



**FACULTAD DE DERECHO**  
**ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO**

**TESIS**

**“LA RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA Y LA  
INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS:  
MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL  
HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELEN DE  
LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014”**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE  
ABOGADO**

**Autores:**

**Bach. Rivas Céspedes, José Enrique.**

**Bach. Santamaria Chapoñan, Santos.**

**Asesor:**

**Abg. Samillan Carrasco, José Luis.**

**Linea de Investigacion:**

**Derecho Civil**

**Pimentel – Perú**

**2019**

**“La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos:  
Mal praxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén De  
Lambayeque Periodo 2010-2014”**

**Presentada por:**

---

**RIVAS CESPÉDES JOSÉ ENRIQUE.**  
Autor

---

**SANTAMARIA CHAPOÑAN SANTOS.**  
Autor

**Asesores:**

---

**Abg. JOSÉ LUIS SAMILLAN  
CARRASCO.**  
Asesor Metodólogo

---

**Mg. JESUS MANUEL GONZALES  
HERRERA.**  
Asesor Temático

**Miembros del Jurado Examinador:**

**Aprobada por:**

---

**Mg. DANIEL GUILLERMO CABRERA  
LEONARDINI.**  
Presidente del Jurado De Tesis

---

**Mg. ROBINSON BARRIO DE MENDOZA  
VASQUEZ.**  
Secretario del Jurado De Tesis

---

**Mg. JESUS MANUEL GONZALES  
HERRERA.**  
Vocal del Jurado De Tesis

## DEDICATORIA

*En primer lugar a Dios*

*A mis queridos padres Enrique y Soledad: Por su invaluable apoyo moralmente y económicamente en la elaboración de este anhelo realizado.*

*José Enrique*

*Agradecer a Dios por darme la vida y Guiarme en un buen Camino.*

*Para mis Padres Vicente y Andrea por su apoyo incondicional, consejo, comprensión, amor, ayuda en los momentos difíciles y por ayudarme con los recursos necesarios para formarme como profesional y conseguir mis objetivos.*

*A mi Hermana Lorenza por estar siempre presente, acompañándome y dándome su apoyo incondicional en este proyecto de investigación.*

*Santos J.*

## AGRADECIMIENTO

A DIOS

*Por ser la fuente permanente de luz en nuestros caminos.*

*Expresamos nuestro sincero reconocimiento y gratitud a nuestro asesor temático de la Universidad Señor de Sipan Mg. JESÚS MANUEL GONZALES HERRERA, por habernos asesorado y ayudado en el presente trabajo a pesar de tener recargadas tareas nos ha apoyado y orientado nuestra información profesional.*

*Asimismo, al asesor metodológico Abg. JOSÉ LUIS SAMILLAN CARRASCO nuestro agradecimiento sincero por el apoyo material y moral y brindarnos su tiempo y la ayuda incondicional en la concreción del presente trabajo.*

## RESUMEN

La presente investigación ha sido titulada “La Responsabilidad Civil Médica” y la inobservancia de los protocolos: malpraxis ginecobstetra, en el hospital provincial docente belén de Lambayeque periodo 2010 – 2014 y presenta como problema que al momento de determinar la responsabilidad civil Médica, cuando el profesional Ginecobstetricia , tiene como objetivo de apoyar a la mujer en el momento de dar a luz; y debe observar los protocolos para tener en cuenta de cómo debe brindar el cuidado a su paciente ante de cometer una negligencia médica y cumplir con su obligación y deberes como médico , por razón se han determinado si debe ser por medios o por resultado, por lo que se planteó como hipótesis “La Responsabilidad Civil Médica” y la inobservancia de los protocolos: malpraxis ginecobstetra, en el hospital provincial docente belén de Lambayeque periodo 2010 – 2014 los Resultado planteado; que se ve afectada por Incumplimientos y Discrepancias Teóricas; que están relacionados causalmente y se explican, por el hecho de que no se conocía algún Planteamiento Teórico, especialmente algún concepto básico; o, por haberse incumplido algunas de las Normas, código civil, la Constitución Política del Perú; o porque no se tuvo en cuenta la legislación comparada existente; como referencia de experiencia exitosa, como objetivo analizar, ubicar, seleccionar y resumir planteamientos teóricos, describir la responsabilidad civil médica y la inobservancia de los protocolos: malpraxis ginecobstetra, que se han podido identificar como variable de la realidad a los responsables y la comunidad jurídica, además como muestra se tuvo a abogados, médicos ginecobstetra, fiscales, jueces por último se formuló la recomendación que se lleve a cabo un pleno con carácter vinculante que disminuya las discrepancias existentes respecto de la presente investigación, La necesidad de estudiar la responsabilidad ginecobstetra, hoy en día tiene gran relevancia teniendo en cuenta que los hospitales reciben maternas, que requieren un sin número de cuidados, lo cual genera obligaciones de cuidado o de garantía por parte del médico para con la materna y sus familiares. De prestar este servicio profesional bajo responsabilidad del médico de ser denunciado penalmente y administrativamente ante su respectivo colegio profesional, además del pago

de la reparación civil que ocasiones como resultado de su intervención quirúrgica.

Palabras clave: responsabilidad civil, malpraxis, ginecobstetra

## ABSTRACT

This research was entitled "Medical Liability" and the failure of the protocols: obstetrician malpractice in provincial teaching hospital crib Lambayeque period 2010 - 2014 and presented as a problem in determining the medical liability, when the Professional Gynecology, aims to support women at the time of delivery; and must observe the protocols to consider how to provide care to their patients before committing medical malpractice and fulfill their obligations and duties as a doctor, by reason they have determined whether it should be by means or results, so hypothesized that "The Medical Liability" and the failure of the protocols: obstetrician malpractice in provincial teaching hospital crib Lambayeque period 2010 - 2014 the proposed results; that is affected by Defaults and Theoretical discrepancies; that they are causally and explained, by the fact that was not known any Theoretical Approach, especially a basic concept; or for having breached some of the Rules, civil code, the Political Constitution of Peru; or because the existing comparative law was not taken into account; reference of successful experience, to analyze, locate, select and summarize theoretical approaches, describing the medical liability and breach of the protocols: obstetrician malpractice, which have been identified as variable reality those responsible and the legal community also as shown to lawyers, doctors obstetrician, prosecutors, judges finally the recommendation is carried out with full binding to decrease the discrepancies concerning the present investigation had to be made, the need to study the obstetrician responsibility, today has great relevance considering that hospitals receive maternal, requiring a number of care, which creates obligations of care or guarantee by the doctor to the mother and family. Professional provide this service under the responsibility of the physician to be criminally charged and administratively by their respective professional association, in addition to payment of civil damages that sometimes as a result of surgery.

**Keywords: liability, malpractice, obstetrician**

## INTRODUCCIÓN

El trabajo de investigación que hemos realizado , sobre la responsabilidad civil médica y la inobservancia de los protocolos médicos: malpraxis ginecobstetra, no hace referencia que a pesar que la ciencia médica y su tecnologías han avanzado con muchas rapidez durante los años no se ha podido impedir los actos de negligencia, imprudencia, impericia y sobre todo lo que es más preocupante, que se ha hablado en proyecto, una de las causales o factor directo de actos de malpraxis es la inobservancia de los reglamentos y normas de la profesión médica y de todo el personal de salud. Este problema no solo existe en nuestro país, sino también en otros lugares del mundo, y de los cuales tenemos como referente, en cuanto a estudios realizados sobre este tema, la escuela española; y vemos que cada día aumenta el número de problemas originados por la mala práctica o malpraxis médica.

Es materia de análisis los procesos por responsabilidad medica instaurados contra los profesionales de la salud, puesto que generan en el paciente o sus familiares una seguridad, por inseguridad, por el daño que se le ocasiona , originado por el acto médico y que además repercute dañosamente, también a la institución a la cual pertenece dicho profesional, en pleno desarrollo de la informática “un pequeño lunar en una pierna puede llevar a la muerte a una persona, cosa que pasa a ser inentendible por gran parte de la población y así mucho casos más de malapraxis medica que suceden diariamente por falta de una información adecuada a los pacientes.

El problema es que los médicos no saben explicar claramente de sus errores groseros de diagnóstico y tratamiento al paciente, asimismo no reconocen sus fallas, ignorancias y errores perjudicando a sus pacientes, estos daños ocasionados se inician desde la inobservancia de los protocolos médicos ya que muchos de ellos no actualizan o no están informados de aquellos protocolos que deberían seguir en una intervención quirúrgica. En la cual el resultado del informe de ministerio de salud señala que son cerca de 600 casos de malapraxis en todo el país, de los cuales la mayoría no es tramitada por esta entidad, sino que llegan directamente al poder judicial.

## INDICE

DEDICATORIA.....	3
AGRADECIMIENTO .....	4
RESUMEN.....	5
ABSTRACT .....	7
INTRODUCCIÓN .....	8
CAPITULO I: MARCO TEORICO.....	16
1.1.Planteamientos Teóricos.....	16
1.1.1. Capítulo I: Responsabilidad Civil .....	16
1.1.1.1. Evolución de la Responsabilidad Civil.....	16
1.1.1.2. Etimología de la Responsabilidad Civil .....	17
1.1.1.3. Definición de la Responsabilidad Civil .....	18
1.1.1.5. Proceso Evolutivo en el Perú .....	21
1.1.1.6. TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.....	22
1.1.1.7. Responsabilidad Contractual .....	25
1.1.1.8. Responsabilidad Extracontractual .....	28
1.1.1.9. Elementos De La Responsabilidad Civil Extracontractual.....	30
1.1.1.9.2. CLASES DE HECHOS ANTIJURÍDICOS .....	31
1.1.1.9.3. Daño.....	33
1.1.1.9.4. Definición .....	33
1.1.1.9.5.Requisitos del Daño.....	34
1.1.1.9.6.Imputación del Daño.....	35
1.1.1.9.7.Definición de Imputación.....	36
1.1.1.9.8.Clasificación del Daño .....	36
1.1.1.9.8.1.1.La determinación o cuantificación como característica del daño.....	39
1.1.1.9.8.2.Nexo Causal o Relación Causal .....	39
1.1.1.9.8.2.1.Causalidad Adecuada .....	40
1.1.1.9.8.2.2.Causa Directa .....	40
1.1.1.9.8.2.3.Concausa.....	44
1.1.1.9.8.3.Factores de Atribución .....	45
1.1.1.9.8.3.1.Sistema Objetivo .....	45
1.1.1.9.8.3.2.Sistema Subjetivo .....	47
1.1.1.9.9.Regímenes Especiales De Responsabilidad Extracontractual .....	48

1.1.1.9.9.1.Por Daños de Terceros .....	48
1.1.1.9.9.2.Por Daños Causados por Cosas Inanimadas o por Cosas Animadas .....	51
1.1.1.9.9.3.Por Cosas Riesgosas o Peligrosas.....	52
1.1.1.9.9.4.Por Denuncia Calumniosa.....	52
1.1.1.10.Funciones de la Reparación Civil.....	53
1.1.1.10.5.La función restitutiva o reparadora .....	53
1.1.1.10.6.La función indemnizatoria .....	54
1.1.1.10.7.La función compensatoria.....	55
1.1.1.10.8.La función preventiva .....	55
1.1.1.10.9.La función sancionadora.....	56
1.1.1.11.Diferencias entre la Responsabilidad Contractual y Extracontractual.....	57
1.1.1.12.Tesis de Responsabilidad Civil .....	58
1.1.1.12.5.Tesis Dualistas .....	59
1.1.1.12.6.Tesis Monista .....	60
1.1.1.12.7.Tesis Eclécticas .....	61
1.1.1.13.Responsabilidad Solidaria .....	62
1.1.1.14.Los Sistemas de Responsabilidad civil .....	63
1.1.1.14.5.La Teoría Subjetiva .....	63
1.1.1.14.6.La Teoría Objetiva .....	64
1.1.2.Capítulo II: Responsabilidad de los Profesionales y de los Médicos.....	66
1.1.2.9.Responsabilidad Profesional.....	66
1.1.2.10.Responsabilidad Civil Medica .....	68
1.1.2.10.5.Generalidades .....	68
1.1.2.10.6.Definición .....	69
1.1.2.10.7.Calificación de la Responsabilidad Médica .....	76
1.1.2.10.8.Negligencia medica .....	76
1.1.2.11.La responsabilidad civil objetiva de los centros de asistencia médica.....	82
1.1.2.12.La responsabilidad civil de los profesionales médicos y la responsabilidad indirecta o por hecho ajena.....	84
1.1.2.13.El consentimiento libre e informado como derecho del paciente.....	86
1.1.2.14.Los deberes de los profesionales médicos .....	89
1.1.2.15.Presupuesto de la responsabilidad del profesional médico .....	89
1.1.2.16.La Responsabilidad Civil Médica en el Perú .....	90
1.1.2.16.5.La Responsabilidad Médica en la Legislación Peruana.....	91

1.1.2.17.PROTOCOLOS MEDICOS.....	96
1.1. DEFINICIONES:.....	96
1.2 PARTES DE UN PROTOCOLO:.....	97
1.3 DESCRIPCION DE LAS PARTES DE LOS PROTOCOLOS:.....	97
1.4 OTRAS CONSIDERACIONES:.....	101
1.1.2.18.MALPRAXIS MÉDICA .....	101
1.1. RELACIÓN MÉDICO PACIENTE.....	101
1.2. DERECHOS DEL PACIENTE, LEX ARTIS Y EL ACTO MÉDICO. ....	102
1.3. ACTO MÉDICO .....	104
1.4. PRINCIPIOS DEL ACTO MÉDICO .....	104
1.5. DEFINICIÓN DE MALA PRÁCTICA.....	105
1.6. RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO FRENTE A LA MALA PRAXIS .....	106
1.7. FORMAS DE NEGLIGENCIA O MALA PRÁCTICA PROFESIONAL .....	110
1.3.NORMAS.....	111
1.3.1. Constitución Política del Perú .....	111
1.3.2. Código Civil.....	111
1.3.3. Ley general de salud N° 26842.....	112
1.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.....	115
1.4.1. España.....	115
1.4.2. Argentina.....	115
1.4.3.Chile.....	117
1.4.4.COLOMBIA.....	117
1.4.5 Casos de la Responsabilidad Civil Medica por Inobservancia de los Protocolos Médico Mal praxis Ginecobstetricias en Lambayeque.....	118
<b>CAPITULO II: MARCO METODOLOGICO.....</b>	<b>130</b>
<b>2.1. PROBLEMA:.....</b>	<b>134</b>
<b>2.1.1. SELECCIÓN DEL PROBLEMA: .....</b>	<b>135</b>
<b>2.1.2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA. ....</b>	<b>135</b>
2.1.2.1 EN EL MUNDO .....	135
2.1.2.2 EN EL PAIS: .....	143
<b>2.1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....</b>	<b>144</b>
<b>2.1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>145</b>
<b>2.1.5. LIMITES DE LA INVESTIGACIÓN.....</b>	<b>146</b>
<b>2.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN: .....</b>	<b>146</b>
2.2.1. OBJETIVO GENERAL: .....	146

2.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS: .....	146
2.3. <b>HIPÓTESIS:</b> .....	<b>147</b>
2.3.1. HIPÓTESIS GLOBAL: .....	147
2.3.2. SUB-HIPÓTESIS.....	148
2.4. <b>VARIABLES:</b> .....	<b>149</b>
2.4.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES:.....	149
2.4.2.- DEFINICION DE LAS VARIABLES:.....	150
2.4.3.- CLASIFICACIÓN DE LAS VARIABLES: .....	153
2.5. Tipo y Diseño De La Ejecución.....	<b>154</b>
2.5.1. Tipo de Investigación .....	154
2.5.2. Diseño de la Investigación.....	154
2.6. Universo y Muestra.....	<b>154</b>
2.6.1. Universo .....	154
2.6.2. Selección de las técnicas, instrumentales e informantes o fuentes.....	154
2.6.3. Muestra.....	155
2.6.3.1. Forma de tratamiento de los datos .....	157
2.6.3.2. Forma de análisis de las informaciones .....	157
2.7. Métodos, Técnicas e Instrumentos para Recolección De Datos. ....	<b>157</b>
2.7.1. Métodos.....	157
2.7.2. Técnicas e instrumentos.....	158
2.8. Forma de tratamiento de los datos.....	<b>159</b>
2.9. Forma de análisis de las informaciones .....	<b>159</b>
<b>TERCERA PARTE: DESCRIPCION DE LA REALIDAD .....</b>	<b>161</b>
<b>3.1 DESCRIPCION DE LOS RESPONSABLES RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELÉN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014.....</b>	<b>161</b>
3.1.1 Resultados de Conocimiento u Aplicación; y Desconocimiento de Los Planteamientos Teóricos en los Responsables.....	161
3.1.2 Razones del Desconocimiento de los Planteamientos Teóricos. ....	163
3.1.3 Resultado del nivel de conocimiento y de las Normas en los responsables.....	164
3.1.4 Principales Razones o Causas del Desconocimiento y no aplicación de las Normas en los Responsables.....	165
3.2 Descripción de la Comunidad Jurídica respecto de la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén De Lambayeque Periodo 2010-2014.....	166

3.2.1 Resultados de Conocimiento u Aplicación; y Desconocimiento de Los Planteamientos Teóricos en la Comunidad Jurídica .....	166
3.2.2 Principales Razones o Causas del Desconocimiento de los Planteamientos Teóricos en la Comunidad Jurídica. ....	168
3.2.3 Resultados de Conocimiento u Aplicación; y Desconocimiento de la legislación comparada en la Comunidad Jurídica.....	169
3.2.4 Principales Razones o Causas del Desconocimiento de la legislación comparada en la Comunidad Jurídica. ....	171
<b>CUARTA PARTE: ANALISIS .....</b>	<b>172</b>
<b>4.1. ANALISIS DE LA SITUACION ENCONTRADA DE LOS RESPONSABLES RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTERA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELÉN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014. ....</b>	<b>173</b>
<b>4.1.1. ANÁLISIS DE LOS RESPONSABLES RESPECTO A LOS PLANTEAMIENTOS TEORICOS.....</b>	<b>173</b>
4.1.1.1. Apreciaciones resultantes del análisis en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.....	175
<b>4.1.2. ANALISIS DE LOS RESPONSABLES RESPECTO A LAS NORMAS. ....</b>	<b>176</b>
4.1.2.1. Apreciaciones resultantes del análisis en los responsables respecto a las Normas.....	178
<b>4.2. ... ANALISIS DE LA SITUACION ENCONTRADA DE LA COMUNIDAD JURÍDICA RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELÉN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014. ....</b>	<b>179</b>
<b>4.2.1. Análisis de la Comunidad Jurídica Respecto de los Planteamientos Teóricos .....</b>	<b>179</b>
4.2.1.1. Apreciaciones resultantes del análisis de la comunidad jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos. ....	181
<b>4.2.2. Análisis de la Comunidad Jurídica Respecto de Legislación Comparada</b>	<b>181</b>
4.2.2.1 Apreciaciones resultantes del análisis de la comunidad jurídica respecto de la legislación comparada integrando Planteamientos Teóricos.	183
<b>QUINTA PARTE: CONCLUSIONES .....</b>	<b>187</b>
<b>5.1. RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANALISIS .....</b>	<b>187</b>
<b>5.1.1. Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis, respecto a las partes o variables del problema.....</b>	<b>187</b>
5.1.1.1. Incumplimientos .....	187
5.1.1.2. Discrepancias Teóricas .....	187
<b>5.1.2. Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis, respecto a los logros como complementos de las partes o variables del problema.....</b>	<b>189</b>
5.1.2.1. Logros.....	189
<b>5.2. CONCLUSIONES PARCIALES.....</b>	<b>190</b>

5.2.1. Conclusión Parcial 1 .....	<b>190</b>
5.2.1.1. Contrastación de la sub hipótesis “a” .....	190
5.2.1.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 1 .....	192
5.2.2. Conclusión Parcial 2 .....	<b>192</b>
5.2.2.1. Contrastación de la sub hipótesis “b” .....	192
5.2.2.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 2.....	194
5.2.1. Conclusión Parcial 3 .....	<b>195</b>
5.2.1.1. Contrastación de la subhipotesis “c”.....	195
5.2.1.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 3.....	196
5.3. CONCLUSION GENERAL .....	<b>197</b>
5.3.1. Contrastación de la Hipótesis Global .....	197
5.3.2. Enunciado de la Conclusión General .....	197
SEXTA PARTE: RECOMENDACIONES .....	201
6.1. RECOMENDACIONES PARCIALES .....	<b>201</b>
6.1.1. Recomendación Parcial 1 .....	201
6.1.2. Recomendación Parcial 2.....	201
6.1.3. Recomendación Parcial 3.....	202
6.2 RECOMENDACIÓN GENERAL.....	<b>202</b>
REFERENCIAS .....	204
LINKOGRAFIA.....	211
ANEXOS .....	212

# **CAPÍTULO I**

## **MARCO TEÓRICO**

## **CAPITULO I: MARCO TEORICO**

### **1.1.Planteamientos Teóricos**

#### **1.1.1. Capítulo I: Responsabilidad Civil**

##### **1.1.1.1. Evolución de la Responsabilidad Civil**

Según VALDERRAMA (2008). “Si nos remontamos a los primeros grupos humanos, la venganza era un mecanismo privado mediante el cual se castigaba a quien causaba daño al ofensor, es decir, la venganza era personal, no intervenía la sociedad”.

A entender de LÓPEZ (2011), manifiesta lo siguiente:

El derecho romano es el mayor legado que este pueblo extraordinario hizo a la humanidad. Pensamos esto porque creemos que la identidad cultural de Occidente se estructura en tres pilares básicos: la filosofía griega, la religión judeocristiana y el derecho romano. Pertenece a Occidente y no seríamos quienes somos sin el Derecho Romano. p.5

En el primitivo derecho romano en la Ley de las XII Tablas también se encuentran ejemplos de limitación de la venganza por intermedio de los daños múltiples: por ejemplo el incumplimiento de una parte de su promesa, obligaba a esta a pagar el doble (Tab. VI); una víctima de usura podía recibir de un individuo el cuádruplo de la cantidad del interés usurario en la medida del exceso permitido (Tab. VII.); o en el caso del depositario infiel debía indemnizarse el doble del valor depositado (Tab. VIII.)

La ley Aquilia según LÓPEZ (2002) “Introducción a La Responsabilidad Civil” el mencionado autor dice lo siguiente:

La responsabilidad civil es la gran unificadora de todas las leyes que hablan del daño injusto, a tal punto que en cualquier manual de texto se utiliza la expresión responsabilidad aquiliana como sinónimo de responsabilidad civil extracontractual. Debe su nombre al tribuno Aquilio quien realizó el plebiscito, según cuenta Ulpiano. Era sin embargo una ley que sobre todo reglamentaba la revancha o venganza, consistente en reconocer a un derecho a causar al responsable los mismos daños económicos sufridos. Era como lo dice un profesor europeo un talión económico, lo cual también era un gran avance.

Por otro lado el derecho francés otorga a la culpa el lugar de elemento de la responsabilidad civil que no había tenido en el derecho romano, en el que la injuria implicaba la culpa. p.7, ley del Talión “ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie” daba al ofendido la aprobación para vengar al ofensor, en etapas históricas posteriores, la víctima del daño comenzó a perdonar al agresor a cambio de una suma de dinero literalmente aceptada.

Para algunos tratadistas según señala ORASMOS (2011) “límites a la responsabilidad civil” manifiesta lo siguiente:

El momento histórico en que el ofendido perdonaba al agresor a cambio de algo se estableció la incipiente relación entre el deber de responder y la obligación de resarcir el daño, si no hay transacción, impóngase al autor la ley del Talión. La propia Ley de las XII Tablas, iba establecer también la transición entre la composición voluntaria y la legal existían ciertos delitos establecidos para los cuales la posibilidad de escoger entre la venganza o la suma de dinero, era voluntaria, en cambio, para actos ilícitos la autoridad imponía una suma de dinero, que el fondo el ofendido debía aceptar y el ofensor tenía que pagar

#### **1.1.1.2. Etimología de la Responsabilidad Civil**

Etimológicamente la palabra Responsabilidad se remonta al termino latino *respondere*, que es una forma latina del termino responder, por eso decimos que la responsabilidad es la habilidad de “responder”. El Diccionario de la Lengua Española lo define como una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

Partiendo del principio Romano es deber genérico de causar daño a nadie, si este no es cumplido, su correlato es la obligación de reparar el perjuicio causado por su responsable. Se considera que esta constituye la base de la responsabilidad y de sus distintos regímenes jurídicos que derivan sobre la naturaleza del hecho ilícito, entendiendo claro esta como ilícito civil y del daño ocasionado.

A nuestro entender el tema de la responsabilidad civil no debe ser desarrollado ajeno a un análisis de la relación jurídica obligacional (obligaciones), dado que esta se desenvuelve dentro de la dinámica de una obligación.

### **1.1.1.3. Definición de la Responsabilidad Civil**

Según JIMÉNEZ (2014), en su Libro “Manual práctico de la responsabilidad Médica en la prevención de la malpraxis médica” nos dice que:

Es la obligación de los médicos de dar cuenta ante la sociedad por los actos realizados en la práctica profesional, cuya naturaleza y resultados sean contrarios a sus deberes, por incumplimiento de los medios y cuidados adecuados en la asistencia al paciente, pudiendo adquirir relevancia jurídica.

A su vez, la responsabilidad médica será la obligación de reparar o compensar los daños producidos por el medio en el curso de su actividad profesional.

Sin embargo, el medico puede cometer errores, los mismos que no serán reprochables ética y legalmente, si se ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las norma que su deber profesional le imponen. Uno de los derechos inherentes al ser humano es el derecho a la salud, que con mucha frecuencia se le confunde con un derecho a la curación, pues el paciente cree que en derecho a tratamiento debe involucrar necesariamente un resultado positivo. p.63

La responsabilidad ha existido y convivido con la comunidad. Con el paso de los años y la entrada en la edad moderna, estas situaciones se han venido regulando y estableciendo compensaciones en función del alcance de dicha responsabilidad.

Varios tratadistas, especialmente de derecho civil, al analizar el tema de la responsabilidad, comienzan sus estudios definiendo o expresando lo que se entiende por la noción de responsabilidad, y la mayoría de ellos concuerda que *es la obligación que tiene una persona que ha inferido daño a otra, de reparar dicho daño.*

Así para ALESSANDRI (1981) *“En derecho civil la expresión responsabilidad no se define por su fundamento que puede variar, sino por su resultado, es*

*decir, por las consecuencias jurídicas que el hecho acarrea para el autor*". En este sentido se dice que un individuo es responsable cuando está obligado a indemnizar el daño. En derecho civil hay responsabilidad cada vez que una persona debe reparar el perjuicio o daño sufrido por otra. Puede definírsela diciendo que es la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra.p.10.

Para los hermanos MAZEAUD (1960), *"una persona es responsable civilmente cuando queda obligada a reparar un daño sufrido por otro"* p.7

Por otro lado, PLANIOL y RIPERT (1936) expresan que *"existe responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra"* p.664

En nuestro código se señala *"Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor"*. Considerando lo investigado como punto de partida, la responsabilidad civil en general debe ser conceptualizada como *"un conjunto de consecuencias jurídicas a las que los particulares se someten por el hecho de haber asumido una situación jurídica pasiva sea en forma voluntaria o por efectos de la Ley"*.

La responsabilidad civil ocurre cuando de una acción u omisión, se genera un daño a una persona o a su patrimonio, lo que conlleva la obligación a cargo del autor de la acción u omisión, de reparar las consecuencias económicas de ese perjuicio a favor de la víctima, es decir, de quien experimentó estas consecuencias dañosas. La responsabilidad puede variar, según la fuente de donde provenga; por tal razón puede ser legal, contractual o extracontractual; esta a su vez, puede ser objetiva o subjetiva. Estos temas serán estudiados más adelante.

#### **1.1.1.4. El principio "Alterum Non Laedere".**

Los antiguos romanos, que fueron gente muy sabia y muy práctica, sintetizaron los grandes principios jurídicos en tres axiomas, a los que el derecho podría reducirse como mínima expresión y no obstante ser suficientes para abarcar todos los aspectos a regular por las normas: *Honeste Vivere* (*vivir*

*honestamente*), *Suum Cuique Tribuere* (*dar a cada uno lo suyo*) ALTERUM NON LAEDERE, es decir no dañar al otro. Para los romanos a partir de esos principios se podía ante cualquier situación saber cómo comportarse en relación con los demás.

Según LÓPEZ (2002) en su libro “Introducción a La Responsabilidad Civil” manifiesta lo siguiente: El principio del alterum non laedere es, como la noción misma de derecho, inseparable de la de alteridad, es decir en relación a otro, o lo que es lo mismo tiene sentido únicamente en la vida en sociedad, porque el daño que alguien se infiere a sí mismo no entra dentro de la consideración de la responsabilidad civil, como sería el caso del suicida o de quien se flagela por motivos religiosos, o como veremos más adelante cuando la víctima ha sido culpable del daño.p.1

Por eso ANGEL (1989) Comienza su libro manifestando lo siguiente:

*“El no causar daño a los demás es quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana”*. El derecho no protege entonces a quien causa un daño a otro, sino que muy por el contrario hace nacer una obligación en sentido jurídico de dejar a esa persona en una situación lo más parecido posible a como se encontraba antes de sufrir el daño. Esto es lo que se llama *“responder”* o ser *“responsable”* o tener *“responsabilidad”* por el daño padecido por otra persona.p.21.

Podemos entonces resumir diciendo que el principio general del derecho de no dañar al otro, hace que sea posible la vida en sociedad y que cuando es conculcado, acarrea una sanción que consiste en la obligación jurídica de indemnizar el daño causado, o como dice DE CUPIS (1970) una reacción del derecho para facilitar la represión del daño.p.82

La responsabilidad civil extracontractual como sistema gira en torno a la tutela de un interés general que recoge el principio original y general del “ALTERUM NON LAEDERE”, que no es otra cosa que un deber jurídico general de no causar daño a nadie, deber que el ordenamiento jurídico impone a todos los particulares.

#### **1.1.1.5. Proceso Evolutivo en el Perú.**

Al igual que otros ordenamientos jurídicos de ese tiempo, el Código Civil peruano de 1852 no pudo escaparse, como resultará obvio para cualquier entendido, de la influencia del Código francés y, al igual que el Código napoleónico, previó entre sus normas una que marcaba el principio de la responsabilidad extracontractual al preceptuar, entre las obligaciones que se forman sin convenio, que “Todo hombre debe responder de los perjuicios que cause, no sólo por su hecho propio, sino también por su descuido o imprudencia (artículo 210, inciso 4), y como muestra palmaria de que se aunaba al sistema subjetivo basado en la culpa, legisló sobre las obligaciones que nacen de los delitos y de los cuasidelitos, precisando que los primeros eran los hechos practicados intencionalmente contra la ley, y los cuasidelitos, eran los hechos ilícitos cometidos sólo por culpa y sin dolo.

Esta culpa tiene que ser demostrada por el demandante en la generalidad de los casos, con excepción de algunas situaciones en las que ya se admite una inversión de la carga de la prueba. Este es el caso de la responsabilidad de los padres, guardadores, maestros y, en general, personas que tengan a alguien bajo su cuidado, por los daños que cometen los hijos, las personas sujetas a la guarda, los alumnos y, en general, aquellos sujetos al cuidado de ellas, respectivamente: si bien esas personas responden de primera intención, están en aptitud de liberarse de responsabilidad justificando que no pudieron impedir el hecho que causó el daño (art. 2194). También sucede lo mismo con la responsabilidad por daños producidos por animales por los que responde el dueño, pudiendo liberarse probando que el animal se había perdido o extraviado sin su culpa (art. 2192).

En 1922 se propuso la modificación del Código Civil de 1852 y ese mismo año se inició el proceso de reforma. Para ese entonces, la responsabilidad extracontractual presentaba ya síntomas de ir evolucionado hacia un sistema objetivo.

El Código Civil de 1936, a diferencia de su predecesor de 1852, pretendió ser un código técnico, de difícil acceso para los legos en Derecho, y por ello, deliberadamente, omitió incorporar nociones a su articulado, por lo que no

incorporó definición alguna respecto de los actos ilícitos, que eran los que determinaban la llamada responsabilidad extracontractual, sin embargo, sí acogió la norma que señalaba que cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo.

Se ha señalado que el Código Civil de 1936 conservaba la idea de la culpa y del dolo como requisitos fundamentales de la responsabilidad extracontractual, y que la idea de la culpa fundada en la imputación basada en el discernimiento no había sido abandonada y que ésta seguía siendo la noción capital de la responsabilidad extracontractual en el Código, el que mantenía una posición subjetivista, pues la responsabilidad basada en el riesgo creado y el resarcimiento del daño fundado en el nexo causal, que era el criterio objetivista, lo aplicaba sólo en casos especiales.

El sistema adoptado por el Código Civil vigente es el de la responsabilidad subjetiva, con el de la responsabilidad por riesgo como complemento necesario.

En resumen, la historia del articulado sobre responsabilidad extracontractual en el Código Civil de 1984 recorre los tres principios más discutidos en el mundo moderno para organizar esta institución; pero los recorre a la inversa del sentido de la historia del Derecho. Mientras que la responsabilidad extracontractual ha ido evolucionando en el mundo del principio de la culpa (teoría subjetiva) al principio del riesgo primero (teoría objetiva) y luego al principio de la difusión social del riesgo, el articulado del Código Civil, de 1984 fue organizado primero sobre la base de la difusión social del riesgo, luego se replegó estratégicamente hasta la teoría objetiva y finalmente terminó recluido en el viejo principio de la culpa.

#### **1.1.1.6. TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL.**

- a) Responsabilidad Civil (indemnización).**- Es aquella que se relaciona con el campo patrimonial, de suerte que a la postre, un cierto valor pecuniario que resulte de la sentencia sea capaz de indemnizar tantos las pérdidas físicas, como las funcionales, las psíquicas y hasta las sociales que el agente (medico) causo a la víctima. Es obvio que tratándose de un tipo de acción patrimonial el

castigo se restringe a las sumas, a valores finalmente convertibles en dinero. Según estas características detalladas nos volvemos a preguntar ¿será conveniente tener un seguro para daños por responsabilidad profesional?

- b) Responsabilidad Colectiva.-** La que surge de la necesidad de asegurar el cumplimiento de una obligación, por parte de más de un deudor, en que se establece la solidaridad en el cumplimiento obligacional, con lo cual se afecta la totalidad de los respectivos patrimonios
- c) Responsabilidad Penal (sanción).-** Es aquella que surge del interés del estado y de los particulares, interesados en sostener la armonía jurídica y el orden público; por lo que las sanciones (penas) son las que imponen nuestro actual código penal (prisión, multa y inhabilitación)
- d) Responsabilidad Cuasi Delictual.-** La que se origina por un cuasidelito, en que se sanciona la culpa lesiva, se admite el resarcimiento apenas pueda demostrarse la menor imprudencia o negligencia por el causante del perjuicio.
- e) Responsabilidad Delictual.-** Término usado para calificar a la responsabilidad civil nacida de un delito.
- f) Responsabilidad Funcional.-** Aquella derivada del desempeño de una función pública. En lo abstracto es sinónimo de responsabilidad administrativa; y en lo individual y concreto, de responsabilidad civil de los Funcionarios Públicos.
- g) Responsabilidad Judicial.-** Obligación o deuda moral en que incurren los Magistrados o jueces que infringen la ley o sus deberes en el ejercicio de sus funciones específicas. Esta responsabilidad puede ser civil o penal, según la intención dolosa y el carácter de la falta cometida. Existe, además, la facultad jerárquica que tiende a restablecer la disciplina y velar por el desempeño eficiente y digno de la función jurisdiccional.
- h) Responsabilidad Legal.-** La determinada por un precepto legislativo. Con alguna inadvertencia, algunos autores lo asimilan a

la responsabilidad contractual, lo cual es errado; pues no se origina en vínculo voluntario previo.

