resultando insuficientes, toda vez que a lo largo del proceso el único medio probatorio aportado es una carta que en copia simple se adjunta dirigido a la Clínica Ricardo Palma por el jefe de Laboratorio , doctor German Anduaga Merino (...) en la que se comunica respecto a las quejas verbales que ha mostrado la demandante durante su internamiento en la Clínica para ser atendido respecto a los problemas de salud que se detallan en el escrito de demanda, en la que la demandante ha mostrado su descontento por el trato recibido por el personal que estuvo a su cargo, durante la permanencia en la Clínica Sorprendentemente esta sentencia resuelve lo siguiente: “FALLO: DECLARANDO INFUNDADA LA DEMANDA (...) **condenándose a la parte vencida al pago de las costas y costos del proceso, notificándose por cédula.**” (Resaltado nuestro)*

Nuevamente estamos ante el caso de una demanda planteada por responsabilidad extracontractual cuando es un claro caso de responsabilidad civil profesional derivada de una responsabilidad contractual y en donde el vínculo obligacional se da entre la Clínica y el paciente o sus representantes. Aquí se presentan una serie de situaciones que hacen ver de manera razonable que estamos ante negligencias de técnicos o auxiliares y del mismo médico de la clínica. Por ejemplo se dice que se operará de la glándula bertolina derecha cuando luego comienza a drenar la glándula bertolina izquierda. Se le confunde con otro paciente y esto origina que el enfermo pierda el conocimiento por el impacto emocional, ya que se le llama por un apellido que no es el suyo, lo que hace presumir razonablemente al paciente que se le habían vuelto a hacer los análisis de sangre por creerse que se trataba de otra persona. Asimismo, se le mantiene en la clínica, aparentemente, de manera innecesaria, para poder cobrar un día de atención, lo cual denota la carencia de formación no solamente profesional sino humana.

Otro aspecto que debe llamarnos la atención, para no repetirlo, es la acumulación inidónea de artículos, equívoco ya mencionado líneas arriba. Así se aprecia en esta sentencia la invocación al artículo 1969 del código civil que expresa el *neminem laedere*, el deber genérico de no dañar, que es la responsabilidad civil subjetiva extracontractual y a continuación el artículo 1985 del c.c. que hace mención al daño no patrimonial, el daño a la persona, al daño moral, así como a los factores de atribución, dolo y culpa, y la relación de causalidad expresada en la causa adecuada. Reitero, en este caso, como en los demás, estamos ante la aplicación de la responsabilidad civil contractual y objetiva en donde se responde por la actuación de los terceros, en este supuesto por el desenvolvimiento

negligente o temerario de los terceros a cargo de la clínica como es el caso del auxiliar que dejó abandonada a la paciente, llegando al extremo que sean los propios familiares quienes coloquen “correctamente” el oxígeno. Bastaba la comunicación formal que el médico a cargo envía a las autoridades de la clínica en donde relata la falta de profesionalismo de la auxiliar a quien “se le llama severamente la atención” para que este caso haya tomado otro rumbo y no se considere arbitrariamente que no está probada la culpa inexcusable.. Debo recordar en esta etapa, que la obligación de seguridad que es doctrinalmente asimilable a la responsabilidad civil contractual sería la aplicable en este caso. Se trata pues de una obligación de seguridad de la empresa médica que ante el daño generado por dicha persona jurídica, debe, indefectiblemente, responder frente al dañado.

Este increíble caso en donde una paciente es sometida a mala praxis, en donde se la tiene esperando durante horas o días para una respuesta del médico en una clínica reputada, no hace sino demostrar que si así se está en una clínica privada en la que se cobra s/. 2500.00 por día, imaginemos cómo será el tratamiento médico y personal a los pacientes en hospitales públicos. En el presente caso no solamente la hicieron esperar, actuaron negligentemente, sino que inclusive le practicaron análisis innecesarios sometiéndola a tratos que considero “inhumanos y degradantes” en la semántica de la CIDH, confundiendo su nombre con el de otra paciente a quien probablemente sí debieron efectuarle los análisis que le realizaron a nuestra paciente innecesariamente, lo que ocasionó su desmayo por la impresión de tanta ineptitud. Para colmo de males la paciente pierde el proceso pues su demanda es declarada infundada por falta de pruebas y en el extremo de la maledicencia se le obliga a pagar las costas y costos del proceso judicial.

Esta sentencia es una muestra más de lo perverso que es el sistema de responsabilidad civil médica aplicada por los jueces en el Perú, pues la carga probatoria es endilgada al paciente dañado, cuando debiera ser al contrario, el médico o la estructura sanitaria deberían acreditar su ausencia de culpa (o la falta de culpa de tercero a su cargo en el caso de la clínica), como en este caso, en donde la estructura debió acreditar que, mediante los terceros a su cargo, cumplió con hacer los exámenes dentro del tiempo, no sometió al paciente a tratos indignantes haciéndola esperar horas por una ampliación de garantía que no llegaba, informó adecuadamente a la paciente de los exámenes y procedimientos a seguir, el laboratorista dependiente no se confundió con el apellido de la actora lo que implica haber realizado exámenes médicos a quién no correspondía, agravando el daño ya causado. Reitero, no se puede someter a los pacientes a cargar

con el peso o la carga de la prueba sobre sus espaldas cuando la información, la experiencia y el conocimiento de los procedimientos corresponden a la estructura sanitaria, lo contrario, como en el presente caso es una noción perversa de la aplicación del artículo 1330 del c.c. De otro lado es equivocado el marco normativo invocado por los jueces, pues se ha (incorrectamente, pero así se juzgó) juzgado aplicando el régimen de la responsabilidad civil extracontractual en donde existe, en función al artículo 1969 una inversión de la carga de la prueba. Entonces (al ser juzgado por responsabilidad civil extracontractual), no se le podía exigir a la paciente que acredite el daño cuando es exactamente lo contrario. La estructura sanitaria debió acreditar que sus dependientes actuaron sin culpa. Fallos así desincentivan a acudir al órgano judicial y mantienen en la impunidad situaciones y daños como el presente, asimismo desprestigian y agravan al Poder Judicial en su calidad de Poder del Estado, que como en este caso, se coloca de espaldas a quienes deben defender con los instrumentos legales aplicables.

- **Expediente N ° 1997-4784-0-0100-J-CL-3, Resolución de 28.11.1997, Tercer Juzgado Civil de Lima, Materia: Indemnización, Demandante: Iván Karacic Rivera y Marisol Torres Chumpitazi, Demandados: Clínica Ricardo Palma y Dr. Alberto Franco González, Juez: Germán Aguirre Salinas.**

Otro caso interesante se relata de la siguiente manera en la sentencia materia de comentario: *“(...) don Iván Karacic Rivera y doña Marisol Torres Chumpitazi interpusieron demanda de Indemnización por Daños y Perjuicios, contra la Clínica Ricardo Palma y contra el doctor Alberto Franco González, a fin de que de manera solidaria les paguen ciento cincuenta mil dólares americanos (...) contra Alberto Franco en su calidad de gineco obstetra (...), a recomendación del médico tratante la demandante fue programada para una intervención quirúrgica de parto por cesárea (...) dicha intervención se encontraba dentro del rubro de baja peligrosidad; siendo hospitalizada el veinticuatro de julio (...) alumbrando una niña (...) y, de acuerdo al pediatra, en un estado completamente sano; que en el mismo día y doce horas después la co demandante muestra súbita palidez, pérdida de conocimiento y disminución de la presión arterial, (...) Según el informe del médico co demandado el motivo del traslado a la Unidad de Cuidado Intensivos se debió a un cuadro de Shock Séptico (...).El Diagnóstico corresponde a una tuberculosis peritoneal, informe que es diferente al*

presentado al Seguro del Banco Internacional del Perú (...). El primero de octubre de ese mismo año la demandante fue nuevamente internada de emergencia en el Hospital Arzobispo Loayza (...) su diagnóstico en esa ocasión fue obstrucción intestinal; Que dicho diagnóstico era consecuencia de la intervención efectuada en la Clínica Ricardo Palma por el doctor Alberto Franco por lo que fue intervenida quirúrgicamente a través de una laparotomía exploratoria encontrándose múltiples bridas y adherencias intestinales permaneciendo internada hasta el veintidós de octubre del mismo año; Que el dieciocho de diciembre siguiente reingresa por emergencia al Hospital Loayza con un nuevo cuadro de suboclusión intestinal, siendo intervenida(...).. Que ambas operaciones son consecuencia de la operación efectuada en la Clínica Ricardo Palma”.