- i) **Responsabilidad Limitada.-** En el ámbito del derecho Comercial, se refiere a la fijación de un capital o suma como límite de la capacidad contractual y de la exigencia resarcidora por incumplimiento, el cual no obsta a mayores responsabilidades en caso de delito.
- j) **Responsabilidad Militar.-** Como principio fundamental de la jurisdicción militar, se proclama que todos los que intervienen en la misma, en materia penal, serán responsables de los delitos o faltas en que incurran por infracción de las leyes o disposiciones aplicables, según sea el caso.
- k) **Responsabilidad Ministerial.-** Aquella, de índole político, civil o militar, que puede recaer sobre los integrantes de un gobierno. La experiencia histórica demuestra la escasa persecución al respecto, porque al término de mandato, se eximen se amparan en asilos o situaciones excepcionales en el extranjero.
- l) **Responsabilidad Moral (conciencia).-** Es aquella relacionada con lo que debe y no debe hacer un profesional de la salud, a diferencia de las anteriores responsabilidades, la moral, no se enseña en las escuelas de Medicina, sino que son valores arraigados traídos de su entorno familiar y social. En este tipo de responsabilidad queda como único ente formador y sancionador ante alguna falta a “lo bueno y a lo malo” la conciencia de cada médico o profesional de la salud, quienes sí o no la escucharán. Pero aunque parezca tan fácil, sencilla y sin importancia a veces para algunos profesionales decir frases como “ah eso depende de mí y de mi conciencia, si es que hace repetitiva y cotidiana se hace también visible para la comunidad o sociedad, originando la sanción más grave y que a título personal y profesional causa preocupación, nos referimos a la llamada sanción social: “la mala fama”, que ningún profesional honesto desearía tener, porque es de alguna manera regentada, tutelada y sancionada por sus pacientes y en el entorno de estos, de

allí es que se escuchan las frases: “ese médico es malo” o “en ese hospital matan”

- m) Responsabilidad Cuasi Contractual.-** Aquella de carácter civil, que se origina en el incumplimiento de un cuasicontrato; debidamente probado por culpa o dolo del responsable.
- n) Responsabilidad Administrativa (Laboral).-** Es aquella que se deriva de la vinculación del profesional médico de la salud con el establecimiento asistencial en donde labora, esta vinculación contractual establece obligaciones y deberes que dicho personal tiene que cumplir para el adecuado funcionamiento de estos establecimientos; estos lineamientos están establecidos a través de los manuales de la organización y funciones, reglamentos de la organización y funciones y otras normas establecidas por su empleador; cuando estos son vulnerados y repercuten en contra de los intereses de su establecimiento, queda a disposición de sus inmediatos superiores, quienes determinaran la sanción a imponer, que va desde una llamada de atención por escrito hasta su despido.
- o) Responsabilidad ética (colegio médico del Perú).-** Es aquella establecida por los principios y códigos, en nuestro caso, establecidas por nuestros colegios profesionales, como por ejemplo, colegio médico del Perú, a través de sus código de Ética y Deontología, que establecen los lineamientos éticos en los cuales un profesional de la medicina debe regirse. Cuando existiera alguna falta a este, cada colegio profesional investigara y sancionara a su agremiado a través de sus comités de Ética y Deontología.

#### **1.1.1.7. Responsabilidad Contractual .**

Al hablar de responsabilidad contractual hacemos alusión a la obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento, o del retraso en el cumplimiento, o del cumplimiento defectuoso de una obligación pactada en un contrato. Para que exista esta clase de responsabilidad contractual es necesario que haya relación anterior entre el autor del daño y quien lo sufre y que el perjuicio sea causado con ocasión de esta relación.

Dentro del estudio de este tema se pueden observar claramente dos grupos de teorías bien definidas: de una parte, aquellas que presentan la responsabilidad

contractual cuando se ha incumplido una obligación proveniente de un contrato anterior celebrado; otras teorías sostienen que se está en presencia de responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación emanada de un contrato, sino cuando se incumple obligación derivada de vínculo jurídico anterior o de la ley.

Según ALESSANDRI (1981) menciona al respecto:

*“La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause”* p. 42

Según ORDOQUI & OLIVERA (1974) nos dice que:

Por otro lado, se entiende a la responsabilidad contractual como aquella que *“no es la emanada de un contrato, sino la derivada de obligaciones determinadas, emergentes del acto lícito o de la ley, con exclusión de las que tienen causa en actos ilícitos como los delitos y cuasidelitos”* p.47

Teniendo en cuenta esto, podríamos considerar que cuando el Doctor HINESTROSA (1964) habla de “responsabilidad concreta” hace referencia a la responsabilidad contractual puesto que los autores concuerdan en decir que se está en presencia de ésta cuando entre autor del daño y la víctima media relación anterior y el autor en mención señala que hay responsabilidad concreta cuando se ésta produce con ocasión de vínculo previo.p.330

Además la autora ROCA (1998), estima que se está en presencia de responsabilidad contractual o responsabilidad por el incumplimiento de contrato, cuando se incumple una obligación la cual deriva de un contrato, obligación que proviene de un vínculo anterior. Ella afirma que “cuando se produce el incumplimiento de una obligación derivada de un contrato, surge la necesidad de exigir el cumplimiento de un interés

individual, el del acreedor, que pueda pedir al deudor incumplido el resarcimiento de los perjuicios que el incumplimiento le ocasionó. Existe, por tanto un deber previamente pactado, una relación jurídica previa y el sistema de responsabilidad derivado del contrato tiene como finalidad asegurar al perjudicado la obtención del beneficio que se buscó con la obligación pactada”.p.33

Esta responsabilidad se contrapone a la responsabilidad extracontractual en el concepto clásico, originada por delito o cuasidelito; aunque ambas coincidan en el concepto básico de la reparación de un daño y del resarcimiento de un perjuicio por el causante de una u otra, a favor de la víctima de tales actos u omisiones o de los derechos habientes del perjudicado. La fuente de la primera es la voluntad de los particulares, de la segunda es la ley.

La responsabilidad contractual comprende dos partes:

La reparación del daño y La indemnización de perjuicios; pero se valora de distinta manera según la culpa del responsable. Cuando existe buena fe, los daños y perjuicios se concretan a los previstos o a los previsibles al tiempo de constituirse la obligación, y los que sean necesaria consecuencia del incumplimiento. En cambio, el deudor doloso responde cuantos daños y perjuicios se deriven de no haber cumplido la obligación.

Procesalmente, quien exige la responsabilidad civil contractual ha de probar la existencia de la relación obligatoria y el incumplimiento de los debido, mientras al obligado corresponde alegar la justa causa de liberación.

Según el profesor HINESTROSA (1964) en sus conferencias de obligaciones, menciona la distinción entre responsabilidad abstracta y concreta. Distinción que viene a reemplazar la clásica división entre responsabilidad contractual y extracontractual. Es así como el Dr. Hinestrosa considera que *“cuando entre víctima y agresor no existía nexos concreto alguno, cuando entre ambos no mediaba relación específica y su acercamiento se funda exclusivamente en el acto dañino, se tiene responsabilidad abstracta y en el caso de que el hecho se produzca con ocasión y en desarrollo de un vínculo previo entre las partes, responsabilidad concreta”*. p. 330.

La responsabilidad contractual que procede de dolo puede exigirse en todas las obligaciones, sin que se reconozca la validez de la previa renuncia. La procedencia de negligencia resulta exigible también en todas las obligaciones, pero se entrega al árbitro judicial el regularla según los casos.

La Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado que: “En nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extramatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales el daño emergente y el lucro cesante; y como daños extramatrimoniales, el daño moral y el daño a la persona” (Casación N° 114-2001, en Gaceta Jurídica: “Código Civil”, tomo VI.p.923

Sin embargo, en doctrina se ha cuestionado en forma reiterada la falta de precisión de nuestra jurisprudencia en cuanto a los criterios para la determinación de los daños y perjuicios, generando una imprecisión que hace que el litigante no tenga parámetros objetivos para conocer cuánto es lo que puede recibir por dicho concepto, lo que afecta a la predictibilidad de las resoluciones judiciales.

Según SEIJAS se manifiesta que:

Al respecto, se ha dicho que *“La razón por la que la Corte Suprema de la República no se pronuncia normalmente sobre el monto que debería otorgarse como indemnización radica en una particular comprensión de la casación como instituto procesal. Con arreglo a tal comprensión, la Corte Suprema debe alejarse por completo de cualquier análisis que suponga directa o indirectamente la evaluación de la prueba actuada ante las instancias de mérito. La determinación del monto indemnizatorio, concebida normalmente como una cuestión de hecho, queda así alejada por completo del debate casatorio”*. p.86.

#### **1.1.1.8. Responsabilidad Extracontractual.**

El antecedente sobre la responsabilidad civil extracontractual en nuestro derecho data del código civil de 1852, que adopta el principio de culpa como base para la determinación de culpa, la culpa debe ser demostrada por el

demandante; en el código civil de 1984 la responsabilidad extracontractual se encuentra regulada en el libro VII, fuente de las obligaciones sección sexta, tanto como responsabilidad objetiva como subjetiva.

Para los hermanos MAZEAUD (1960), en la responsabilidad extracontractual o delictual “no existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad”. p.39

Según ALESSANDRI (1981) lo define como:

“La que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro... No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella... Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea a obligación de reparar el daño”. p.10

Según JOSSERAND (1990), manifiesta lo siguiente:

Se está en presencia de responsabilidad delictual cuando “un individuo causa a un tercero directa o indirectamente por su hecho activo o por su negligencia, un daño que no se reduce a la inexecución de una obligación contractual preexistente... Si el autor del daño debe repararlo su responsabilidad delictual está comprometida”. p.21

Los elementos de la responsabilidad civil extracontractual surgen de los sujetos de esta responsabilidad: *la víctima, el perjudicado por el daño* (o sus causahabientes); y *el responsable*, el autor culpable o doloso de los hechos. El elemento objetivo lo configura el daño, porque el simple desagrado u otro elemento psicológico carecen de relieve económico jurídico, fundamento de esta responsabilidad. El elemento subjetivo lo integra la culpa y la negligencia, el descuido, la ignorancia o la imprudencia sin deseo de causar el perjuicio.

Caso fortuito impide el nacimiento de esta responsabilidad extracontractual y también si el daño es consecuencia de la naturaleza de la cosa. La acción para indemnizar daños y perjuicios de esta índole requiere justificarlos debidamente

como consecuencia necesaria de la acción u omisión imputable a la persona natural o jurídica demanda, por razón de su culpa o por negligencia.

No hay responsabilidad por los actos lícitos, originados en mandato de la ley, o en situaciones excepcionales de excepción de responsabilidad.

La responsabilidad por culpa puede serlo sin culpa del responsable, a través de una declaración legal que atribuye las consecuencias de actos ajenos a personas que deben cuidar de los reales autores, o cuando los hechos se deban a animales o cosas.

Podemos comprender que “la responsabilidad civil extracontractual es un deber jurídico genérico de no hacer daño a nadie”.

Los criterios de información en materia de responsabilidad civil extracontractual se proyectan bajo los siguientes criterios de información.

#### **1.1.1.9. Elementos De La Responsabilidad Civil Extracontractual**

##### **A) La Antijuridicidad.**

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

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

**A. Conductas Típicas.-** Cuando están previstas en abstracto en supuestos de hecho normativo. Es decir la conducta contraviene de una norma.

**B. Conductas Atípicas.-** Aquellas que no están reguladas en normas legales, pero vulneran el ordenamiento jurídico. La conducta contraviene valores y principios.

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

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

- A. Un comportamiento no amparado en el derecho,
- B. Por contravenir una norma de carácter imperativo,
- C. Por contravenir los principios que conforman el orden público o
- D. Las reglas de convivencia social que constituyen las buenas costumbres.

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

En el ámbito de la responsabilidad no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que pueden causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas en cuanto se encuentre previstas en abstracto en supuestos legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico. Este amplio concepto de antijuridicidad es reconocido por la responsabilidad extracontractual, pues en ella no se encuentran predeterminadas las conductas, por lo cual se entiende que cualquier conducta será susceptible de dar lugar a una responsabilidad civil en la medida que se trate de una conducta ilícita que cause daño.

Para la responsabilidad contractual la antijuridicidad debe ser siempre típica, ya que es consecuencia de un incumplimiento, cumplimiento tardío o defectuoso de una obligación, por tanto, la conducta que puede dar lugar a una indemnización son siempre conductas tipificadas legalmente.

#### **1.1.1.9.2. CLASES DE HECHOS ANTIJURÍDICOS**

Las clases de hechos antijurídicos son los siguientes:

- a) **Hecho Ilícito.-** Son todas aquellas acciones u omisiones que son contrarias al ordenamiento jurídico. ANIBAL TORRES VASQUEZ señala que la ilicitud se deduce del Art. V del Título Preliminar del

Código Civil que dispone que “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes imperativas que interesan al orden público y a las buenas costumbres” señalando que la distinción entre lo lícito o ilícito se debe más que a la naturaleza voluntaria del acto, a la naturaleza de las consecuencias. La acepción subjetiva de ilicitud es acogida en el Código Civil al regular la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Con relación a la responsabilidad extracontractual la obligación de indemnizar surge, no del incumplimiento de una obligación jurídica preexistente, sino del mero hecho de haberse causado el daño, la relación jurídica nace recién con el daño causado. Y establece los elementos de la ilicitud:

- La voluntariedad del acto
- La reprobación del ordenamiento jurídico
- Dolo y culpa

Nuestro ordenamiento jurídico establece como responsabilidad subjetiva “aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor” (Art. 1969 C.C).

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

**RESPONSABILIDAD SUBJETIVA** - acto ilícito - dolo o culpa

**RESPONSABILIDAD OBJETIVA** - acto lícito - riesgo o peligro

**b) El Hecho Abusivo.-** En torno al hecho abusivo se han desarrollado una serie de discusiones teóricas, las han intentado de precisar los criterios que los analistas de la responsabilidad civil deben de tener en cuenta para establecer cuando estamos ante un hecho de tal naturaleza.

En el desarrollo de estos derechos observamos que el titular puede tener dos actitudes anormales, que se excedan de los límites de la

funcionalidad del derecho, lo que implica “ir un más allá” que dará lugar a perjuicios a otro particular.

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

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

#### **1.1.1.9.3. Daño.**

El daño es el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad civil. Según Fernando Hiestrosa, “el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. De ahí también el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada”.

#### **1.1.1.9.4. Definición.**

Según HENAO (1998) manifiesta lo siguiente:

Es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima". La intención era la de explicar que no pueden existir daños por fuera del patrimonio de una persona. Sabido es que hay teorías que indican que dentro del patrimonio solo están los bienes intercambiables, pero se estima que también están incluidos aquellos que no lo son. A nuestro entender la persona solo tiene un patrimonio y en él están incluidos todos los bienes y derechos de los

que dispone. De allí, entre otras, lo inocuo del concepto daño extrapatrimonial que tanto se ha trajinado en jurisprudencia y doctrina. Bajo esta definición entendemos que el patrimonio está formado por bienes materiales e inmateriales, siendo daño, por ejemplo, tanto el lucro cesante como el moral o a la vida de relación, así como aquel que vulnera el derecho al voto.p.84

#### **1.1.1.9.5. Requisitos del Daño**

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

Doctrinariamente se exige que el daño sea cierto o real, esto es, efectivo. El daño futuro también es indemnizable, en la medida que sea real, esto es, que necesariamente se tenga que producir. En cambio, el daño eventual no es indemnizable porque no es cierto, se entiende por daño eventual al hipotético, fundado en suposiciones. El daño indemnizable debe ser directo, debe provenir directamente del hecho del autor o del incumplimiento de una obligación contractual. El daño indirecto no se indemniza jamás porque no existe nexo causal entre el incumplimiento o el hecho dañoso, por un lado, y el daño por el otro.

Finalmente, el daño moral es indemnizable en ambas responsabilidades entendiéndose por tal a toda molestia, angustia, dolor o sufrimiento de la víctima, aunque no tenga una apreciación pecuniaria.

#### **❖ Afectación personal del daño**

En todo supuesto indemnizatorio se verifica la existencia de una relación entre el sujeto responsable y la víctima, siendo esta última la llamada a solicitar la reparación por haberse perjudicado su interés.

El daño se va concebir como el menoscabo de un interés, diferenciándolo con el bien jurídico que es concretamente afectado,

por ende, la víctima no necesariamente va ser el afectado en forma concreta, sino también cuyo interés se ve perjudicado.

Ejemplo

*Una persona sufre un atropello quedando invalido, este sujeto antes del accidente trabaja en una mina, percibiendo un ingreso suficiente para cubrir las necesidades de su cónyuge e hijos quienes dependían económicamente de él, en este caso no solo es víctima el atropellado, sino también su cónyuge e hijos quienes no podrán seguir estudiando, ni cubrir sus necesidades, toda vez que el padre era el único ingreso económico de la familia.*

#### ❖ **Que el daño sea injusto**

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

#### ❖ **Subsistencia del Daño**

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

#### ❖ **Certeza**

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

#### **1.1.1.9.6. Imputación del Daño**

Una vez que se determina el daño, se trata de lograr imputarlo a una persona. El tema de la imputación es, a nuestro entender, el que mayor problemas lógicos y conceptuales genera en materia de responsabilidad civil. Determinar que una causa produjo un efecto y que el mismo se puede atribuir a determinada persona, es tarea mayúscula, a punto tal que las teorías de la causalidad no han logrado establecer parámetros ciertos para cumplirla.

A pesar de la mencionada dificultad, y para efectos de este escrito, explicaremos en un primer momento lo que entendemos por imputación, para luego estudiar las problemáticas particulares y complejas que se plantean en el derecho del medio ambiente.

#### **1.1.1.9.7. Definición de Imputación**

Entendemos por imputación la atribución jurídica de un daño causado por uno o varios hechos dañinos, atribuidos o aplicables a una o varias personas que, por tanto, deberán en principio repararlo. Varios comentarios ameritan la definición dada.

Primero, se trata de una atribución jurídica y no necesariamente material. Es decir, se puede imputar un daño a una persona tanto por el hecho de haber causado directamente el daño como por haber permitido que se cause. El punto es de importancia en el tema que nos ocupa porque, como se verá, la responsabilidad del Estado puede provenir también de hechos omisivos que se le imputen. Segundo, un daño puede ser causado por varios hechos dañinos que concurren en la producción del mismo. La lógica es simple: entre más hechos dañinos imputados más posibilidad de vincular al eventual responsable, aunque hay casos en los que basta un solo hecho dañino. Tercero, si uno o varios hechos dañinos se imputan a una o varias personas públicas o privadas, surge el concepto de responsabilidad solidaria entre los coautores.

#### **1.1.1.9.8. Clasificación del Daño**

El daño se clasifica en:

- **Daño Patrimonial.** - También llamado por la legislación colombiana *daño material* y lo define como aquel en el cual se presente una alteración o deterioro del patrimonio,

entendiendo como patrimonio al universo jurídico en el cual se encuentran derechos y obligaciones de contenido económico.

Por otro lado, también se le podría considerar como aquella lesión de derechos de naturaleza económica o material que debe ser reparado, por ejemplo: la destrucción de una computadora.

- **DAÑO EMERGENTE.** - Es la pérdida patrimonial como consecuencia de un hecho ilícito (disminución del patrimonio), implica siempre un empobrecimiento, comprende tanto los daños inmediatos como los daños futuros, pues no siempre las consecuencias van a ser inmediatas. Es en consecuencia la disminución de la esfera patrimonial. Ejemplo: la factura de los medicamentos a consecuencia de una intervención quirúrgica, el costo de las terapias de rehabilitación que son gastos inmediatos y futuros.

- **Lucro Cesante.** - Según JÁCOME LL (2003) nos dice, que se entiende como ganancia dejada de percibir o el no incremento en el patrimonio dañado, mientras que en el daño emergente hay empobrecimiento en el lucro cesante hay un impedimento de enriquecimiento legítimo (la frustración de una ganancia). Por ejemplo, a consecuencia de una defectuosa intervención quirúrgica el agraviado no podrá seguir trabajando, por lo que está dejando de percibir ganancias que normalmente hubiera obtenido.

Según la doctrina colombiana lo clasifica también como *daño positivo* y *daño negativo*, en el que el primero vendría a ser el daño emergente y el segundo el lucro cesante.p.12

- **Daño Extrapatrimonial.** - Viene a ser el daño ocasionado a la persona en sí misma, dentro de la cual se encuentra el daño moral y a la persona.

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

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

Casación N<sup>o</sup> 949-1995 / Arequipa El Peruano 12-5-98 p. 1984 Daño moral: concepto, efectos:

Si bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que es este no es el daño patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más allá de la efectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual.

El daño moral es el daño no patrimonial, pertenece más al campo de la efectividad que al campo económico y produce una pérdida económica y afectación espiritual, no debe confundirse con el carácter patrimonial de la obligación.

Según configure el menoscabo para ser factible de indemnización, el dejar sin efecto el evento dañoso no enerva la obligación de reparar.

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

Exp. N<sup>o</sup> 4347-1998 Daño moral. Fijación del monto indemnizatorio:

*El monto indemnizatorio por el daño moral debe ser fijado prudencialmente teniendo en cuenta la condición de mujer de la actora y lo que las cicatrices pueden causar en el ánimo de la persona, las que desaparecerían de alguna manera con operaciones quirúrgicas.*

***Daño moral.*** - *Es el daño no patrimonial que se entiende como una lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor, afección o sufrimiento, ejemplo la pérdida de un ser querido como*

*consecuencia de un accidente de tránsito con consecuencia fatal. Es la lesión o cualquier sentimiento considerado socialmente legítimo.*

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

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

#### **1.1.1.9.8.1.1. La determinación o cuantificación como característica del daño**

Según JÁCOME (2003) nos dice que:

Merece la pena recalcar la importancia que tiene la determinación de daño; aunque en estrictu sensu no es un requisito para la configuración del daño, dicha determinación si es el elemento indispensable para la indemnización del perjuicio ocasionado, si el perjuicio no se determina o no se establecen los parámetros básicos para su posterior determinación, no es posible de otra forma saber qué se debe indemnizar p.14.

#### **1.1.1.9.8.2. Nexo Causal o Relación Causal**

Según ESPINOZA, manifiesta que:

Podemos definirla como el nexo o relación existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho, es una relación de causa efecto, esta relación causal nos permitirá establecer hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño, cual es aquel que ocasiono el daño que produce finalmente el detrimento, así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados los

cuales merecerán ser reparados. Nuestra legislación hace uso del criterio adoptado en la teoría sobre la relación causal, plasmada en nuestro Código Civil vigente.p.169

#### **1.1.1.9.8.2.1. Causalidad Adecuada**

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

**Un *Factor in Concreto***, debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor. Sin embargo, no basta la existencia de este factor, pues es necesaria la concurrencia del ***Factor in Abstracto***, para que exista una relación de causalidad adecuada, este factor se entiende como la conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir según el acontecimiento ordinario de los acontecimientos debe ser capaz de producir daño, si la respuesta es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el factor in concreto.

#### **1.1.1.9.8.2.2.Causa Directa.**

Por la cual se llama causa solamente a aquella de las diversas condiciones necesarias de un resultado que se halla temporalmente más próxima a esta, las otras serán solamente condiciones. La materia de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana se acoge la teoría de la causa adecuada (art. 1985 CC) y en inexecución de obligaciones se asume la teoría de causa próxima (art. 1321 CC).

La relación de causalidad, además, presenta otras figuras y supuestos que se presentan en torno a este aspecto fundamental de la responsabilidad civil, tales como la *fractura causal* o *causa ajena*, la de la *concausa* y la de *pluralidad de causas*.

- **Fractura Causal**

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

La fractura causal se configura cada vez que un determinado supuesto presenta un conflicto entre dos causas o conductas sobre la realización de un daño, el cual será resultado de una de las conductas.

En todo supuesto de fractura causal una de las conductas o causas habrá producido el daño, y la otra habrá llegado a causarlo justamente por haber sido consecuencia de la otra conducta.

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

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

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

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

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

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

- **Hecho Determinante de Tercero.** - Viene a ser otro caso de fractura del nexo causal. Que no debe ser tratado como un caso de ausencia de culpa, en este caso se debe a la liberación de una eventual responsabilidad acreditando que el daño obedeció a un hecho determinante de un tercero.

La regla contenida en el artículo 1972 ha querido exonerar de responsabilidad a quien no fue autor de un daño, es decir liberar al presunto agente cuando el verdadero productor del daño fue un

tercero, lo cual no significa que cualquier hecho de un tercero exime de responsabilidad; porque si así fuera no habría responsabilidad objetiva.

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

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

Ejemplo:

*Mario se encuentra manejando una moto, cuando intempestivamente cruza por la misma vía en dirección contraria Justina, chocando contra Mario, siendo arrojada contra a la pista y muerta por un tráiler que pasaba por ese momento. Aquí queda establecido que el accidente se produjo por negligencia de Justina, pues invadió la zona reservada al tráfico en sentido contrario, sin haberse asegurado que la pista se encontraba libre.*

- **Hecho Determinante de la Víctima.** - Previstos en el 1972 y 1973º del Código Civil. El Artículo 1972º precisa que se libera al presunto autor no cuando ha mediado un hecho determinante de la víctima sino una imprudencia de ella, por lo que es necesario precisar que esta viene a ser el defecto de la advertencia o previsión que debía haber puesto en alguna cosa.

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

Ejemplo:

*Si en plena vía expresa, Sofía decidiera quitarse la vida y se arroja debajo de un vehículo en plena marcha, aun cuando el daño fue causado por el conductor, no existe duda que podrá liberarse de la responsabilidad pues fue la propia conducta de la víctima quien causo el daño.*

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

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

#### **1.1.1.9.8.2.3. Concausa**

En este caso el daño es siempre consecuencia de la conducta del autor, pero con contribución o participación de la propia víctima, tratándose de un supuesto totalmente distinto al de la fractura causal.

Se da un supuesto de concausa cuando la víctima contribuye con su propio comportamiento a la conducta del autor o a la realización de un daño, en este caso el daño no es consecuencia única y exclusiva de la conducta del autor, sino que la propia víctima ha contribuido y colaborado objetivamente a la realización del mismo, el cual no se

hubiera producido de no mediar el comportamiento de la propia víctima.

Ejemplo:

*Luis Miguel practica ciclismo en la pista de la Av. Javier Prado y no en el ciclo vías existentes, existirá concausa en el supuesto de que un conductor de esta vía rápida atropelle a Luis Miguel. No se trata de una fractura causal puesto que el solo hecho de la conducta de hacer ciclismo en la pista no es suficiente en sí misma para sufrir un accidente de tránsito, pero si se tratará de una concausa por cuanto con este comportamiento, Luis Miguel está contribuyendo objetivamente a la producción del daño.*

#### **1.1.1.9.8.3. Factores de Atribución**

Podemos resumir los factores de atribución mediante la siguiente pregunta: ¿a título de que es responsable?

Viene a ser el fundamento del deber de indemnizar, existe dos sistemas de responsabilidad: el sistema subjetivo y el sistema objetivo, cada uno de ellos fundamentados en distintos factores de atribución denominados factores de atribución subjetiva y objetiva.

##### **1.1.1.9.8.3.1. Sistema Objetivo**

- **Dolo.** - El derecho tiene diversas acepciones. En sentido lato significa una idea de mala fe, malicia, fraude, daño.

Por ello entendemos como dolo: la voluntad o el animo deliberado de la persona del causar el daño, coincide con el artículo 1318º del Código civil en lo referente al incumplimiento de la obligación.

**Se presenta desempeñando una triple función:**

1. Dolo como vicio de la voluntad, es el engaño que se emplea para inducir a alguien a consentir con la formación de un acto jurídico, que sin ese dolo no se habría realizado o lo hubiera sido en condiciones diferentes. En este caso puede ser el dolo que falsea la intención del agente y que este puede aducir para obtener la anulación de un acto celebrado con ese vicio.

2. En materia de actos ilícitos, el dolo designa la intención del agente de provocar el daño que deriva de un hecho.
3. El incumplimiento de la obligación, el dolo alude a la intención con que el deudor ha obrado para ejecutar la prestación debida.

Es un concepto que ha tomado la responsabilidad civil, y que normalmente se había confinado al campo penal y puede ser:

- **Dolo Directo.** - En esta el sujeto actúa para provocar el daño. Cuando el propósito va dirigido a un fin.
- **Dolo Eventual.** - En el cual no se actúa para dañar, pues la persona obra, aunque se represente la posibilidad de un resultado dañoso, que no descarta. Asume el riesgo de que su conducta pueda causar un daño.
- **Culpa.** - Es la creación de un riesgo injustificado y para evaluar si ese riesgo sea justificado o no, se necesitará confrontarlo con la utilidad social de la actividad a la cual este se refiere, teniendo en cuenta el costo de la remoción de este; cuando más grande es la utilidad social y el costo de remoción, tanto más grande es el riesgo creado.

La culpa es el fundamento del sistema subjetivo de responsabilidad civil (fluye, emana claramente del art. 1969º C.C); y ante la dificultad de probar la culpa del autor, es decir, dado lo difícil que es conocer el aspecto subjetivo del autor, nuestro ordenamiento ha considerado que es conveniente establecer presunciones de culpabilidad, invirtiendo la carga de la prueba, de tal modo que la víctima ya no estará obligado a demostrar la ausencia de culpa. Esta inversión de la carga de la prueba y correlativa presunción de culpabilidad del autor en el sistema subjetivo de responsabilidad civil extracontractual presume la culpa del autor del daño causado.

1. **Culpa Objetiva o Culpa in abstracto.** - Viene a ser la culpa por violación de las leyes, cuando el ordenamiento determina el

parámetro de comportamiento y si la persona no cumple es responsable. Un ejemplo clásico es el art. 961º del Código Civil. El criterio de la normal tolerancia sirva para determinar si hay o no culpa.

2. **Culpa Subjetiva o culpa in concreto.** - Se basa en las características personales del agente, y un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 1314º. Este tipo de culpa engloba a la imprudencia (el sujeto hace más de lo debido) y a la negligencia (el sujeto hace menos de lo debido).

En la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, se suele diferenciar diversos grados de culpa:

3. Culpa grave (art. 1319 CC) definido como culpa inexcusable y viene a ser el no uso de la diligencia que es propia de la mayoría de las personas. Ejemplo se deja a una persona a cargo de un almacén, deja abierta las puertas de noche y roban los productos.
4. Culpa leve. - Es la omisión de la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

#### **1.1.1.9.8.3.2.Sistema Subjetivo**

- **Riesgo Creado.** - De acuerdo al Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española "riesgo" es una contingencia o proximidad de un daño, y de otro lado, define la palabra peligroso como "que tiene riesgo o puede ocasionar daño. Para la doctrina el riesgo creado viene a ser el riesgo adicional al ordinario tales como: automotores, artefactos eléctricos, cocinas de gas, ascensores, diversas armas de fuego, insecticidas, medicamentos, actividades industriales.

Todo este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño producido, la relación de causalidad y que se trate de un bien o actividad que suponga un riesgo adicional al normal y común, por lo que merece la calificación de "riesgosos". Haya sido el autor

culpable o no, igualmente será responsable por haber causado el daño mediante una actividad riesgosa o peligrosa.

Se observa entonces que la ausencia de culpa no sirve como mecanismo liberador de responsabilidad civil, adquiriendo por el contrario importancia fundamental la noción de causa ajena o fractura causal.

El sistema objetivo de responsabilidad civil no pretende que los daños que se hayan causado a través de bienes o actividades riesgosas, no exista la culpa del autor, lo que se pretende es la total abstracción de la culpa o ausencia de la culpa del autor, de tal modo que la existencia de culpa o no sea totalmente intrascendente para la configuración de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, debiendo acreditarse la relación causal, la calidad del bien o la actividad como una riesgosa.

Cabe agregar que la calificación de un bien o actividad riesgosa o peligrosa no depende de las circunstancias de un caso concreto en particular, pues de ser así cualquier actividad podría ser considerada riesgosa. Esta calificación depende del riesgo que supone el uso socialmente aceptado del bien o actividad de que se trate, siempre y cuando su uso suponga un riesgo adicional al común y ordinario, como sucede con las armas de fuego o con los vehículos.

#### **1.1.1.9.9. Regímenes Especiales De Responsabilidad Extracontractual**

##### **1.1.1.9.9.1. Por Daños de Terceros**

A este tipo de responsabilidad se le suele llamar en doctrina “responsabilidad indirecta”, en tanto se considera “autor material” al incapaz o al dependiente frente a la responsabilidad del representante o principal. Sin embargo, esta apreciación no es correcta, pues como señala MANUEL ALBALADEJO: “se trata de una responsabilidad directa, quien sufre el daño puede exigírsela sin más al que responde por la persona que lo causó (con independencia de que luego pueda repetir o no contra ésta quien

respondió por ella). O sea, no se trata de una responsabilidad subsidiaria para si no se consigue que el daño lo repare el causante”.

También se le conoce como “responsabilidad vicaria”. Se trata de los supuestos en que una persona se encuentra llamada a responder por los daños causados por otra. Son los padres y tutores, los empresarios, los entes públicos y los centros de enseñanza no superior.

Son notas generales del sistema de responsabilidad por el hecho ajeno las siguientes:

- Se trata de una serie de personas que guardan una especial relación de dependencia con el autor material del daño. Dependencia familiar o cuasifamiliar, laboral, funcionarial, educativa, etc. Tan especial es esa relación de dependencia que se presume la culpa. Una culpa en la vigilancia o en la elección del empleado, en la vigilancia o en la educación de los hijos menores y pupilos, etc.
- El aparente fundamento de la responsabilidad por el hecho de otro está, según lo anterior, en la culpa que determinadas personas tienen a la hora de educar, vigilar o elegir a otras. Prueba de culpa que no ha de aportar la víctima, sino que se presume, correspondiendo a los padres, tutores, empresarios, etc., demostrar que no la hubo, que ellos educaron, vigilaron o eligieron correctamente.
- La responsabilidad es directa, aunque pueda dirigirse sólo contra el empleado, por ejemplo, o conjuntamente contra el empleado y el empleador.
- No hay más casos de responsabilidad por el hecho de otro que los expresamente regulados en la ley. El sistema de responsabilidad por el hecho ajeno es

“numerus clausus”, y no es admisible en este terreno la analogía para, por ejemplo, hacer responsable a la mujer de los daños ocasionados por el marido, o al novio por lo hecho por la novia.