*La base normativa utilizada por la demandante se especifica invocando los artículos “Mil trescientos veintiuno, mil trescientos veintidós y mil setecientos sesenticuatro del Código Civil (...)”. Franco Gonzáles (el médico demandado es declarado rebelde. La Clínica Ricardo Palma Sociedad Anónima niega y contradice la demanda mediante de la Administradora Clínica Ricardo Palma, señalando que es una persona jurídica propietaria de la Clínica Ricardo Palma y manifiesta lo siguiente para sustentar su posición en el proceso: “La operación se realizó el veinticinco de julio de mil novecientos noventitrés, habiendo permanecido hospitalizada hasta el veinticuatro de agosto de ese mismo año; Que al sobrevenirle complicaciones fue trasladada a la Unidad de Cuidados intensivos donde permaneció hasta el treintiuno de julio de mil novecientos noventicinco; Que de los exámenes y pruebas arrojó un elevadísimo porcentaje de leucocitosis mononucleares, infección pulmonar y peritoneal por bacilo de Koch, así lo expresa la epicrisis (...)”. Asimismo la Clínica señala: “Que con los demandantes no nos une ninguna relación contractual; el médico demandado no es personal propio de la Clínica ni guarda relación de subordinación laboral o funcional con la Administradora por lo que al margen de que la operación haya originado o no la obstrucción y suboclusión intestinales no les alcanza responsabilidad toda vez que no se trata de un médico que la Clínica le haya asignado o impuesto para que le atienda ; **el doctor Franco es titular de la razón social Servimedíc Sanaldo persona distinta e independiente de la Administración Clínica Ricardo Palma Sociedad Anónima.** Que no se puede atribuir a la administración ninguna negligencia ni responsabilidad por actos que no han sido practicados por personal propio; Que el doctor Franco en interconsulta con otros médicos establecieron un diagnóstico de TBC, prescribiendo el tratamiento que correspondía como resultado del mismo la demandante se restableció ; Que al no cubrir el Seguro el monto facturado el demandante*

aceptó dos letras de cambio por la diferencia no pagada siendo así que al no efectuarse su pago, la Clínica se vio precisada a iniciarle una acción de cobro de soles la cual por razones formales no prosperó (sic), dejándose a salvo nuestro derecho para hacerlo valer en la vía y forma que corresponda.; que al demandar la clínica no hacía sino ejercer su derecho de acreedor por lo que rechazamos lo expresado por los accionantes que la clínica pretende enriquecimiento indebido, tanto más si no niegan la existencia de su deuda que a la fecha no han cancelado(...)"

Continúa la Clínica con sus argumentos para deslindar responsabilidad de la "actividad privada" del médico Franco Montoya, señalando: *"Que no existe relación de causalidad entre el hecho del parto por cesárea y el shock séptico y obstrucción y oclusión intestinales; ampara su contestación en el artículo 1219 del Código Civil el cual les faculta a emplear las medidas legales a fin de que el deudor pague lo que adeuda, (...). La Administración Clínica Ricardo Palma es una persona jurídica como tal no ha efectuado ninguna operación a la demandante con la que puede haber causado daño por dolo o culpa, **no cabe por lo tanto responsabilidad directa; el médico demandado no está al servicio de la Clínica no guarda relación laboral con la Administradora, por lo que en el supuesto negado que hubiera ocasionado algún daño no le alcanza a la Administradora responsabilidad directa"**(resaltado nuestro).*

Los argumentos para declarar infundada la demanda por parte del Poder Judicial son supinos y se pueden sintetizar en lo señalado por la Corte, de la siguiente forma: *"Por lo que la causa se encuentra expedita para pronunciar sentencia y CONSIDERANDO PRIMERO: Que la responsabilidad extracontractual o Aquiliana, es la que se origina sin necesidad de una relación contractual o convencional previa entre el causante del daño y la víctima , respondiendo aun por los daños no previstos , responsabilidad **que resulta solidaria cuando existen agentes causantes (directos y/o indirectos, conforme a la Teoría del Riesgo) debiendo acreditarse la culpa ya que ella no se presume (...)** Que fluye de autos que los demandantes según su propia declaración de parte durante la audiencia de fojas seiscientos ochenticuatro a seiscientos ochentisiete , con arreglo a los interrogatorios de fojas seiscientos ochentitres eligieron al médico co demandado para que tratara a la co demandante en su estado de gravidez, siendo que de todo el periodo que éste duró el citado médico demandado solamente la controló en dos ocasiones precedentes a la operación quirúrgica que fuera sometida, a lo cual accedió por recomendación del médico, suscribiendo la autorización según ella misma declaró, y teniendo como antecedente anterior, la operación cesárea en un parto previo (...)*OCTAVO : **Que no se ha**

*expresado ni demostrado la existencia de algún otro indicio de responsabilidad como el haber dejado algún cuerpo extraño en la paciente demandante u otro indicio que indique la responsabilidad objetiva o subjetiva del médico co demandado , elementos indispensables para determinar la existencia de dolo o culpa en el proceder del médico co demandado ,ni asimismo, se ha demostrado que la demandada Administración Clínica Ricardo Palma haya actuado con dolo o culpa con respecto a la paciente (...) Que a criterio del Juzgador la existencia o no de tuberculosis no sería imputable a la parte demandada sino más bien a una condición física propia de la paciente demandante (...). Finalmente el Juzgado: **“FALLA: DECLARANDO INFUNDADA LA DEMANDA (...)**” (resaltado nuestro).*

Es bueno comentar esta sentencia por lo mala que resulta ser. Es casualmente el tipo de sentencias que hay que evitar, que mezcla una dosis de desconocimiento y otra de carencia de elemental sentido común a falta de sustento jurídico. Como vemos se trata de una mujer que está embarazada y por negligencia comprobada del médico Franco se complica su situación y padece una oclusión intestinal que la postra y le imposibilita continuar con una vida normal. El argumento de la Clínica Ricardo Palma nos permite identificar un sustento común ahora por muchas clínicas que obligan a los médicos a constituir personas jurídicas independientes que son empresas formadas por una o dos personas, con la finalidad de evitar la responsabilidad civil y el pago de las reparaciones a las víctimas del daño médico. Considero que el argumento civil para neutralizar este argumento es el del **principio de apariencia** que va a determinar que el paciente acude a un determinado médico o a un médico que aún no conoce, hasta que la atiende, por la seguridad que le garantiza la estructura sanitaria y todo lo que esta implica. El paciente acude a la Clínica por el prestigio, la solvencia, la capacidad instalada médica, las respuestas del establecimiento ante eventuales contingencias o eventos adversos. La atención del médico es algo complementario o concurrente pero no único para determinar al paciente a acudir a una Clínica. Bien, sabemos, que un excelente médico por sí solo no puede garantizar una operación, intervención o diagnóstico exitoso. Necesita una parafernalia médica que establezca un deber de garantía y eso se logra a través de la estructura sanitaria que respalda la labor de los médicos. Por lo tanto la idea de la Clínica de desentenderse de los daños ocasionados al paciente por el hecho que ésta se atendió con un médico que no forma parte formal de su empresa, por ser parte de otra persona jurídica, que yo califico de “cascarón”, no es pertinente. El médico que cometió la negligencia o que efectuó el mal diagnóstico lo hizo dentro de la estructura sanitaria, utilizaba

las instalaciones, el instrumental, el nombre de la Clínica, por lo tanto en función de la apariencia y también del riesgo de la empresa, la Clínica debe responder por los daños y perjuicios causados a la paciente. Inclusive este tipo de accionar de las clínicas (que no se circunscribe a la metodología del presente caso) debe ser considerado una modalidad de fraude a la persona jurídica. El fraude a la persona jurídica puede darse por diversas modalidades, sin embargo dos de éstas son el fraude por la forma de la persona jurídica y la otra el fraude por la responsabilidad limitada. En el segundo de los casos se aprovecha de autonomía patrimonial perfecta para que el patrimonio de la persona jurídica responda y no el patrimonio de los socios, pero hay situaciones, como la del presente caso, en donde se subcapitaliza el patrimonio de la persona jurídica creando artificialmente empresas con un capital nimio para responder con este capital y no con el que verdaderamente tiene la persona jurídica. Se crean entonces, decenas de “empresitas” médicas pero que están vinculadas con la Administradora o con la Clínica y de esta manera se busca evadir o limitar el pago de las reparaciones. Estas modalidades deben ser advertidas por los jueces y utilizar los remedios para desestimar este tipo de fraudes a fin de que la Clínica responda civilmente o inclusive se levante el velo de la persona jurídica a fin de no perjudicar a los sujetos dañados.

Otro aspecto que me llamó la atención por la falta de coherencia lógica de la sentencia es cuando señala lo siguiente: “*que resulta solidaria cuando existen agentes causantes (directos y/o indirectos, conforme a la Teoría del Riesgo) debiendo acreditarse la culpa ya que ella no se presume (...)*”. Esto no tiene sentido. Primero se habla de responsabilidad solidaria que corresponde a la responsabilidad civil extracontractual (artículo 1981 del c.c.), luego se habla de agentes directos y/o indirectos que se trata del mismo artículo, aunque equivocado en su redacción jurídica, pues no hay agentes directos o indirectos sino responsable y autor directo. El responsable no lo es indirectamente, lo es directamente. En tercer lugar se habla de que la culpa debe acreditarse, ya que ella no se presume. Con esto quedo totalmente consternado pues si se tiene que probar la culpa por parte del dañado estamos ante la responsabilidad civil contractual ex artículo 1330 del Código Civil antes citado. La sentencia además habla de factor de atribución subjetivo y objetivo que no se han demostrado, pero no acierta en su distinción, lo cual termina por desdibujar esta resolución que debe ser un ejemplo de lo que no debe hacerse a nivel judicial.

En Sala¹⁰, la sentencia señala “(...) Que la presente acción se sustenta en una deficiente intervención quirúrgica practicada por los demandados a la co demandante que dio lugar a dos intervenciones quirúrgicas adicionales que generó gastos y menoscabó en la salud de la afectada (...) Que, la atención prestada a la paciente por parte de los demandados deviene de la prestación de servicios profesionales, que por su naturaleza se encuentra comprendida en los efectos que establece el artículo mil setecientos sesentidos del código civil (...). Que existiendo pues una relación contractual entre los demandantes y los demandados la normatividad aplicable es la correspondiente a la inejecución de obligaciones, resultando aplicable al caso de autos el artículo mil trescientos treinta del código civil que refiere que la prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación; o por su cumplimiento parcial, tardío y defectuoso; CUARTO: que de autos se aprecia que los medios probatorios actuados no han acreditado la existencia de dolo o culpa inexcusable en el accionar de los demandados , por lo que no habiéndose probado la pretensión demandada, conforme a lo dispuesto por el artículo doscientos del Código Procesal Civil corresponde desestimar la demanda (...)”