En el caso del incapaz, la responsabilidad de su representante es prevista en los artículos 1975 y 1976 del Código Civil:

- El representante legal es solidariamente responsable con el incapaz con discernimiento por los daños que éste hubiera ocasionado.
- El representante legal es responsable de los daños que ocasione el incapaz sin discernimiento.

Este tipo de responsabilidad presupone dos requisitos: que el incapaz haya realizado un hecho ilícito generador de un daño; y que exista una relación de representación legal con un tercero, que se base en las normas de la patria potestad, tutela o curatela. Se atribuye la responsabilidad al representante legal, por la culpa in vigilando que se le atribuye.

Según Guido manifiesta que:

*“Según algunos la responsabilidad está estrechamente vinculada con la noción misma de empresa: quien opera valiéndose de la actividad ajena, no puede más que asumir las consecuencias; principio que se considera operante también en materia contractual Según otros es necesario tener en cuenta el hecho que el dependiente en cuanto tal, actúa siguiendo las directivas del patrón/empleador; éste por consiguiente debe afrontar los riesgos vinculados con los errores del primero”.p.346*

Nuestra Corte Suprema ha señalado que “La responsabilidad vicaria atañe sólo a quien sin ser el autor directo del hecho responde objetivamente por el daño producido por éste, en virtud de haber existido entre ambos una relación de dependencia, presupuesto que constituye una condición sin la cual no es posible establecer un nexo causal hipotético entre el resultado lesivo y el autor indirecto” . En cuanto a la supuesta responsabilidad de un cónyuge por los

actos ilícitos del otro, nuestra Jurisprudencia ha señalado claramente: “Que, tratándose de un acto propio de un cónyuge, no puede afectar los derechos y acciones que corresponden a la cónyuge en el inmueble embargado, ya que no se trata de obligación que la sociedad debe responder”.

#### **1.1.1.9.2. Por Daños Causados por Cosas Inanimadas o por Cosas Animadas.**

Respecto de la responsabilidad por el daño producido por animales, el Código Civil señala en su artículo 1979 que el dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

Esta responsabilidad es de carácter objetivo, pues es indiferente que el dueño del animal haya actuado con culpa, y la única manera de librarse de la responsabilidad será acreditando que el daño se produjo por obra o causa de un tercero. Sin embargo, esta responsabilidad no está referida a los daños producidos por cualquier animal, sino sólo a los que son propiedad o están bajo el cuidado de alguien. No se incluyen los daños producidos por animales callejeros que no pertenecen a nadie o por animales salvajes que eventualmente pueden encontrarse en la propiedad de un individuo y que ataquen a un visitante o extraño cualquiera.

El artículo 1979 del Código Civil señala que el dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero. La responsabilidad por daños de animales es objetiva, significa que tanto el dueño del animal como quien lo pudiere tener a su cuidado deberán resarcir dichos daños independientemente de la culpa con la que hayan actuado; y el hecho de que sólo puedan alegar la conducta del tercero para liberarse de responsabilidad crea una diferencia entre esta regulación con la normativa general de responsabilidad por bien riesgoso, que admite también como hipótesis de fractura causal, además del hecho de tercero, el caso fortuito o fuerza mayor y el hecho o imprudencia de la víctima

#### **1.1.1.9.9.3. Por Cosas Riesgosas o Peligrosas.**

El artículo ° 1970 del Código Civil señala que aquél que mediante un bien riesgoso o peligroso, causa un daño a otro, está obligado a repararlo. Esta norma establece un tipo de responsabilidad de carácter objetivo.

Se sostiene que actividad peligrosa es por su naturaleza, un concepto relativo, porque depende del estado logrado por la ciencia y por la técnica en un determinado sector. Se suele considerar actividad riesgosa o peligrosa los vehículos motorizados, las puertas eléctricas de los garajes, el ducto de alcantarillado en una vía pública y sin tapa, la zanja que se utiliza para reparar automóviles, la fosa de cal viva, etc.

La responsabilidad objetiva es la imputación sin culpa, es decir, el criterio por el cual se le imputa responsabilidad a un agente respecto a un daño, con el simple hecho de comprobarse ciertos supuestos fácticos con la norma (que a priori sanciona), sin requerirse de la valoración de la conducta del agente. En doctrina se define la responsabilidad objetiva como la situación en la que alguien, señalado por la ley y ante la verificación de un presupuesto normativo tiene que responder, sin más, frente al damnificado. Entonces, es una imputación a priori, porque desde ya los agentes tienen conocimiento que la norma les atribuye “potencialmente” el costo de indemnizar el daño que ocasionen con su actividad, siendo esta una de las funciones de la responsabilidad civil, la de desincentivar aquellas conductas que vienen a ser demasiado riesgosas y perjudiciales para la sociedad o incentivar a tener mayor diligencia con aquellas actividades riesgosas o peligrosas que son permitidas porque conllevan mayores beneficios a la sociedad.

#### **1.1.1.9.9.4. Por Denuncia Calumniosa.**

Hay responsabilidad por denuncia formulada al prójimo por un hecho punible, del que luego es absuelto, cuando infringiendo deberes, se vulnera su derecho, causándole un daño; pero no hay responsabilidad civil cuando a pesar de causar un daño no se vulnera un deber jurídico ni un derecho del perjudicado, y ello acaecerá a) cuando se daña o perjudica en virtud de un deber del autor del daño; b) cuando se ejercita un derecho que realmente lo sea; c) cuando se realiza un acto en interés del perjudicado y de acuerdo con su voluntad expresa o presunta (gestión de negocios, etc.); d) si por error excusable, el autor de la

lesión creía en la licitud de su gestión; e) no existe vulneración de un deber jurídico cuando la acción se realiza por quien, por defecto de la inteligencia o de la voluntad, no puede ser considerado libre, pues la culpa es propia de personas que son libres en sus actos” (Casación N° 1682-98, en “Actualidad Jurídica”, número 136, marzo 2005. p.70).

*Para “La denuncia es indemnizable cuando el ejercicio del derecho a denunciar se hace irregular, el mismo que conforme a lo previsto por el artículo ° 1982 del Código Civil es irregular cuando se hace a sabiendas de la falsedad de las imputaciones o cuando no existía motivo razonable para denunciar” (Exp. N° 163-97, en “Actualidad Jurídica”, número 136, marzo 2005, p.70).*

*Para “La ley reprueba, en la primera hipótesis, la denuncia calumniosa, es decir, formulada a sabiendas de que no se ha cometido el delito; y en el segundo caso, la ausencia de motivo razonable para la denuncia, entendiéndose que motivo es el móvil que impulsa a la acción y razonable aquello que encuentra cierta justificación, en razones o argumentos, que es la interpretación correcta del artículo 1982 del Código Civil.*

#### **1.1.1.10. Funciones de la Reparación Civil**

##### **1.1.1.10.5. La función restitutiva o reparadora**

Esta función involucra el retorno o reparación del bien jurídico afectado al status quo anterior al daño; normalmente es un pago in natura, esto es la restitución del bien dañado en su integridad o lo más cercano a ello, por ejemplo si se ocasiona la pérdida de un vehículo, la reparación sería la entrega de un vehículo de las mismas o similares *características* con la aceptación del acreedor o víctima. En el ámbito de daños médicos la función restauradora de la responsabilidad civil implicaría reponer las piezas perdidas de una o dos arcadas por colocación de un injerto óseo e implantes dentales, en un caso de pérdida de hueso (reabsorción ósea) por mal tratamiento ortodóntico (situación médicamente irreversible). Valgan verdades cuando no es posible restituir la pérdida, la reparación permitirá a la víctima conseguir utilidades equivalentes a las pérdidas a causa del acontecimiento dañoso bajo la denominado concepto de “indemnización”.

### **Según SALVI manifiesta que:**

La denominada reparación in natura del daño no patrimonial se diferencia, sobre todo, de las tutelas dirigidas a prevenir, o hacer cesar, la violación del derecho. Lo que intenta, es reaccionar de la forma más adecuada (y distinta del pago de una suma de dinero) frente al hecho dañoso, garantizando a la víctima una situación “equivalente” en la medida de lo posible, a la que preexistía a la lesión, remata bien, cuando sostiene que en la actualidad, la multiplicidad de las figuras del daño va de la mano con una multiplicidad de modelos reparadores, entre los cuales se cuenta, aunque ya no con hegemonía del pasado, el resarcimiento fundado en la equivalencia monetaria. p.314

#### **1.1.1.10.6. La función indemnizatoria.**

Esta *función* se da en los casos que no se pueda restituir el bien, o efectuarse un pago in natura o especie, como en el caso del daño a la integridad física de la persona y el daño moral, se puede establecer una asignación económica que simbólicamente represente el valor del daño sufrido, por ejemplo la pérdida de una pierna por negligencia médica o la afectación del derecho al honor por un medio de comunicación. Un ejemplo en concreto en el ámbito de la medicina, sería por la reabsorción ósea por ortodoncia mal ejecutada, le correspondería al paciente una indemnización porque se ha interrumpido por negligencia un tratamiento ortóntico ordinario, haciendo que el paciente tenga no solo una pérdida sustantiva de su salud bucal casi irreversible, haciéndolo pasar por complejas cirugías, sin que pueda recuperar en un 100% su salud bucal original. La indemnización también acepta un parte de la doctrina cumple una función aflictivo consoladora o mitigadora en el caso del daño a la persona.

### **Según RODOTÁ (2005) manifiesta lo siguiente:**

Nos recuerda que *“en realidad, existen intereses de naturaleza propietaria para los cuales continúa operando la noción de daño como diferencia patrimonial negativa, y resarcible, por lo tanto, con la técnica de la compensación pecuniaria. También hay intereses que no tienen naturaleza propietaria, para los cuales aún es posible recurrir al esquema del daño individualizado (daño a la persona por ejemplo), y sigue siendo*

*practicable la técnica de la monetización, en el plano resarcitorio. Existen, finalmente, intereses colectivos, que no tienen como base a la propiedad, para los cuales se configura un “daño social, respecto del cual la técnica de la compensación pecuniaria podría resultar insuficiente, de manera tal que ella podría ser complementada o substituida por técnicas reparadoras en un sentido más amplio”.*

#### **1.1.1.10.7. La función compensatoria**

Esta función implica la asignación económica o in natura que recibe la víctima por el tiempo en que no pudo gozar del bien jurídico dañado. Ejemplo: en el mismo caso de la reabsorción ósea por ortodoncia le correspondería al paciente una asignación económica por el costo de oportunidad que perdió toda la etapa de recuperación de la lesión.

#### **1.1.1.10.8. La función preventiva.**

Implica la tutela preventiva para efectos de resguardar un bien jurídico amenazado por un daño, esto es la responsabilidad civil, puede evitar la consumación de un daño en proceso, mediante una medida cautelar, y a la vez disuadir a otros futuros agentes que realicen esta conducta. Ahora bien, la función de prevención también persigue implícitamente descubrir al sujeto que presuntamente está en mejor posición para reducir la probabilidad de que acontezcan sucesos dañosos, sobre la base del análisis económico de la asignación de los recursos a través del mercado, de manera tal que se produzca una repartición o distribución óptima interna de los riesgos “internalización” **FERNÁNDEZ (2001)**. De ahí, que Calabresi, planteará la idea de que la responsabilidad civil debe estar orientada a minimizar los costos sociales de los accidentes, es decir, a minimizar la suma de los costos de prevención, el daño y los costos de transacción. Por tal razón, un agente racional sujeto al criterio de la culpa adoptará, las medidas suficientes para satisfacer el estándar legal, a fin de evitar responsabilidad entre las cuales se encuentra el deber de información al consumidor o usuario. En el caso planteado con anterioridad de la reabsorción ósea al paciente puede pedir a la clínica que su tratamiento de restauración sea asignado a otro especialista u médico, y adicionalmente exigir que el hospital, que le causó la lesión, exponga

en un lugar visible las estadísticas de los casos de la negligencia médica odontológica.

#### **1.1.1.10.9. La función sancionadora**

La responsabilidad civil no solo tiene por función primigenia y más importante la reparación y mitigación del daño, sino que también tiene una función disuasiva, especialmente en el ámbito de la responsabilidad por culpa, donde la indemnización económica no sólo considera el daño efectivamente causado, sino merita la conducta ilícita, y la rechaza, aumentando la indemnización, según la conducta sea negligente o dolosa, para ello el juez tendrá en cuenta el ahorro obtenido al no implementarse las medidas de prevención correspondiente. Otra forma de reconocer esta función es cuando se observa la indemnización por equidad que establecen los jueces cuando no se tiene certeza del monto exacto de la reparación pero se quiere dejar claro la sociedad no quiere que se repitan estas conductas negligentes o dolosas. Recordemos a propósito de ello que una visión económica de la responsabilidad civil observa en ella un instrumento de distribución de costos y desincentivador de conductas rechazadas por la sociedad, y que en buena cuenta para corregir externalidades injustas.

El daño moral es identificado con las sensaciones aflitivas experimentadas por la víctima, a consecuencia de la lesión de bienes de particular valor afectivo o personal: el honor, la salud, la vida de una persona querida. En el Perú, mediante la indemnización del daño moral, el juez puede estar valorizando no solamente el sufrimiento o afligimiento ocasionado a la víctima, sino el sentir de la sociedad, como una forma de reprocharle socialmente al agente su conducta negligente mediante el incremento de la indemnización a favor de la víctima.

Recordemos que una conducta que genera la obligación de reparar tiene más posibilidades de ser evitada debido a motivaciones éticas o sociales si, por ejemplo, se la indica como conducta ilícita o reprochable de manera pública; sea a través de un reportaje o la difusión de su record de sanciones en el portal de la entidad supervisora de la actividad, lo que seguramente tendrá un efecto adverso en la conducta de los consumidores o usuarios más informados.

#### 1.1.1.11. Diferencias entre la Responsabilidad Contractual y Extracontractual

Las diferencias fundamentales que menciona VALDERRAMA (2008) entre la responsabilidad contractual y la extracontractual reside en la carga de la prueba, pues en la responsabilidad derivada de un contrato, el acreedor de la respectiva prestación no está obligado a demostrar la culpa del deudor, ya que ésta se presume en tanto el segundo no demuestre que su incumplimiento o el atraso no le son imputables, como el caso fortuito o la fuerza mayor; en cambio, en la responsabilidad extracontractual le compete al damnificado demostrar la culpabilidad del autor del acto ilícito. Esto se formula claramente en la siguiente tesis jurisprudencial:

*“Mientras en la responsabilidad contractual, el autor del daño y su víctima han creado por su voluntad (el contrato que celebraron), la posibilidad del daño, en la extracontractual esta posibilidad no ha sido creada por los contratantes. Estos, en la primera, están vinculados con anterioridad a hecho productor de la responsabilidad, y en la extracontractual el vínculo nace por la realización de los hechos dañosos y en los precisos momentos en que esta realización tiene lugar. Además, en la responsabilidad contractual hay una obligación precisa de efectuar un hecho determinado, cuya falta de ejecución determina dicha responsabilidad, en tanto que en la extracontractual no existe obligación alguna determinada”.*

Los contratos tienen fuerza de ley entre las partes. Obligan tanto a lo que se expresa en ellos, como a las consecuencias que la equidad, el uso o la ley hacen nacer de la obligación, según la naturaleza de ésta.

La diferencia entre esta y la contractual, para los efectos prácticos de la Litis, es que en la contractual basta demostrar el incumplimiento para que se presuma la culpa. El daño cuyo resarcimiento se persigue, tiene como origen el incumplimiento de deber de cuidado atribuible al que se imputa como

responsable, con motivo de la relación contractual por la cual su contraparte se compromete a hacer o dar, a cambio del pago de un precio determinado.

Otra diferencia importante entre ambas, es que la responsabilidad contractual puede ser limitada mediante una cláusula limitadora de la responsabilidad (cláusula penal, por ejemplo), si bien existen excepciones. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual no existen las cláusulas de exoneración de la responsabilidad porque no existe contrato.

La responsabilidad extracontractual subjetiva, establece desde los tiempos de la antigua Roma, en la Ley de Las XII Tablas autorizaba a los acreedores a conducir después de sesenta días de prisionero al deudor para venderlo como esclavo, fue desarrollada por obra de los juristas medievales en relación al daño, a nivel federal se vincula a la necesidad de demostrar la culpa (negligencia, imprudencia o impericia), o el dolo, en los cuales se sustenta la responsabilidad del agente dañoso.

Conviene también señalar que la imputación de tal conducta al agente provocador puede ser por un comportamiento enteramente suyo, es decir, por hecho propio; o bien, por una conducta de otro, sea, por hecho ajeno, cuyo autor no ha tenido relación jurídica previa con el ofendido.

Ello determina la diferencia entre responsabilidad directa e indirecta, dando lugar así, a la regulación legal de la responsabilidad extracontractual subjetiva e indirecta, que integra los conceptos de “*culpa in eligiendo*” y “*culpa in vigilando*”. Asimismo, la conducta puede ser comisiva u omisiva. Esta última aflora, por lo general, como consecuencia de un proceder negligente del provocador del daño; sea, sin el concurso de la diligencia debida.

#### **1.1.1.12. Tesis de Responsabilidad Civil.**

Un sector de la doctrina Argentina sostiene que el antiguo Derecho Romano no hubo distinción exacta entre los regímenes de responsabilidad civil contractual y extra contractual. La doctrina uruguaya afirma que existieron dos acciones diversas: La proveniente de la Lex Aquilia y la emergente del incumplimiento del negotium. Ambas pretensiones son el hito inicial sobre el que se funda las

actuales responsabilidades contractual y extra contractual, cuya diferencia conceptual fue elaborada por los glosadores y post glosadores, para luego ser receptada por el Código Napoleón, para culminar en las obras de los juristas clásicos franceses. Se clasifican en tres las posesiones que han surgido en la doctrina para determinar el problema de la responsabilidad contractual y extra contractual: Las tesis dualistas, monistas y los eclécticos:

#### **1.1.1.12.5. Tesis Dualistas.**

Según PEYRANO (2002) manifiesta lo siguiente:

“El planteo consciente del problema de las relaciones entre responsabilidad contractual y extracontractual, nace en 1884. Corresponde a Sainctelette el mérito de haber sido el primer en señalar claras diferencias entre uno y otro tipo de responsabilidad, y de haber, planteado la esencial irreductibilidad entre ambos. Según se expresó con anterioridad, Sainctelette llegó a exasperar tanto la diferencia entre uno y otro tipo de responsabilidad que se creyó en la necesidad de buscar dos nombres distintos para designar las realidades a que una y otra se referían”.p.57.

La dualidad fue acogida por el Código Civil francés, la doctrina francesa asumió una posición particular, determinando la dualidad de concepto de culpa, es decir la existencia de una culpa contractual frente a una culpa extra contractual. La doctrina francesa actual admite ahora la unidad de la culpa civil, pero sigue manteniendo el doble régimen de responsabilidad.

Según PEYRANO (2002) manifiesta lo siguiente:

“El eje central sobre el que gira toda esta tendencia se resume en la noción de culpa. La doctrina francesa, arrancando precisamente de tal noción, hizo girar en torno a ella todo el sistema de responsabilidad civil...; se consideraba que existían, perfectamente diferenciadas, una culpa contractual, y otra extracontractual, cada una con notas típicas. Estas dos nociones de culpa se perfilan atendiendo a la distinta naturaleza de las normas que tanto una como otra pueden eventualmente violar... De acá se sigue, sin ninguna violencia lógica, que de dos modos el sujeto de

derecho puede cometer un hecho ilícito: a) o bien contraviniendo un deber legal, y, b) o bien faltando a la promesa empeñada en la convención. En el primer caso estamos frente a una falta delictual o aquiliana; en el segundo, frente a una falta típicamente contractual”.p.57-58

El problema de la naturaleza de la responsabilidad civil no puede ser confundido con el de la (discutible) graduación de la culpa. La doctrina nacional sostiene que existen diferencias accidentales y sustanciales entre uno y otro tipo de responsabilidad, dentro de las últimas están la “naturaleza de las normas violadas por cada una” y “la función que cada una de esas instituciones cumple”. Se afirma que en la responsabilidad contractual se da una función de cooperación respecto a una expectativa que ha quedado frustrada y en la responsabilidad extra contractual se da una situación de solidaridad social, que provea a la reparación ante el conflicto dado. En lo referente a las distintas funciones que se le pretende atribuir a los dos tipos de responsabilidades, resulta obvio que estas no son excluyentes, más bien se complementan.

Según MARTÍNEZ & Martínez (2006) cita lo siguiente:

“En Colombia, la legislación vigente mantiene esa división El artículo 1494, ibídem, sobre las fuentes de las obligaciones, menciona en forma independiente el contrato y el hecho dañoso. Por tanto, no solo en lo que hace a las fuentes sino en lo que se refiere a las normas que las reglamentan y sus consecuencias, las distingue completamente”.p.22

#### **1.1.1.12.6. Tesis Monista.**

Frente a la posición dualista, se alzaron los monistas, destacando Lefebvre desde 1896, este autor criticó la idea que sustenta las dualidades de culpas, debido a que en su opinión, sólo existe un tipo de culpa: la de naturaleza delictual y, por consiguiente, la responsabilidad civil giraría en torno a ella. Criticó a los dualistas alegando que no existe diferencia entre la ley y contrato, basándose en que la ley es el contrato social y el contrato es ley entre las partes. Esta corriente influyó sobre los defensores de la dualidad, quienes fueron cambiando de parecer y adoptando criterios muchos menos radicales.

Aun cuando Lefebvre fue el iniciador de la tesis monista, su gran polemista fue Grandmoulin que la defendió, para quien entre la ley y el contrato no hay diferencia esencial, pueden deben estar unidos en una misma concepción: por un lado la ley es la manifestación de un acuerdo de voluntades de individuos cuyo agrupamiento forma un Estado, el contrato social, por lo que el apartamiento a un deber legal resulta de la misma naturaleza que el apartamiento a un deber de carácter contractual.

El segundo principio aducido por el mismo autor se enuncia expresando que cuando ocurre una ilicitud, la obligación inicial, nacida del contrato, se extingue automáticamente por la pérdida o la imposibilidad de su objeto: la obligación de reparar que nace entonces de la ilicitud no es, pues, la deuda primitiva surgida del contrato, sino una obligación que toma su fuente en las disposiciones relativas a la responsabilidad por hecho ilícito.

#### **1.1.1.12.7. Tesis Eclécticas.**

Las posiciones de estas tesis es la de tratar de conciliar las anteriores. Así un sector de la doctrina francesa parte de la premisa que la responsabilidad es una sola, de tal manera que no se podrá diferenciar la responsabilidad contractual de la extra contractual. Sin embargo, existen diferencias de régimen, esto quiere decir que ambas responsabilidad se identifica en sus principios más no en sus efectos. Se sostiene por ello que aun cuando responsabilidad delictual y la responsabilidad contractual obedezcan a los mismos principios sigue siendo necesario distinguir una de otra: porque las separa algunas diferencias, accesorias, sin duda, pero diferencias reales y pueden darle, en tal o cual pleito un interés práctico de primer plano a la cuestión de saber si rigen las reglas de uno u otra responsabilidad.

Aun cuando todas las tesis intermedias parten del supuesto común de aceptar parte de las otras teorías con caracteres específicos, es posible distinguir dos orientaciones diversas.

La primera orientación representada por los MAZEAUD, según la cual la responsabilidad es una sola y no puede establecerse ningún distingo, en cuanto a los principios fundamentales, y las diferencias que se perciben son

sólo diferencias de régimen, puesto que sería posible concebir un sistema jurídico positivo que identificara totalmente ambos regímenes. Las únicas diferencias entre los dos órdenes de responsabilidad radican en sus efectos, no en los principios que los rigen.

La segunda orientación es defendida por AMEZAGA, para quien las relaciones entre ambas responsabilidades están dadas por la idea de la unidad genérica. Las diferencias específicas, es decir, existe unidad genérica entre ambas responsabilidades, por lo que no corresponde buscar diferencias de régimen entre una y otra, sino que se debe dedicar a buscar si existe algún elemento que, aun prescindiendo de las reglamentaciones de detalle, permita afirmar la diferenciación entre los dos órdenes de responsabilidad.

#### **1.1.1.13. Responsabilidad Solidaria.**

El artículo 1983 del Código Civil señala que si varios son los responsables del daño, responderán solidariamente. Dice Fernando DE TRAZEGNIES que: *“Para que haya solidaridad se requiere que existan varios responsables de un mismo daño, es decir, que las acciones de los diferentes participantes sean concausas del daño reclamado. Por consiguiente, si los responsables lo son por daños sucesivos -aunque sean muy próximos uno de otros- no existe solidaridad entre ellos.”*p. 533

En los casos en que varias personas hayan intervenido en los hechos ilícitos, sean contractuales o extracontractuales, es posible establecer la responsabilidad solidaria a cargo de los sujetos responsables, lo cual cubre de mejor manera las expectativas.

“Va de sí que dos son las circunstancias para que exista la obligación resarcitoria solidaria: que haya la pluralidad de sujetos a los que quepa adjudicarles responsabilidad y que estén los mismos vinculados por un nexo fáctico”.

Según Espinoza (2001) manifiesta lo siguiente:

Para referirse a la solidaridad de la obligación de indemnizar, nuestra doctrina nacional emplea también la expresión “responsabilidad concurrente” en la cual, “La responsabilidad concurrente genera la denominada obligación *in solidum*, la cual es diferente de la obligación solidaria. Así una obligación es solidaria, cuando se trata de una obligación única con pluralidad de

sujetos, en la que cada uno de estos sujetos está obligado a cumplir por entero la prestación. En la obligación *in solidum*, por el contrario, existe una pluralidad de obligaciones, cada una de ellas soportada por sujetos diferentes, pero con objeto idéntico, pues todas ellas consisten en una misma prestación. La obligación de los responsables del daño es de este modo *in solidum*, porque cada uno de ellos es por sí solo responsable de la totalidad del daño producido”.p.62

El tratadista Aguilar.,D, J refiriéndose evidentemente a la legislación brasileña, se pregunta:

¿Es transmisible la acción de reparación? No existe principio ninguno que se oponga a ello. La acción de indemnización se transmite, como cualquier otra acción o derecho, a los sucesores de la víctima. No se distingue, tampoco, si la acción se funda en daño moral o patrimonial. La acción que se transmite a los sucesores supone el perjuicio causado en vida a la víctima. Porque a un muerto no se le puede causar ningún daño. Surge aquí la importante cuestión del ultraje a la memoria de un muerto; Los herederos pueden alegar y probar el perjuicio propio, derivado de la injuria al desaparecido miembro de la familia. Sufren, pues, un daño personal y no hay razón para negarles la acción de reparación.p.457-458

#### **1.1.1.14. Los Sistemas de Responsabilidad civil.**

##### **1.1.1.14.5. La Teoría Subjetiva**

Esta teoría sostiene que el fundamento de la responsabilidad civil debe buscarse en la culpa del autor, que haya ocasionado un daño, tal como se dejó plasmado en las páginas anteriores. La mayoría de autores coinciden en que sostener la noción de la culpa, es uno de los conceptos más delicados en el campo de la responsabilidad, de ahí vienen la variedad de criterios expuestos al respecto, manifestando algunos en los cuales confunden a la culpa con antijuricidad y la culpa con relación causal, no obstante, esto ha sido superado en el sentido que se ha llegado a establecer que ambos conceptos son distintos.

Según COLOMBO (1975) nos dice que:

El modelo, imperante en España y en otros Estados europeos (como Francia, Holanda, Reino Unido e Italia), es el de la responsabilidad subjetiva, en el que para exigir responsabilidad al autor del comportamiento lesivo es necesario demostrar la existencia de culpa o negligencia por parte del responsable del hecho dañoso. Se trata por tanto de un modelo de responsabilidad que tiene en cuenta el comportamiento de los sujetos causantes del daño; de tal manera que cualquiera que sea la forma en que se presente la culpa, el fundamento mismo será la previsibilidad, sin embargo, la falta de previsión tendrá que ser demostrada por la víctima que haya sufrido el daño, es decir, a esta le corresponderá probar la relación causal entre el hecho y el daño. p.8

#### **1.1.1.14.6. La Teoría Objetiva.**

El adelanto de la vida moderna, sobre todo el desarrollo tecnológico ha traído en el ámbito de la responsabilidad civil a la denominada responsabilidad por objetiva que se caracteriza principalmente por no tener en cuenta un elemento que tradicionalmente se ha considerado para poder apreciar dicha responsabilidad como lo es la culpa.

Esta teoría según *Esser* citado por SANTOS (1995) NOS DICE QUE:

se fundamenta en responder por el peligro puesto por sí mismo, es decir, imponer al que domina una fuente de peligro representada por una empresa o explotación permitida en interés propio las consecuencias derivadas de la inminencia de producción de o acusación de los daños derivados de tal empresa o explotación, o dicho de otro modo es la imputación de un daño a la esfera de responsabilidad del obligado a resarcirlo en virtud del principio del control del peligro y de las características de los riesgos específicos inherentes.p.551-552

Según CRESPO manifiesta lo siguiente sobre:

La responsabilidad objetiva establece una excepción a la regla general basada en la responsabilidad subjetiva o por culpa. En el caso de la responsabilidad objetiva se presume la culpa del demandado pues la demostración de la responsabilidad se centra exclusivamente en la

ocurrencia de un daño o de la producción de un riesgo que causa un perjuicio o peligro no solo a la víctima sino a toda la sociedad. p. 2.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada antes señaló sobre esto lo siguiente: *“El riesgo de la cosa es un peligro lícito y socialmente aceptado como contraparte de los beneficios sociales o económicos que importa la operación, utilización o aprovechamiento de las cosas peligrosas. Para el reconocimiento de la responsabilidad civil extracontractual no se requiere que haya culpa o dolo, basta que los daños sean consecuencia directa del acontecimiento que los ha originado. Es la responsabilidad meramente objetiva. La teoría de la responsabilidad objetiva pura ha tenido poca aceptación en la legislación de la mayoría de los países y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros. Mayoritariamente se considera la necesidad de la culpabilidad como una exigencia de justicia con respecto al responsable. Pero como la carga de la prueba de la culpa resulta en la mayoría de los casos casi imposible o muy difícil para la víctima, se consideró la necesidad de revertir la carga de la prueba, en el sentido de que quien utiliza y aprovecha la cosa riesgosa es al que le corresponde demostrar que el hecho dañoso se produjo por fuerza mayor o caso fortuito, por culpabilidad de un tercero o por culpabilidad exclusiva de la propia víctima. En otras palabras, se estableció la culpa presunta de la persona que utiliza y se aprovecha de la cosa riesgosa por la que se ocasionó el daño. Esta teoría ha ido imponiéndose en forma creciente, particularmente en la jurisprudencia, tal como sucede en las sentencias dictadas por las cortes supremas de Francia, Argentina y Colombia. Nosotros coincidimos plenamente con esta posición, y ésta es la razón por la cual la adoptamos como sustento del presente fallo, en vista de que la producción, industria, transporte y operación de sustancias hidrocarbúricas constituyen, a no dudarlo, actividades de alto riesgo o peligrosidad”.*

La responsabilidad objetiva se presenta como una orientación especialmente adaptada a las características específicas de la reparación del daño ambiental, fundamentalmente en lo colectivo. En comparación con la responsabilidad por culpa, los mecanismos de responsabilidad objetiva simplifican el establecimiento de la responsabilidad por que exime probar la existencia de aquella, pero las víctimas deberán de probar que fue ocasionado por el

infractor. Las ventajas de este sistema son: un régimen de responsabilidad objetiva puede incitar a las empresas una mejor gestión de riesgos y proporcionar certidumbre jurídica a las empresas. En consecuencia, puede poner en práctica, un aspecto fundamental de la responsabilidad ambiental como el principio quien contamina paga, con respecto a algún tipo de actividades económicas, porque se le imputa los daños ocasionados por la actividad económica a la empresa que explota tal actividad y esta ocasiona un riesgo o peligrosidad, por tanto, le corresponde al agente contaminador probar que no dañó el medio ambiente.

## **1.1.2. Capítulo II: Responsabilidad de los Profesionales y de los Médicos**

### **1.1.2.9. Responsabilidad Profesional.**

Según DE TRAZEGNIES (2006) menciona sobre la responsabilidad de los profesionales lo siguiente:

*“No es que no crea que los profesionales son responsables por los actos que realizan en el ejercicio de su profesión. Lo son, ciertamente. Pero lo que no creo es que exista una institución o figura independiente, que pueda llamarse responsabilidad profesional. Creo que la responsabilidad profesional no es una situación jurídica con características suficientemente importantes como para aislarla de la responsabilidad general y darle una entidad conceptual propia. Lo que hay es la responsabilidad a secas, que comprende a profesionales y a no profesionales. Es por ello que puede decir que la responsabilidad profesional no existe”. p. 359-360*

Existen diversas teorías que explican la naturaleza de la relación jurídica que se entabla con motivo del contrato profesional:

- a) Teoría del mandato:** de acuerdo con esta teoría, que tiene tradición romana, el profesional resultaba siendo mandatario de su cliente, sin embargo, aun cuando en algunos casos, el abogado actúa como mandatario, debe precisarse que lo hace con relación a ciertos actos producto de encargo específico.

- b) **Teoría de la locación de servicios:** es la que tiene mayor aceptación actualmente, y se basa en la independencia en la prestación del servicio y el objetivo perseguido, entendiéndose a éste como la actividad desplegada por el profesional.
- c) **Teoría del contrato de obra:** para la doctrina francesa, el profesional se obliga con su cliente a un resultado y no a un servicio.
- d) **Teoría del contrato multiforme:** se considera que los servicios profesionales asumen a veces el carácter de locación de servicios, otras de locación de obra, otras de mandato, etc., es variable o proteiforme.
- e) **Teoría del contrato atípico o innominado:** para Guillermo BORDA, “va contra la naturaleza de la actividad profesional separarla en contratos diferentes, pues la labor de los profesionales es siempre la misma, sea que trabajen a sueldo o por cuenta propia también son iguales sus responsabilidades morales, profesionales, civiles y penales”.

El artículo 1762 del Código Civil establece que, si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

Según DE TRAZEGNIES dice:

Este artículo ha sido criticado debido a que una interpretación literal del mismo daría a entender que cualquier asunto profesional, aún el más sencillo, se encuentra dentro de su ámbito *“La norma crea un privilegio porque supone un tratamiento distinto en materia de responsabilidad para ese profesional y para ese técnico: sólo responde por dolo o culpa inexcusable”*; por lo que se debe interpretar de manera restrictiva en el sentido que tanto los “asuntos profesionales” como los “problemas técnicos” requerirán del elemento de la “especial dificultad”. p. 388

El avance continuo de la ciencia en casi todas las ramas de la actividad humana determina que, cada vez con mayor frecuencia, surjan nuevos métodos para resolver problemas técnicos o científicos cuya total eficacia no ha podido aún ser comprobada. Ocurre también que por determinadas circunstancias algunos problemas de fácil solución cobran inesperada dificultad, lo que hace necesario experimentar nuevas soluciones.

En estos casos, si los técnicos fallan en encontrar la solución adecuada por la novedad del tema y se aplicara el sistema general de responsabilidad por inexecución de las obligaciones, existiría el fundado temor de incurrir en responsabilidad por aplicar nuevas técnicas que no han tenido una aplicación generalizada, especialmente si se trata de ciencias no exactas.