En este caso nos encontramos nuevamente ante la aplicación del artículo 1762 del Código Civil que expresa:

“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 el caso de dolo o culpa inexcusable”.

A propósito de esta norma, en un artículo de Gastón Fernández Cruz¹¹ comenta una sentencia que señalaba: *“La despreocupación por la salud del paciente con muestras objetivas de indiferencia e inhumanidad constituyen una violación de los deberes médicos configurados en el incumplimiento de los medios y diligencia adecuados en la asistencia del paciente que fue objeto de una defectuosa intervención quirúrgica causante de daños culposamente ocasionados y que configuran la responsabilidad de los demandados de naturaleza contractual”.* El autor hace mención a que la tradicional división en obligaciones de medios y resultado corresponde a la doctrina Francesa (citando a Demogue en su *“Traité des obligations”* V.n. 1237 págs. 538 y ss.). Hace referencia el autor a la doctrina francesa e

¹⁰ Expediente 1701-98, resolución de 15.10.1998, Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior de Justicia de Lima, Vocal ponente: Carbajal Portocarrero

¹¹ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “Responsabilidad Civil Médica” en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Tomo 1 - Julio 1995. (Por tratarse de un comentario que se encuentra en la web de Diálogo Con la Jurisprudencia, no se indica el número de página)

italiana que comparte tal razonamiento y a la que lo contradice. Dentro de la doctrina que cita están los hermanos Mazeaud, André Tunc, Messineo, Cattaneo, Bonassi, Benucci, Mengoni, Betti, Bianca (Diritto Civile Vol. 4. L'obbligazione, p. 71), Miccio. Asimismo, no le es desconocida la doctrina española citando a Díez Picazo, Hernández Gil, Santos Briz, Jordano Fraga, La Cruz Berdejo. La crítica efectuada por Fernández Cruz a la división entre obligaciones de medios y de resultado la hace citando a Giorgianni (*Dell'inadempimento delle obbligazione*" pgs. 32 y 33. En Giorgianni (Voz, Obbligazione en Nuovo Digesto Italiano X, 1958). Esta cita es la siguiente: "ontológicamente hablando no puede existir una obligación en la cual no sea debida un resultado"¹². Lo que nos señala el autor que vengo siguiendo es que toda obligación conlleva un resultado lo que sucede es que la intensidad del mismo es diferente dependiendo de las situaciones concretas. Asimismo se hace una distinción entre una conducta de prestación y una conducta de protección de la obligación.

Con respecto a la prueba de la culpa del deudor por parte del paciente dañado, la doctrina que vengo citando señala que la ausencia de culpa debe ser acreditada por el profesional médico. Así citando a Miccio expresa: "Medida de la diligencia como elemento calificante de la imposibilidad"¹³ De manera clara, Fernández señala - y aquí su tesis- lo siguiente: "Si, por ejemplo en el caso de un médico cirujano éste no logra probar que "actuó diligentemente" en realidad lo que opera es una imposibilidad de la prestación (no se alcanzó el resultado esperado por el acreedor paciente de mejorar su posibilidad de salvamento) por causa imputable al deudor y éste responde, no por la "culpa" del médico como afirma toda la doctrina clásica a la cual parece afiliarse la resolución bajo comentario cuando afirma que el paciente "fue objeto de una defectuosa intervención, causante de daños culposamente ocasionados" responde en tanto y en cuanto la obligación por el asumida no fue cumplida"¹⁴

Con respecto al artículo 1762 del Código Civil, el autor consideraría que es una excesiva y desproporcionada norma pues implica una excesiva protección al profesional médico. Exonerar al médico de culpa leve y constreñir al paciente a probar el dolo o la culpa inexcusable en una situación o relación en donde existe una evidente desventaja del paciente, pues el médico tiene los documentos médicos, la experiencia y su ciencia, es evidentemente inequitativo e injusto. Fernández propone una interpretación restrictiva del artículo 1762 del Código Civil. Nos encontramos de acuerdo con lo sustancial de la propuesta de Fernández

¹² FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "Responsabilidad Civil Médica", Op. Cit.

¹³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "Responsabilidad Civil Médica", op. Cit.

¹⁴ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "Responsabilidad Civil Médica", op. Cit.

pues consideramos 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 y no en el paciente, para esto, como hemos dicho se debe aplicar el *res ipsa loquitur*.

En el Perú quien más se ha dedicado a trabajar los referente a la Responsabilidad civil de los profesionales es la profesora Olenka Wolcott Oyague primero en su libro “La Responsabilidad Civil de los Profesionales”¹⁵, y también en su trabajo de investigación “Salud, Daños e Indemnización”¹⁶.

En el primero de los libros mencionados critica la dualidad de regímenes en materia de responsabilidad civil, pues considera que debe existir un solo régimen en materia de responsabilidad y que es contraproducente la actual bifurcación en dos regímenes¹⁷. Así señala de manera clara: “Sin embargo, mientras los códigos civiles mantengan esa diversidad en los regímenes de responsabilidad civil, permanece la disputa doctrinaria y jurisprudencial para aplicar la norma más conveniente y muchas veces sucederá que a una situación de daño contractual se le llegue a aplicar una norma del régimen extracontractual, circunstancia ésta, que no hace sino reconocer implícitamente que la responsabilidad civil es una y que es absurda la dualidad de regímenes y más aún permitir su vigencia”¹⁸.

Wolcott critica a quienes consideran que la responsabilidad civil médica es extracontractual, como por ejemplo Borda en Argentina, y señala que el argumento de este sector de la doctrina, que considera equivocada, se basa en que: “ Es justamente la circunstancia de que en el ejercicio de la medicina se cometan más daños que recaen sobre bienes tutelados por normas de orden público (vida, integridad física, por ejemplo), la que ha influenciado la mente de algunos autores para sostener que la responsabilidad de los médicos sólo puede ser extracontractual, no

²²WOLCOTT OYAGUE, Olenka, *La Responsabilidad Civil de los Profesionales*, Prólogo de Carlos Fernández Sessarego, ARA Editores, 2002.

¹⁶ WOLCOTT OYAGUE, Olenka, *Salud, daños e indemnización, A propósito del seguro médico obligatorio*. Fondo Editorial de la Universidad de Lima, 2008.

¹⁷ En este sentido también, ESPINOZA ESPINOZA, Juan op cit p. 723, cuando señala citando a ROSELO: “Cruce entre el interés (positivo de prestación) del acreedor a la correcta ejecución de la prestación y el interés (negativo de protección) a no ver lesionado el derecho subjetivo a la salud, determina tradicionalmente el operar de una responsabilidad a doble título, en realidad la jurisprudencia (italiana) ha elaborado sobre la materia un cuerpo de reglas unitarias, dentro del cual, la distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana se esfuma y pierde significado

¹⁸ WOLCOTT OYAGUE, “*La responsabilidad civil de los Profesionales*” op. Cit. P. 340-341.

obstante mediar una relación contractual”¹⁹. La autora defiende la situación real sobre una ficción o exacerbación de la apariencia sobre la verdad para criticar esta doctrina que asimila la responsabilidad médica al ámbito extracontractual.²⁰ Sin embargo, como hemos señalado, la profesora considera que la dualidad de regímenes no debe existir y propugna la unificación de regímenes de la responsabilidad civil con lo cual, señala, ya no se presentarán estos inconvenientes como el de confundir situaciones derivadas de un contrato como si se tratara del régimen de la responsabilidad civil extracontractual. Claro está, no estamos ante una conclusión a la que arriba la autora de manera simplificada o poco argumentada sino que señala que se puede tener normas generales y aplicables a todos los casos de responsabilidad civil, independientemente de si el origen del evento es contractual o no. Así por ejemplo, la autora sostiene que no se puede hablar de regímenes diferentes de responsabilidad civil cuando la entidad del daño obedece a la misma causa u origen o se identifica con el mismo hecho generador del perjuicio. La tesis de un marco general normativo en materia de responsabilidad civil es propugnado por otros sectores de la doctrina como Juan Espinoza Espinoza²¹. El tema es arduamente debatido, pero la conclusión a la que

¹⁹ WOLCOTT, op. cit. P. 341-342. La autora critica la tesis que sostiene lo siguiente: “Como bien puede observarse, se nota gran interés por concederse la opción aún en casos en que el hecho dañoso no constituya delito de derecho criminal, bajo el argumento de que la infracción de deberes legales, aun existiendo relación contractual de por medio, genera por sí sola responsabilidad civil- extracontractual-.”. op. Cit. P. 345

²⁰ La autora critica a quienes considera tienen una visión restrictiva del contrato y no observan su relevancia social de la siguiente manera: “ Quienes sostienen, a pesar de haberse celebrado un contrato de prestación de servicio médico y estar vigente una relación contractual entre el facultativo y el paciente, que normalmente los daños que se producen en el ejercicio del acto médico no cabe imputarlos por responsabilidad contractual, ya sea considerando que el deber violado existía aun si no hubiera contrato o que ese deber no fue previsto por las partes, y que, consecuentemente, la responsabilidad del médico es normalmente extracontractual, expresan, de seguro, una concepción limitada del contrato, una noción liberal del mismo, hoy por hoy, muy criticada por la doctrina contemporánea, en la cual más bien se observa que “lo social “ se robustece”. WOLCOTT, op. Cit. P. 347.

²¹ ESPINOZA ESPINOZA ; Juan, op. Cit. P. 59. El autor señala: “A poco de examinar la distinción (si se quiere de fondo) entre ambos tipos de responsabilidad, observo que es artificiosa y confusa, por cuanto, como bien se señala “el deber genérico del *neminem laedere* probablemente es un modo de espejismo que, por mucho tiempo, ha ilusionado y continua ilusionando a los juristas. Este deber genérico no es, en realidad, más que la síntesis de todos los deberes específicos impuestos a cada uno con respecto a los demás sujetos. El *aliquem laedere* es paralizado por el *suo iure uti* en la fórmula elemental: *quo iure suo utitur neminem laedit*. Y el deber genérico de usar el propio derecho, vale decir de no actuar más allá del propio derecho, es una fórmula vana en cuanto no se determine cuál sea el propio derecho y cuál sea el derecho ajeno. Por consiguiente no se puede decidir que un acto *aliquem laedit*, si no se establece que quien lo cumple, lo hace *iure suo non utitur*, y no se puede establecer esto sin establecer si se tiene o no, una obligación de abstención (CRENELUTTI). En este mismo sentido, se advierte que “un deber específico preexiste tanto en la aparición del daño extracontractual como en el nacimiento del daño contractual; el sujeto no está vinculado sólo por el deber de cumplir la obligación sino también por otros deberes específicos que le vienen impuestos por el ordenamiento jurídico; en cuanto perjudica el interés de otro violando uno de

llegan ambos autores es lograda desde su experiencia académica, jurisprudencial, y legislativa, obviamente tomando como referentes otras posiciones en el derecho comparado. Si hay situaciones específicas, señalan en esencia, los autores mencionados, debe regularse individualizando aspectos contractuales y no contractuales así como las consecuencias en cuanto al resarcimiento se refiere. Pero la propuesta es que, en general, se legislen reglas o normas aplicables a daños derivados de contratos o a aquellos que provienen del *neminem laedere*. Por lo tanto, esta posición doctrinaria, no obedece a un reduccionismo como se habría pretendido, sino a una perspectiva doctrinaria que merece ser debatida. En el caso de la responsabilidad civil médica pensamos que si la autora citada tendría que escoger de régimen optaría por la responsabilidad contractual en la gran mayoría de casos.

Es interesante describir la posición de Wolcott en relación a la elección de responsabilidad civil contractual para el caso de la estructura sanitaria como para el caso del médico frente al paciente tomando como base el contrato en favor de tercero. Así se señala: “Para otros, en cambio, parece más razonable admitir que entre la entidad y el médico que presta sus servicios en la misma, se establece un verdadero contrato a favor de tercero: el eventual “hospitalizado”; entonces, desde esta perspectiva, la responsabilidad del médico es contractual, tanto en relación al hospital o sanatorio, como con respecto al paciente (BUSTAMANTE ALSINA, Jorge, *Teoría General de la Responsabilidad Civil*, p. 451). Esta posición, a la cual adherimos, por razones que daremos en su oportunidad, ha tenido gran aceptación en la doctrina”.²²

Sobre la responsabilidad de lo que la autora llama “entes asistenciales” se han recogido dos teorías importantes como son “La teoría del instrumento” y “la teoría de la garantía”. Así la autora señala, refiriéndose a la teoría de la garantía, que: “Volviendo a la responsabilidad de los entes asistenciales, debe apuntarse que el fundamento de la referida obligación reparatoria para esta corriente doctrinaria, especialmente en el ámbito contractual, suele ubicarse en la estructura de la relación obligatoria, en la garantía que debe el deudor por el comportamiento de sus auxiliares (...)”.²³ Citando a la profesora y doctrinaria argentina Zavala de González²⁴ se invoca la “Teoría del instrumento” “a través de la cual, la citada autora explica con gran

tales deberes, ocasiona un daño que, en contraposición al contractual, se conoce como extracontractual (DE CUPIS)”.

²² WOLCOTT, op. Cit. P. 348.

²³ WOLCOTT, op. Cit. P. 351

²⁴ ZAVALA DE GONZALES, Matilde, *La responsabilidad del principal por el hecho del dependiente* Editorial Ábaco de R. Depalma, Bs. Aires., 1979, p. 63 y ss. Citado por WOLCOTT. Op. Cit. P. 351

acuerdo en materia extracontractual, la figura integral de responsabilidad resultante de la comisión de un daño imputable en el curso de una relación funcional de dependencia. Desde esta óptica la responsabilidad inexcusable del principal se justifica por las consecuencias que se desprenden de la estructura dinámica de la relación de dependencia, la que es indispensable para que surja la responsabilidad refleja por hecho de otro en materia extracontractual. Noción de dependencia que la autora argentina revela, debe entenderse en sentido estricto, esto es, que supone, tanto subordinación como función, que significa que “el poder del principal se desarrolle en el ámbito de una tarea que en un propio interés delegó en el subordinado, cuya actividad se cumple, entonces, por cuenta ajena”²⁵ Para la autora que vengo siguiendo, ambas teorías son perfectamente compatibles y explican la responsabilidad de la estructura sanitaria por los hechos dolosos o culposos de sus dependientes o de aquellos que cumplan una función en favor del centro asistencial, desde una perspectiva dinámica.²⁶

- **Resolución de 15.12.95, 18º Juzgado Civil de Lima, Materia: Indemnización, Demandantes:** Manuel Encarnación Toscano y Claudia Leonor Osorio, Demandados: Hospital Privado Rosalía De Lavalle De Morales Macedo-Clinica Hogar De La Madre, Juez: Dr. Rafael Marcos Medel Herrada

En la sentencia se indica que la demandante señala “(...), que la meningitis encefálica que presentó su hija fue adquirida en el Nosocomio demandado por no estar debidamente desinfectado o aséptico al campo de intervención y rehabilitación de su menor hija; que al adquirir dicha enfermedad y por el cuadro de obsceso cerebral que presentó y por esos escasos días de nacida ha dejado huellas irreversibles en el centro regulador nervioso y psicomotor de su hija que se manifestó en un miembro inferior izquierdo y posteriormente se focalizó en los demás miembros, así como dejó rastro a nivel psicomotriz y posteriormente a nivel de percepción, por lo que a medida que trascurre el tiempo va a dar lugar a la invalidez o parálisis en

²⁵ ZAVALA DE GONZALES, Matilde, op. cit. P. 78, citada por WOLCOTT, op. Cit. P. 352.

²⁶ Así se señala: “De la *tesis del instrumento* se desprende la inexcusabilidad del deber de responder del principal, esto es, no cabe que se libere probando ausencia de culpa, pues este factor no está en juego en su caso, entonces, ¿Cuál es el factor de atribución que lo llevará a responder. Es aquí pues, en que recurrimos a la *teoría de la garantía*, conforme a la cual, este factor atributivo de responsabilidad se constituye en el sustento jurídico que hace del principal responsable – una garantía puede decirse-, por el hecho de ser subordinado. De esta manera comprendemos la norma del artículo 1981 del Código Civil vigente.” WOLCOTT, op. Cit. P. 354.

ciertas partes y funciones del cuerpo, por lo que habría anulado un proyecto de vida (...)"

Infecciones intrahospitalarias

Esta sentencia nos permite analizar el vasto tema de las infecciones intrahospitalarias o infecciones nosocomiales que son las que se adquieren por el contacto con el Hospital o Clínica. Es decir, el paciente ingresa al Hospital por un motivo pero adquiere una infección o alteración en su salud como consecuencia del contacto con el Hospital o con el ambiente del mismo que por su propia naturaleza tiene un grado de contaminación que debe ser atenuado por la asepsia de los propios ambientes y de quienes están involucrados en la labor médica y de atención a los pacientes. Por lo tanto, las infecciones intrahospitalarias no tienen que ver con la intervención médica propiamente dicha sino más bien con situaciones exógenas al acto médico pero que generan daños al paciente o a terceros que van a la clínica y que se ven afectados por los perjuicios generados por este tipo de infecciones. Casos como el de las bacterias que están en los nosocomios y que pueden ingresar al organismo de los sujetos afectados o la propia actividad de los médicos que se ven expuestos a una serie de amenazas biológicas por su permanente contacto con la enfermedad e inclusive a la propia infraestructura sanitaria conllevan a las infecciones intrahospitalarias que deben ser abordadas desde el punto de vista de la responsabilidad civil.

Henry Carhuatocto Sandoval en su especializado libro²⁷ citando a doctrina médico legal²⁸ señala: "En 1994 el Centro para el Control de Enfermedades (CDC), de Atlanta, redefinió el concepto de IIH, que es el vigente y que la define como sigue: *"Toda infección que no esté presente o incubándose en el momento del ingreso en el hospital, que se manifieste clínicamente, o sea descubierta por la observación directa durante la cirugía, endoscopia y otros procedimientos o pruebas diagnósticas, o que sea basada en el criterio clínico. Se incluyen aquellas que por su período de incubación se manifiestan posteriormente al alta del paciente y se relacionan con los procedimientos o actividad hospitalaria y las relacionadas con los servicios ambulatorios"*.

²⁷ CARHUATOCTO SANDOVAL, Henry, *"La responsabilidad civil de los hospitales por negligencias médicas y eventos adversos"* El caso de las infecciones intrahospitalarias. Jurista Editores, 2010.