#### **1.1.2.10. Responsabilidad Civil Medica**

##### **1.1.2.10.5. Generalidades**

Desde siempre se han dictado normas para regular el ejercicio de la medicina, entre las que se encuentran el juramento hipocrático, el código de Hammurabi y algunas legislaciones del lejano oriente, que consagraban principios éticos o imponían sanciones aflictivas para los profesionales de la salud. A mediados del siglo XX el Asamblea general de la Asociación Médica Mundial promulgó un código internacional de ética médica y posteriormente cada país de forma individual, dictó normas internas o los mismos gremios adoptaron principios deontológicos a nivel particular.

Se discute también si la relación profesional entre médico y paciente es una obligación de medios o si se trata de una prestación de resultados. Es decir, si el medico asegura la consecución del resultado esperado por el paciente, o si, por el contrario, solo se obliga a poner de su parte todos los medios a su alcance para llegar al objetivo buscado.

En el caso de la responsabilidad de los médicos, solo será posible invocarse en casos en donde el estado actual del conocimiento científico no permita afirmar nada cierto entorno a una enfermedad o acto médico, por no existir experiencia al respecto.

#### **1.1.2.10.6. Definición**

La expresión “responsabilidad médica” no suele ser definida por los autores, que la dan por sobreentendida. Cuando hablemos de ella, nos referiremos a una obligación del profesional médico, consistente en indemnizar al paciente o cliente por los daños que le haya causado, por ser imputables a aquél, ya fuere por haber actuado con impericia (fracaso de un tratamiento equivocado, ausencia del tratamiento que hubiera sido necesario realizar para evitar aquellos perjuicios o por haberlo adoptado a destiempo), ya fuere por haber creado un riesgo profesional o empresarial del que obtiene beneficios.

La responsabilidad médica constituye una figura particular dentro de la responsabilidad civil, y dentro de ésta, de la profesional. Se ha sostenido durante mucho tiempo y aún hoy, pero en menor medida, que la responsabilidad médica es de carácter extracontractual; pero este criterio ha perdido vigencia y así podemos decir que es mayoritaria la posición doctrinaria y jurisprudencial que sostiene que estamos frente a una relación contractual, salvo casos excepcionales.

Por otro lado, nace la expresión “responsabilidad sanitaria” la misma que es más amplia que la anterior, pues incluye la que deriva de todo tipo de servicios que tengan por objeto atender la salud de una persona o animal: médicos, pre-hospitalarios, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios, ya fueren realizados en centros públicos o privados. Dentro de la responsabilidad sanitaria se comprenden las del médico, cirujano, anestesista, odontólogo, estomatólogo, protésico dental, A.T.S., personal de enfermería, matrona, técnico de transporte sanitario, farmacéutico, veterinario, titular del centro hospitalario o de la clínica, compañía de asistencia médica, etc. Esta idea de que la responsabilidad médica es un subconjunto de la responsabilidad sanitaria; Como una subespecie de la responsabilidad médica más cerca de la responsabilidad sanitaria en general, se sitúa la derivada de conductas que supongan una falta de coordinación entre los especialistas que tratan a un paciente, más aún cuando tal evento sucede dentro del mismo centro hospitalario.

La responsabilidad civil médica se define como la institución por la cual los profesionales médicos y los centros hospitalarios responden por los daños ocasionados al paciente al haber incumplido reglas de la medicina en el

momento de ejecutar la prestación de salud, sea por el hecho de dependientes, falta de infraestructura, mantenimiento y limpieza de los equipos e instalaciones.

Ahora bien, sea considerada de una u otra forma lo cierto y evidente es que estamos frente a un contrato atípico, donde, por ejemplo, una de las partes (el paciente) podrá rescindir en cualquier momento el contrato y la otra, que sólo podrá hacerlo cuando no medie peligro para la vida o salud de aquél.

Se discute también si la relación profesional entre médico y paciente es una obligación de medios o si se trata de una prestación de resultado. Es decir, si el médico asegura la consecución del resultado esperado por el paciente, o si, por el contrario, sólo se obliga a poner de su parte todos los medios a su alcance para llegar al objetivo buscado.

Pues desde nuestra humilde posición consideramos que debería de ser por resultados, pues el paciente no solo espera que el médico ponga los medios para que debe obtener lo que el paciente contrato, sino, que espera obtener lo que él realmente desea.

Creemos que, en el caso del médico, el principio es que estamos frente a una obligación de medios, esto es, que el paciente deberá demostrar que el médico no observó la conducta prometida o lo hizo en forma incorrecta. Como excepción, la obligación será de resultados, o sea, que la falta de consecución del objetivo buscado dará lugar al resarcimiento, como, por ejemplo, una cirugía de cesarías, o bien aquellas operaciones quirúrgicas de gran sencillez.

Y la razón por la cual las más de las veces nos encontramos frente a obligaciones de medios y no de resultados, es que el médico no puede asegurar la curación dado que no se trata de una ciencia exacta.

El médico que por su culpa o negligencia provoca un perjuicio al paciente debe repararlo y tal responsabilidad tiene su presupuesto en los principios generales de la responsabilidad, es decir, que todo hecho u acto realizado con discernimiento, intención y libertad genera obligaciones para su autor cuando con su accionar provoque un daño a otra persona.

Que al obrar del médico genere responsabilidad, deben darse los siguientes presupuestos: a) existencia de culpa o de dolo; b) que exista relación de

causalidad entre hecho médico y resultado habido. Obviamente, mayor será la responsabilidad cuanto mayor sea el conocimiento y especialidad del profesional.

La culpa médica puede ser como consecuencia de un obrar imprudente o negligente, o por impericia o error en el diagnóstico, o bien por un inapropiado tratamiento, clínico o quirúrgico o desconocimiento de los principios de la ciencia y del arte de curar o, por último, por abandono de asistencia. Pero para poder analizar y juzgar estas fallas, el juzgador debería preguntarse si un médico prudente, colocado en iguales condiciones, habría obrado como el autor del daño.

El problema que enfrentamos se refiere a quién tiene la carga de la prueba de la atribución de la responsabilidad civil médica, lo que se resuelve en precisar si es el paciente el que debe probar la culpa del médico, o es el médico quien debe probar que actuó con diligencia y, consecuentemente, probar su inocencia.

El médico satisface su prueba acreditando que ha obrado correctamente, es decir, acreditando su falta de culpa y esta falta de culpa se demuestra probando que hizo el diagnóstico adecuado, probando haber utilizado técnicas corrientes, indicando medicación correcta, haber efectuado operaciones con las técnicas aceptadas como normales, haber controlado al paciente en el post operatorio, etc. Como se puede apreciar, estos hechos no son de gran dificultad probatoria.

En caso de la responsabilidad de los médicos, sólo será posible invocarse en casos en donde el estado actual del conocimiento científico no permita afirmar nada cierto en torno a una enfermedad o acto médico, por no existir experiencia al respecto.

*Según VÁSQUEZ manifiesta lo siguiente:*

*“(...) Como regla general la responsabilidad profesional es de naturaleza contractual. A efectos de establecer cuál es el factor de atribución aplicable se hace necesario dilucidar si el profesional ha asumido una obligación de medios o de resultado para lo que hay que recurrir al criterio de lo aleatorio y al análisis del objeto obligacional. Si el profesional ha*

*asumido una obligación de resultado, la responsabilidad emergente de su incumplimiento tiene naturaleza objetiva funcionando en el caso el deber de garantía o crédito a la seguridad como factor de atribución. Por el contrario, si el profesional ha comprometido sólo medios, la responsabilidad tiene naturaleza subjetiva pues descansa en la culpabilidad del agente (comprensiva de la culpa lato sensu y el dolo)".*  
p.217-218

La responsabilidad civil de los médicos y, en general, de los profesionales de la salud, puede manifestarse de las dos formas conocidas, esto es, la contractual y la extracontractual. La contractual cuando se ha celebrado un contrato de prestación de servicios profesionales entre el médico y el paciente; y la extracontractual cuando no ha habido acuerdo o contrato y el profesional debe atender al paciente por las circunstancias especiales en que se encuentra, estado de inconciencia por ejemplo. En algunos casos, a pesar de que en los fundamentos de la demanda se invocaban normas referidas a la responsabilidad extra contractual, la Corte Suprema de Justicia de la República ha estimado aplicar las relativas a la inejecución de obligación, como en el caso que se cita a continuación:

“La demanda por las normas legales en que se apoya importaría una de responsabilidad extracontractual, pero apreciando su contenido estaríamos también frente a una demanda sobre incumplimiento de contrato por servicios profesionales, como ha sostenido al final la parte demandada; sin embargo, examinando minuciosamente los hechos se puede advertir que en el contrato verbal sobre prestación de servicios existe una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge además la violación del deber genérico de no causar daño a otro, lo que, tal como lo admite la doctrina, ingresa obviamente en la esfera de la relación extracontractual como es el caso de la conducta negligente del médico tratante”, Exp. N° 34-98-Arequipa, Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema. Gaceta Jurídica: “Código Civil”, tomo X. p. 73

Tradicionalmente, la responsabilidad del médico implicaba la relación médico-paciente creada por la relación contractual basado en el contrato de obra intelectual, o bien por el contrato social, en virtud del cual se producía el daño.

Empero, en la actualidad, se denomina a este supuesto responsabilidad médica, cualquiera que sea la fuente, contractual o no.

La responsabilidad de los médicos es de tipo subjetivo, por cuanto, se basa en el parámetro de la diligencia ordinaria, esto es, la de un profesional médico medio. Se ha señalado que el artículo 1762 del Código Civil debe ser analizado en forma restrictiva, es decir, el médico sólo responde en caso de dolo o culpa inexcusable. Además, se acepta por lo general que la actividad médica genera obligaciones de medios y no de resultados, es decir, el médico no estaría obligado de curar al enfermo, sino de proporcionarle todas aquellas diligencias que, según el avance de la ciencia, podrían conducir a la obtención del resultado, la curación.

En los casos en que la intervención de los médicos se realiza en clínicas privadas, se ha señalado que la responsabilidad de estas clínicas por los daños que causen sus dependientes en el ejercicio de sus funciones o en cumplimiento del servicio que les ha sido encomendado es directa, pues en nuestro ordenamiento jurídico no existen las responsabilidades indirectas. Así, si el paciente ha contratado los servicios de una clínica y esta realiza su prestación a través de terceros, el médico, los daños que genere dicha delegación le serán imputables, lo que implica una responsabilidad por hecho propio y no por hecho ajeno.

Para que proceda la responsabilidad vicaria de la clínica es imprescindible la concurrencia de la relación de subordinación entre el comitente y el agente, y que el daño causado por el dependiente se haya producido durante el cumplimiento de la actividad que le ha sido encomendada. Gaceta Jurídica: "Código Civil", tomo X. p. 134

La responsabilidad de los médicos, o responsabilidad médica, es una especificación de la responsabilidad en general. Se ha dicho que, si la situación actual es insatisfactoria para los profesionales en medicina, lo es más aún para el paciente perjudicado, a pesar de la importancia superior de los valores salud y vida, la realidad es que un proceso judicial por responsabilidad médica encuentra los mismos obstáculos que cualquier juicio ordinario; el principal de ellos es el tiempo, por lo que se suele escoger la vía penal. Ante ello se sugiere

la posibilidad de seguros que cubran diversas eventualidades y protejan adecuadamente al afectado.

Según LORENZETTI (2005) nos menciona lo siguiente:

“El análisis jurídico de una conducta se hace para imputarle consecuencias. Un problema de gran relevancia de la responsabilidad médica es imputar al médico las consecuencias de su obrar, separándola de las que produce la enfermedad, para lo cual se debe diferenciar; previamente, la acción de la enfermedad de la que produce la conducta del profesional, y a posteriori, la noción de acción de la de causa”. “Se ha discutido arduamente si la obligación del médico es solo de medios o es de resultado. “El facultativo se inmiscuye en el cuerpo humano, lo lesiona, le introduce elementos extraños, lo viola, lo mutila y en algunas oportunidades aniquila la vida humana... Apresuradamente podría analizarse esta conducta con la tesis que sostiene que siempre que hay daño, hay responsabilidad y hacerse responsable al médico aún de los perjuicios mencionados”. “Nuestra jurisprudencia ya no señala que se deben medios sin vinculación con el resultado, como se hacía en otros tiempos; sino que se debe poner la diligencia con vista a la obtención del resultado, o “cuidados tendientes a la curación”, o una conducta que “normal u ordinariamente” pueda alcanzar la curación”. p.414.

*“Que la demanda por las normas legales en que se apoyaría importaría una de responsabilidad extracontractual, pero apreciando su contenido estaríamos también frente a una demanda sobre incumplimiento de contrato por servicios profesionales, como ha sostenido al final de la parte demandada; sin embargo, examinando minuciosamente los hechos se puede advertir que en el contrato verbal sobre prestación de servicios existe una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge además la violación del deber genérico de no causar daño a otro, lo que, tal como lo admite la doctrina, ingresa obviamente en la esfera de la relación extracontractual como es el caso de la conducta negligente del médico tratante”.* Diálogo con la Jurisprudencia, tomo 12, setiembre de 1999, p. 277

En el campo sanitario es muy frecuente, y antigua, la afirmación de que el médico está obligado al resarcimiento sólo si el damnificado aporta la prueba de que el primero ha infringido un deber inherente a su actividad profesional. También se afirma que tales deberes no tienen como objeto un “opus”, sino todos los medios que la ciencia médica considera idóneos para la obtención del resultado de la curación del paciente. Así pues, los médicos responden hasta el límite de sus posibilidades de conocimiento profesional y el error justificado de la incertidumbre objetiva de la ciencia es considerado causa no imputable.

“El médico que interviene quirúrgicamente a una persona, pese a haberse obtenido un diagnóstico impreciso y dudoso, asumiendo un riesgo que según su especialidad no estaba en capacidad de atender, teniendo como resultado la lesión en la integridad física del paciente, está obligado a indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados. La entidad empleadora debe asumir solidariamente con el médico emplazado, el pago de la indemnización correspondiente”.

Se considera actividad riesgosa cuando por su propia naturaleza y por la circunstancia de su realización, ella genera un riesgo o peligro para terceros; Que la actividad profesional de un médico o el servicio que presta una institución de salud sea privada o pública pueden generar riesgos permitidos por la propia naturaleza de su actividad, los que se adecuan a sus fines tanto científicos y profesionales en el caso del médico, y de prestación de servicios en el caso de la institución; Que para responsabilizar la actividad de un médico y en general toda actividad de prestaciones de salud, aun sea en casos de responsabilidad objetiva, el demandante tiene que acreditar la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del demandado y la producción del daño, circunstancia que en autos no se ha acreditado plenamente conforme lo ha establecido la sentencia recurrida; Que no se puede atribuir responsabilidad civil a los demandados por el ejercicio médico diligentemente 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 se reputada en forma paralela a las actividades riesgosas o de peligro como son los accidentes de tránsito u otras similares”. (Casación N° 1312-96-LAMBAYEQUE, 18-09-1997).

#### **1.1.2.10.7. Calificación de la Responsabilidad Médica**

Aunque todavía genere algunas discusiones, existe un relativo acuerdo acerca de la naturaleza contractual de la responsabilidad del médico, pero la intervención de clínicas y hospitales involucra nuevos problemas de calificación.

#### **1.1.2.10.8. Negligencia medica**

Según WOOLCOTT (2008) manifiesta a continuación lo siguiente:

La negligencia médica en última instancia está constituida por una serie de conductas que se apartan del actuar de un “*médico razonablemente diligente*” que vulnera la seguridad de los pacientes.p.15 y da lugar a una conducta iatrogénica negativa o si se prefiere a un evento adverso en perjuicio del paciente. En ese sentido, Woolcott de manera brillante describe los dos espacios en donde se puede analizar los daños médicos, desde la perspectiva de la seguridad del paciente, donde se incluye accidentes o errores médicos junto con actos de negligencia bajo el concepto de evento adverso; y por otra parte el concepto de negligencia médica, usado normalmente en procesos disciplinarios, procesos penales y reclamaciones de indemnizaciones.p.22.

El gran aporte de la primera posición es demostrar que una parte de los daños médicos son atribuibles a la estructura de salud como sucede con las infecciones nosocomiales, los contagios por transfusiones de sangre, los daños derivados de la utilización de ciertos aparatos o instrumentos, y no por un acto médico negligente. Empero, queda claro que por solidaridad social incluso estos daños no culpables deben ser reparados tal y como lo viene haciendo la jurisprudencia nacional y extranjera, principalmente bajo la teoría de la garantía y seguridad del paciente.

La previsibilidad dentro del ámbito de la responsabilidad contractual tiene tres flancos donde mostrar su efectividad: el primero sería el que fundamenta el juicio de responsabilidad; con lo que habría que distinguir, en esta sede, si la responsabilidad de la que se trata es objetiva o subjetiva. La previsibilidad/imprevisibilidad actuaría en ambos supuestos: imprevisible es lo que excede del ámbito del deudor, en cuyo caso hablaríamos de la previsibilidad determinante de la imputación de la responsabilidad por culpa

(criterio de imputación de la responsabilidad) por el contrario, la asignación del riesgo derivará de la norma que prevé el sistema de responsabilidad objetiva para el supuesto en concreto. Un segundo flanco es el propio al deudor de buena fe en orden a delimitar los daños de los tiene que responder previsiblemente si es que incumpliera. Y un tercer flanco sería la previsibilidad aplicada al sujeto en concreto, esto es analizar la conducta que habría desarrollado un observador objetivo que disponga de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector del tráfico objeto de la prestación, o el comportamiento que habría tenido un hombre prudente a la hora de juzgar la adecuación de su conducta, aunque la teoría probabilística es otra opción apoyada por la doctrina, que en ámbito médico no ha sido tarea sencilla aplicarla.

Consideramos la responsabilidad por culpa del médico se puede identificar como elementos característicos de la misma los siguientes: a) Un comportamiento propio, activo o pasivo; b) que dicho comportamiento viole el deber de atención y cuidado propios de la profesión médica; c) que ese obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico, a título de culpa, dolo o malicia; d) que del obrar antijurídico e imputable al médico se siga, para el paciente, un daño; e) que ese daño sufrido por el paciente guarde relación de causalidad adecuada con el hecho del médico; f) Sin perjuicio de las hipótesis de responsabilidad objetiva, sea con base en la obligación de seguridad o garantía del empleo de cosas riesgosas o de la exteriorización por el médico de conductas peligrosas.

La cuestión de la apreciación de la culpa puede sintetizarse en dos posiciones aparentemente opuestas: a) Según una de ellas debe tomarse en consideración para apreciar la culpa un criterio abstracto u objetivo, o sé que el módulo de comparación está dado por la previsibilidad general de un tipo abstracto (el buen padre de familia, el hombre de diligencia común, la diligencia exigible en el tráfico comercial, etc.); b) Según la otra, el criterio es concreto o subjetivo, o sea que la culpa se aprecia en relación al sujeto mismo sin comparación alguna con ningún tipo abstracto, atendándose sólo a sus condiciones personales y demás circunstancias de tiempo y lugar. Lo cierto, es

que en los hechos cuando ambas posturas se complementan dan mejores resultados al caso concreto.

Basta con que el resultado haya sido previsto (a) como posible o hubiese tenido que ser previsto, (b) ahora bien, la probabilidad de que se produzca ese resultado no ha de ser tan pequeña que no hubiera hecho abstenerse del acto a los hombres que obran con consciencia de su deber. Al enjuiciar esta cuestión se ha de considerar, además de la extensión de la probabilidad y de un modo muy especial, el valor ético y económico del acto que se trate y el valor del bien con ese acto se pone en peligro, en el caso de los médicos la salud y dignidad de los pacientes.

La diligencia exigible debe en primer lugar medirse según lo que podría y debería esperarse, según la índole de la actividad, en este caso el médico, competente de acuerdo al estado actual de las ciencias médicas y la situación en concreta en que se realizó el acto médico. Una operación quirúrgica, realizada inmediatamente en el propio lugar del accidente sobre un herido al que es imposible transportar, y con medios insuficientes, no puede ser juzgada con los mismos criterios que una operación realizada en un hospital. En consonancia con ello se debe tener en cuenta la especial situación del lugar, la necesidad de tomar una determinación rápida, la repentina aparición de una situación extraordinaria, circunstancias de guerra o situaciones de especial peligrosidad.

Desde el ámbito de los servicios médico podemos sostener que todo profesional médico que no ejecuta sus obligaciones sea con intención de incumplirlas directamente (dolo) o por culpa inexcusable o culpa leve, es responsable por los daños que causen dichas conductas antijurídicas y culpables, y por ende del pago de una indemnización a favor del paciente. En ese contexto podemos encontrar los siguientes supuestos.

- Omisión de prestación de servicios médicos, en la cual el profesional médico omite realizar una asistencia médica en el momento oportuno, siendo las razones más comunes un diagnóstico deficiente sobre emergencia médica o la escasez de recursos del paciente, siendo subtipos de este supuesto:

- a) Imposibilidad sobreviniente, el profesional médico no ha realizado el acto médico necesario para resguardar la integridad física del paciente, por disposición del centro médico o por iniciativa propia, razón por la cual la salud del paciente se agrava, incluso en ocasiones de manera irreversible, siendo por ello imposible que la prestación del centro médico o el profesional médico pueda ejecutarse luego de acaecido el daño, razón por la cual sobreviene una imposibilidad de la ejecución de la prestación.
- b) Retardo, el centro médico o profesional médico según sea el caso, no ha brindado el servicio médico de manera oportuna, sin embargo los resultados de la prestación médica son todavía necesarios para mejorar la salud del paciente, existiendo la posibilidad de evitar un daño médico por tratamiento tardío, si se ejecuta un acto médico de urgencia. De producirse un daño a la salud del paciente por haber ejecutado tardíamente el acto médico estos daños son indemnizables plenamente.
- Incumplimiento del servicio médico, el centro médico o el profesional médico estando obligado contractualmente a realizar un acto médico no lo ha realizado oportunamente, pese a los requerimientos del paciente, y siendo la prestación aún posible de ejecutar, el paciente, si tiene los medios económicos, puede optar porque el mismo lo ejecute un tercero, exigiendo posteriormente que estos costos y los daños y perjuicios generados sean asumidos por el centro médico o profesional médico que tenía la obligación contractual de ejecutarlos.
  - Prestación defectuosa del servicio médico, en la que el centro médico o profesional médico ha realizado el acto médico para cumplir con la prestación médica requerida; sin embargo este no se ajusta a la calidad del servicio pactado entre el médico y el paciente, por ejemplo: una intervención odontológica, o peor aún, dicho acto médico no cumple la finalidad de mejorar la salud del paciente ni su

calidad de vida conforme lo convenido. En este ámbito encontramos los siguientes supuestos.

- *Cumplimiento defectuoso del servicio médico*, esto es cuando se ofrece un servicio con determinada calidad y condiciones, y la prestación ejecutada es de una calidad inferior por ejemplo: se utiliza en una curación odontológica materiales de una calidad inferior lo que ocasiona no solo un posterior malestar en el paciente sino incluso un daño médico, o se produce un resultado diferente al prometido al paciente al haberse por usado por ejemplo: ivocron (material más barato) en lugar de porcelana para realizar una prótesis fija de una pieza dentaria, no obstante lo pactado con el paciente, siendo ello no solo menos estético sino menos duradero. Otro caso puede ser la realización de un tratamiento para el acné con láser que ocasiona quemaduras de segundo grado en el paciente y no el resultado deseado por la paciente.
- *Cumplimiento parcial del servicio médico*, este supuesto se presenta cuando el acto médico no se ha culminado por completo habiéndose pactado la entrega total de una prestación médica dentro plazo. Ejemplo: a nivel de servicios médicos odontológicos en donde se puede cancelar completamente un servicio de ortodoncia o curaciones, el cirujano dentista solo cumple con una parte del acto médico prometido, siendo en muchas ocasiones este cumplimiento parcial el que ocasiona daños a la salud del paciente y otros perjuicios de orden psicológico o emocional
- *Cumplimiento tardío del servicio médico*, es aquella situación en la que se ejecuta el servicio médico de manera tardía o ejecutada fuera de los plazos recomendados generando un perjuicio al paciente. Este es el caso del incumplimiento de la atención debida en caso de emergencia, o el caso de la instalación de una prótesis parcial o removible anterior luego de un mes del plazo establecido, cuya ausencia provoca una enorme incomodidad emocional al paciente, e

incluso ser el inicio de una depresión al haber estado indispuesto emocionalmente para continuar sus actividades diarias.

En el ámbito de la responsabilidad civil médico del galeno, la culpa será el factor de atribución preponderante, pues cumple un rol desincentivador de conductas negligentes y como incentivo para promover estándares de calidad en los servicios médicos. En otras palabras, es la forma como la sociedad desapueba conductas negligentes de los profesionales médicos, y que puede tener su correlato en el ámbito administrativo, en casos muy graves en el fuero penal. De ahí, que los seguros médicos directos, sea del galeno o el paciente, no sustituyan a la responsabilidad civil de este rol de desaprobación social, sobre todo ante la ausencia de procedimientos disciplinarios eficientes.

La responsabilidad civil por daños médicos parte de ordinario de un presupuesto contractual. En este ámbito el médico que causa un daño médico con la intención de hacerlo (dolo) o por negligencia responde por los perjuicios ocasionados. Sin embargo, el propio centro médico debe responder en estos casos en razón a que realiza una actividad riesgosa de cuyos daños es responsable, piénsese en las víctimas de infecciones intrahospitalarias por no haber implementado las medidas de bioseguridad adecuadas. También están los casos de los daños ocasionados por los incapaces a cargo de un centro médico quien no tomo las medidas pertinentes para evitar los mismos. Empero, el supuesto más común aplicado a la responsabilidad por daños médicos es el de la solidaridad en el pago de la indemnización por daños médicos entre el profesional médico y el centro médico en base al apotema de la responsabilidad del principal por los actos del dependiente. Recordemos que en el caso de una responsabilidad por daños médicos por incumplimiento de un contrato, el factor de imputación suele ser también la culpa, negligencia y ocasionalmente el dolo.

### **1.1.2.11. La Responsabilidad civil objetiva de los centros de asistencia Médica.**

El problema del fundamento de la responsabilidad civil sólo se replantea al final del siglo XIX, porque hasta 1890 no existía discusión real en punto a que no exista responsabilidad sin culpa. El autor citado otorga una importancia especial a la primera ley francesa de accidentes de trabajo, cuya fecha es de 9 de abril de 1898, producto seguramente de las incipientes luchas sindicales a consecuencia del incremento de los accidentes en la industria y en la minería y de la elemental idea de justicia que su producción suscitaba. La lógica de esta ley era que el empresario es responsable de pleno derecho, independientemente de toda culpa por su parte, de los accidentes acaecidos con motivo del trabajo a sus obreros y empleados. La víctima sólo tiene que probar el accidente. Únicamente pierde sus derechos, cuando el accidente es resultado de su culpa intencional; cuando exista culpa inexcusable, simplemente se reduce la indemnización debida en la forma de una pensión; por el contrario, cuando el accidente se debe a la culpa inexcusable del patrono, o de quienes lo sustituyan en la dirección, se podía aumentar la indemnización.

La doctrina del riesgo se formula estableciendo que toda actividad que crea para los demás un riesgo especial, hace al autor de tal actividad responsable del daño que dentro de ese marco de riesgo se puede causar, sin que haya que buscar si ha existido o no culpa por su parte. Se justifica con una elemental idea de justicia: si con su actividad una persona se procura un beneficio es justo que repare los daños que causa.

Empero hubo un periodo de transito previo al reconocimiento de la responsabilidad civil objetiva, plasmada en el concepto de la culpa objetivamente entendida y que, no era otra cosa, que la causa adecuada del evento lesivo. Esta postura, explica las denominadas presunciones de culpa, que por sí mismas no tendrían justificación si se refirieran a un estado subjetivo o psicológico del agente. En cambio, producido un evento vinculado con una determinada actividad, resulta coherente y razonable imputar dicho evento a la falta de adopción de una medida de protección y seguridad; resulta razonable, pensar que el modelo teórico

de comportamiento no ha sido respetado. Las presunciones de culpa, así, son en suma presunciones de causalidad, porque en estos casos, se presume que el llamado responsable ha causado el hecho.

Así, la responsabilidad por riesgo se asocia históricamente a los accidentes de trabajo o de actividades empresariales que entrañan riesgos a terceros, propios de la actividad económica o industrial, que de suyo son perfectamente lícitas. Tales daños, cuando son inevitables, es decir consecuencias de aquellas actividades permitidas aunque riesgosas que no pueden ser eliminadas por más que se observe la debida diligencia (por ejemplo tráfico de carretera, ferrocarril o aéreo, actividades mineras, industriales, etc), no pueden incluirse en la categoría de antijuridicidad, son el riesgo permitido de una actividad permitida.

Las condiciones necesarias para que la responsabilidad objetiva sea un instrumento necesario para minimizar el costo social de los accidentes son tres: a) la tecnología para la prevención más eficiente recaee de manera significativa en el agente, que quiere decir que una de las partes (el dañador potencial) está en mejor condición o capacidad tecnológica para reducir la ocurrencia o la gravedad de los accidentes previstos, en el caso de las infecciones nosocomiales y eventos adversos en general es evidente que el centro asistencial potencialmente cuenta con la organización y recursos para prevenirlos o al menos minimizarlos; b) el resarcimiento de la víctima tiene que ser “perfecto” esto es que la indemnización sea idónea para permitir disuadir conductas dañosas; c) debe ser claro, ex ante, quienes son el dañador y la víctima potenciales, evidentemente si sólo una de las partes puede adoptar las prevenciones, es necesario saber cuál es como sería el caso del empleador en trabajos de alto riesgo

La responsabilidad civil del centro asistencial, está claro será de carácter contractual, en tanto que a la responsabilidad civil del auxiliar o tercero del que se vale para ejecutar la prestación médica, será una responsabilidad contractual accesoria, pues ha entrado en contacto con el paciente en virtud de un contrato que lo hace parte de la organización hospitalaria, aunque con responsabilidades diferenciadas. De esta manera, se podrá acumular en un solo juicio las pretensiones contra ambos demandados y

obligados solidariamente por la totalidad del resarcimiento solicitado. La responsabilidad del principal por los daños que ocasiona el dependiente alcanza los actos realizados en ejercicio de la función encomendada, aun cuando ella fuera ejercida de manera irregular o abusivamente, esto es responde civilmente el hospital tanto en el caso de un error en la sala quirúrgicas como por la violación sexual de una paciente por parte de uno de sus empleados, este último supuesto es lo que la doctrina denomina un daño con ocasión de sus funciones. En ese sentido, se prescinde de la naturaleza lícita o ilícita de los actos de los dependientes, sean en ejercicio o con ocasión de sus funciones, se hace responder al centro asistencial en forma solidaria con el médico causante del daño.

#### **1.1.2.12. La responsabilidad civil de los profesionales médicos y la responsabilidad indirecta o por hecho ajena.**

La idea de una verdadera responsabilidad por hecho ajeno es una idea antiquísima. En efecto, armoniza con una organización muy sólida de las agrupaciones sociales. El grupo, el clan, la tribu, la familia, por absorber la individualidad de sus miembros, resultaba en su generalidad, al menos por los delitos penales cometidos por uno de ellos, responsable solidario de las obligaciones patrimoniales derivadas del mismo. Así, el orden que liga a los hombres en sociedad obliga, no sólo a no perjudicar a otro con nuestras acciones, sino también a vigilar sobre las personas que dependen de nosotros; a ser cautos en la elección de aquellos de quienes queremos servirnos, a fin de que no lleguen a ser causa de daño a los demás. Nadie dudo nunca de esta verdad, porque no es difícil comprender que la falta de vigilancia o mala elección son verdaderas culpas y constituyen otras tantas omisiones en el cumplimiento de nuestros deberes; de modo que, si bien la responsabilidad que de ello se desprende se llama, en el lenguaje jurídico aceptado responsabilidad de hecho no propio, igualmente es, según el rigor de los principios una verdadera responsabilidad del hecho propio por culpa in eligendo, o por culpa in vigilando como bien sostenía Giorgi, a inicios del siglo XX.

Dependiente es quien ha sido puesto por otro, para la ejecución de un acto, bajo las órdenes e instrucciones de la persona por cuya cuenta obra

aqué. En ese sentido, la responsabilidad no sólo deriva de actos o hechos propios, sino también se da en los hechos dañosos causados por personas que están bajo su dependencia, también ha sido entendida como una responsabilidad indirecta objetiva por garantía, pero obviando el argumento según el cual el principal responde por elegir mal o por no vigilar cuando debería hacerlo. Así los seguidores de la teoría del riesgo manifiestan que la responsabilidad civil por el dependiente no surge de la culpa sino por el beneficio que obtiene el principal con la actividad del dependiente (riesgo-provecho), o simplemente por haber introducido en la sociedad la posibilidad que el dependiente cause un daño (riesgo-creado). Por otra parte, la tesis de la garantía postula que el daño causado por el dependiente, obliga por su resarcimiento al principal por ser el dueño de la organización empresarial y ser un deber de garantía impuesto por la ley, y que no admite excusa. Sea a través de la visión de la teoría subjetiva o las teorías objetivas, en el fondo es una responsabilidad propia del principal, especialmente porque la organización de la actividad está a su cargo y los fallos en su funcionamiento le son imputables, más allá, de la acción de repetición que tenga contra su dependiente.

En los servicios sanitarios, el hospital, clínica u obra social o de caridad, asume la responsabilidad por los daños médicos que puedan generar sus dependientes, esto es los médicos, auxiliares y técnicos de los que se vale para ejecutar la prestación asociada a la atención de la salud de los pacientes, lo que se deriva primigeniamente del artículo 1325 del Código Civil. La responsabilidad civil de los profesionales médicos podemos aseverar se deriva del incumplimiento de deberes funcionales de su profesión, lo que ocasiona a la postre el daño en el paciente por ejemplo el incumplimiento normas de bioseguridad al reutilizar materiales descartables o sin esterilizarlos adecuadamente lo que se puedan reutilizar. Empero debemos reconocer que este profesional liberal, en muchas ocasiones está subordinado a una empresa médica centro médico.

Recordemos que el dependiente médico cuenta con dos condiciones mínimas que lo caracterizan: a) la subordinación, respecto a la centro hospitalario que le da instrucciones para la realización de las tareas de

atención a los pacientes dentro de determinados estándares de calidad, b) la designación de la persona para cierta área médica o acto médico, hecho que puede estar expresada de manera formal, mediante un documento, o de manera tácita cuando es médico que se encuentra en el área o el consultorio. Los requisitos para que juegue la responsabilidad por el dependiente son: a) que el hecho ilícito sea imputable al dependiente; b) que exista una relación de dependencia entre el principal y el sujeto que ha cometido el hecho dañoso; c) que haya actuado el dependiente en el desempeño o con ocasión de sus funciones encomendadas existiendo una relación entre la función conferida por el principal y el daño causado por su subordinado.