²⁸ NODARSE HERNANDEZ, Rafael, *Visión actualizada de las infecciones intrahospitalarias*. Rev. Cubana Med. Milit. 2002; 31 (3): 201-8

El caso materia de comentario es un supuesto en que se presentan infecciones intrahospitalarias y en donde la parturienta entra en determinadas condiciones a la estructura sanitaria y sale o se retira en condiciones adversas, en peor estado del que entró, o con una enfermedad diferente a la que lo llevó al establecimiento de salud. El caso judicial comentado se refiere a una madre que una vez dada de alta desarrolla una infección que fue adquirida durante su estancia en la clínica y que le produce una grave afección a su salud. La infección no tuvo que ver propiamente con la intervención de cesárea o de parto sino con un contagio que fue adquirido en la Clínica y que ha perjudicado su integridad. Estamos ante las infecciones intrahospitalarias en donde el daño al paciente se produce por situaciones externas al acto médico propiamente dicho y por tanto excede del alea terapéutica y se desliza hacia el denominado accidente médico que abarca o comprende un mayor número de situaciones que pueden generar afecciones al paciente o al sujeto que ingresa a un establecimiento de salud pública o privada.

En este sentido se ha dicho con razón que “Actualmente el examen de este tipo de eventos ya no se ve inscrito a la acción negligente de quien participó en el acto médico, pues se acepta con claridad que gran parte de los daños en ese sector son atribuibles a lo que acontece en la estructura de salud, como sucede con la infecciones en el nosocomio, los contagios por transfusión de sangre, los daños derivados por la utilización de ciertos aparatos o instrumentos, entre otros hechos que no se refieren a la actuación del médico propiamente dicho.

Adquiere particular relieve en la doctrina comparada la noción de “error médico”, y la más amplia de “eventos adversos”²⁹

En el caso materia de análisis sería realmente injusto que el sujeto dañado por una infección intrahospitalaria tenga que probar el dolo o la culpa inexcusable del médico tratante, que a la larga no tuvo que ver con el daño, pues el hecho generador ha sido exógeno al tratamiento médico y se ha expresado en una infección intrahospitalaria. La infección intrahospitalaria sigue siendo un daño por responsabilidad civil contractual en donde se vulnera la obligación de seguridad que es propia de este tipo de responsabilidad y que comprende los deberes que emergen del deber principal o están vinculados a éste. Es decir la obligación de seguridad o los deberes de protección no se limitan a evitar el daño producto del acto médico sino que la estructura o el médico son responsables por cualquier tipo de daño que sea consecuencia de la empresa médica. De este modo

²⁹ WOLCOTT, op. Cit. P. 22.

es importante tocar el punto de la carga de la prueba bajo la perspectiva de protección al sujeto dañado.

Sobre la carga de la prueba en materia de responsabilidad médica se ha planteado la idea que estamos frente a un contrato en favor de terceros, en donde hay un vínculo contractual entre la estructura sanitaria y el paciente y otra relación obligacional entre el médico y el paciente. Sobre el particular la propuesta de directiva comunitaria señala: “contrato con efectos de protección a terceros “Artículo 1 de la propuesta directiva: la carga de la prueba de la ausencia de culpa recae sobre el prestador de servicios.”³⁰ Vemos entonces que la carga de la prueba para determinar la ausencia de culpa recae sobre el prestador del servicio médico y no sobre el paciente dañado lo cual nos parece justo y coherente por lo explicado precedentemente en referencia a la asimetría informativa patente en este tipo de relación.

En el derecho comparado:

“La evolución de la responsabilidad médica se debe esencialmente a la jurisprudencia.

En el Derecho europeo se pueden identificar dos claras tendencias en la calificación de la responsabilidad médica; una representada por la experiencia francesa, que ubica el supuesto de responsabilidad en el ámbito contractual, y otra que coloca ese supuesto en el plano extracontractual en cuyas líneas se ubican las experiencias italiana, alemana e inglesa.”³¹

En el caso peruano, ya lo hemos señalado, el problema central que se presenta cuando, como asumimos, se presenta a la responsabilidad médica como un caso de responsabilidad civil contractual, es el referente a sobre qué espaldas recae la carga de probar. De acuerdo con nuestro artículo 1330 del Código Civil recaerá sobre el paciente dañado, lo cual considero injusto. Así el artículo 1330 establece:

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

Ésta es una limitación legislativa que perjudica la probanza en el caso del paciente dañado, pues debe acreditar el dolo o la culpa inexcusable del médico para determinar su responsabilidad y la de la estructura sanitaria,

³⁰ WOLCOTT, op. Cit. P. 49

³¹ WOLCOTT, op. Cit. P. 52

cuando carece de los medios para hacerlo con solvencia. Quien tiene todos los instrumentos técnicos para acreditar su ausencia de culpa es la estructura sanitaria, por lo tanto debe ser ésta y el médico a su cargo quienes acrediten la ausencia de culpa. Se trata de un caso de inversión de carga probatoria basado en principios como *res ipsa loquitur* o la presunción de culpa, que resultan criterios más equitativos y justos frente a una situación de asimetría entre el paciente y la estructura o el médico.³² En el caso peruano, y también en la legislación italiana³³ antes mencionada, la situación de hecho se agrava con esta sobreprotección de los médicos ante la “solución de asuntos profesionales” o “de problemas técnicos de especial dificultad” en donde se excluye la culpa leve y el médico solamente puede responder por dolo o culpa inexcusable. Pero “la solución de asuntos profesionales” abarca un campo infinito de posibilidades y los “problemas técnicos de especial dificultad” pueden ser sobreestimados por quienes manejan información privilegiada, es decir las estructuras sanitarias y los médicos, dejando al paciente en una situación de desventaja evidente. No ha proporción en la manera como se ha legislado favoreciendo a los médicos y a las estructuras sanitarias, por lo que la jurisprudencia tiene que hacer una interpretación restrictiva de este artículo como ya los Señaló Fernández Cruz en su momento.³⁴

Acerca de la evolución hacia una objetivización de la responsabilidad médica, se ha señalado, a propósito de las obligaciones de medios y de resultado:

³² En una conversación sostenida con el profesor y amigo Juan Espinoza en los pasillos del Ministerio Público (testimoniales) conversando sobre el laudo del Sr. Villanueva (pierna amputada equivocada) me comentaba que en Italia, a pesar de existir esta figura legislativa la jurisprudencia es homogénea en exigir al médico la probanza de ausencia de culpa.

³³ La regulación del contrato de servicio profesional prevé en el artículo 2236 del Código Civil Italiano una limitación de la responsabilidad en los siguientes términos: “Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, la responsabilidad se limita solo a los casos de dolo o culpa grave”, lo cual constituye una derogación de la regla general de responsabilidad por incumplimiento. WOLCOTT. Op. Cit. P. 55

³⁴ Sobre la aplicación del principio *res ipsa loquitur* se ha señalado con certeza: “La evolución de la responsabilidad médica ha puesto en evidencia el recurso a mecanismos de presunción que operan con respecto a las prestaciones de fácil ejecución. La introducción de mecanismos de presunción de culpa médica ha representado para la práctica jurisprudencial una aplicación del principio *res ipsa loquitur* (ampliamente aplicado en la materia en los ordenamientos anglosajones; donde la responsabilidad es siempre de naturaleza aquiliana, entendido como “aquella evidencia que crea una inferencia de negligencia. SOMMA, A. Op.cit., pp171-172), vale decir, se observa que tal motivación se da solo en el plano procesal, mas no en uno sustantivo, en el que representaría el paso de una obligación de medios a una obligación de resultado.” WOLCOTT, op. Cit. P. 68

“Esto es coherente con el replanteamiento que ha tenido en los últimos tiempos el antiguo dogma de las obligaciones de medios (DE MATTEIS, R. *La Responsabilidad...* op cit, p. 363). Sobre este punto, la jurisprudencia italiana ha individualizado verdaderos deberes de resultado en casos de prótesis dentales, cirugía estética y reconstructiva, análisis clínicos, intervenciones, cirugías de esterilización y de modificación de los caracteres sexuales, entre otros (Cf. Casac. 25 de Noviembre de 1994, n. 10014, en *Foro It.*, 1995, I,c. 2913; para el transplante de cabello, Trib. Roma, 23 de diciembre de 1996, en *Arch.Civ.*, 1997, p.17; para la esterilización, casac. 10 de setiembre 1999, n.9617).”³⁵

Para justificar la tesis de la responsabilidad civil contractual en materia de responsabilidad médica se ha utilizado la teoría del “contacto social” señalándose con acierto que: “Por otro lado, no podemos dejar de reconocerle la importancia a la teoría del “contrato del hecho”, conocida también como teoría del “contacto social”, para justificar la posición contractualista de la relación médico- paciente, en la medida en que representa en la experiencia italiana un paso significativo logrado por la Corte de Casación en 1999 al colocar las bases para la definitiva elaboración de un régimen unitario de la responsabilidad médica, superando el mecanismo de cúmulo de la responsabilidad contractual y extracontractual, y evitando recurrir a la tutela extracontractual a fin de proteger situaciones no consideradas en el derecho como contractual.”³⁶

Volviendo a los daños generados por infecciones intrahospitalarias o que responden al accidente médico más que al alea terapéutica se ha señalado con acierto: “En ese sentido, los establecimientos de salud, en tanto deudores del servicio sanitario, pueden resultar responsables no solo por hechos atribuibles al personal de ese servicio, sino también al mal funcionamiento del sistema y la insuficiencia organizativa, en tanto garantizan al cliente—paciente—por los riesgos que acarrea todo mal funcionamiento de la estructura organizativa o del sistema en sí mismo.” De esta manera, en posición que compartimos, la doctrina que vengo siguiendo, señala 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 de los daños sufridos en la estructura sanitaria, exógenos a la propia intervención médica y que la experiencia nos demuestra que se producen de manera significativa, ante lo cual el derecho debe tutelar este tipo de daños con los instrumentos

³⁵ WOLCOTT, op.cit. p. 58

³⁶ WOLCOTT. Op. Cit. P. 60-61. La tesis del contacto social justifica de igual modo un argumento a favor de la unidad de regímenes en materia de responsabilidad civil.

con que cuenta y en este caso los criterios de los daños o infecciones intrahospitalarias deben ser cubiertos por la estructura sanitaria por la falta de previsión o anomia en su estructura corporativa, la misma que finalmente ha determinado o contribuido a la generación del daño.³⁷

Sobre la “obligación de seguridad” y un acercamiento paulatino a la responsabilidad objetiva sobre todo en la jurisprudencia europea y francesa en particular, se ha dicho:

“De esta manera parece haberse iniciado un recorrido hacia la imputación objetiva del daño médico, común—si bien con matices diversos—en la jurisprudencia de las cortes nacionales europeas.

Los jueces alemanes solo la admiten si el daño medico es típicamente imputable a un error del galeno.

La experiencia francesa, en cambio, ofrece una clara tendencia jurisprudencial y doctrinaria hacia la imputación objetiva del daño médico. De calificar la obligación del médico como obligación de medios en la perspectiva contractual consagrada en la renombrada sentencia Mercier y siguiendo el “principio de la no acumulación de regímenes de responsabilidad”, negó la aplicación del régimen de responsabilidad sin culpa del guardián por el hecho de las cosas (Cf. VINEY, G. *Responsabilite civile*, en *J.C.P.*, 1994, I, n. 3773, p.306), propia del ámbito del régimen de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, emplea la imputación objetiva en el ámbito de la responsabilidad médica a través de la “obligación de seguridad”, que resulta ser un aporte de inicios del siglo pasado aplicado al tema del transporte de personas. (Cf. AMODIO, C).³⁸

Definiendo con claridad la **obligación de seguridad** la doctrina que seguimos señala:

“La obligación de seguridad se considera una obligación de resultado y se refiere al poder del médico de proteger al paciente de daños accidentales, provocados sin culpa en el curso del tratamiento médico. Los casos en que los jueces franceses han recurrido a la obligación de seguridad se

³⁷ Sobre el avance de la ciencia médica y el hecho de tomar en cuenta este desarrollo técnico en función a la responsabilidad civil médica se ha señalado con acierto: “Así, se colige que, mientras más consolidadas y experimentadas se hallen las técnicas aplicables a un determinado tipo de prestación, más riguroso será el criterio de diligencia, lo cual genera una relación de correspondencia entre el crepúsculo respeto del “protocolo” y el éxito de la intervención médica. En cambio, en la medida en que haya incertidumbre sobre los métodos aplicables, o en que se trate de un problema que presente una particular dificultad técnica, la responsabilidad se limitará a los casos en que existe dolo o culpa inexcusable.” WOLCOTT. OYAGUE, op. Cit. P. 66

³⁸ WOLCOTT, op. Cit. P. 69

refieren a daños generados por infecciones producidas en el nosocomio, o que derivan de una mala intervención quirúrgica.

La noción de “obligación de seguridad”, dada para establecer la responsabilidad del médico, destacando que la obligación de medios que este asume no excluye la presencia de una obligación accesoria destinada a garantizar la seguridad del paciente, la cual “lo obliga a reparar el daño causado a este último por un acto necesario al tratamiento, aun en ausencia de culpa, si el daño no tiene relación con el estado anterior del paciente o con la previsible evolución de este estado”.(Ver apelación, Paris, 15 de Enero de 1999, en *J,C,P.*,1999, II,n. 10068,p.435.).

Se imputa el daño médico aun por “riesgo de desarrollo”, lo que revela la caracterización de un supuesto de responsabilidad objetiva. Optándose por una solución opuesta al criterio de los datos existentes en la ciencia al momento del acto médico para la valoración de la conducta del profesional.”³⁹

Sobre la responsabilidad por infecciones intrahospitalarias, se ha señalado respecto al contagio de VIH lo siguiente: “Es pertinente referirnos a un caso de contagio con VIH, ocurrido en la maternidad de Lima en noviembre del 2004. Se trata del caso de cinco recién nacidos que se contagiaron a consecuencia de una transfusión sanguínea. La evaluación realizada por el Minsa desligó toda la responsabilidad al establecimiento de salud donde se realizaron las transfusiones, así como a quienes efectuaron los procedimientos correspondientes. La respuesta de la institución de salud coloca, como a todas luces se observa, en cabeza de los pacientes el riesgo que presenta el llamado “periodo de ventana” del donante de sangre. Lamentablemente, el sistema que opera en el Perú está basado en lo fundamental en la donación por reposición y no en la donación voluntaria y sistemática”⁴⁰

Sobre las infecciones intrahospitalarias estamos de acuerdo con Wolcott en cuanto manifiesta:

“En el evento referido no se logra individualizar la responsabilidad bajo el criterio de la culpa: esta se halla muy diluida y dispersos en diferentes

³⁹ WOLCOTT, OP. CIT. P. 70. Sobre las situaciones de especiales problemas técnicos de especial dificultad en el área médica se ha dicho:” Ha sido la labor jurisprudencial italiana la que, con agudo juicio, ha canalizado una lectura razonable de la norma. Ella ha sostenido que la referencia a la culpa grave (que el texto peruano traduce como culpa inexcusable) debe entenderse circunscrita a la pericia técnica requerida para las prestaciones de especial dificultad, o para las prestaciones que requieren una preparación superior al promedio porque se refieren a problemas que en estado actual de la ciencia no han sido aún resueltos o no han sido suficientemente debatidas en cuanto a técnicas.”

⁴⁰ WOLCOTT, op. Cit.p. 83

momentos del proceso que implica la transfusión, lo cual revela que, en estos casos, el criterio subjetivo de responsabilidad civil no es el adecuado para la reparación del daño ocasionado a la víctima. Se tendrá que recurrir, en cambio, a un criterio objetivo de responsabilidad civil que permita imputarla al establecimiento de salud donde se practicó la transfusión.

El deber de seguridad del establecimiento de salud concierne a la organización, instalaciones, instrumental, alimentación, sistematización logística, y turnos de asistencia y vigilancia de aquel. Este deber, junto a los de protección, se integra a la relación contractual, para enriquecerla, en virtud del principio de buena fe que rige la actuación de las partes de un contrato desde su negociación hasta la ejecución de las prestaciones profesionales (art. 1362 del C.C., conforme al cual los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según la buena fe y común intención de las partes)⁴¹⁴².

Finalmente, se ha catalogado al accidente médico de la siguiente manera: “El accidente es la concreción de un riesgo al que el paciente se expone cuando se somete a un tratamiento médico. Se distingue del fracaso en la atención médica porque va más allá de esta obligación; por ello, se afirma que “el daño accidental no es precisamente contractual; es exterior al contrato, aun cuando derive de una culpa del deudor”. En efecto, el accidente separa el daño del contrato y lo aparta de las consecuencias del incumplimiento contractual.

En todos ellos estaríamos frente a daños que no tienen conexión con la patología preexistente, que no corresponden a su normal desarrollo, que son ajenos al objeto de la prestación de la atención médica propiamente dicha, aun cuando se corre el riesgo de comprender también el ámbito que corresponde a la obligación de atención médica”.⁴³⁴⁴

⁴¹ WOLCOTT, op. Cit. P. 82

⁴² Artículo 48, LGS.- El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en este con la 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 hubiesen evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece.”

Esta previsión legislativa resulta de la aplicación en el caso de la sangre contaminada al que nos hemos referido, confirmando la tendencia del Derecho comparado de afianzar la responsabilidad en los casos de infecciones producidas en los establecimientos de salud. WOLCOTT, op. Cit. P. 85

⁴³ WOLCOOT, OP. CIT. P. 98

3. LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

En materia de jurisprudencia argentina el libro de Ricardo Luis Lorenzetti nos comenta una serie de casos, algunos de los cuales, por su significación y pertinencia para el presente trabajo invocamos.

“1. Negativa de atención si no hay pago previo

Los padres de una menor fallecida reclaman el resarcimiento de los daños por su muerte, ocasionada por una herida producida por un disparo particular de bala en el vientre. La víctima es trasladada a un sanatorio particular para su atención; allí el médico que la recibe acepta tratarla pero previo depósito de los derechos que fijaba el reglamento interno de la clínica. Como el padre no podía pagar, el médico no atendió a la pequeña, que en ese momento estaba recibiendo una transfusión de sangre. Fue trasladada a un hospital público, sin acompañamiento del médico que se negó a asistirle. La menor falleció luego de una intervención quirúrgica y once días de tratamiento postoperatorio.

Hubo condena penal contra el autor del disparo y contra el médico por abandono de persona.

La sentencia se inclina por la tesis extracontractual. Bustamante Alsina, a nuestro juicio con acierto, dice que sería extracontractual si hubiera mediado negativa al tratamiento. Sin embargo, el médico aconsejó practicarle una intervención quirúrgica aceptando realizarla y condicionado la operación al reglamento interno del sanatorio. Es decir, que el contrato quedó perfeccionado por el consentimiento integrado por la voluntad del padre, como representante legal del menor y la del médico cirujano.