El médico es considerado actualmente como un prestador de servicios y por ende en caso se configurara un incumplimiento en seguridad del paciente, el usuario tiene como derecho exigir indemnización por daños médicos. Elementos constitutivos de la responsabilidad médica lo constituyen: a) la obligación preexistente del médico, b) la falta médica, c) daño ocasionado, d) determinismo causal entre el acto médico y el daño ocasionado, e) imputabilidad. Se consideran formas de culpa médica: a) la impericia o falta total parcial de pericia, entendiéndose a esta como la sabiduría, conocimientos técnicos, experiencia y habilidad en el ejercicio de la medicina; lo que puede llevar a errores de diagnóstico o el tratamiento; b) imprudencia, o ligereza en el acto médico, sin observar las precauciones del caso; c) negligencia, sinónimo de descuido y omisión de un deber médico, este el caso del olvido de retirar instrumentos o gases en intervenciones quirúrgicas, la alergia medicamentosa por negligencia o el abandono del paciente, teniendo la obligación de atenderlo o la omisión de información veraz sobre los riesgos del tratamiento médico al paciente.

#### **1.1.2.13. El consentimiento libre e informado como derecho del paciente.**

El derecho al consentimiento libre e informado es uno de los derechos del paciente más importante, y sin embargo, jurisprudencialmente es el más vulnerado, las razones iniciales fueron: a) el paternalismo médico; según el cual los médicos consideraban que un paciente era incompetente si rechazaba un tratamiento que para ellos era eficaz; b) esta circunstancia hace que se

obvie su consentimiento o se llegue al mismo con engaños o información parcial.

Algunos casos emblemáticos son el caso de *Mohr Vs. Williams* en este caso se condenó al médico por agresión, al no haber obtenido previamente el consentimiento del paciente para intervenirla. Según los hechos, la paciente Ana Mohr otorgó el consentimiento sólo para ser operada de su oído derecho, y sin embargo el médico lo opero el izquierdo, argumentando que era el que más necesitaba ser operado, empero la operación fue un fracaso, y esta fue la causa del reclamo de la paciente. En este caso el Tribunal norteamericano manifestó que el principal derecho de un ciudadano es el derecho sobre sí mismo; y este derecho prohíbe necesariamente a los médicos, violar sin autorización la integridad corporal de sus pacientes sin su consentimiento. Otro caso celebre, *Rolater vs. Strain* en el cual una paciente había dado su consentimiento para que se le practique una operación con la finalidad de que le drenaran una infección de un pie. Pero, también había indicado al médico que no le quitara ningún hueso. A pesar de la disposición expresa que dio la paciente, el médico le quitó el hueso de un dedo. El tribunal sostuvo que la operación no se efectuó en los términos del consentimiento otorgado, pero principalmente afirmó, que el consentimiento otorgado, pero principalmente afirmó, que el consentimiento otorgado por el paciente es el que prima y es el que está por encima del criterio profesional. Más recientemente, en el caso *Salgo vs. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees* en el cual Martin Salgo sufrió parálisis permanente como consecuencia de una ortografía translumbar. Denunció a su médico por haberle prevenido del riesgo de parálisis, ante lo cual el Tribunal señaló que debió haberse informado exhaustivamente al paciente sobre todos los riesgos, alternativas y pronósticos que su intervención ofrece.

Los tribunales norteamericanos han consagrado el principio de la completa autodeterminación de las personas. Por consiguiente, cada ser humano es el dueño de su cuerpo y puede prohibir expresamente la realización de operaciones quirúrgicas o cualquier otro tratamiento que pueda comprometer su integridad física.

De ahí, que en el caso *Cobbs vs. Grant* cuando la defensa alegó que los problemas surgidos eran una cadena de sucesos pocos probables e inherentes

a la operación. El tribunal si bien aceptó en parte ese argumento, señaló que el médico se los debía haber revelado al paciente, ya que a una persona razonable le podrían haber hecho cambiar de opinión. Una vez más se estableció que debe entregarse información suficiente al paciente para que este como persona razonable tomara una decisión.

Debe tenerse en cuenta un reciente estudio titulado la realidad del consentimiento informado en la práctica médica peruana (Revilla-F., 2007) revela que intrínsecamente, los médicos aún no asimilan que la relación que deben alimentar con el paciente sea horizontal, igualitaria, sustentada en la mutua consideración, respeto a los derechos del paciente y a su estado de persona. Y los médicos investigadores añaden: *“aún somos reacios al cambio. No somos plenamente conscientes de los beneficios que obtendremos con la mejora de la calidad de atención (una atención más humana) y una adecuada ejecución del proceso del consentimiento informado. Ya no necesitaríamos defendernos de los procesos judiciales porque no habría nada oscuro, todo sería transparente. Y esto viene arraigado en nuestra formación y en nuestra idealización de la medicina.”* Y rematan diciendo: *“Extrínsecamente, el sistema educacional universitario aún no está debidamente provisto para la adecuada enseñanza de la ética médica. Si bien muchas universidades imparten cursos de deontología médica, éste sólo refiere a una vertiente de comportamiento ético muy apegado al antiguo paternalismo. Deberían inculcar la importancia del respeto a las personas, a la autonomía individual, a la justicia y construir, peldaño tras peldaño, el camino de la realización de un adecuado y verdadero consentimiento informado. En conclusión, la educación universitaria debería enriquecernos no sólo de conocimientos científicos, sino de conocimientos humanitarios, buscando entrenar a los futuros médicos en las habilidades necesarias para entablar una buena comunicación con los pacientes y crear una relación empática basada en el diálogo. (...) El proceso de consentimiento informado debe ser genuinamente implementado por deber, en defensa de la justicia (el paciente tiene derecho a saber una verdad que le pertenece) y de la autonomía de cada paciente, que son la razón de nuestro servicio. No permitamos que nosotros seamos supremos al paciente. Eso es ir contra la vocación de servicio que es, en verdad, la medicina.”*.p. 223-228

#### **1.1.2.14. Los deberes de los profesionales médicos.**

Es verdad que el médico no tiene el deber de sanar o curar al paciente. Empero, también es verdad que no tiene el derecho de lesionar, incapacitar, descerebrar o matar al enfermo, dice Mosset Iturraspe (1985). En ese sentido, los profesionales médicos deben en su actuar respetar el estándar de atención médica, lo que implica una adecuada prescripción de medicación, diligentes diagnósticos, pertinentes operaciones quirúrgicas y la implementación de normas de bioseguridad estándar. En los profesionales médicos además se deberá considerar su especialización, siendo una infracción flagrante y grave del deber de cuidado la práctica de tratamientos médicos por parte de médicos sin la especialidad correspondiente obtenida. Asimismo, al especialista le corresponde, una mayor expectativa de resultados positivos- una mayor y más completa información, detallada, precisa, transparente y oportuna. El servicio médico debe prestarse en el tiempo debido. El retraso profesional médico puede traer consecuencias nefastas en la salud del paciente.

La buena fe del profesional médico se refleja al momento de obtener el consentimiento del paciente o su familia para realizar un tratamiento médico, teniendo en cuenta la asimetría de información que implícitamente existe entre el médico y el paciente/familia. Así por ejemplo al momento de solicitar el consentimiento deberá informarles a los interesados no sólo el diagnóstico y necesidad de la operación sino de los riesgos de la misma y la experiencia del personal médico en estas intervenciones. Recordemos que en general se configurara responsabilidad del profesional médico cuando se niega a prestar el servicio médico injustificadamente o lo realiza defectuosa, parcial o tardíamente.

#### **1.1.2.15. Presupuesto de la responsabilidad del profesional médico.**

El primer presupuesto de esta responsabilidad es la acción, conducta u obrar, activo u omisivo, del profesional médico que ocasiona un daño intolerable asociado a la prestación de un servicio a la salud. Se advierte que el consentimiento del paciente para realizar un tratamiento médico no exonera al médico de actuar diligentemente ni de observar las normas de bioseguridad adecuadas al caso en particular. En ese orden de ideas, los contratos de

servicios médicos no pueden contener cláusulas exonerativas de responsabilidad por ejemplo aquellas que califiquen un determinado hecho como caso fortuito cuando evidentemente es prevenible con la diligencia ordinaria como serían las infecciones intrahospitalarias o se busque convalidar una cláusula predispuesta que transforma el actuar propio como ajeno para liberarse de responsabilidad. Consideramos nulas las cláusulas que limitan el monto de indemnizaciones en casos de daños a la salud puesto que el establecimiento de la salud de una persona es una operación que en abstracto no se puede realizar sino que se debe merituar según la gravedad de cada caso.

#### **1.1.2.16. La Responsabilidad Civil Médica en el Perú.**

Los daños médicos pueden derivar de una negligencia médica, deficiencias de infraestructura sanitaria, deficiencias en administración hospitalaria e incluso de errores o accidentes médicos, y del grado de siniestralidad propio de esta actividad, dan como resultado que estos riesgos solamente se puedan controlar con la medidas de prevención, procedimientos disciplinarios y vigilancia de tasas referidas a eventos adversos, iatrogenia negativa o quejas de casos de negligencia médica, en el ámbito de los programas de seguridad del paciente y calidad de servicios de los hospitales. De ahí, que la responsabilidad civil médica, puede clasificarse en dos grandes tendencias, la responsabilidad civil subjetiva, que se basa en la culpa o el incumplimiento negligente de guías o protocolos médicos, útil para determinar responsabilidades en los médicos, y la otra gran corriente, la responsabilidad objetiva médica, aplicable a las organizaciones hospitalarias, en casos de infecciones intrahospitalarias, transfusiones y experimentos médicos. Ciertamente, el futuro de la reparación de daños médicos no es patrimonio exclusivo de la responsabilidad civil, sino un ámbito compartido con los seguros de responsabilidad civil, seguro del paciente, seguro del médico, los fondos colectivos de reparación de daños médicos y en última instancia la seguridad social como se puede observar en los países Europeos. En el Perú, en estricto prima la responsabilidad civil médica subjetiva, y en menor grado la responsabilidad civil médica objetiva, pero subordinada a la primera como se observa en la Ley General de Salud y nuestro Código Civil.

La regla general en la responsabilidad civil, es la imputación subjetiva, en virtud a la cual se reprocha una conducta considerada negativa, siendo la responsabilidad objetiva, prevista solamente para casos en los cuales por solidaridad social la sociedad estima que al haber en conjunto permitido un riesgo, por los beneficios que le genera, cuando acaece un daño por esta actividad económica, le otorga al afectado el beneficio de sólo probar el nexo causal, y no la culpa o el dolo para hacer responder al agente. Empero, en el fondo en el caso de la responsabilidad civil médica objetiva, se oculta una presunción tacita de culpa como su origen como lo deduce LORENZETI, al clasificar los supuestos más comunes de estas en Argentina: a) el riesgo o vicio de la cosa, b) la promesa de resultado; c) los productos defectuosos; d) la actuación de grupos de riesgo; y d) la responsabilidad por los desechos hospitalarios peligrosos.

#### **1.1.2.16.5. La Responsabilidad Médica en la Legislación Peruana**

Dentro del espíritu del individualismo napoleónico, el Código de 1852 limita la responsabilidad exclusivamente a los daños causados por dolo o culpa, véase sino su artículo 2210, que prescribe: “el que sin culpa alguna causa un daño, no está obligado a la reparación”. La concepción de este código es que todo daño tiene un agente provocador, una mano escondida que arrojó la piedra; siempre hay un delincuente oculto tras la cortina de los hechos, de ahí que se hable de cuasi delitos todavía. Sin embargo, desde fines del siglo XIX comienza a observarse casos en los que la teoría de la culpa resultaba incomoda y, a pesar de su aparente moralidad y justicia, producía efectos inequitativos. Por ejemplo, ¿Cómo exigir que los parientes de las víctimas de un accidente de ferroviario o naviero prueben la culpa del conductor o el capitán respectivamente?

Para aliviar esta situación, sostiene DE TRAZEGNIES (2006), se crearon las presunciones *iuris et de iure* de responsabilidad, que en el fondo es una forma intelectual de engañar a quienes quieren ser engañados. La ley dice que es así y no importa saber si fue así o no en la práctica porque la ley ha definido la situación incontrovertible. Así, agrega el citado autor, la presunción *iure et de iure* no es sino una forma vergonzante de salirse de la teoría de la culpa,

encubriéndose con doctos latines todo lo que se quiere decir es que el causante paga en forma irremediable, sea o no culpable moralmente. Esta presunción incuestionable no es sino una mascarada en la que la responsabilidad objetiva concurre al baile de disfrazada vergonzosamente de culpa.

El nuevo Código Civil de 1936, incorpora discretamente la responsabilidad objetiva a través del artículo 1136: “cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo.” En realidad, éste era exactamente el mismo tenor del artículo 2191 del Código Civil de 1852, por lo que no había ningún cambio en principio. Sin embargo, el Código de 1936, ya no incluye el artículo 2210 del Código Civil anterior que dice: “El que sin culpa alguna causa daño, no está obligado a la reparación.” En esta forma, habiéndose suprimido esa concordancia, los juristas de los años cuarenta interpretan que el artículo 1136 del nuevo Código contiene tres supuestos independientes; el descuido, la imprudencia, pero también los simples hechos. Pese a esta tímida aceptación del Código, la jurisprudencia asumió en su mayor parte una posición objetivista, ordenando frecuentemente el pago de una indemnización cuando el accidente se había producido en circunstancias riesgosas socialmente aceptadas. Si la sociedad toda se beneficia de un riesgo creado, luego la sociedad debe ver la manera de difuminar el daño en la sociedad y hacerse cargo del mismo, en salvaguarda de los individuos afectados.

La regulación sobre responsabilidad civil por daños médicos es una institución recién contemplada en el siglo XX, con el Código Civil de 1936, en su artículo 1168º, inciso 4, según el cual a los tres años, prescribía la acción contra médicos, cirujanos, dentistas y boticarios. Posteriormente, el Código de Sanidad de 1969, Decreto Ley 17505, estableció que la salud es el principal componente del bienestar y constituye elemento indispensable en el desarrollo de los hombres y el progreso de los pueblos. El Código en su artículo IX del Título Preliminar estableció que todo acto u omisión intencional que altere o amenace el estado de la salud constituye delito y añadió, en su artículo 17º, que con la concepción nace el derecho a la vida y a la salud. Ello significaría

que estaban sancionados los casos de negligencia médica en perjuicio del feto o el que está por nacer.

El Código Civil de 1936 la tendencia para responsabiliza a los profesionales, incluyendo los médicos, bajo el factores subjetivos (el dolo o culpa inexcusable). La idea es justamente reprochar al galeno su falta de diligencia y desincentivar estas conductas reñidas con la profesionalidad de la medicina y en resguardo del derecho fundamental a la vida y la salud. Empero, aún no se reconocía responsabilidad en los nosocomios como organizaciones creadoras de riesgos. Sin embargo, se resalta la extensión del plazo de tres años para casos de negligencia médica por un plazo de diez años al considerarse que la relación contractual entre el paciente-médico-clínica se inicia con la atención médica, este es el reconocimiento de la responsabilidad contractual de los daños médicos, impuesto por ley, y se descarta ya, de plano la relación extracontractual cuyo plazo era sólo de dos años.

El Código Civil de 1984, con la presunción de culpa consagrada en su artículo 1669, en su origen, fue saludado por la *opinio iuris* nacional, pues compartía la actitud objetivista de la jurisprudencia peruana, al exigir que el demandado, presunto agente, pruebe la ausencia de culpa, esto es su comportamiento diligente. Chabas afirma que esta presunción general, muy favorable a los perjudicados, resulta demasiado severa para los autores simplemente materiales de daños a los que se aplica, lo cual no compartimos.

Por otra parte, el Código de 1984, ya no contempla como su antecesor de manera expresa la responsabilidad por daños médicos, sin embargo, contemplaban normas generales aplicables a la responsabilidad civil por negligencia médica tales como:

**a)** El artículo 1325º del Código Civil establece que el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de estos, salvo pacto en contrario. De esta forma, las clínicas, obras sociales benéficas y hospitales cuando se valen de médicos para ejecutar sus prestaciones asumen responsabilidad solidaria por los daños que estos pueden causar con ocasión de la atención médica.

b) El Artículo 1762° del código civil establece que si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable. La medicina es un ámbito donde no cabe culpas leves o pequeñas, pues están en juego bienes jurídicos supremos, como la integridad física, la salud y la propia vida, por lo que este artículo sólo es aplicable a casos de tratamientos experimentales o experimentos médicos, más no a la práctica común médica. En otras palabras, si la prestación profesional es aquella de las que pueden calificarse de normales en el ejercicio de la actividad profesional, inevitablemente el profesional se haya sometido a las reglas generales..... Al respecto, Planiol y Ripert, manifiestan que la diligencia exigible a los sujetos en materia contractual no tiene por qué ser menor que la exigible en materia extracontractual y si bien aquélla puede ser variable en atención a la naturaleza de las relaciones, la condición de las personas u otras causas, ello se da por igual en sede contractual como extracontractual.

Según la Ley General de Salud, Ley N° 26842, aborda de manera frontal el tema en su artículo 48° según el cual *“el establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia. Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que se ofrece”*.

La norma se basa específicamente en el primer supuesto se basa en la responsabilidad civil subjetiva y condiciona la solidaridad del establecimiento médico a que exista culpa de parte del personal médico. Empero, en el segundo supuesto se refiere a los daños y perjuicios que se ocasiona al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, esto es infraestructura adecuada, material idóneo y

equipo médico en general óptimo, para el tratamiento del paciente. Aquí la responsabilidad es directamente del centro asistencial, quedando exonerado el galeno de responsabilidad. Lamentablemente, no se contemplan de manera expresa supuestos de responsabilidad de la organización hospitalaria, tales como protocolos médicos desactualizados, ausencia de normas de bioseguridad o supervisión del cumplimiento de las normas técnicas médicas referidas a la seguridad del paciente, sin embargo, vía interpretación del segundo párrafo se puede alcanzar dichos eventos adversos. Una de las discusiones más relevantes en la responsabilidad médica es sobre la naturaleza de la prestación médica, esto si es una obligación de resultados o medios. Al respecto, la Comisión de Protección al Consumidor manifestó: *“debe recordarse (...) la prestación de aquellos servicios médicos que involucran una obligación de medios con aquellos que involucran una obligación de resultados. Así, la expectativa que tenga el consumidor del servicio brindado, dependerá fundamentalmente del tipo de obligación al que se encuentra sujeto el profesional médico, aplicándose esta de la siguiente forma:*

- *Servicio médico sujeto a una obligación de medios: En este caso, un consumidor razonable tendrá la expectativa que durante su prestación no se le asegurará un resultado, pues este no resulta previsible; sin embargo, sí esperará que el servicio sea brindado con la diligencia debida y con la mayor dedicación, utilizando todos los medios requeridos para garantizar el fin deseado.*

- *Servicio médico sujeto a una obligación de resultados: En este caso, un consumidor razonable espera que al solicitar dichos servicios se le asegure un resultado, el cual no solamente es previsible, sino que constituye el fin práctico por el cual se han contratado dichos servicios. Es así que un consumidor razonable considerará cumplida la obligación, cuando se haya logrado el resultado prometido por el médico o la persona encargada. En este supuesto, el parámetro de la debida diligencia es irrelevante a efectos de la atribución o no de la responsabilidad objetiva del proveedor, pero será tenido en cuenta para graduar la sanción.”*

Existirá en consecuencias casos en los cuales los profesionales médicos se comprometen a realizar una determinada prestación cumpliendo los protocolos y normas técnicas de la medicina sin garantizar el resultado final. Situación distinta aquella en la que el cirujano se compromete a lograr una cara similar a una artista o una silueta esbelta que cubran las expectativas del paciente, en la cual, su actuación está dirigida a un resultado y la diligencia del cirujano deberá ser acorde con lo prometido.

### **1.1.2.17. PROTOCOLOS MEDICOS.**

#### **1.1 DEFINICIONES.**

Los protocolos médicos son documentos que describen la secuencia del proceso de atención de un paciente en relación a una enfermedad o estado de salud. Son el producto de una validación técnica que puede realizarse por consenso o por juicio de expertos.

En otras palabras los protocolos describen el proceso en la atención de una enfermedad para mejorar la rapidez en el diagnóstico, efectivizar el tratamiento, y hacer menos costoso el proceso de atención, tanto para el paciente como para la entidad prestadora de salud.

Estos documentos son de utilidad para mejorar los procesos de atención, se encuentran agrupados en el documento de gestión sanitaria denominado: "Manual de Procedimientos para el Diagnóstico y Tratamiento.

## 1.2 PARTES DE UN PROTOCOLO:

EL TITULO	DIAGNOSTICO DIFERENCIAL
LA DEFINICION	TRATAMIENTO
ETIOPATOLOGIA	TRATAMIENTO ALTERNATIVO
NIVEL DE ATENCION	CRITERIOS DE HOSPITALIZACION
LOS FACTORES DE RIESGO Y DE PREDISPOSICION	CRITERIOS DE REFERENCIA
CLASIFICACION DE LA ENFERMEDAD	CRITERIOS DE ALTA
CRITERIOS DE DIAGNOSTICO	ANEXOS

## 1.3 DESCRIPCION DE LAS PARTES DE LOS PROTOCOLOS:

**EL TITULO:** Es el nombre de la enfermedad, síndrome, o estado de salud. Ejm: Diabetes Mellitus tipo II (enfermedad), Hipoglicemia (síndrome), Embarazo de Bajo Riesgo (estado de salud).

**LA DEFINICION:** Se define la patología o estado de salud en forma resumida que sea fácilmente entendible.

**ETIOPATOGENIA:** Se describen la causa principal o las causas posibles y la forma como estas causas desarrollan la enfermedad. Ejem: el virus de la inmunodeficiencia humana (VHI) es el causante del SIDA, pertenece al grupo de los retrovirus, se contrae por contacto con los fluidos corporales (sangre y semen fundamentalmente) de un paciente enfermo, y ataca a las células del sistema inmológico (linfocitos T4 fundamentalmente)

**NIVEL DE ATENCION:** Se refiere al nivel de atención en los cuales esta enfermedad o estado de salud debe ser atendida. Los niveles de atención se pueden diferenciar según el sistema de salud de cada país, por ejemplo: en "Perú" hay 4 niveles de atención:

- En el primer nivel están los pequeños establecimientos de salud: las postas médicas y los centros de salud pequeños. Se dedican a hacer atención primaria de salud fundamentalmente.

- En el segundo nivel, están los centros de salud grandes, y los hospitales pequeños. Se resuelven fundamentalmente las patologías más comunes de las 4 especialidades básicas: cirugía general, ginecología y obstetricia, medicina interna, y pediatría.
- En el tercer nivel están los hospitales generales, que resuelven la mayoría de patologías comunes.
- En el cuarto nivel, están los institutos altamente especializados.

Ejemplo: un parto de bajo riesgo puede atenderse en el primer, segundo, y tercer nivel; de preferencia debería hacerse en el primer nivel y segundo nivel para no saturar otros niveles de atención. El cáncer de próstata que necesita de radioterapia y quimioterapia, necesita ser tratado en el cuarto nivel por ser de manejo especializado para un Instituto.

**LOS FACTORES DE RIESGO Y DE PREDISPOSICION:** Son los factores que el paciente puede tener para desarrollar la enfermedad. Ejm: el tabaco es factor predisponente para hacer cáncer de pulmón; el alcohol y los antecedentes de hepatitis B son factores para el desarrollo de cáncer de hígado; la obesidad es factor de riesgo para la artrosis de rodilla; la piel clara y la exposición al sol son factores de riesgo para el melanoma, etc.

**CLASIFICACION DE LA ENFERMEDAD:** Es la forma de clasificar a la enfermedad. Ejm: en la Diabetes tipo II, puede haber complicaciones crónicas: neuropatía diabética, nefropatía diabética, retinopatía diabética, pie diabético; y complicaciones agudas: estado hiperosmolar, cetoacidosis, hipoglicemia. La Brucelosis, puede ser aguda, subaguda y crónica. La Sífilis puede clasificarse en primaria, secundaria y terciaria.

**CRITERIOS DE DIAGNOSTICO:** Se describen los diversos criterios que se necesitan para el diagnóstico de la enfermedad. Por ejemplo, para diagnosticar un caso de Hipertensión Arterial, se tiene que medir la presión en reposo y en tres oportunidades diferentes, y demostrar que esas presiones están elevadas.

**DIAGNOSTICO DIFERENCIAL:** Se describen resumidamente las enfermedades que se parecen al cuadro patológico principal, para que nuestro

diagnóstico no sea errado. Ejemplo la forma pulmonar de la Histoplasmosis, hay que diferenciarlo de la Tuberculosis Pulmonar.

**TRATAMIENTO:** Se describen las diversas medidas de tratamiento

**TRATAMIENTO ESPECÍFICO:** El que actúa directamente sobre la enfermedad. Ejm. antiretrovirales para el SIDA, antibióticos para fiebre tifoidea.

**TRATAMIENTO COADYUDANTE:** Comprenden los aspectos psicológicos, la rehabilitación (masoterapia), o cualquier otra medida asociada al tratamiento específico.

**TRATAMIENTO ALTERNATIVO:** Aunque hay confusión en esto, pero hay algunas enfermedades que responden a otros tipos de tratamiento. Ejm: acupuntura, homeopatía, medicina herbolaria; y que como alternativa pudiera plantearse, hasta que la medicina occidental lo haga conocimiento científico.

**CRITERIOS DE HOSPITALIZACION:** Aquí se describen los criterios de hospitalización de acuerdo al tipo de enfermedad.

**Ejemplo:**

La Leishmaniasis resistente necesita ser hospitalizada para recibir el tratamiento con anfotericina

El Estatus Asmático (que no responde al tratamiento convencional) necesita hospitalizar.

Un Embarazo de Alto Riesgo con Pre-eclampsia Severa necesita ser hospitalizado.

**CRITERIOS DE REFERENCIA:**

Son los criterios que se toman en cuenta cuando un paciente debe ser referido a un establecimiento de mayor nivel, por la complejidad de su tratamiento.

Ejm: un niño recién nacido con una probable Enfermedad de Membrana Hialina, deberá ser referido a un hospital con un servicio de natología.

## CRITERIOS DE ALTA:

Son los diversos criterios que se tienen en cuenta para dar de alta a un paciente. Ejm: un operado de apendicetomía no complicada puede irse a su domicilio al tercer día, siempre que se haya demostrado que no tiene fiebre, que la herida tenga buena evolución, que el paciente tenga buenos ruidos hidroaereos, y que tolere la alimentación.

**ANEXOS:** En los anexos de un protocolo pueden ir fluxogramas (algoritmos), tablas, dosis de medicamentos, etc.

**Ejm:**

### FLUXOGRAMA DE LA OBESIDAD

/

Paciente con aumento de peso

/

Historia Clínica

/

No enfermedades asociadas

/

Enfermedades asociadas\*

/

/

/

Tramamiento de enfermedad asociada

/

/

Tratamiento dietético hipocalorico y de ejercicio físico

/

No hay buena respuesta: Uso de Orlistat y sibutramina

/

Obesidad mórbida sin respuesta a tratamiento médico: Cirugía de la obesidad

## **1.4 OTRAS CONSIDERACIONES:**

Se recomienda que todo establecimiento tenga protocolos médicos, son documentos de gestión que tienen valor legal.

Los protocolos se hacen de las principales enfermedades.

Los protocolos deben tender lenguaje claro, sencillo, y completo.

Deben ser de conocimiento obligatorio de todos los médicos tratantes, según su especialidad.

### **1.1.2.18. MALPRAXIS MÉDICA.**

#### **1.1. RELACIÓN MÉDICO PACIENTE.**

La relación entre médico y paciente no ha sido la misma a través de los tiempos. En efecto, históricamente, desde el inicio de los tiempos y desde los cuales se tiene registro, se concibió al médico o tratante como una suerte de Dios sobre la tierra, quien era incapaz de cometer algún error. Así, cuando la sanación del enfermo no era alcanzada, se asumía que se trataba de un desenlace inevitable

Esta concepción mesiánica ha variado recién a mediados del siglo XX, especialmente a raíz de la finalización de la segunda guerra mundial. Con la caída del régimen nazi en 1945 y con la incursión del ejército aliado en todos los reductos nazis, se dio a conocer al mundo las atrocidades cometidas durante la segunda guerra mundial en los diversos campos de concentración, en especial lo relacionado con los experimentos médicos efectuados a los seres humanos ahí recluidos. Estas noticias conmocionaron a la humanidad, al punto que se reconoce la existencia de una nueva generación de los derechos de las personas, los derechos humanos.

Cabe aclarar que estos experimentos fueron efectuados en su gran mayoría por médicos, los mismos que se despojaron su principio natural de asistencia de la actividad médica en beneficio de sus pacientes, para ingresar al campo del morbo, justificándolo con el ánimo de conocimiento científico, investigando

y registrando los tratamientos a fin que sus resultados sean accesibles a la comunidad médica.

Como consecuencia de ello muta la concepción de la relación médico-paciente, y se convierte en una de tipo despersonalizado, estableciéndose a esta relación como de tipo contractual, esto es, se genera un contrato de locación de servicios inmateriales entre las partes, regulado por nuestro Código Civil. Al efecto, se podría definir a esta relación como aquella en la que el locador (médico) se obliga sin estar subordinado al locatario (paciente) a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado a cambio de una retribución. Así planteadas las cosas se pasa de una fe ciega a una confianza relativa que hace vital la presencia de la información y el consentimiento, sin dejar de lado el conocimiento, experiencia, habilidad, destreza, etc. del médico contratado. La información se erige como el elemento que mitiga la desigualdad entre la posición del médico - paciente, y da la entrada al consentimiento, derivando en la figura del “consentimiento informado”.

## **1.2. DERECHOS DEL PACIENTE, LEX ARTIS Y EL ACTO MÉDICO.**

Nuestra constitución reconoce y tutela varios derechos que se encuentran íntimamente con la praxis médica, a saber: derecho a la vida, a la salud, a la integridad física, psíquica y moral y derecho a la calidad de vida. Sobre la base de estos derechos, es obligación del Estado el garantizar a todos los habitantes un nivel de vida que asegure su acceso a servicios básicos de óptima calidad, acceso a la educación, a la salud, justicia oportuna, certera y sin dilaciones, entre otros. En cuanto al servicio de salud, los usuarios de dichos servicios, ya sean públicos o privados, son titulares de derechos.

Los derechos del paciente reconocidos en la Ley Orgánica de Salud, en concordancia con la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, son:

1. Derecho a una atención digna;
2. Derecho a no ser discriminado;
3. Derechos a la confidencialidad;
4. Derechos a la información; y,

## 5. Derecho de decisión.

Se conoce como LEX ARTIS (Ley del Arte) a aquel standard que determina la diligencia empleada.

Sobre la base de la diligencia empleada, uno de los presupuestos para que el proceder médico se adecue a la Lex Artis es el consentimiento. Éste está concebido como un derecho personalísimo del paciente, que debe ser prestado antes del acto médico y que puede ser revocado sin expresión de causa. De esa decisión parten dos obligaciones del médico: por un lado, la negativa (obligación de abstención) y del otro lado la positiva (llevar a cabo la prestación médica). El consentimiento se presta en la mayoría de casos en forma oral, aunque se tiende a documentarlo por escrito. Dadas las condiciones actuales de la relación médico-paciente, el consentimiento se presenta en un elemento esencial para generar la relación contractual antes referida.

Es importante tomar en consideración que, para la obtención del consentimiento analizado, es deber del galeno el informar, información que cubre sólo las consecuencias y riesgos razonablemente previsibles, más no los excepcionales.

La información sanitaria involucra no solamente los hechos previos a la intervención o tratamiento, sino también que el paciente esté siempre al tanto del estado de su salud. Ello incluye un informe de alta al finalizar su estancia en la institución o establecimiento médico. Se le debe informar al paciente sobre todo aquello que pueda influir en su decisión: medios a utilizarse, diagnóstico, pronóstico, otras posibilidades terapéuticas existentes y sus riesgos, e incluso si sería más conveniente recurrir a otro centro o institución médica. El contar con toda esta información posibilita al paciente el adoptar la decisión que considere más adecuada o asumir los riesgos implicados. Como puede apreciarse la información debe ser de tracto sucesivo o de ejecución continuada, dada su continuidad en el tiempo. Se entiende que debe ser el propio paciente quien, conscientemente, preste su consentimiento. Sin embargo, en caso este se halle inconsciente o esté en peligro su vida en caso de demora de la decisión, el médico podrá actuar sin consentimiento. En este caso estaríamos ante un Estado de Necesidad. Consideramos que la presencia

de este Estado de Necesidad no elimina de por sí el deber de informar, sino que más bien retrasa el momento en que éste debe ponerse en práctica al instante inmediato posterior a la intervención.

### **1.3. ACTO MÉDICO.**

Si iatrogénico se refiere al actuar del profesional médico conviene definir qué es Acto Médico. Primeramente debemos considerar a la palabra “acto” desde su concepción general, esto es: “la conducta humana guiada por la voluntad”. Según el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, se define como: “Acto Médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de su profesión, han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de sus pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico”.

El Acto Médico es un acto complejo que implica no sólo conocimiento científico sino saber el fin que se quiere lograr y las posibles consecuencias de una determinada acción diagnóstica y terapéutica. Cuatro características principales distinguen al Acto Médico: la profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico; la ejecución típica, es decir, su ejecución se realiza conforme a la "Lex Artis" ya analizada, sujeta a las normas de excelencia de ese momento; el tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la licitud o sea su concordancia con las normas legales.

### **1.4. PRINCIPIOS DEL ACTO MÉDICO.**

En nuestra legislación encontramos una descripción de las responsabilidades del médico al manifestarse en el artículo 6 del Código de Ética Médica: “El Médico desde que es llamado para atender a un enfermo, se hace responsable de proporcionarle todos los cuidados médicos necesarios para que recupere su salud. Su responsabilidad mayor será la conservación de la vida del enfermo”. Una definición clara que establezca parámetros del acto médico encontramos en la legislación peruana, en el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, que manifiesta:

"La medicina tradicionalmente se rige por los principios de beneficencia, que consiste en la búsqueda del bien para el paciente y la no maleficencia, que consiste en evitar cualquier forma de daño o lesión". Este principio se identifica con el *primum non nocere* hipocrático, fundamento y raíz de todos los otros principios, obliga como deber perfecto, con carácter de universalidad y de forma coactiva absoluta. Concurren con ellos los principios de autonomía o respeto por las decisiones del paciente competente y de justicia por el cual todas las personas deben ser tratadas por igual.

### **1.5. DEFINICIÓN DE MALA PRÁCTICA MÉDICA.**

La Mala Práctica o Mala Praxis podría definirse como un ejercicio errado o una práctica sin habilidad por parte de un médico u otro profesional, causándose un daño a la salud o al buen estado del paciente. Esta rompe la confianza que el paciente pone en el profesional. La mala práctica médica tiene tres fuentes principales: una el simple azar "que se entretiene en crear situaciones inesperadas", la otra es la ignorancia del médico o de la institución, y la tercera es la irresponsabilidad.

#### **EN EL CASO DE LA MALA PRAXIS MÉDICA PODRÍAMOS SEÑALAR TRES TIPOS:**

Deliberada mala práctica, cuando el médico administra a propósito medicina o realiza una operación en la que sabe que se pondrá en peligro o se causará la muerte al paciente a su cargo (ej. aborto), en este caso, el elemento subjetivo de intencionalidad prevalece sobre el resultado del acto.