⁴⁴ Sobre la diferencia entre el accidente médico y el acto médico que produce daños se ha dicho con acierto: “En tanto que estarían cubiertos por la noción de accidente médico los actos culpables o no susceptibles de separarse del acto médico propiamente dicho, como los mencionados líneas arriba: los relacionados con la quemaduras, los aparatos defectuosos, las prestaciones adicionales a la obligaciones en el nosocomio por falta de asepsia en las instalaciones, etc.

Realizada la separación entre la noción de accidente médico y la de *alea* terapéutica, se puede colegir que los correspondientes terrenos para establecer la responsabilidad del médico y la del establecimiento de salud no debieran ser evaluados con los mismos criterios, pues si bien el daño lo sufre siempre el paciente, la acción que lo ocasiona no es la misma: en un caso, el del accidente, estamos ante el riesgo de la propia actividad médica, y en el otro caso, ante el acto médico (Sobre el concepto de acto médico, cf VARSÍ, E. *Derecho médico peruano*. Lima: Grijiley, 2006, pp. 56-58), propiamente dicho, que consiste en la obligación de la atención médica. Respecto al acto médico, la culpa profesional justifica su existencia como sustento de la imputación de responsabilidad, tratándose de la evaluación del hecho personal.

Precisamente, desde esta última consideración estamos frente a accidentes como cualesquiera que se producen en el trabajo, en la ocasión de la circulación vial, etc.; y siendo que para los últimos el legislador ha contemplado sin mayor obstáculo un sistema de seguridad social, no hay razón alguna que impida el mismo tratamiento para los accidentes médicos.” WOLCOTT, op. Cit. P. 98

El fundamento de la obligación, según el fallo, es el deber humanitario y altruista de consagrar al enfermo todos los estudios y afanes que el título universitario obliga.

Coincidimos con Bustamante Alsina, quien al comentar el fallo indica que si bien no hay duda que la conducta del médico puso en peligro o bien aumentó el que ya existía para la salud de la víctima, no es menos cierto que puede discutirse si la abstención del médico fue la causa de la muerte.

Es importante establecer si la abstención medical fue mera condición, o bien causa y, en ese caso, si fue inmediata o mediata. El fallo comentado señala que sí el médico la hubiera atendido tempestivamente, las posibilidades hubieran sido más favorables, y por ello, le imputa responsabilidad por la totalidad del daño. Bustamante Alsina entiende que es una causa mediata. No está a nuestro alcance establecer en qué grado hubiera contribuido, ya que todo ello depende de cuestiones de hecho propias de la causa.

En otro caso, frente a la negativa de atención médica de una niña herida de bala por falta de pago de los padres, se dijo que hay una obligación jurídica de obrar que no solo emana de la ley, sino que surge de la razón, las costumbres y la práctica de los hombres probos.⁴⁵

“2. Negativa de atención si no se presenta el carné

El caso CS “Amante, Leonor y otros vs. Asociación Mutual Transporte Automotor” es descriptivo en este lugar.

Al concurrir a la clínica con motivo de sufrir una indisposición, al paciente se le negó la admisión por no exhibir el carné de afiliado –que no llevaba consigo-, y a pesar de las súplicas del paciente y de sus acompañantes –motivadas por la urgencia del caso, que provenía del estado de salud, con localización de un dolor en el pecho-, fue necesario acudir al domicilio particular para cumplir la exigencia establecida en el centro demandado. La diligencia insumió alrededor de 40 minutos, tiempo en el que se agravó el cuadro que padecía el paciente, el que instantes después de producirse el ingreso al establecimiento, falleció como consecuencia de un infarto de miocardio.

La Corte dice que una vez alertados sobre la urgencia del caso, era obligación jurídica de actuar: “es la frustración de esa chance de supervivencia originada en la ausencia de una oportuna y diligente atención médica, aspecto no ponderado en función de la importancia de los valores y derechos en juego ni del alcance del deber profesional y contractual de los demandados, lo que justifica la descalificación del fallo”.

En este caso, la responsabilidad es contractual porque había una relación jurídica previa que exigía la presentación del carné para acreditar la calidad de

⁴⁵ LORENZETTI, Luis Ricardo, “Responsabilidad civil de los médicos” Prólogo de Fernando Vidal Ramírez, Editorial Jurídica Grijley, , 2005, p. 43

afiliado. No obstante, citamos este caso porque, a diferencia de los anteriores, define correctamente la incidencia causal de la omisión medical de asistencia al señalar que frustra un chance de supervivencia.”

El artículo 3 de nuestra Ley General de Salud (LGS) expresa sobre la atención de las estructuras sanitarias en casos de emergencia en donde esté en peligro la salud o la integridad del sujeto, lo siguiente: *“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. El reglamento establece los criterios para la calificación de la situación de emergencia, las condiciones de reembolso de gastos y las responsabilidades de los conductores de establecimientos”*

Para el caso argentino comentado por Lorenzetti, nuestra legislación tiene una respuesta, que señala la atención obligatoria en casos de emergencia en situaciones de gravedad para la vida o salud del paciente, por lo que de darse una situación como la descrita en el presente caso existiría una vulneración por parte de la Clínica a norma imperativa y respondería por los daños causados al sujeto dañado, además existe una relación obligacional previa sustentada en un contrato, la misma que se incumplió, por lo que estamos ante un caso de responsabilidad civil contractual. Si bien la norma legal, en el Perú, regula este tipo de situaciones de emergencia, lo que debe primar en el caso concreto es el incumplimiento de la obligación por parte de la Clínica con el agravante del incumplimiento de una norma imperativa que ha generado el daño a la salud de la víctima.

Estado de emergencia implica “aquel acto mediante el cual se brinda un servicio en el cuidado de la salud y de la vida urgente y primario, tratando la patología que el paciente demande con el profesionalismo y equipamiento adecuado con el posterior, pero inmediato, traslado para la continuación del tratamiento médico.”⁴⁶

El Reglamento de la Ley General de Salud – D.S. 016-2002-SA, prescribe en su artículo 4 lo siguiente: “Todos los establecimientos de salud, sin excepción, están obligados a prestar atención inmediata a toda persona en situación de emergencia, y de poner en conocimiento del público ese derecho en algún lugar visible de la zona de atención por emergencia.” Asimismo, el artículo 11 del mismo Reglamento establece que “Luego que la persona atendida en un establecimiento de salud no presente ningún riesgo para su vida o su salud, ésta reembolsará los gastos ocasionados por su atención, siendo de su

⁴⁶ Varsi Rospigliosi, Enrique, *Derecho Médico Peruano*, Editorial Grijley, 2º Edición, Lima 2006, p. 220.

responsabilidad, de sus familiares o de sus representantes legales, decidir en qué establecimiento de salud continuará su tratamiento”

3. El encuentro circunstancial: médico que practica un examen

El caso CS “Erwin vs. American Guardian Life Azur” (545.A. 2d. 354. Pa. Super. 1988) es descriptivo en este lugar.

En este caso fallado en la jurisprudencia norteamericana, se trata de un médico de una compañía aseguradora que examina al paciente para un propósito de seguro y falla en descubrir anomalías cardíacas. Frente a la demanda, el tribunal establece que no hay responsabilidad si el paciente muere un mes después porque no hay una relación suficiente.

No se trata de un problema temporal, es decir, cuánto tiempo estuvieron en contacto. Se trata por un lado del propósito, ya que el contrato era celebrado entre el médico y la compañía aseguradora para establecer las condiciones de prestaciones de salud del contratante del seguro. No era por tanto un contrato de prestaciones de salud, ni existía una necesidad o urgencia que obligara al médico a actuar decididamente en preservación de la salud. Cuando se encomienda el examen con un propósito determinado, debe existir una cuidadosa evaluación de tales fines.

Un problema distinto es si se descubre una dolencia y se le notifica o no al paciente.

Algunos sostienen que hay deber de alertar al paciente sobre lo que se ha encontrado en el examen, pero este es un problema relativo al deber de información.

Considero, que en este supuesto, estamos ante un caso de mal diagnóstico pues el médico, a pesar de ser el médico contratado por la compañía de seguros, no advirtió, pudiendo hacerlo, de las afecciones cardíacas del paciente y por lo tanto no estuvo en la capacidad de informar de las mismas.

Solamente este acto omisivo del médico, que evidencia falta de diligencia ordinaria, significa que tenga que responder la clínica de la cual forma parte por responsabilidad civil contractual frente al paciente o sus familiares. Lo que se nos puede decir, ante este razonamiento, es que el paciente muere al mes de haber asistido a la consulta médica y por tanto no existiría una relación de causalidad entre la omisión o negligencia de no advertir las afecciones cardíacas y la muerte del paciente que se debió a estas afecciones o a otras circunstancias fisiológicas. No me parece pertinente este razonamiento, pues

no es aceptable socialmente que la falta de diligencia en el acto médico, en este caso de un mal diagnóstico, quede impune y los parientes no puedan ser resarcidos. Recordemos que una de las funciones de la responsabilidad civil es la desincentivadora de los daños y en este caso no se podría permitir que una conducta negligente o imperita en un diagnóstico, con la gravedad del caso comentado, no sea materia de un resarcimiento y un mensaje de *deterrence* a la sociedad para evitar conductas de este tipo. Además, y con esto salvamos lo referente a la causalidad inmediata (estamos ante responsabilidad contractual) el hecho de no haber informado la real situación de su salud al paciente lo ha privado de tener un escenario claro sobre su vida y las acciones que debía tomar frente a este escenario, que podían ir desde tomar medidas de urgencia frente a los daños cardiacos que lo afectaban (un viaje a un país con médicos especialistas, de no haberlos en Argentina), el cuidado que debía ejercer sobre su salud, incidiendo en aminorar los efectos de sus afecciones coronarias (cuidado en la comida, bebida, tabaco, sexo, etc.) o por último el prepararse para lo que el futuro inexorable depare como una relación distinta con sus hijos o cónyuge, de existir, lo cual incluye no solamente temas extra patrimoniales como el tiempo dedicado a estos, sino también de carácter patrimonial como el arreglo formal de aspectos de carácter sucesorio.⁴⁷

Sobre el deber de información y el consentimiento informado, se ha señalado por la doctrina nacional especializada:

“En el ámbito médico se habla de consentimiento respecto de dos situaciones que se suceden en el tiempo: el consentimiento a la prestación profesional de la atención médica, y el consentimiento al tratamiento propiamente dicho.