Mala práctica por negligencia, que comprende los casos en los que no hay un objetivo criminal ó deshonesto, pero si una obvia negligencia respecto de las necesidades del paciente (ej. administrar medicinas durante una intoxicación).

Mala práctica por ignorancia, administración de medicinas inapropiadamente (no adecuadas o en una dosis incorrecta).

## **1.6. RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO FRENTE A LA MALA PRAXIS.**

Resulta de suma importancia establecer qué tipo de obligación pesa sobre el médico al prestar el servicio. La regla general indica que se trata de una obligación de medios y no de una obligación de resultados. Esto quiere decir que se cumple con la obligación al agotar todos los esfuerzos porque se logre el objetivo (la curación), y no al efectivamente alcanzar ese objetivo. Lo que se promete es una conducta diligente y prudente, más no un resultado determinado. Sin embargo, en ciertas especialidades la obligación si es de resultado. Ello se presenta cuando el objeto de las mismas no es la curación, sino que sirven de medio para ésta (ej. análisis clínicos) y también en ciertas especialidades en las que se ofrece un resultado. Dentro de este último grupo estaría la cirugía plástica y la mayoría de las prestaciones odontológicas. Quedarían probablemente excluidos los casos de emergencia dental, aunque la línea divisoria entre lo que sería una obligación de resultados y una de medios resulta muy tenue.

Para que una demanda por mala praxis prospere tienen que estar presentes varios elementos. En primer lugar, tiene que dirigirse contra el autor del daño. En segundo lugar, es necesaria la presencia de un daño objetivo. Asimismo, tiene que presentarse por parte del demandado una culpa o negligencia en su accionar. Por último, es imprescindible la presencia de un nexo causal que vincule al acto profesional y el daño ocasionado. Si este nexo no se presenta o se encuentra resquebrajado por algún elemento exógeno como la fuerza mayor o el caso fortuito, no podrá atribuirse responsabilidad al médico.

Entendemos que actualmente, dada la relevancia que adquieren los procesos judiciales derivados de responsabilidad en el ejercicio de la medicina, se vienen utilizando cada vez con mayor detenimiento y cuidado las historias clínicas y los protocolos de información. Estas historias no sólo deben ser individualizadas por cada uno de sus pacientes, así como no sólo se debe registrar la evolución que constate en los mismos. En estos documentos se debe plasmar el consentimiento del paciente y la información a la que tuvo acceso. En la mayoría, por no decir en la totalidad, de hospitales o servicios de salud se han estandarizado estos documentos, plasmándose la relación clara

entre médico – paciente, así como el respaldo de la atención sanitaria suministrada al tratado.

Creemos y sugerimos que estos instrumentos deben elaborarse en forma genérica, de modo tal que puedan ser adecuados a cada caso concreto. La opción contraria, cual sería elaborar una especie de “contratos de opción” a ser suscrito en cada caso y en cada intervención médica, dejando en el “contrato base” algunos espacios para rellenar cierta información, lo cual resulta poco conveniente, en especial para tratar de evadir responsabilidades. Sin lugar a dudas, una buena historia clínica constituye la mejor defensa de profesional al afrontar un proceso de responsabilidad.

Estos protocolos de información e historias clínicas, deben elaborarse en el tiempo, en forma continuada y constituyen el mejor documento de prueba acerca de la buena o mala atención médica. La formulación de este documento es parte del deber jurídico que asume el médico al vincularse con el paciente, pero debe estar soportada por funciones que preserven la confidencialidad e integridad de la información registrada, para así proteger el derecho a la intimidad y evitar que los datos almacenados sean modificados. Un aspecto crucial es el referido a la carga de la prueba. Nuestro Código Procesal Civil señala que, salvo disposición distinta de la ley, ésta le corresponde a quien afirma los hechos, es decir al demandante. Este tendrá que probar los elementos antes mencionados. Sin embargo, resulta conveniente por el bien del proceso judicial por un ejercicio errado de la profesión médica que la parte demandada colabore en esclarecer los hechos, dado que su posición le permite acceder a medios técnicos más poderosos. Esto por ejemplo es claro cuando ingresa un paciente por emergencia y no existe una hoja clínica correspondiente, que permita determinar el grado de responsabilidad del galeno.

Si bien la responsabilidad del médico no se presupone, ésta puede llegar a determinarse en base a presunciones. No podría descartarse la ausencia total de relación causal cuando la causa eficiente resulta imprecisa, pues la actuación médica debe ser la correcta. El paciente espera que se utilicen los medios técnicos adecuados, y cuando ello no ocurre se configura un tipo de

omisión que puede determinar la existencia de una relación causal con el daño. No hay pues causas suficientes que excluyan la desconexión total. Por tanto, a pesar que la actividad médica es de medios, cabe que un resultado dañoso desproporcionado o anómalo o por falta de diligencia haga presumir la culpa. En estos casos se invertiría la carga de la prueba. Esta es la opinión recogida en diversas sentencias del Tribunal Supremo de España, quien ha indicado respecto de la responsabilidad médica, que ésta puede ser de dos tipos:

**Responsabilidad contractual:** implica el acuerdo de las partes involucradas por el que se crea la relación jurídico-patrimonial.

**Responsabilidad extracontractual:** es aquella que se genera en la realidad y no nace de un contrato. Puede presentarse cuando el paciente ingresa por emergencia a un centro de atención médica. Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales, el prestador de servicios sólo responderá por los daños y perjuicios causados en caso de dolo o culpa inexcusable. Se actúa con dolo cuando en forma deliberada no se ejecuta una obligación, mientras que incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta una obligación. Se trata de una negligencia que linda con el dolo, siendo la frontera entre ambos muy tenue. Por tanto, los médicos como otros profesionales no responderán por daños causados cuyo origen sea la culpa leve. Esto es positivo pues se permite a los médicos laborar sin temor a las demandas injustificadas

La responsabilidad médica conlleva a la actuación interdisciplinaria del derecho civil, derecho penal, derecho de defensa del consumidor y derecho administrativo. Actualmente, la complejidad de la ciencia médica hace imprescindible que las prestaciones médicas se realicen en forma colectiva, antes que individualmente. Ello deriva en la presencia de varios involucrados, lo que a su vez redundará –en caso se generen daños al paciente- en la necesidad de determinar quién o quiénes son responsables. Si bien el primer involucrado resulta ser el propio médico, aparecen en el escenario otros actores: especialistas, grupos de médicos que trabajan en equipo, establecimientos privados, seguridad social, auxiliares.

Al efecto, en esta colectividad de prestadores de servicios médicos, las responsabilidades pueden presentarse en los siguientes tipos:

- Directa: propia del cirujano y los miembros de su equipo con autonomía científica (ej. Anestesiólogo).
- Compartida: recae sobre varios miembros del equipo quirúrgico.
- Colectiva: no puede individualizarse al responsable final.
- Solidaria: corresponde al personal colaborador del acto quirúrgico (ej. enfermera)
- Concurrente: recae sobre el cirujano y el paciente por no cumplir las normas que les corresponden para atender la salud.

Cuando se realizan intervenciones quirúrgicas hay muchos sujetos involucrados. Tenemos al cirujano jefe del equipo; médicos asistentes de éste (por tanto, en relación de subordinación); otros médicos que concurren (no subordinados); anestesistas u otros profesionales que tienen un trato tan directo con el paciente que incluso podría pensarse que existe un contrato tácito con ellos, o que en efecto pueden contratar con los mismos; enfermeras (os) que suelen ser proporcionados por el centro hospitalario y que por ello no están en relación de subordinación con el médico. En el supuesto que no fuera posible individualizar al responsable cabrían dos alternativas. Si se contrató con el jefe del equipo éste sería el responsable “por hecho propio”. En cambio, si se contrató con cada uno de los integrantes, se presume que la responsabilidad es de todos ellos por regla general, salvo que alguno se exonere mediante una prueba de descargo.

En el caso que exista un jefe de equipo, se consagra una responsabilidad pasiva, lo cual implica que este será responsable por los hechos de sus dependientes. Responderá solidariamente pues debió velar porque ellos actúen dentro de los límites de su autorización (es responsable por no haber controlado en forma suficiente sus actos). Según Díez Picazo, esta solidaridad descansa en la idea de “garantía”. Sólo podrá eximirse de la responsabilidad si demostrara la interrupción en el nexo causal o si faltaran requisitos de procedencia de esa responsabilidad. Estos requisitos serían que exista la relación de dependencia y que el acto se haya ejecutado en ejercicio de la

relación de dependencia propia del dependiente. Así existen dos deudas distintas: la del médico y la del auxiliar, que se fusionan en la solidaridad legal para beneficio del acreedor (paciente) Creemos a pesar de lo expuesto, que, si el dependiente fuera más allá del encargo y no hubiera sido posible la supervisión, podría no aplicarse esta solidaridad.

Si se dieran relaciones contractuales separadas con el jefe y cada miembro del equipo, cada profesional se obligaría por separado. Solo respondería el jefe en caso de impartir instrucciones erradas. Cuando el paciente es atendido no por un equipo sino por médicos especialistas en diferentes ramas pueden ocurrir dos cosas. Que se individualice al responsable, en cuyo caso éste responderá, o que la prueba fuera imposible, debiendo en principio responder todos en forma mancomunada. Decimos en principio, pues desde nuestro punto de vista no debe asumirse inicialmente que todos son responsables. No debe atribuirse una responsabilidad objetiva a los integrantes, sino una de tipo subjetivo. Así, en la medida que cada uno demuestre haber obrado en forma diligente se eximiría de responsabilidad. Lo contrario supondría exigir a los profesionales un resultado, lo que como se ha señalado anteriormente no es concebible.

Cuando el paciente acude a un centro hospitalario estamos frente a dos tipos de responsabilidades distintas: por un lado, la del médico y su personal y por otro la del hospital o clínica. Aquí se presentan varias relaciones contractuales, pero habrá que analizar primeramente cómo se configuran éstas. La regla general está en que el centro de salud será responsable en la medida en que sea ésta quien contrató con el paciente. Si en cambio se contrató con el médico, aunque éste utilice las instalaciones de la clínica, sólo él será el responsable. A pesar de ello, si en este supuesto la clínica eligió a los auxiliares también será responsable, pues existe un deber de seguridad de su parte.

### **1.7. FORMAS DE NEGLIGENCIA O MALA PRÁCTICA PROFESIONAL.**

La praxis es la expresión del lazo dialéctico de la teoría con la práctica. La mala praxis o mala práctica es el daño ocasionado por el médico debido a ignorancia, impericia o negligencia.

- **Impericia:** es la falta total o parcial de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad. Existe ineptitud para el correcto desempeño de la profesión.
- **Imprudencia:** es la omisión del cuidado o diligencia exigible a un profesional. El que comete imprudencia no mide ni precave las posibles consecuencias de su acción y se expone irreflexivamente a causar un daño. Es realizar un acto con ligereza sin tomar las debidas precauciones. Por ejemplo, indicar una inyección de penicilina (imprudencia) sin haber realizado previamente la prueba de sensibilidad (negligencia). Es la conducta contraria a lo que el buen sentido aconseja. Es actuar sin cordura ni discernimiento. Es proceder con apresuramiento innecesario sin detenerse a pensar en las consecuencias que resultarán de su acción u omisión. Es ir o llegar más allá de donde se debió. Legalmente para que haya imprudencia profesional la acción tiene que haber producido un daño o peor aún la muerte del paciente.

En los casos de mala práctica la ley calificará si el daño es "socialmente tolerable", simplemente reprochable o se trata de actos que tienen que ver con el derecho penal para lo cual tendrá en cuenta la naturaleza de la lesión, que puede ser culposa, dolosa o preterintencional. Se excluye de responsabilidad profesional a los casos de "resultado desgraciado" cuando se han cuidado correctamente las circunstancias y condiciones especiales que intervinieron en un evento particular.

### **1.3. NORMAS.**

#### **1.3.1. Constitución Política del Perú.**

- ❖ Artículo 2º inciso 1 Constitución Política del Perú.- Toda persona tiene derecho: inciso 1: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

#### **1.3.2. Código Civil.**

- ❖ Artículo 1321º del Código Civil.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso,

comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución

- ❖ **Artículo 1969 del Código Civil.-** Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor
- ❖ **Artículo 1762 del Código Civil.-** Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

### **1.3.3. Ley general de salud N° 26842.**

La Ley General de Salud, Ley N° 26842, desarrolla un régimen sobre los derechos, deberes y responsabilidades en el tema de la salud, poniendo énfasis en la imputación del daño profesional, técnico o auxiliar de salud por el ejercicio negligente, imprudente e imperito, lo que corresponde a la noción amplia de culpa profesional.

El no seguir los protocolos y normas técnicas medidas es un supuesto evidente de culpa inexcusable del galeno, y cuando el médico presta sus servicios dentro de una estructura sanitaria se configura responsabilidad civil contractual del establecimiento asistencial, que asume responsabilidad por los hechos dolosos o culposos de los terceros que se vale para cumplir la prestación, es decir, los médicos y el personal especializado, de conformidad con el artículo 1325° del Código Civil. No deja de sorprender que la judicatura recurra a normas de responsabilidad civil extracontractual para llegar a idénticos resultados, este es el caso. Sexto Juzgado Civil de Lima, hizo responsable de una indemnización a una clínica cuya técnica en enfermería colocó inadecuadamente una bolsa de agua caliente a una paciente, provocándole quemaduras en ambas piernas. Posteriormente, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, con sentencia del 28.06.96, confirmó esta decisión. Los magistrados acuden también para fijar una indemnización a la responsabilidad civil extracontractual este es el caso. Primer Juzgado Civil de Piura: *“En virtud del numeral 1981° del Código civil, aquél que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo; en el caso (...) el autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad*

*solidaria, advirtiéndose que los médicos codemandados son trabajadores de IPSS, se encuentran bajo sus órdenes y realizaron la intervención quirúrgica en el ejercicio de su cargo, por lo que el IPSS debe responder por el daño causado por los médicos; en consecuencia los doctores Juvenal Sócola Rojas y Luis Franco Moreno, así como el IPSS son responsables solidariamente por el daño ocasionado al demandante, conforme lo establece el numeral 1983 del mismo texto normativo”.*

Los médicos cuando elige su profesión piensa en velar por la salud del paciente y en honrar con creces el juramento hipocrático de *“primun non nocere”* esto es primero no dañar innecesariamente al paciente con el tratamiento médico. No hay obligación de indemnizar cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito, fuerza mayor, hecho determinante de tercero, imprudencia o responsabilidad de quien padece el daño. Una vez producido el daño el accionante sólo deberá probar el incumplimiento obligacional del médico o la institución; lo que equivale a decir que se presupone la culpa y el deudor sólo podría exonerarse aduciendo causa extraña que no le es imputable. Los medios de prueba se pueden dividir en testimoniales, documentales y periciales.

El Vigésimo octavo Juzgado Civil, ordenó el pago solidario de S/. 80,000.00 OCHENTA MIL NUEVOS SOLES, por daños y perjuicios a favor del paciente perjudicado bajo los siguientes argumentos: Antes de la operación, corresponde como deber esencial del médico realizar los distintos exámenes que prevé la ciencia médica para obtener un diagnóstico de los males que aquejan al paciente para adoptar el tratamiento adecuado. En el presente caso, el médico tratante y el asistente omitieron este deber, ya que no consta en la historia clínica (...) los exámenes necesarios para diagnosticar el granuloma, la tumoración rectal, la fibrosis, el debilitamiento de tejidos o la fístula. (...) Según el tratado "Campbell" s Urology cuyas copias corren de fs. 1642 a fs. 1657 las fístulas enterovesicales no son desconocidas, se presentan en una de cada 3000 intervenciones quirúrgicas y son detectables clínicamente, tanto radiológica como endoscópicamente; a pesar de que ninguno de los exámenes por si solo es exacto, una combinación de procedimientos permite el diagnóstico de las fístulas enterovesicales, su origen, así como su causa

subyacente en la mayoría de los casos. (...). Conforme al escrito de contestación de la demanda de fs. 37, los demandados Oscar Gavilano y Luis Lavander manifiestan que tenían conocimiento de las anteriores operaciones del paciente quien padecía de prostatitis crónica y que mediante los exámenes auxiliares comprobaron el estado del crecimiento de la próstata y la obstrucción urinaria, lo que significa que no realizaron ningún otro examen para diagnosticar la fístula. Por lo tanto, está demostrado que el médico tratante y el médico asistente actuaron de manera culpable e inexcusable, es decir, sin la debida prudencia, en el diagnóstico de la enfermedad, ya que de haber actuado conforme a las reglas ordinarias y esenciales de la ciencia médica, no hubiera ocurrido los daños irrogados al demandante.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 29 de abril de 2004, reformó la sentencia de primera instancia, extendiendo la responsabilidad solidaria a la clínica; A cancelar una INDERNNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS UN MONTO : S/. 59,320.00 cincuenta nueve mil trescientos veinte nuevos soles (de los cuales S/. 19, 320.00 son por daño emergente y S/. 40,000.00 por daño moral). La Clínica no repara en que la responsabilidad de los establecimientos de salud emerge automáticamente en tanto el médico que produzca el daño pertenezca al Plantel de la Institución, aunque no se pueda afirmar que se produzca estrictamente un desempeño de sus funciones en relación de dependencia, sustentándose su responsabilidad en “la obligación de seguridad o garantía” a cargo de las Instituciones de Salud, que se encuadra con lo dispuesto en el Art. 1325º del Código Civil, que contempla la responsabilidad en obligaciones de tercero, disponiendo que el deudor en este caso la Clínica- que para ejecutar la obligación se vale de terceros los médicos, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.

- ❖ **Artículo 36.-** Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades.

## **1.4. LEGISLACIÓN COMPARADA.**

### **1.4.1. España**

En España, se acentúa la importancia sobre los derechos de los pacientes, especialmente para la obtención de su consentimiento libre e informado, y puedan escoger conscientemente la situación más favorable para su salud. La jurisprudencia española, considera como temas importantes, los supuestos de anticoncepciones fallidas, estas son:

(1) Operaciones de esterilización (vasectomías o ligaduras de trompas) negligentemente practicadas o practicadas de modo correcto, pero en las que se omite la oportuna información relativa a sus consecuencias;

(2) Colocación negligente de un mecanismo anticonceptivo intrauterino (DIU), o puesta en circulación o comercialización de un mecanismo anticonceptivo ineficaz, que no impiden el embarazo. El Código Penal Español contempla expresamente en su artículo 142º la responsabilidad penal del profesional que de manera imprudente causa la muerte a una persona sancionándolo con cuatro años de pena privativa de la libertad y hasta seis años de inhabilitación. En tanto que si el profesional causare lesiones de manera imprudente la pena será de hasta tres años y hasta 4 años de inhabilitación.

En su art. 43 de la constitución española recoge en su apartado 1º “el derecho a la protección de la salud” y en su apartado 2º establece que “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”.

### **1.4.2. Argentina.**

En Argentina, la responsabilidad médica parte del consentimiento, libre e informado del paciente, lo que va de la mano con una adecuada elaboración de la historia clínica. La doctrina argentina ha resaltado las causales eximentes de responsabilidad tales como la falta de culpa, la interrupción del nexo causal, el hecho propio de la víctima, el caso fortuito y el hecho de un tercero.

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. 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 condicionando 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. 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.

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.

### **1.4.3. Chile**

En Chile, el contrato de prestaciones médicas liberales sigue siendo la base fundamental del régimen de obligaciones del profesional sanitario considerándose los daños derivados del mismo, propios de la responsabilidad civil contractual. La doctrina chilena como presupuestos de la responsabilidad civil médica los siguientes requisitos concurrentes:

- a)** Que sea efectuado por un médico;
- b)** La conducta se haya realizado con infracción de reglas y protocolos médicos;
- c)** Daños en el paciente asociados a la prestación médica ajenos al curso natural del mal por el que venía siendo tratado;
- d)** Relación de causalidad, esto es que el daño se haya producido por conducta ilícita del médico.

En Chile se acude también al principio del principal responde por los hechos del dependiente para responsabilizar de los daños médicos al hospital involucrado teniendo como base legal los artículos 2320º y 2322º del Código Civil. Las indemnizaciones son de carácter reparatoria y compensatoria:

- a)** El daño emergente o material, en este rubro quedan incluidos los honorarios médicos, gastos de farmacia, de curación, aparatos ortopédicos y, en general todos los gastos realizados con el fin de restablecer la salud del afectado, incluida su rehabilitación;

- b) El lucro cesante que se refiere a las remuneraciones o ganancias que normal y racionalmente se habrían logrado de no mediar el hecho dañoso en general; y
- c) El daño moral (sufrimiento de las víctimas), y la perturbación que sufrieron los agraviados en su vida normal. Según cifras del Colegio Médico Chileno, en 1995 existían sólo tres denuncias mensuales por negligencia médica, mientras que en el año 2002 esta cifra llegó a 58.

Por su parte, se estima que los hospitales del sector público tienen juicios por un monto total de 13 mil millones de pesos por indemnizaciones solicitadas por pacientes (52% de las demandas por negligencia médica). Las principales especialidades afectadas son ginecología (20%) y cirugía general (12%). Cerca del 30% de los casos de negligencia médica estarían vinculados a la mala administración de la anestesia. Asimismo, el artículo 491º del Código Penal Chileno señala que: *“El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá en las penas del artículo 490º”*. Este país promueve el seguro médico y que la Asociación de aseguradores prevé una nueva póliza de responsabilidad médica ante la Superintendencia de Valores y Seguros, que incluía la cobertura del daño moral a los pacientes, como otro punto a indemnizar en las reclamaciones.

#### **1.4.4. Colombia.**

En Colombia, la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia en responsabilidad civil médica se sigue fundamentando en la culpa probada, lo que a su vez ha sido complementado por la inversión de la carga probatoria ante la dificultad para el paciente de hacerlo dado su desconocimiento de la medicina. El Consejo de Estado Colombiano ha planteado que los riesgos especialmente los graves que no sean advertidos al paciente deben ser asumidos por el profesional o la institución hospitalaria, trasladándose la carga de la prueba sobre el debido consentimiento al médico. Responsabilidad civil médica, la doctrina y la jurisprudencia colombiana se han basado en su Carta Magna en su artículo 90, el cual establece que: “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la

omisión de las autoridades públicas”. En el caso de la responsabilidad médica, el Consejo de Estado Colombiano, siempre ha mantenido su posición jurídica en cuanto a la responsabilidad extracontractual, esta posición jurídica se ve claramente en la sentencia del 11 de abril de 2002 en el expediente 13.227 en la cual se argumenta: “Es indispensable aclarar el tipo de responsabilidad que se configura cuando una persona es atendida en una entidad pública de salud y esta funciona de manera deficiente. Si bien en derecho comparado se debate sobre la naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos del Estado que prestan servicios de salud, la jurisprudencia de la Corporación tradicionalmente la ha manejado en el campo de la responsabilidad extracontractual.

El artículo 49 de la Constitución Política , prescribe que la atención de la salud es un servicio público a cargo del Estado. Con base en la anterior norma, la Corte Constitucional, en sentencia de 20 de octubre de 1992, señaló lo siguiente: “Estableció el Constituyente a través de la norma citada, que el Servicio de Salud tiene el carácter de servicio público, cuya obligación le corresponde prestarla al Estado. Y está garantizada la prestación de este servicio a todas las personas residentes en Colombia (...); “Prevé la norma, una relación de colaboración entre las entidades territoriales, la Nación y los particulares en donde cada quien, aporta para la prestación del servicio de salud y también en idéntica forma se determina la competencia para hacerlo realidad, competencia que dará la oportunidad para establecer la responsabilidad por las fallas del servicio en que puedan incurrir las entidades y personas encargadas de su ejercicio”. En cuanto a la responsabilidad Ginecobstetricia, el Consejo de Estado la ha manejado como una responsabilidad extracontractual, al igual que la responsabilidad médica, el título de imputación que actualmente se le está dando a esta responsabilidad en materia Ginecobstetricia es el de falla en el servicio médico, de acuerdo con la reciente sentencia en referencia a esta rama de la medicina. (Sentencia de 19 de agosto de 2009, Exp. 18364 MP. GIL BOTERO E.) De igual manera en sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente 16085 con MP. CORREA PALACIO R., se determinó que en materia ginecobstetricia el demandante deberá probar todos los elementos de la responsabilidad, para lo cual cuenta con la prueba indiciaria que permitirá acreditar especialmente la falla en el

servicio y a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria. De acuerdo con las estadísticas de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD – OMS las principales causas de mortalidad materna se presentan así: cada minuto, a nivel mundial 100 mujeres sufren complicaciones relacionadas con el embarazo, y pueden morir por las siguientes causas:

1. Hemorragias graves. Una hemorragia puerperal no atendida en una mujer sana puede matarla en dos horas.
2. Infecciones.
3. Abortos en malas condiciones o centros no autorizados, sin condiciones idóneas de salubridad e higiene.
4. Trastornos hipertensión de la gestación (preeclampsia y eclampsia).
5. Parto obstruido.

En el caso Colombiano las cifras han demostrado que la mortalidad materna se ha producido por:

1. Hemorragia: 25,00%
2. Eclampsia: 32,14%
3. Shock séptico: 10,71%
4. Convulsiones: 3,57%
5. Cáncer de ovario: 0,05%

Con base en las anteriores cifras el Dr. Gil Botero en su artículo La Responsabilidad del Estado por la muerte en el Parto, presentada en Septiembre de 2008, en el Encuentro Nacional de Altas Corporaciones de Justicia en la Ciudad de San Andrés, manifestó que los altos índices de la mortalidad materna se presentaban en la mayoría de los casos por carencia de atención en especialidad médica y por falta de atención obstétrica.

#### **1.4.5 Casos de la Responsabilidad Civil Medica por Inobservancia de los Protocolos Médico Mal praxis Ginecobstetricias en Lambayeque.**

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMABYEQUE -SEGUNDO JUZGADO ESPECIALIZADO CIVIL.

#### **CASO N° 01**

**Expediente** : 06341-2006-0-1706-JR-CI-02°

**Demandante** : Elías Ticlla Bustamante

**Demandado** : Walter Elier Cabanillas Cancino y otros

**Materia** : **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.**

Asunto es materia de pronunciamiento la demanda interpuesta el día veinticinco de julio del dos mil seis, por Elías Ticlla Bustamante contra Walter Elier Cabanillas Cancino y ESSALUD sobre INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS, a fin que le paguen una indemnización ascendente a los doscientos noventa y ocho mil doscientos ocho dólares americanos, por lucro cesante, daño emergente, daño a la persona y daño moral, más intereses legales. (...) de acuerdo a lo señalado por las partes en sus escritos de la demanda y contestación, no existe controversia en cuanto a que la esposa del demandante, Gladis Esther Quispe Huamán ingreso al hospital Naylamp de ESSALUD el día quince de febrero del año dos mil seis con síntomas de parto para que sea atendida, y que en horas de la noche fue trasladada al hospital Almanzor Aguinaga Asenjo al pabellón de OBSTETRICIA, más tarde, aproximadamente a las once de la noche del mismo día, fue llevada a la sala de operaciones en donde fue sometida a una cesárea; posteriormente, la paciente es trasladada al área de recuperación en donde aproximadamente a las cuatro de la mañana del día siguiente fallece.

De acuerdo al certificado de necropsia, protocolo de autopsia, informe anatómico patológico y certificado médico legal número 005770-PMF, que corren los folios noventa y siete, noventa y nueve, ciento doce y ciento sesenta y cuatro del

expediente acompañado, la esposa del actor falleció de shock hipovolémico y sangrado uterino post quirúrgico causado por dehiscencia de Sutura.

Sostiene también que el medico ha habido tomar las providencias del caso, tenerla en observación, dado lo complicado del parto, y han debido controlar las pulsaciones – presión, pero no han tenido con ella los cuidados debidos, pues la han abandonado a su suerte y las cinco de la mañana ha **FALLECIDO POR DESANGRADO UTERINO POST QUIRÚRGICO**, por la deficiente sutura en las heridas; tal como aparece del certificado de necropsia practicado en el cadáver de su esposa. En el mismo documento, que han sido materia de ratificación en folio seiscientos a seiscientos siete del acompañado.

como conclusiones que la muerte se debió a la negligencia médica debido a que aplicarse surge con hilo catgut crómico en el segmento y la pared de inserción uterina para suturar vaso arterial uterino, encontrándose en la cavidad abdominal de la occisa “hemoperitoneo de 2500 cc, con presencia de coágulos hemáticos organizados en regular cantidad y volumen”, habiéndose determinado del examen del útero y área operatoria: área no saturada de aproximadamente de uno y medio centímetros de longitud , a la disección : dehiscencia de un punto de sutura de hilo catgut crómico ubicado entre el segmento y la pared de inserción uterino correspondiente.

También, se atribuye al demandado Walter Elier Cabanillas Cancino, haber intervenido quirúrgicamente sin tomar las precauciones del caso a una paciente con factor de alto riesgo por cesárea anterior, ser portadora de una enfermedad metabólica llamada hipotiroidismo, gestante en post madurez fetal, precisando que durante la intervención quirúrgica hubo complicación con el movimiento de extraer el feto enclavado en pelvis produciéndose el desgarro del segmento uterino, el cual no fue tratado adecuadamente. (...) señala también que ante de iniciar la operación le indico al anesthesiologo que aplique dos antibióticos para luego iniciar la cirugia, y al realizar la maniobra para extraer al bebe se lesionan los ángulos, saca al bebe , lo entrega al pediatra, saca la placenta, hacen la limpieza respectiva y luego procede a cierre del útero de acuerdo a las normas del protocolo medico de salud; y que el sangrado fue controlado ,pinza el extremo superior con pinza de kely y sutura con seda negra multiempaque, y

el útero fue suturado en tres planos con hilo catgut, en el primer plano utilizaron surge cruzado (como un punto de arroz), y el segundo plano en surge simple, en traicionaron el ligamento redondo con sutura de catgut en el lado izquierdo fijándolo al útero a nivel del segmento para poder sellar el espacio vacío, luego hacen el cierre del peritoneo y la verificación de la hemostasia total, y terminada la operación se dirigieron a dejar las indicaciones del post operatorio inmediato.

De acuerdo a la historia clínica que en copias de folio cincuenta y nueve a noventa y cinco, aparece que en efecto la esposa del accionante fue referida del hospital Naylamp cuando contaba ya con cuarenta uno semanas de embarazo, sin embargo, en la historia de emergencia de folio setenta y ocho si se consigna que, Gladis Esther Quispe Huamán padecía de hipotiroidismo y que ya anteriormente había sido cesareada en una oportunidad.

(.....) en el caso de autos, no cabe duda que la demandante era una profesional joven, esposa y madre que tenía un futuro en la carrera magisterial, pues a su edad ya se desempeñaba como directora de un centro educativo del estado, y podía acceder no solo a otros niveles dentro del magisterio sino que se ha visto truncada la vida familiar que llevaba con su cónyuge demandante, daños de carácter subjetivo que no pueden ser desatendidos, pues el sistema de responsabilidad extracontractual no puede atender únicamente a reparar daños de carácter patrimonial cuando muchas veces la pérdida extramatrimonial puede ser más gravosa; por lo que a criterio de este juzgado debe establecerse una indemnización por daños al proyecto de vida por la suma de cien mil nuevos soles ( s/.100.000.00)

DECISION: FALLO: Declarando FUNDADA la demanda sobre indemnización por daños y perjuicios interpuesta por Elías Ticlla Bustamante CONTRA Walter Elier Cabanillas concino y ESSALUD.ORDENO: Que los indicados demandados paguen en forma solidaria a favor del demandante indemnización por lucro cesante por la suma de ciento ocho mil nuevos soles (s/.108.000.00), por daño a la persona cien mil nuevos soles (s/.100.000.00) y por daño moral cincuenta mil nuevos soles (s/.50.000.00), es decir el monto total de doscientos cincuenta y ocho mil nuevos (s/.258,000.00), más intereses legales.

## CASO N° 02

**Expediente** : 1080-2002-0-1701-J-CL-3°

**Demandante** : ALARCON SANCHEZ JOSE

**Demandado** : HOSPITAL NACIONAL ALMANZOR AGUINAGA

**Materia** : **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS**

Por escrito de folio setenta a ciento uno, Don José Alarcón Vázquez, interpone demanda de indemnización por daños y perjuicios contra Víctor luna victoria Amaya y el Hospital Nacional Almanzor Aguinaga Asenjo a fin solidariamente le cancelen una indemnización por daños y perjuicios , con motivo de habersele inutilizado órganos vitales en la intervención practicada por el emplazado Víctor luna victoria Amaya, galeno del Hospital nacional Almanzor Aguinaga Asenjo , en fecha 7 de noviembre del 2001. Que demandante le fue trasplantado el riñón derecho de su hermano, Eli Vásquez- donativo vivo – en fecha 1 de octubre del año 1997, pues con anterioridad al trasplante del demandante estaba sometido al programa de hemodiálisis ; después del referido trasplante el demandante señale que ha venido desenvolviéndose con normalidad en sus relaciones sociales. Que con fecha 3 de noviembre del año 2001 el demandante fue hospitalizado en el hospital demandado dadas las complicaciones que presentaba el riñón trasplantado, complicaciones generadas por la existencia de linfocele que se había desarrollado en el polo inferior del riñón trasplantado, el mismo que era tratado satisfactoriamente por el servicio Nefrología a través de punciones. Que los exámenes realizados se determinó que el recurrente presentaba disfunción renal crónica del Injerto por lo que programa la operación de Marzupializacion de quiste pielico mas drenaje para vesical, dicha operación se realizó el 7 de noviembre del 2001, siendo el responsable galeno demandado, con la asistencia del DR. Villanueva y lo residentes chero y Bengoa, días posteriores a la operación el demandante presento cuadro de Anuria, razón por la cual fue trasladado a la unidad cuidados intensivos donde se le diagnostico Insuficiencia Respiratoria con Acidosis Pulmonar ,Hipercalcemia e infección , las que resultaron complicaciones colaterales al daño realizado, por el demandado en la citada operación. Que, pese a la

determinación indubitable de que la razón de la Anuria era porque el demandado a intervenido quirúrgicamente le había ligado el uréter con los cuatros puntos de sutura que reconoce haber realizado, los responsables de los distintos servicios del hospital no dispusieron la inmediata intervención del recurrente a efectos de corregir la falla operatoria posteriormente fue programada la intervención quirúrgica a cargo de servicio de urología.

(... ) Que la responsabilidad civil de los prestadores de servicios de salud, será siempre subjetiva, por lo que se debe de probar el dolo o la culpa con lo que incurrieron en el servicio médico. Fundamenta jurídicamente su contestación en el artículo VI del título preliminar, artículo 442°,443°,44° y 478 inciso 5 del código procesal civil; y la ley general de salud. (...) siendo la aplicación lo dispuesto “el artículo 22° de la ley de SALUD 26842; en cuanto dice: para desempeñar actividades profesionales propias de la medicina, odontología, obstetricia, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud, se requiere tener título profesional universitario y cumplir además con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás que dispone la ley” , el demandado sin ser especialista en trasplantes (UROLOGO) acepto realizar la intervención ,linfocele en un paciente especial trasplantado (...)

En el artículo 48° de la ley de salud en cuanto dice: El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan en el paciente, derivados del ejercicio negligente imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en este con relación de dependencia. Es exclusivamente responsables por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo la naturaleza del servicio que ofrece.

La conclusión antes descrita se sustenta en que la actuación del demandado no fue determinante en la ocurrencia de los daños causados, sino que, contribuyo a su realización, pues dicho justiciable bien pudo evitarlos negándose a practicar el Linfocele justificando su negativa por la condición del

demandante. (...), que a consecuencia de la intervención quirúrgica a la que fuera sometida el demandante, la misma que se ha detallado en la primigenia sentencia como en la invalidada. Motivo por el cual se transcribe la parte pertinente, este sufrió, innecesariamente, las secuelas de una MALA PRAXIS MÉDICA que lo postro por más de tres meses , ocasionándolo, un sufrimiento ,(dolor y aflicción ), manifiesto físico y psíquico , el cual con una actuación diligente de los demandados , incluye a ESSALUD ,pudo evitarse , motivo por el cual , se ordena la indemnización en el monto fijado , el cual servirá al actor para reparar , en forma mancomunada en el daño moral que se ocasionado , daño moral que incluye, implícitamente , el daño a la persona , y si bien es cierto existe dificultad para establecer un monto exacto entre el daño moral sufrido y el monto indemnizatorio, el fijado responde a un criterio de equidad que recoge el artículo 1984 del código civil, habida cuenta que la intervención quirúrgica determino a que el actor sea dependiente del servicio de hemodiálisis , aun cuando , antes de la operación , estaba funcionando el riñón trasplantado , es decir , su estado de salud se agravo ostensible y de manera permanente luego de la intervención quirúrgica ( ....)

Por las consideraciones expuestas, estando a los dispositivos legales citados y administrando justicia a nombre de la nación, el Juez del TERCER JUZGADO CIVIL, FALLA: Declarando fundada en parte la demanda de folios setenta a ciento tres interpuesta por don José Alarcón Vásquez contra Víctor Luna Victoria Amaya y el Hospital Almanzor Aguinaga Asenjo representado por el DR. Tomás Aita Arroyo sobre INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS ; en consecuencia ORDENO, que los codemandados paguen, en forma mancomunada, a favor del demandante José Alarcón Vásquez ,por el daño inferido , la cantidad de la suma cien mil nuevos soles (s/.100,000.00), de los cuales diez mil (s/.10,000.00) deben ser asumidos por el demandado Víctor Luna Victoria Amaya y los noventa mil (s/.90,000.00) por ESSALUD, a título de daño moral, el que incluye el daño a la persona , más los respectivos intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño, e infundada la demanda para que se indemnizé por lo daño patrimonial.

**CUARTO JUZGADO PENAL ESPECIALIZADO PENAL – CHICLAYO**  
**EXPEDIENTE: 5491-2002-0-1701-J-PE-4.**

**CASO N° 03**

**IMPUTADO:** VICTOR ALBERTO LUNA VICTORIA AMAYA

**AGRAVIADO:** ALARCON SANCHEZ JOSE

**DELITO: LESIONES CULPOSAS**

El proceso número cinco mil cuatrocientos noventa y uno del año dos mil Dos ; aparece que en merito dieciocho se abrió instrucción en la vía sumaria contra Víctor Alberto luna victoria Amaya por el delito CONTRA LA VIDA, EL CUEERPO Y LA SALUD en la figura de LESIONES CULPOSAS en agravio de JOSE ALARCON VASQUEZ; dictándose contra el inculpado mandato de comparecencia restringida basándose en los siguientes hechos incriminados: Que el agraviado fue hospitalizado el día tres de noviembre del año 2001 en el hospital nacional Almanzor Aguinaga Asenjo de esta ciudad , por las complicaciones que presentaba el único riñón con que contaba, el cual había sido trasplantado de su hermano , ELI ALARCON VASQUEZ, determinándose que presentaba un cuadro disfunción renal crónica del injerto, por lo que se programó la operación de Marzupializacion de quiste poético – drenaje paravesical derecho con diagnostico pre- operatorio de linfocele , operación que se realizó con fecha siete de noviembre del año 2001, a cargo del médico denunciado, quien no pertenece al servicio de urología , desarrollándose la citada intervención quirúrgica en los términos consignados en el informe operatorio que obra en la historia clínica fedateada del agraviado remitida por el hospital Almanzor Aguinaga Asenjo , operación que el imputado reconoce haber realizado, conforme se aprecia de su manifestación policial del folios sesenta y cuatro, tras la cual el denunciante presento un cuadro de ANURIA POS OPERATORIA , ausencia de orina que motivo la realización de diversos análisis, determinándose en reunión clínica realizada el primero de noviembre del año 2001 con participación de los galenos de los servicios de urología , nefrología y cirugía abdominal del citado nosocomio, que la ANURIA que presentaba el agraviado se debía a una uropatia obstructiva parcial o total por

ligadura de uréter y/o estrechez prieto uretal , advirtiéndose la disfunción crónica del injerto e INFECCIÓN DEL TRACTO URINARIO asociado a catéter.(...) Daños a la salud perdida del uréter y riñón trasplantado que se hallan evidenciados y comprobados, los que tienen relación de la casualidad con la intervención quirúrgica practicada por el médico denunciado , conforme así concluye el certificado médico legal N°: 009785 – PMF, de folios ciento cinco a ciento nueve, lesiones que han determinado importantes limitaciones en la salud del agraviado conforme lo señala en su manifestación de folios sesenta”.....

Para la configuración del delito lesiones culposas tipificado en el artículo N° 124 del CÓDIGO PENAL, modificado por la ley N° 27753, se requiere la concurrencia de los elementos siguientes: a) que el agente o sujeto activo viole un deber objetivo de cuidado, derivado de las normas jurídicas normas de las experiencias , ciencia el arte o la profesión , que debe observar en el desarrollo de una actividad concreta a título de su profesión; b) la producción de un resultado típico imputable objetivamente al agente activo por haber creado o incrementado un riesgo juricamente relevante que se materializado en la lesión del jurídico. C) la existencia de una relación de causalidad entre la acción imprudente y el resultado lesivo, es decir el agente no tiene la intención ni quiere causar el resultado, este se produce por la inobservancia del deber objetivo de cuidado imprudencia, negligencia o impericia.....

( ....) El acusado en su actuación como médico profesional en la especialidad de cirugía general, no observo el deber objetivo de cuidado , esto es la aplicación de los métodos y técnicas en el proceso operatorio, conocido en la doctrina como “lex artis”, tal como lo sostiene el especialista en derecho penal, profesor español Carlos María romero casabona en su obra “Transformaciones del derecho penal en un mundo en cambio”, Editorial Adeus E.I.R.L. año 2004 – Perú , tomo II paginas cincuenta y siete a ochenta y uno, dando lugar al resultado típico perjudicial para el paciente; consecuentemente , se ha probado en autos, las relación de causalidad entre la acción y el resultado.

El juez del cuarto juzgado penal de la provincia de Chiclayo ,Administrando justicia a nombre de la nación , con el criterio de conciencia ;Dispone :FALLO CONDENATORIO POR EL PERIODO DE PRUEBA DE UN AÑO AL ACUSADO VICTOR ALBERTO LUNA VICTORIA AMAYA por el delito CONTRA LA VIDA , EL CUERPO Y LA SALUD en la figura de LESIONES CULPOSAS en agravio de JOSE ALARCON VASQUEZ , debiendo además cumplir con las siguientes normas de conductas : a) concurrir al juzgado las veces que sea requerido a justificar sus actividades, b) no ausentarse de lugar de su domicilio sin aviso previo al juzgado ; c) no frecuentar lugares de dudosa reputación ; d) reparar el daño ocasionado por el delito , bajo apercibimiento de aplicársele las alternativas previstas por el artículo 65° del código penal, en caso de incumplimiento a las normas de conductas impuestas. FIJO: TRES MIL NUEVOS SOLES DE REPARACION CIVIL que deberá abonar el sentenciado a favor del agraviado. Mando que consentida o ejecutoriada quede la presente, se remitan los autos al juzgado de ejecución para el cumplimiento del pago de la reparación civil.

**SEGÚN EL DR. LUÍS ALBERTO BRACAMONTE ARIAS EN SU CUADERNO DE DEBATE JUDICIAL EN SU JURISPRUDENCIA PENAL.**

#### **CASO N° 04**

**EXPEDIENTE N°: 1682 – 98 SALA SUPERIOR PENAL - LIMA**

Se le imputa a la procesada la muerte de la recién nacida fallecida como consecuencia de la inadecuada atención de su madre en el parto.

(...) Interviniendo como vocal ponente la doctora Eyzaguirre Garate; oído el informe oral; con lo expuesto por el señor fiscal superior en su dictamen de fojas quinientos cincuentas a quinientos cincuentauno, por los fundamentos pertinentes de la sentencia venida en grado; y CONSIDERANDO: primero.- que el artículo ciento once del código penal en su segunda parte regula la agravante para los casos de HOMICIDIO CULPOSO, por lo cual se **sanciona con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años e inhabilitación conforme al artículo treintiseis inciso cuatro, seis y siete; razón por la cual a la fecha la acción penal en el presente caso no ha**

**prescrito.** Segundo.- que para que se configure el ilícito instruido deben concurrir los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, esto es , que se produzca la muerte de una persona por el agente por no haber previsto el posible resultado antijurídico, pudiendo y debiendo preverlo , y en el caso de haberlo previsto , que confía sin fundamentos que no se producirá el resultado antijurídico; requiriéndose necesariamente un nexo de casualidad entre el comportamiento culposo y el resultado de muerte y por otro lado se habla del comportamiento culposo partiendo de la idea de que el sujeto no quiso realizar el acto, sin embargo lo ejecuto sin la “diligencia debida” lesionando con ello el deber de cuidado que era necesario tener con acciones que “previsiblemente” podían prever la muerte de una persona; tercero.- que de los actuado en autos se infiere que la versión proporcionada por, Felicita chihuantito atayupanqui y su esposo, Gregorio Aldes Blanco en sus testimoniales de fojas ciento cincuentitres y ciento cincuenticinco, respectivamente (...) en el sentido de que la primera de ella **NO FUE ATENDIDA CON LA URGENCIA REQUERIDA PARA SU INMINENTE PARTO PARA LA OBSTETRICIA** del HOSPITAL GUILLERMO ALMENARA, Elsa Susy contreras canorio, lo que derivó en su tardío traslado al HOSPITAL EDGARDO REBAGLIATI en el que la paciente alumbró una niña que falleció a los cuarenticinco minutos por complicaciones evidentes generada por la injustificada demora en atender su servicio de parto no obstante el manifiesto del sufrimiento fatal de la menor agraviada como lo informa el certificado médico legal de fojas cuatrocientos treinticinco; cuarto.- que , la displicencia de la encausada , Elsa Susy contreras canorio fluye de su propia declaración inestructiva de fojas trescientos cuarentitres en la expresa que no obstante que la parturienta se encontraba en el inicio de trabajo de parto que la hizo esperar para una nueva evaluación y solo cuando paso un considerable lapso y detecto latidos fetales irregulares de la agraviada, recién comunico de este hecho a su co-procesado el medico de turno , Julio Meléndez calderón , lo que evidencia el transcurso de valioso tiempo sin que se hubiera intervenido a la paciente para inducir un alumbramientos sin riesgo para la madre e hija , lo que se corrobora con la manifestación policial de fojas treintidos del médico ,Dante Carbajal Villaverde al describir los grandes estragos sufridos por el recién nacido que originaron su fallecimiento, de todo lo

cual se concluye la evidencia de la responsabilidad penal por negligencia de la sentenciada , Elsa Susy contreras canorio,

**Quinto.-** que la reparación civil tiene como objeto el resarcir al agraviado de la infracción del orden jurídico , de todo quebranto del orden económico , esto es, de las consecuencias materiales e inmateriales del delito y la indemnización de los daños y perjuicio conforme lo señala el artículo noventitres del código penal; **sexto.-** Que, para fijar el monto de la reparación civil en este caso se debe considerar la entidad del daño causado, el valor de afectación del bien , y las necesidades familiares de la víctima, por lo que al no ser prudente la misma será del caso aumentarla; **séptimo.-** Que, en lo concerniente al co-procesado, Julio Cesar Meléndez Calderón, su intervención en los hechos instruidos se genera a partir del momento en que es advertida por la obstetriz , Elsa Susy contreras canorio de los problema cardiacos de la agraviada que coincidió con la repentina ausencia de energía eléctrica en el hospital por lo que luego de informarse que le “apagón” seria prolongado ordeno el traslado de la paciente al hospital Edgardo Rebagliati en el que se produjo el parto con la luctuosas consecuencias ya anotadas, no advirtiéndose por ello culpa en la conducta de este encausado pues actuó con la diligencia que las circunstancias aconsejaban, por lo que es del caso , absolverlo de la acusación fiscal; **octavo.-** Que el mismo sentido no se ha probado la responsabilidad penal del encausado , Álvaro Eduardo Vidal Rivadeneira, quien el día de los hechos se encontraba como jefe de guardia del hospital Almenara pues se limitó a resolver los problemas administrativas suscitados por el corte de corriente eléctrica ; por cuyas consideraciones CONFIRMARON: la sentencia venida en grado de fojas quinientos treinticinco a quinientos treintinueve , su fecha treinta de marzo del mil novecientos noventiocho en el extremo que dispone el SOBRESEIMIENTO de la instrucción seguida contra Álvaro Eduardo Vidal Rivadeneira, por delito contra la vida , el cuerpo y la salud – homicidio culposo- en agravio Jennifer Aldea chihuantito así mismo falla CONDENANDO, a Elsa Susy contreras canorio como autora del delito contra la vida el cuerpo y la salud – Homicidio culposo; en agravio Jennifer Aldea chihuantito Dos Años de pena privativa de la libertad cuya ejecución se suspende condicionalmente por igual termino , bajo reglas de conductas e INHABILITACION conforme a lo

establecido en el artículo treintiseis inciso cuatro del código penal ; la REVOCARON: En el extremo que falla CONDENANDO a Julio cesar Meléndez Calderón como autor del delito contra vida , el cuerpo y salud – Homicidio culposo – en agravio de Jennifer Aldea chihuantito Dos Años de pena privativa de la libertad cuya ejecución se suspende condicionalmente por igual termino , bajo reglas de conductas e INHABILITACION conforme a lo establecido en el artículo treintiseis inciso cuatro del código penal ; y fija en Dos Mil nuevos soles, el Monto que por concepto de **reparación civil** deberá abonar el sentenciado a favor del pariente más cercano de la agraviada, así como el extremo que fija a la sentenciada a Elsa Susy contreras canorio como el MONTO DE REPARACIÓN CIVIL ,de DOS MIL NUEVOS SOLES , el mismo que abonara la sentenciada a favor del pariente más cercano de la agraviada ; REFORMANDOLA: ABSORVIERON de la acusación fiscal a Julio Cesar Meléndez Calderón por el delito contra la vida , el cuerpo y salud – Homicidio culposo – en agravio, Jennifer Aldea chihuantito ; así mismo fijaron como monto de REPARACION CIVIL que deberá abonar la sentenciada Elsa Susy contreras canorio ,a favor del pariente más cercano de la agraviada la suma de CINCO MIL NUEVOS SOLES , DISPUSIERON: Que se anulen los antecedentes policiales y judiciales derivados de la presente investigación contra el procesado y se archive definitivamente lo actuado, de conformidad con el decreto ley veinte mil quinientos setentinueve en cuanto a este extremo se refiere. La CONFIRMARON: en los demás que contiene; notificándose y los devolvieron, folios – 184, 185, 186.

**CAPITULO II**

**MARCO**

**METODOLÓGICO**

## **2.1. PROBLEMA:**

El problema en que se centra la presente investigación, fue aquel que hemos denominado: **LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELEN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014.**

En pleno desarrollo de la informática “un pequeño lunar en una pierna” puede llevar a la muerte a una persona, cosa que pasa a ser inentendible por gran parte de la población y así muchos casos más de mala praxis médica que suceden diariamente. El problema es que los médicos no saben explicar claramente de sus errores groseros de diagnóstico y tratamiento al paciente. Asimismo, no reconocen sus fallas, ignorancias, errores y a la vez no llevan el debido seguimiento de los protocolos médicos y a la vez no los tienen actualizados, perjudicando a sus pacientes.

Un informe del Ministerio de Salud señala que son cerca de 600 casos en todo el país, la mayoría no es tramitada por esa entidad, sino que llegan directamente al Poder Judicial.

En nuestro país las especialidades médicas más denunciadas tenemos las siguientes en **Obstetricia** el 26%, **Cirugía** el 25%, **en Traumatología** el 14%, en **Pediatría** el 10%, en **Medicina** el 9%, en **Infectología** 8%, en **Anestesiología** el 4% y es una estadística que realmente preocupa y que es una realidad en este problema de negligencias médicas. Estos tipos de denuncias se dan más en Hospitales Estatales de Salud y en una menor proporción en clínicas privadas.

La historia clínica y los protocolos médicos son valiosos documentos que permitirán resolver los problemas ocasionados en los procesos de responsabilidad médica ya que estos medios de prueba son muy importantes que nos permitirá esclarecer si el medico cometió negligencia, imprudencia e impericia.

Si bien la historia clínica y los protocolos médicos son elementos probatorios de especial significancia y trascendencia, son los más indicados ya que permitirán probar, por sí sola, la culpa médica.

### **2.1.1. SELECCIÓN DEL PROBLEMA:**

De entre aquellos que afectan a **LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELEN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2013 – 2014** hemos seleccionado, priorizado e integrado este problema, considerando los siguientes criterios de priorización – selección:

- a) Los investigadores tuvieron acceso a los datos relacionados al problema.
- b) Su solución contribuyó a la solución de otros problemas.
- c) Es uno de los que más se repite
- d) Afecta negativamente la imagen de la institución.
- e) No garantiza el derecho a la defensa y al debido proceso (Ver anexo 1 y 3)

### **2.1.2. ANTECEDENTES DEL PROBLEMA.**

¿Desde cuándo existe o se tiene referencia sobre este tipo de problema?

Revisando la fuente de información se han encontrado diversas investigaciones relacionadas con el presente estudio, otras investigaciones acerca de la seguridad y salud en el trabajo, así pues, tenemos los siguientes antecedentes.

#### **2.1.2.1 EN EL MUNDO**

En el mundo se empezó a concientizar sobre el problema del daño físico a finales de los sesenta. Por aquellas fechas las sociedades occidentales estaban en pleno furor del desarrollo sin límites.

## **A. Argentina.**

Según GARCÍA HERNÁNDEZ (1999), Los protocolos clínicos, constituyen una serie de normas o reglas técnicas que operan como pautas o recomendaciones dirigidas a los profesionales sanitarios, es decir, un plan de acción coordinado relacionado con una enfermedad. Existen en múltiples especialidades, y otorgan al médico amparo a la hora de justificar su actuación, especialmente frente a las reclamaciones que pueda ser objeto, protección mayor si los protocolos utilizados se hallan avalados por las Sociedades Científicas de su especialidad.

Los protocolos o Guías de Práctica Clínica son documentos complejos que requieren una exquisita formación científica y práctica, presupuestos imprescindibles para redactar un protocolo con rigor científico. Nivel científico que no se da en la generalidad de los médicos, por lo que se demanda un constante reciclaje de los facultativos. Los protocolos deben además ajustarse al entorno asistencial en el que se aplican, siendo necesario que los médicos-clínicos redacten los protocolos de su servicio si reúnen las condiciones apuntadas.

Según DE LORENZO & MONTERO (1988), resume la importancia de los protocolos médicos en el análisis de los procedimientos por mala praxis, al afirmar que el órgano judicial que enjuicia la reclamación no conoce de ordinario la actividad médica ni las condiciones en las que ésta se desenvuelve.

Los jueces y los tribunales han resaltado reiteradamente en extensa jurisprudencia que la obligación del médico es de medios y no de resultados y reconocen a los facultativos independencia técnica en el ejercicio de su profesión, pero siempre tendrán que emitir un juicio valorativo por comparación entre la conducta seguida por el profesional que ve incriminada su actuación y aquella otra conducta ideal que hubiera seguido un profesional cuidadoso, según las reglas que rigen el ejercicio profesional. El juicio de reproche o no se realizará en consideración a dos binomios, que servirán para imputar jurídicamente la conducta profesional, elementos en los que van a incidir la aparición de los protocolos: el de la previsibilidad o la imprevisibilidad del resultado y el de la omisión u observancia de un deber objetivo de cuidado.

Respecto a la previsibilidad o imprevisibilidad del resultado se establece que el seguimiento de las pautas protocolarias implica conocer y tener presente los riesgos, las complicaciones y la evolución previsible, y su cumplimiento expresa la medida de la atención y diligencia adoptada por el profesional en presencia de los riesgos que idealmente se asumen en relación a la observancia o inobservancia del deber objetivo de cuidado, la simple existencia de los protocolos constituirá un importante dato normativo, si se quiere no en el sentido de norma jurídicamente aplicable y obligatoria, pero sí como manifestación de la conducta del profesional cuidadoso.

Los protocolos facilitarán indudablemente la comprobación de la culpa o diligencia del médico, ya que constituyen un parámetro de guía de comportamiento profesional que se encuentra a disposición de todos los interesados: reclamantes, médicos, acusación, defensa, peritos y magistrados.

## **B. Chile**

A nivel Sudamericano se ha podido encontrar la presente investigación como antecedente, me refiero tesis de MEDINA & MIRANDA (2013) denominada: "Responsabilidad Contractual Médica. Análisis Jurisprudencial de las Obligaciones de Resultado." Desarrollado en la Universidad de Chile Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Privado Santiago de Chile 2013, la investigación estuvo a cargo de:

Las citadas autoras problematizan el presente tema al "tratar la responsabilidad contractual médica, específicamente realizar un análisis del reconocimiento jurisprudencial de las obligaciones de resultado". Pues lo que estas investigadoras pretender analizar como problema es:

Según manifiesta GUAJARDO (2002) El problema de la responsabilidad médica en general, y particularmente en la responsabilidad contractual médica objeto de esta investigación-, consiste en determinar si el médico se obliga sanar al paciente, lo que es una obligación de resultado, o sólo poner a disposición del enfermo todos sus conocimientos con el objeto de sanarlo, lo que consistiría en una obligación de medios. En el caso de sostener que la obligación del médico es de resultado, siempre que un profesional no llegue a sanar al paciente estaría incumplándose el contrato de prestación de servicios

médicos, dándose además los otros requisitos de la responsabilidad contractual, y sólo se podrá eximir de dicha responsabilidad probando el caso fortuito o fuerza mayor. En cambio, en las obligaciones de medios conjuntamente a determinar que no se logró el resultado, el paciente debe probar que el deudor no ha actuó con la diligencia necesaria. Citado en. p. 84

Cabe también mencionar que esta investigación presente como objetivo general: “Describir la tendencia jurisprudencial en esta última década de la responsabilidad contractual médica, específicamente de las obligaciones de resultado.” Y de manera específica se han planteado los siguientes objetivos:

- Determinar en qué consiste la responsabilidad contractual médica, de manera de establecer sus características, elementos y preceptos que la definen como tal y la distinguen de otros tipos de responsabilidad.
- Explicar en qué consiste una obligación contractual de medios y por qué es considerada como la obligación principal del médico, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente.
- Explicar en qué consiste una obligación contractual de resultado y analizar casos en que se hace patente esta responsabilidad, que es excepcional tanto en el derecho nacional como comparado.

### **C. Colombia**

En Colombia se ha podido encontrar la investigación estuvo a cargo de RUIZ (2004), Responsabilidad Civil Médica, Cali-Colombia abogado de la universidad Libre de Cali – Colombia, Criterio Jurídico Santiago de Cali V.4 2004 p. 195-216 ISSN 1657-3978

En el cual nos dice que la medicina conlleva una enorme responsabilidad que surge de las características que engloban su práctica, por ello existe un concepto básico y es que todo procedimiento, ya sea terapéutico, quirúrgico o de diagnóstico, tiene asociado un riesgo para el paciente, representado en que las acciones del médico que le produzcan algún daño o secuela psíquica o física. Este riesgo, que es soportado por el enfermo y debe ser asumido por el

galeno o practicante, obviamente tiene unas implicaciones legales, dado que el afectado puede recurrir a la justicia en caso de sentirse perjudicado. Actualmente, el elemento más aceptado en relación con la obligación de reparación por el hecho de terceros es la obligación de seguridad y garantía, a través de la cual se busca que se le brinde al paciente (cual obligación de medios, excepcionalmente de resultados, y también de fin determinado), un mínimo de seguridad en cuanto a los profesionales que en una institución (pública o privada) trabajen y a los elementos adecuados y necesarios para que el fin buscado, cual es el de la preservación de la salud, pueda ser logrado.

Asimismo, esta figura jurídica no pretende, en un momento determinado y ante un daño evidente causado al paciente, demostrar la subjetividad de la acción u omisión de un profesional médico, sino el incumplimiento al principio de seguridad y buena fe. Con frecuencia, el médico se enfrenta al dilema de escoger entre dos o más soluciones. Se plantea, por una parte, que es lo que debe hacer por el bienestar del paciente, dentro del criterio científico prevaleciente, y cuál de las probables acciones es la más favorable o menos dañina para éste; de acuerdo con los riesgos inherentes al acto médico y obedeciendo siempre a los principios de respeto a la vida, a la integridad humana, a la preservación de la salud, entre otros. A pesar de esto, todo profesional de la medicina, hoy por hoy, está sujeto a una desagradable y amarga situación representada ya sea en una demanda civil, administrativa (llamamiento en garantía o acción de repetición) o acusación penal por una supuesta mala praxis médica.

Actualmente en Colombia la responsabilidad médica es de medio y no de resultado; es decir el galeno no está en la obligación de garantizar la salud del enfermo, pero sí de brindarle todo su apoyo en procura de su mejoría. Excepcionalmente es de resultado como en aquellos casos de cirugías estéticas, donde el paciente piensa que va a obtener un resultado por la información deficiente que dan los facultativos; pues la información sesgada puede dar expectativas irreales y es la que genera la responsabilidad. La obligación contractual o extracontractual del médico respecto de la persona a quien va a tratar, es una prestación de servicios enmarcada en el consentimiento.

Por supuesto que el tema ha sido controvertido; toda vez que la tradición jurídica latina se inclina por la decisión discrecional “paternalista” del médico,

mientras que la doctrina anglo-norteamericana le da relevancia al consentimiento del paciente, no pudiendo realizarse el tratamiento sin su aceptación. Este criterio tiene su antecedente remoto en el propósito de John Locke, uno de los encargados de fundamentar teóricamente el nuevo ordenamiento social, enunciando que nadie puede dañar a otro en su vida, salud, libertad y propiedad.

Con respecto a la mala práctica médica, esta se podría definir como una situación de impericia, negligencia o indolencia profesional, donde el galeno produce un resultado que no previó, que no anticipó y que sin embargo era anticipable, representable y objetivamente previsible. Y donde la imprudencia grave es entendida como la omisión de todas las precauciones exigibles que debieron adoptarse en el suceso o evento de que se trate, o al menos de las más elementales o rudimentarias y es sancionada a título de delito.

Definitivamente, la relación médico–paciente está reglada por un expreso acuerdo de voluntades, mediante el cual el médico queda comprometido, generalmente por una obligación de medios a empeñar todo su conocimiento, destreza y juicio clínico. Aunque ya la jurisprudencia nacional e internacional le ha asignado a ciertas áreas de la medicina la condición de obligación de resultados o fines.

Es total recalcar que en virtud de este vínculo contractual las instituciones de salud deben cumplir de forma cautelosa y segura, con todos los cuidados preestablecidos y bajo ningún concepto deben entender su responsabilidad como meramente de medio. El cuidado del paciente se convierte para la institución en una verdadera obligación de resultado, debiendo ser exigente consigo misma y con todo el personal bajo su cargo, a fin de asegurar la calidad en la prestación de servicios médicos sanitarios a todos los usuarios.

Según RUIZ (2014). Nos dice que más allá de la consideración de la culpa in vigilando o in eligiendo, que debe el Estado a los particulares -según el caso- sobre el personal que libremente labora o se desempeña en estas instituciones; más allá de la obligación de cuidado que deben las instituciones hacia los usuarios; más allá de la obligación contractual incluyendo la de servicios hospitalarios, se encuentra el principio fundamental de la garantía, el cual

propende a que las instituciones ofrezcan a sus usuarios una vez demostrado el daño sufrido, los resarcimientos económicos como contraprestación, de acuerdo con la norma sustantiva civil. Ahora bien, en caso de una demanda a una entidad estatal por el daño que uno de sus médicos le ocasione a un paciente, esta debe repetir contra el funcionario público para que le devuelva al Estado lo que pagó por culpa suya. Citado en p.195

Según el consejo de estado de Colombia en su Sentencia 25000232600020000129301 (27522), mayo 8/13, M. P. Olga Mélida Valle de la Hoz nos dice que el no aplicar los protocolos establecidos para los procedimientos médicos genera una falla del servicio, derivada de la conducta culposa del profesional de la salud, indicó el Consejo de Estado.

Con base en el principio de la reparación integral, el alto tribunal le ordenó al Hospital Militar Central adelantar los procedimientos necesarios para reconstituir el seno a una mujer que sufrió su extirpación a pesar de que la presencia de cáncer en su organismo no requería esta medida.

El Consejo aclaró que la falla del servicio se presenta por no utilizar los medios diagnósticos aconsejados por los protocolos médicos para verificar la enfermedad, antes de iniciar el tratamiento correspondiente.

En el caso analizado, se practicó la mastectomía sin que se hubiera verificado la posibilidad de agotar otros procedimientos, como la quimioterapia, que habrían evitado recurrir a dicha intervención.

La corporación destacó la importancia del diagnóstico, pues, con base en él, se plantea el tratamiento que se debe seguir. Por lo tanto, una equivocación esta etapa tiene como consecuencia, la mayoría de las veces, un error en el tratamiento.

Así las cosas, se incurre en falla del servicio, cuando la entidad no agota los recursos científicos y técnicos que tiene su alcance para establecer un diagnóstico definitivo.

Finalmente, explicó que, en este caso, existió una vulneración grave del derecho a la salud de la demandante y se le afectó no solo su fisonomía, sino su capacidad de goce y su naturaleza como mujer.

Por esa razón, le ordenó al hospital practicar los exámenes, análisis y cirugías necesarias para la reconstrucción física del seno, y los tratamientos de

rehabilitación física y psicológica requeridos. Además, deberá pagarle 353 millones de pesos, por concepto de perjuicios morales y daño a la salud.

#### **D. España**

Según PALOINO LORENTE, (1996), en curso sobre “Cuidados paliativos: Aspectos éticos y legales”, celebrado en la Universidad Complutense de Madrid, afirma que desde el marco legal no debe ser exigible al médico clínico la aplicación de protocolos en medicina paliativa en un enfermo concreto. Teme la protocolización de la medicina paliativa que puede llevar a cometer errores ya que pueden servir para la generalidad de las personas, pero pueden ser fatales para un enfermo concreto.

El valor del cumplimiento en las actuaciones médicas de los protocolos marcados por el servicio sanitario donde actúa el profesional enjuiciado en un procedimiento de mala praxis médica ha sido determinante en numerosas sentencias judiciales.

Sirva como ejemplo el procedimiento judicial conocido como enema Casen, administración del referido enema a una niña de siete meses con polimalformaciones y lesiones cardíacas congénitas que sufrió una parálisis órgano funcional irreversible del 95%. La Audiencia Provincial de Vizcaya el 8 de mayo de 1994 absolvió al pediatra “ya que actuó según lo indicado en el protocolo”.

Debe citarse igualmente el famoso “caso de las pruebas alérgicas” en el que salió condenado un anestesista al producirse en el enfermo efectos secundarios a la anestesia, imprevisibles. La Sala Segunda del T.S., en sentencia muy controvertida (S.T.S. 18 de marzo de 1993) condenó a un anestesista porque “había omitido las precauciones que aconseja la más vulgar prudencia, por no haberse realizado las oportunas

Pruebas alérgicas”. El recurso extraordinario de revisión fue desestimado por el T.S. (auto del 5 de abril 1994) pero, posteriormente, influido por las protestas de las autoridades científicas nacionales e internacionales y de eminentes juristas (Ruiz Vadillo, Presidente de la Sala de lo Penal del T.S.), la misma Sala que desestimó el recurso solicitó al Gobierno el indulto del anestesista que finalmente fue concedido.

## **2.1.2.2 EN EL PAIS:**

### **A. Lima**

A nivel nacional se ha podido encontrar como antecedentes de la investigación el artículo citado por CIEZA (2013), denominado: “Nuestra Jurisprudencia y la Responsabilidad Civil Médica. Reflexiones sobre su aplicación”. Citado en su libro “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

El referido autor menciona: “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 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 publicada. Párrafo extraído de (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. 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.”

### **2.1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.**

El problema pudo ser formulado interrogativamente mediante las siguientes preguntas:

#### **PRIMERA PARTE DEL PROBLEMA: (INCUMPLIMIENTO)**

- a) ¿Qué normas se incumplieron respecto a La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra?
- b) ¿En el Hospital Provincial Docente Belén se cumplieron las normas establecidas para la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: ¿Mal praxis Ginecobstetra?
- c) ¿Cómo se aplican en la realidad operativa en los hospitales?
- d) Existieron incumplimientos ¿Cuáles son?
- e) ¿Por qué se dieron esos incumplimientos?

#### **SEGUNDA PARTE DEL PROBLEMA: (DISCREPANCIAS TEORICAS)**

- a) ¿Qué planteamientos teóricos se aplican en La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: ¿Mal praxis Ginecobstetra?
- b) ¿Se conocieron y aplicaron bien esos planteamientos teóricos?

- c) ¿Existen discrepancias teóricas en La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra?
- d) Si existen discrepancias teóricas ¿cuáles son?
- e) ¿Cuáles son las relaciones causales que explicarían esas discrepancias teóricas?

#### **2.1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.**

Esta investigación fue necesaria para determinar la responsabilidad civil médica en el caso de la inobservancia de los protocolos: mal praxis ginecobstetra, que constituyeron un supuesto de particular importancia dentro de la responsabilidad civil en general y específicamente, de la responsabilidad profesional, cuya existencia como una institución o figura jurídica independiente de la responsabilidad en general no resulta pacífica.

La presente investigación pretendió buscar la posibilidad de generar concientización de los responsables de la salud orientando y planteando propuestas al ser tomadas en cuenta para evitar que las personas que ingresen a un nosocomio sean víctimas de algún tipo de negligencia o malpraxis medica, que pueda traer consigo graves consecuencias en su salud, de tal modo que este es un tema con mucha relevancia en el aspecto social, político y económico.

Cabe mencionar que la presente investigación resulto viable y factible desde el punto de vista de la disponibilidad en material bibliográfico, la razón que nos ha llevado a realizar este proyecto es encontrar posibles soluciones frente a esa problemática, establecer cuál debe ser el camino correcto a seguir y dar cumplimiento a normas y reglas que no atenten a la salud pública y lo relacionado con la carrera de derecho en el sentido que tenemos que basamos en preceptos normativos y principios fundamentales para conseguir buenos resultados en el aspecto jurídico.