En ambos supuestos entra a tallar el deber de información por parte del médico. (...)”⁴⁸

Definiendo al consentimiento informado, la doctrina citada señala: “Pues bien, el consentimiento “informado” es la admisión libre y expresa del paciente –y, excepcionalmente, por parte de alguien que lo haga en su nombre, cuando no tiene capacidad para realizarlo por sí mismo- a someterse a un tratamiento

⁴⁷ ESPINOZA ESPINOZA, op. Cit. P. 728, sobre si la actividad médica es una actividad riesgosa señala con acierto lo siguiente: “(...) Así por ejemplo, en la experiencia jurídica italiana, “la opinión `prevaliente excluye del grupo de las actividades peligrosas a las intervenciones médico-quirúrgicas; pero la solución contraria seguramente debe admitirse cuando sean utilizados instrumentos dotados de intrínseca peligrosidad (como por ejemplo, los radioactivos). También es calificada como peligrosa la experimentación humana”.

⁴⁸ LEON, Leysser, “*Responsabilidad Civil*” Líneas fundamentales y nuevas perspectivas, Editorial Normas Legales, 2004, p. 473

médico, en toda fase de este último⁴⁹, teniendo como presupuesto esencial el suministro, por parte del facultativo, de la información que se considere imprescindible para efectuar una legítima decisión”⁵⁰⁵¹

Nuestra LGS refiere con respeto al Consentimiento informado lo siguiente:

“Artículo 4.- Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo.

Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia.

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

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

El reglamento establece los casos y los requisitos de formalidad que debe observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido”

⁴⁹ De acuerdo con Fernando MANTOVANI

⁵⁰ LEON, Leysser, op. Cit. P. 474. Para este autor es de tal relevancia el consentimiento que señala: “En el plano jurídico, hay quien ha llegado a sostener que sería dificultoso, si no es imposible, entender plenamente el derecho médico sin considerar y entender la amplitud y el significado del concepto de consentimiento., (...), *el verdadero problema que preserva la unidad del espectro de la temática del derecho médico es el consentimiento.* (...) LEON, op. Cit. P. 477.

⁵¹ La doctrina citada señala “No brindaré, entonces, sino algunas referencias sobre los fundamentos del consentimiento informado como cuestión bioética, que juzgo imprescindibles, teniendo en cuenta el doble significado expresado por la afirmación del consentimiento informado como “principio”:

- A. “[E]l significado *ético-cultural*, en tanto y en cuanto ha marcado el paso de la antigua y tradicional *concepción paternalista de los deberes del médico*, benefactor y que todo lo decide, a la moderna *concepción personalista de los derechos del paciente*, el cual se ubica en el centro de la relación médico-paciente y de la estructura sanitaria, (...).
- B. [E]l significado *jurídico y práctico operativo*, porque indica que el *fundamento primario* de los poderes deberes del médico radica en el *consentimiento* del sujeto, (...)”. LEON, Leysser, op. Cit. P. 477

Sobre los múltiples perfiles jurídicos del consentimiento informado: “*Grundrecht*, derecho consagrado en la normativa internacional”, se ha dicho lo siguiente:

“(…), sino que representa, sobre todo, desde una perspectiva de derecho público, y fuera de la existencia o no de dicho vínculo contractual, *la modalidad por excelencia de expresión de una libertad del individuo*: la libertad del paciente de negarse a recibir la mínima ofensa, el mínimo daño, es decir, [el derecho] a su propia integridad física, sin importar cuál sea su estado patológico, y más allá de las consecuencias de tal rechazo. (...)”⁵²

Sobre la normativa internacional se ha señalado: “La *regla general* del artículo 5 del *Convenio* es que: “una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento.- Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.- En todo momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”⁵³. Sobre las limitaciones a la disposición del propio cuerpo, la doctrina que vengo siguiendo señala: “toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica”, y que (núm. 2) “en el marco de la medicina y de la biología de la persona de que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley; (-) la prohibición de las prácticas eugenésicas, (...); (-) la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro; (-) la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”⁵⁴⁵⁵. (

⁵² LEON; Leysser, op. Cit. P. 499

⁵³ LEON, Leysser, op. Cit. P. 500

⁵⁴ LEON, Leysser, op. Cit. P.501

⁵⁵ Sobre el consentimiento informado como una manifestación del respeto a la dignidad del paciente se ha señalado: “En Francia, por ejemplo, la jurisprudencia ha reconocido que la obligación de requerir el consentimiento de la persona enferma antes de toda intervención de prevención, diagnóstico, o atención médica, se funda en el principio general, y constitucionalmente consagrado, del respeto de la dignidad de la persona humana y de la autonomía de ésta, que se traduce en el respeto de la inviolabilidad e integridad del cuerpo humano, así como en la protección otorgada a la persona enferma.

Una sentencia de octubre del 2001 de la *Cour de Cassation* dice, al respecto, que “(en francés)”, esto es, “un médico no puede ser dispensado de su deber de información frente a su paciente, deber que tiene su fundamento en la exigencia de respetar el principio constitucional de salvaguarda de la dignidad de la persona humana de modo que un riesgo grave no se presente sino excepcionalmente”. LEON, op. Cit. P. 502-503. Asimismo, “se entiende que el ser humano es libre, “patrón de su voluntad y de su cuerpo. La traducción trágica de este principio se halla en el hecho de que el suicidio no es objeto de ninguna incriminación legal”. LEON, OP. CIT. P. 503

La jurisprudencia del Tribunal de Milán ha señalado: “En una sentencia del Tribunale de Milán del 14 de mayo de 1998, se estableció que la ejecución de una intervención médica sin el consentimiento del paciente, o sin una previa información de los riesgos, constituye, por sí propia, un hecho ilícito, lesivo del derecho a la determinación y del derecho a la salud.

4. EL LLAMADO “ABUSO DEL DERECHO DE NO CONTRATAR”

A. *El caso*

El paciente, de unos sesenta años de edad, intentó saltar una zanja embarrada, fracturándose una pierna. Concorre a una clínica privada, en la que no es atendido porque “no tenían convenio con la obra social que poseía el accidentado”. El paciente concurre a otra clínica, donde finalmente le es amputada la pierna.

El caso es interesante por varias razones.

El juez de primera instancia ubica la responsabilidad en el ámbito contractual y condena al resarcimiento. La cuestión relativa al ámbito de la responsabilidad no es motivo de impugnación específica, por lo que queda firme. La demandada recurrente sostiene entonces que al ser la responsabilidad contractual y culposa, sólo responde por las consecuencias inmediatas y necesarias, y que la amputación responde al imprudente salto dado por el demandado en una zanja llena de barro infectado y a los sesenta años. La Corte se ve obligada a recurrir a la tesis del “abuso del derecho de no contratar” a fin de no salirse del ámbito de discusión constreñido por el recurso.

Otra cuestión de interés es que la demandada afirma que el paciente optó por ir a otra clínica y que ellos no podían oponerse a su derecho de hacerlo por el tratamiento que considera más adecuado. Los jueces replican que en realidad no hubo consentimiento, puesto que la razón no era un mejor tratamiento, sino la imposibilidad de pagar. Por sobre todo, no se advirtió adecuadamente la necesidad imperiosa de una limpieza quirúrgica inmediata y urgente que hubiera evitado la amputación.

Finalmente, surge el problema del nexo causal entre la omisión de asistencia y la lesión final. (Página 43-46)

No concuerdo con la tesis del abuso del derecho de no contratar, me parece exagerada y forzada. Desde mi punto de vista estamos ante un caso de responsabilidad contractual en el cual se han violentado la “obligación de seguridad” o “deber de protección” reseñado precedentemente y si bien no existió vínculo obligacional en el sentido estricto por la renuencia de la

En el citado caso, una paciente con un tumor cerebral perdió la vida a causa de la realización de seis delicadas biopsias, a los cuales, como se demostró, no había consentido”. LEON, op. Cit. P. 506

estructura sanitaria, hubo “contacto social”⁵⁶ lo que se inscribe en la órbita de la responsabilidad civil contractual. Además como reitero, en el caso peruano, como agravante de la conducta de la clínica a través de los terceros a su cargo, está la violación de una norma legal, el artículo 3 de la LGS antes glosado.

⁵⁶ ESPINOZA ESPINOZA ; Juan, “*Derecho de la Responsabilidad Civil*” , Editorial Rodhas, sexta Edición, 2011, p. 722, señala lo siguiente: “Y por consiguiente, el tratamiento que se le brinda ha saltado de un estrecho contacto social a una relación contractual de la que se deriva una serie de derechos y obligaciones y en el caso de incumplimiento, surge el derecho de usuario a una reparación por los daños ocasionados”.