## **2.1.5. LIMITES DE LA INVESTIGACIÓN.**

### LIMITACIONES:

- ❖ Los investigadores contamos con una disponibilidad de Tiempo Limitado, para el desarrollo de la investigación.
- ❖ La presente investigación genera Costos. Toda vez que no hay una institución que lo financie.
- ❖ La presente investigación involucro a otras áreas profesionales como la medicina; es decir multidisciplinaria.

## **2.2. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN:**

### **2.2.1. OBJETIVO GENERAL:**

La presente investigación pretende investigar La Responsabilidad CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELEN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014, con respecto a un MARCO REFERENCIAL que integre: *PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS* atinentes a este tipo de investigación; *NORMAS* que la rigen, y, *LEGISLACIÓN COMPARADA*, relacionadas con la presente investigación; mediante tipos de investigación: pura o básica, explicativa – causal; y, el análisis es cuantitativo, pero de forma complementaria, con calificaciones e interpretaciones cualitativas; con el apoyo de programas informáticos; con el propósito de identificar las causas de las variables prioritarias del problema; de tal manera que tengamos base para determinar las formas procesales eficientes en La Responsabilidad Civil Medica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra.

### **2.2.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:**

Para alcanzar el objetivo general enunciado en el numeral anterior, secuencial y concatenadamente, se deben lograr los siguientes propósitos específicos

- a) Se Ubicaron, seleccionaron y resumió Planteamiento Teóricos directamente relacionados La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén De Lambayeque Periodo 2010-

2014, tales como conceptos básicos; normas, tales como Constitución Política del Perú, código civil peruano, Ley General de Salud; y, Legislación comparada, tales como España, Chile, Argentina y Colombia.

Todo lo cual será integrado como MARCO REFERENCIAL, para el análisis de la investigación.

- b)** Se Describió la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén De Lambayeque Periodo 2010-2014; en sus partes y variables, tales como: Responsables y Comunidad Jurídica.
  
- c)** Se Comparó cuantitativa y cualitativamente cada parte o variable de la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén De Lambayeque Periodo 2010-2014, con respecto a cada parte o variable del Marco Referencial, tomado como patrón comparativo suficiente.
  
- d)** Se Identificaron las causas de los incumplimientos y discrepancias teóricas que afectan la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En Hospital Provincial Docente Belén De Lambayeque Periodo 2010-2014.
  
- e)** Se Propusieron alternativas de solución respecto a la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén De Lambayeque Periodo 2010-2014, de tal manera que se reduzcan los incumplimientos, y se mejoren las discrepancias teóricas.

### **2.3. HIPÓTESIS:**

#### **2.3.1. HIPÓTESIS GLOBAL:**

La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra en el Hospital Provincial Docente Belén De

Lambayeque periodo 2010-2014; se vio afectada por incumplimientos y discrepancias teóricas; que están relacionados causalmente y se explican por el hecho de que existe un planteamiento teórico, especialmente algún concepto básico, teoría y principios, contenido en la doctrina nacional y extranjera; y a la vez en el Hospital Provincial Docente Belén cuando se trata de intervenciones ginecobstetras se da Malpraxis Ginecobstetra respecto a las historias clínicas revisadas, mientras que no se conocen y no se aplican los protocolos médicos ya que nos mencionaron que solamente tienen actualizado hasta el año 2010; por otro lado no se cumple con lo dispuesto en las Normas de nuestro ordenamiento jurídico nacional especialmente de la constitución política del Perú, Código Civil y la Ley General de Salud, o que los responsables no lo conocen o no lo aplican, generando de esta forma que tanto los pacientes, sus familiares, así como también personal administrativo se vea afectado por La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén De Lambayeque Periodo 2010-2014, además por no haberse tenido en cuenta la estructura legislativa de la Legislación Comparada, como experiencia exitosa con el propósito de reducir los incumplimientos y discrepancias teóricas, pudiendo tomar en cuenta la estructura legislativa de la Legislación Comparada, especialmente la de: España, Chile, Argentina y Colombia.

### **2.3.2. SUB-HIPÓTESIS.**

- a) Se observaron incumplimientos por parte de los responsables debido a que no se cumplieron con lo establecido en el contrato de prestación de servicios profesionales como médico cirujano, en La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra.

Formula: X1; A1;-B2

Arreglo: -X, A, B

- b) Hubieron dos planteamientos teóricos diferentes en la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra, ya que no se estableció de manera clara como tratar el problema y no se tomaron en cuenta como experiencia exitosa a la legislación comparada tales como, España, Chile, Colombia y Argentina.

Fórmula : X2; A2;-B1;-B3

Arreglo : -X, A, B

- c) Se evidenciaron discrepancias teóricas por parte de los responsables, debido a que no se tuvieron en cuenta algunos planteamientos teóricos respecto de La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra.

Fórmula : X2; A1; -B1

Arreglo : -X, A, B

## **2.4. VARIABLES:**

### 2.4.1. IDENTIFICACIÓN DE LAS VARIABLES:

Dados los cruces de las variables que consideran las subhipótesis, para obtener los datos que al ser tabulados y mostrados como informaciones con respecto a las cuales se formulan apreciaciones descriptivas que luego son calificadas e interpretadas en el análisis para presentarlas integradas y resumidas como apreciaciones resultantes del análisis, que al usarse como premisas permitan contrastar cada subhipótesis con las que están directamente relacionadas, en esta investigación se requiere obtener los datos de los dominios de las siguientes variables:

### **A= Variables de la Realidad**

A1 = Responsables

A2 = Comunidad Jurídica

### **B = Variables del Marco Referencial**

B1 = Planteamientos Teóricos

B2 = Normas

B3 = Legislación Comparada

### **X = Variables del Problema**

X1 = Incumplimientos

X2 = Discrepancias Teóricas

## **2.4.2.- DEFINICION DE LAS VARIABLES:**

### **A1 = RESPONSABLES**

Pertencen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicitar lo referente a *“persona(s) obligada(s) a cumplir ciertas tareas o asumir ciertas funciones para el logro de objetivos...”* (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª Edición.)

### **A2 = COMUNIDAD JURÍDICA**

Pertencen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicitar lo referente a *“abogados, jueces, fiscales, docentes de derecho y todos aquellos que de alguna manera se encuentran relacionados con el campo del derecho, relacionado con La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra de Resultado* (Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, 22ª Edición.)

## **B1 = PLATEAMIENTOS TEORICOS**

Según KOONTZ & WEINRICH (1998) manifiesta lo siguiente:

Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicitar: *“Una imagen mental de cualquier cosa que se forma mediante la generalización a partir de casos particulares como, por ejemplo, una palabra o un término” (...); referidos a lo básico, es decir (...) “perteneciente a la base o bases sobre la que se sustenta algo fundamental”*

## **B2 = NORMAS**

Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicitar *“la norma o regla jurídica es un esquema o programa de conducta que disciplina la convivencia social, en lugar y momento determinados, mediante la prescripción de derechos y deberes, cuya observancia puede ser impuesta coactivamente” (TORRES, p. 190)*

## **B3 = LEGISLACIÓN COMPARADA**

Pertenece al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen el atributo de explicitar...*“Conjunto de leyes que ordenadas, generalmente en forma numérica y cronológica, rigen en un país, constituyendo el ordenamiento legal, tanto en sentido amplio, como especializado por diversas materias...”*; referido a comparada – comparar...*“Fijar la atención en dos o más cosas para descubrir sus relaciones o estimar sus diferencias o semejanzas.”*

## **X1 = INCUMPLIMIENTOS**

Pertencen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicitar lo referente a que si...*“todas las normas que la entidad debe cumplirse cumplen en la realidad operativa de esa entidad, entonces no hay problema; pero basta que una norma sea incumplida para que exista problema; y, debemos nombrarlo como incumplimiento.”...*

## **X2 = DISCREPANCIAS TEÓRICAS**

Según CABALLERO (2000) manifiesta lo siguiente:

Pertencen al dominio de esta variable, todos los datos que en común tienen la propiedad de explicitar si...*“Al observar la realidad, el investigador identifica planteamientos teóricos contradictorios; que conocen y siguen diferentes ejecutivos de la entidad, para decidir respecto a algún aspecto o parte de la realidad; es decir que no hay unidad en la base de los criterios de decisión entre dos (o más) ejecutivos...si todos los ejecutivos conocen y aplican planteamientos teóricos que no son contradictorios; entonces, no hay problema. Pero, si dos o más ejecutivos, conocen o aplican planteamientos teóricos diferentes o contradictorios para decidir cómo se debe hacer algo en esa parte de la realidad, entonces hay un problema y el investigador debe nombrarlo; como: discrepancias teóricas”*

### 2.4.3.- CLASIFICACIÓN DE LAS VARIABLES:

Variables	Clasificaciones						
	Por la relación causal	Por la cantidad	Por la jerarquía				
			4	3	2	1	0
<u>A= De la Realidad</u> A1= Responsables A2= Comunidad Jurídica	Interviniente Interviniente	Cantidad Discreta	— T Ex	— M Ex	— Ex Ex	— P Ex	— N Ex
<u>B= Del Marco Referencial</u> -B1= Planteamientos Teóricos. -B2= Normas. -B3= legislación Comparada	Independiente Independiente Independiente	No cantidad Cantidad Cantidad	TA — T A	MA — MA	A — A	PA — P A	NA — N A
<u>-X= Del Problema</u> -X1= Incumplimientos -X2= Discrepancias Teóricas	Dependiente Dependiente	Cantidad Discreta	— —	— —	— —	— —	— —

Leyenda:

**T** = Totalmente  
**M** = Muy  
**P** = Poco  
**N** = Nada

**Ex** = Exitosas  
**A** = Aplicables  
**C** = Cumplidos  
**AP** = Aprovechable

## **2.5. Tipo y Diseño De La Ejecución.**

### **2.5.1. Tipo de Investigación**

Por su propósito fundamental la presente investigación corresponde a una investigación teórica, pura o básica; puesto que está dirigida hacia un fin netamente cognoscitivo, repercutiendo en unos casos a correcciones, y en otros en perfeccionamiento de los conocimientos, pero siempre con un fin eminentemente perfectible de ellos

### **2.5.2. Diseño de la Investigación**

Se utilizó el diseño causal- explicativo que relaciona:

M                      ←                      XY

Dónde:

M= es la muestra

X= es la observación a la variable independiente.

Y= es la observación a la variable dependiente.

## **2.6. Universo y Muestra**

### **2.6.1. Universo**

El universo de la presente investigación comprende a la sumatoria de todos los datos de los dominios de todas las variables que se han identificado en el numeral 2.4.1., sobre la identificación de las variables; las que son, Responsables y Comunidad Jurídica, planteamientos teóricos, normas, legislación comparada, Incumplimientos, Discrepancias Teóricas.

### **2.6.2. Selección de las técnicas, instrumentales e informantes o fuentes**

En la investigación, dadas las variables, que son cruzadas en las fórmulas de las sub-hipótesis, para obtener los datos de sus dominios, se requiere aplicar o recurrir a las siguientes:

**A)** La técnica del análisis documental; utilizando como instrumentos de recolección de datos: fichas textuales y resumen; teniendo como

fuentes libros y documentos de la institución; que usaremos para obtener datos de los dominios de las variables: planteamientos teóricos, normas y legislación comparada.

- B)** La técnica de la encuesta; utilizando como instrumento un cuestionario; que tendrá como informantes a los Jueces, abogados, Fiscales, médicos ginecoobstetras.

**Cuadro:**

Datos de los informantes según el cargo que desempeñan	N	%
Juez	10	2.81
Fiscal	05	1.40
Abogado	330	92.95
Médico Ginecobstetra	10	2.81
<b>Total</b>	<b>355</b>	<b>100%</b>

Fuente: cuestionario aplicado a jueces, fiscales, abogados, médicos ginecobstetra.

**2.6.3. Muestra**

Debido a que la población de informantes para el cuestionario son los jueces (10), Fiscales (05) Abogados (330), Médicos ginecobstetras (10), a todos ellos se les aplicarán las guías, que son alrededor de 355

A continuación, se detalla, la realización de la muestra:

Para sacar la muestra de abogados, teniendo en cuenta que a nivel del departamento de Lambayeque suman un total de 7774 inscritos en el colegio de abogados según información brindada por la secretaria del ICAL, se ha creído conveniente aplicar una encuesta piloto en donde se encuestó a treinta abogados para conocer el número de especialistas en derecho civil y responsabilidad civil, y se obtuvo como resultado que el 30% del total de abogados colegiados (7774), son especialistas en derecho civil y responsabilidad civil (2332 abogados).

Ahora bien, para delimitar nuestro número de encuestados se aplicó la siguiente formula:

**Fórmula:**

$$n = \frac{Z^2 (N) (p) (q)}{Z^2 (p) (q) + e^2 (N-1)}$$

**Donde:**

- n = Muestra
- (N) = 2332 "Población total"
- (p)(q) = 0.25 "Proporción máxima que puede afectar a la muestra"
- Z = 1.96 "El 95% de confianza de nuestro estudio"
- e = 0.05 "Margen de error"

$$\Rightarrow n = \frac{(1.96)^2 (2332) (0.25)}{(1.96)^2 (0.25) + (0.05)^2 (2332-1)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{(3.8416)(2332) (0.25)}{(3.8416)(0.25) + (0.0025) (2331)} \Rightarrow n = \frac{2239.6528}{(0.9604) + (5.8275)}$$

$$\Rightarrow n = \frac{2239.6528}{6.7879} \Rightarrow n = 329.9 \Rightarrow n = 330$$

➤ **Abogados**

Producto de la operación aritmética resultaron 330 Abogados

➤ **Magistrados**

Se aplicará el cuestionario a un total de 10 magistrados que desempeñan sus labores en la ciudad de Lambayeque, para lo cual se han considerado solamente los Jueces Civiles.

Se aplicará el cuestionario a un total de 05 fiscales que desempeñan sus labores en la ciudad de Lambayeque.

➤ **Médicos Ginecobstetras**

Se aplicará el cuestionario a un total de 10 médicos Ginecobstetras

### **2.6.3.1. Forma de tratamiento de los datos**

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos antes indicados, recurriendo a los informantes o fuentes también ya indicados; serán incorporados o ingresados al programa informático; y, con él se harán cuando menos, los cruces que consideran las sub-hipótesis; y, con precisiones porcentuales, ordenamiento de mayor a menor, y cronológico, serán presentados como informaciones en forma de cuadros, gráficos, etc.

### **2.6.3.2. Forma de análisis de las informaciones**

Con respecto a las informaciones presentadas como resúmenes, cuadros, gráficos, etc. Se formularán apreciaciones objetivas.

Las apreciaciones correspondientes a informaciones del dominio de variables que han sido cruzadas en una determinada sub-hipótesis, serán como premisas para contrastar esa sub-hipótesis.

El resultado de la contratación de cada sub-hipótesis (que puede ser logros, desapruueba parciales o desapruueba total) nos dará base para formular la conclusión general de la investigación.

Las apreciaciones y conclusiones resultantes del análisis fundamentaran cada parte de la propuesta de solución al problema nuevo que dio al inicio de la investigación.

## **2.7. Métodos, Técnicas e Instrumentos para Recolección De Datos.**

Para realizar la investigación, se emplearon los siguientes métodos:

### **2.7.1. Métodos**

**2.7.1.1.** El método descriptivo- explicativo, porque explico las causas que originan las Discrepancias Teóricas que no permiten reducir, La Malpraxis EN LOS CASOS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELEN DE LAMBAYEQUE.

**2.7.1.2.** El hipotético deductivo, por que sirvió para deducir las causas que originan las Discrepancias teóricas, que no permiten reducir.LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS:MALPRAXIS EN LOS

CASOS DE GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELEN DE LAMBAYEQUE. El método hipotético-deductivo consiste en la observación del fenómeno a estudiar, creación de una hipótesis para explicar dicho fenómeno, deducción de consecuencias o proposiciones más elementales que la propia hipótesis, y verificación o comprobación de la verdad de los enunciados deducidos comparándolos con la experiencia.

## **2.7.2. Técnicas e instrumentos**

### **2.7.2.1. La observación**

Esta técnica permitió percibir los hechos o fenómenos más relevantes que se estudiaron en el trabajo de campo. El instrumento utilizado fue: la Ficha o guía de observación.

### **2.7.2.2. La encuesta**

Es una técnica que se utiliza para determinar tendencias en el objeto de estudio. Es un conjunto de preguntas dirigida a una muestra representativa de la población o instituciones con el fin de conocer estados de opinión o hechos específicos. El instrumento utilizado fue: El cuestionario.

### **2.7.2.3. Análisis documental**

El análisis documental es una forma de investigación técnica, un conjunto de operaciones intelectuales, que buscan describir y representar los documentos de forma unificada sistemática para facilitar su recuperación. Como instrumento se empleó: El análisis de contenido.

### **2.7.2.4. El fichaje**

Es una técnica de gabinete que permite fijar información extraída de fuentes primarias y secundarias. Sus instrumentos son las Fichas. Entre ellas tenemos:

**Registro:** Permite anotar los datos generales de los textos consultados. Lo usamos para consignar las referencias bibliográficas, electrónicas.

**Resumen:** Esta ficha se utilizó para sintetizar los contenidos teóricos de las fuentes primarias o secundarias que sirvieron como marco teórico de la investigación.

**Textuales:** Transcribieron literalmente contenidos de la versión original. Se utilizó para consignar aspectos puntuales de la investigación como planteamientos teóricos, normas, jurisprudencia, principios de la investigación, citas de diferentes autores, etc.

**Comentario:** Representa el aporte de los investigadores. Es la idea personal que emite el lector de una lectura o experiencia previa. Lo utilizamos para comentar los cuadros estadísticos, resultados y los comentarios de los antecedentes.

## **2.8. Forma de tratamiento de los datos**

Los datos obtenidos mediante la aplicación de las técnicas e instrumentos de recolección de datos, aplicados a los informantes o fuentes ya indicados; serán analizados e incorporados al trabajo de investigación como información relevante que permitirá contrastar nuestra hipótesis con la realidad. Los datos recogidos serán sometidos a presiones porcentuales para ser presentados como averiguaciones en forma de cuadros, gráficos estadísticos, etc.

## **2.9. Forma de análisis de las informaciones**

Con respecto a las informaciones presentadas como resúmenes, cuadros, gráficos, etc., se formularán apreciaciones objetivas.

Las apreciaciones correspondientes a informaciones del dominio de variables que han sido cruzadas en una determinada sub hipótesis, serán usadas como premisas para contrastar esa sub hipótesis.

El resultado de la contratación de cada sub hipótesis (que puede ser prueba total, prueba y desaprueba parcial o desaprueba total), dará base para formular una conclusión parcial (es decir, que tendremos tantas conclusiones parciales como sub-hipótesis hayamos planteado).

Las conclusiones parciales, a su vez se usarán como premisas para contrastar a hipótesis global.

El resultado de la contratación de la hipótesis global (que también puede ser prueba total, prueba y desaprueba parciales o desaprueba total) nos dará base para formular la conclusión general de la investigación. Las apreciaciones y conclusiones resultantes del análisis fundamentarán cada parte de la propuesta de solución al problema nuevo que dio lugar al inicio de la investigación.

**CAPÍTULO III**  
**DESCRIPCION DE LA**  
**REALIDAD**

**TERCERA PARTE: DESCRIPCION DE LA REALIDAD  
DESCRIPCION DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA  
INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS  
GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE  
BELÉN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014.**

**3.1 DESCRIPCION DE LOS RESPONSABLES RESPECTO DE LA  
RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE  
LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL  
HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELÉN DE LAMBAYEQUE  
PERIODO 2010-2014.**

**3.1.1 Resultados de Conocimiento u Aplicación; y Desconocimiento de  
Los Planteamientos Teóricos en los Responsables.**

A.- El promedio de los porcentajes de Desconocimiento de los planteamientos teóricos en los responsables es de 56.14%

La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

**Tabla 1**

PLANTEAMIENTOS TEORICOS	Rptas no contestadas	%
Función indemnizatoria	<b>225</b>	<b>63.38</b>
Daño no patrimonial	<b>218</b>	<b>61.40</b>
Incumplimiento del servicio médico	<b>170</b>	<b>47.88</b>
Illicitud	<b>187</b>	<b>52.67</b>
TOTAL	<b>800</b>	<b>56.14</b>
INFORMANTES	<b>355</b>	

**Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobstetras en el departamento de Lambayeque**

B.- El promedio de los porcentajes de Conocimiento de los planteamientos teóricos en los responsables es de 43.85%

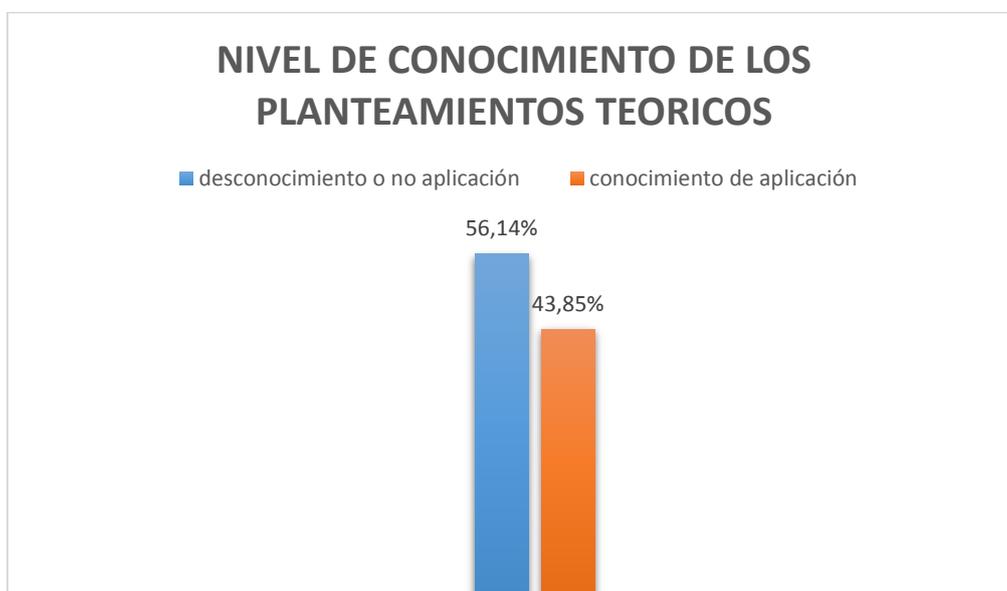
La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

**Tabla 2**

PLANTEAMIENTOS TEORICOS	Rptas contestadas	%
Función indemnizatoria	114	32.11
Daño no patrimonial	166	46.76
Incumplimiento del servicio médico	157	44.22
Ilícitud	188	52.95
TOTAL	625	43.85
INFORMANTES	355	

Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

**Figura N° 1**



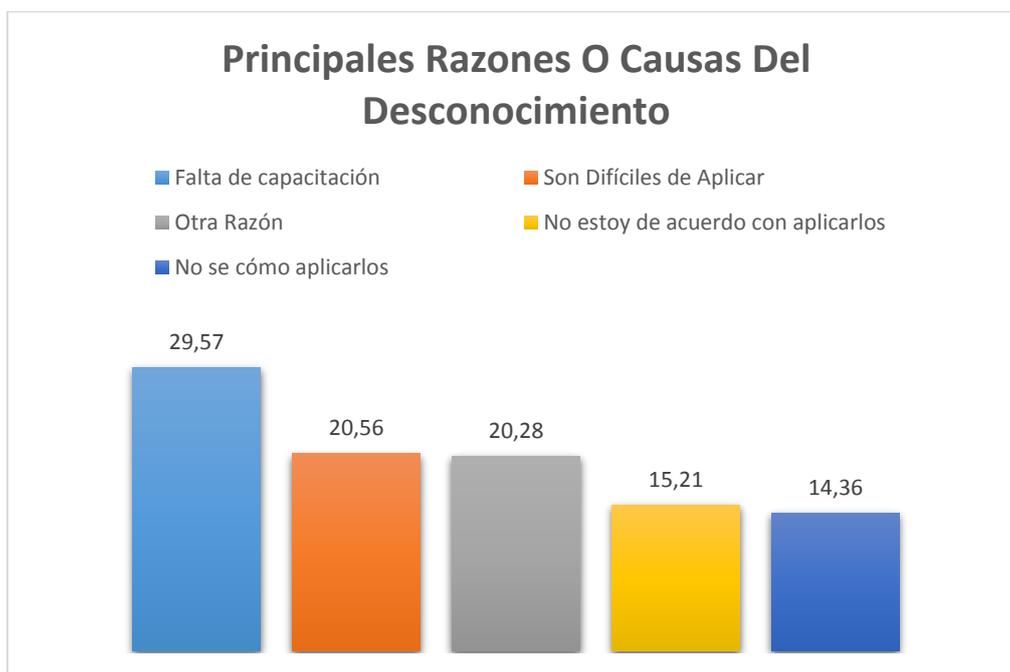
Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

### Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 56.14% de los informantes desconoce o no aplica los planteamientos teóricos mientras que un 43.85% conoce y aplica dichos planteamientos teóricos.

### 3.1.2 Razones del Desconocimiento de los Planteamientos Teóricos.

Figura N° 4



Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

#### Descripción:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que de los informantes consideran que las razones o causas del Desconocimiento o No Aplicación respecto de los planteamientos teóricos es del el 29.57% por falta de capacitación, el 20.56% de los encuestados considera que son difíciles de aplicar, el 15.21% considera que no está de acuerdo con aplicarlos, el 14.36% no saben cómo aplicarlos, y otra razón 20.28%

Tabla 3

RAZONES O CAUSAS	CANTIDAD	%
Falta de capacitación	105	29.57
Son Difíciles de Aplicar	73	20.56
No estoy de acuerdo con aplicarlos	54	15.21
No se cómo aplicarlos	51	14.36
Otra Razón	72	20.28
INFORMANTES	355	100.00

Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

### 3.1.3 Resultado del nivel de conocimiento y de las Normas en los responsables.

A.- El promedio de los porcentajes de Desconocimiento de las Normas en los responsables es de 56.38%

La prelación individual para cada Norma en la siguiente tabla es de:

**Tabla 4**

NORMAS	Rptas no contestadas	%
Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú	155	43.66
Artículo 1321° del Código Civil	192	54.08
Artículo 1969 del Código Civil	218	61.40
Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud	225	63.38
artículo 1762 del Código Civil	212	59.71
TOTAL	1002	56.38
INFORMANTES	355	

**Fuente: cuestionario aplicado a Magistrados, Abogados, y Médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque**

B.- El promedio de los porcentajes de Conocimiento de las normas en los operadores del derecho es de 43.61%

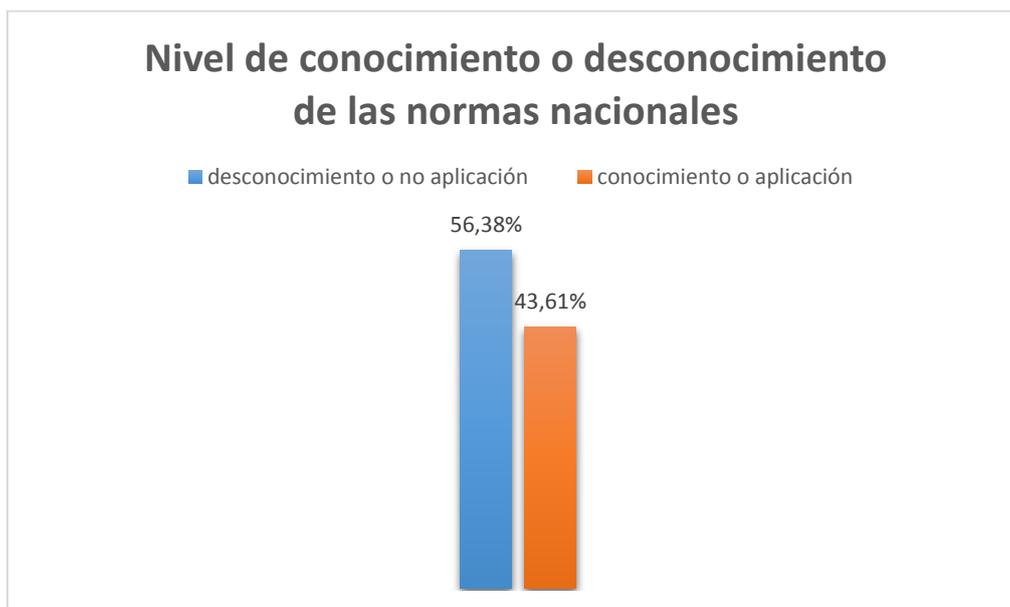
La prelación individual para cada Norma en la siguiente tabla es de:

**Tabla 5**

NORMAS	Rptas contestadas	%
Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú	178	50.14
Artículo 1321° del Código Civil	161	45.35
Artículo 1969 del Código Civil	145	40.84
Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud	137	38.59
artículo 1762 del Código Civil	154	43.38
TOTAL	775	43.61
INFORMANTES	355	

**Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque**

**Figura N° 8**



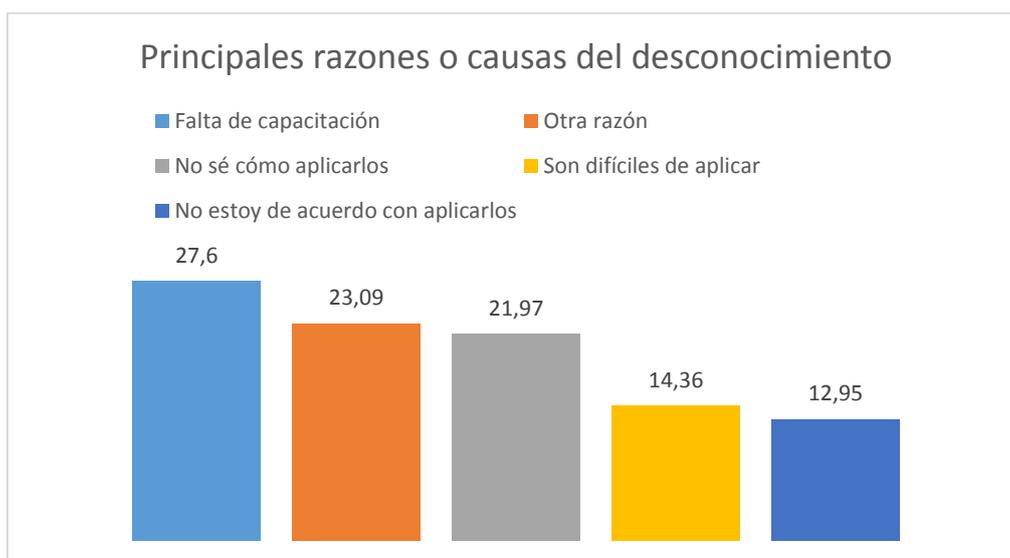
**Fuente:** cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

### **Descripción**

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 43.61% de los informantes conoce o aplica las normas nacionales, mientras que un 56.38% desconoce o no aplica dichas normas nacionales.

### **3.1.4 Principales Razones o Causas del Desconocimiento y no aplicación de las Normas en los Responsables.**

**Figura N° 9**



**Fuente:** cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

### **Descripción:**

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que de los informantes consideran que las razones o causas del Desconocimiento o No Aplicación respecto de las normas es del el 27.60% por falta de capacitación, el 14.36% de los encuestados considera que son difíciles de aplicar, el 12.95% considera que no está de acuerdo con aplicarlos, el 21.97% no saben cómo aplicarlos, y otros 23.09%.

**Tabla 6**

RAZONES O CAUSAS	CANTIDAD	%
Falta de capacitación	<b>98</b>	<b>27.60</b>
Son difíciles de aplicar	<b>51</b>	<b>14.36</b>
No estoy de acuerdo con aplicarlos	<b>46</b>	<b>12.95</b>
No sé cómo aplicarlos	<b>78</b>	<b>21.97</b>
Otra razón	<b>82</b>	<b>23.09</b>
INFORMANTES	<b>355</b>	<b>100.00</b>

Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

## **3.2 Descripción de la Comunidad Jurídica respecto de la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén De Lambayeque Periodo 2010-2014.**

### **3.2.1 Resultados de Conocimiento u Aplicación; y Desconocimiento de Los Planteamientos Teóricos en la Comunidad Jurídica**

A.- El promedio de los porcentajes de Desconocimiento de los Planteamientos Teóricos en la comunidad jurídica es de 52.98%

La prelación individual para cada Planteamiento Teórico en la siguiente tabla es de:

**Tabla 7**

PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS	Rptas No contestadas	%
Daño antijurídico	<b>176</b>	<b>49.57</b>
La antijuricidad	<b>197</b>	<b>55.49</b>
Factor de atribución	<b>218</b>	<b>61.40</b>
Función preventiva	<b>164</b>	<b>46.19</b>
	<b>TOTAL</b>	<b>755</b>
	<b>INFORMANTES</b>	<b>355</b>

**Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque**

B.- El promedio de los porcentajes de Conocimiento de los Planteamientos Teóricos en los Comunidad Jurídica es de 47.01%

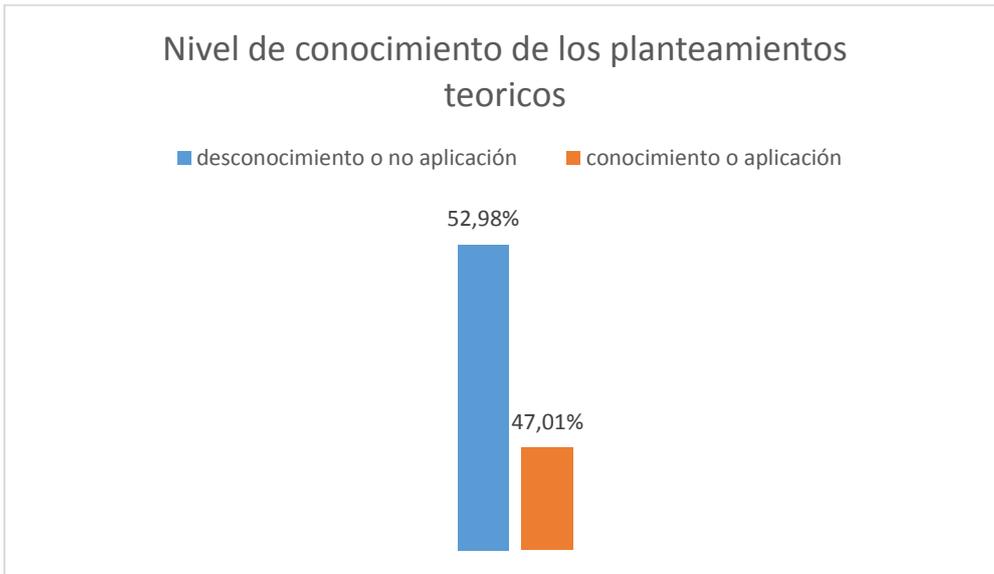
La prelación individual para cada Planteamiento Teórico en la siguiente tabla es de:

**Tabla 8**

PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS	Rptas Contestadas	%
Daño antijurídico	<b>196</b>	<b>55.21</b>
La Antijuricidad	<b>158</b>	<b>44.50</b>
Factor de atribución	<b>139</b>	<b>39.15</b>
Función preventiva	<b>177</b>	<b>49.85</b>
	<b>TOTAL</b>	<b>670</b>
	<b>INFORMANTES</b>	<b>355</b>

**Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque**

**Figura N° 13**



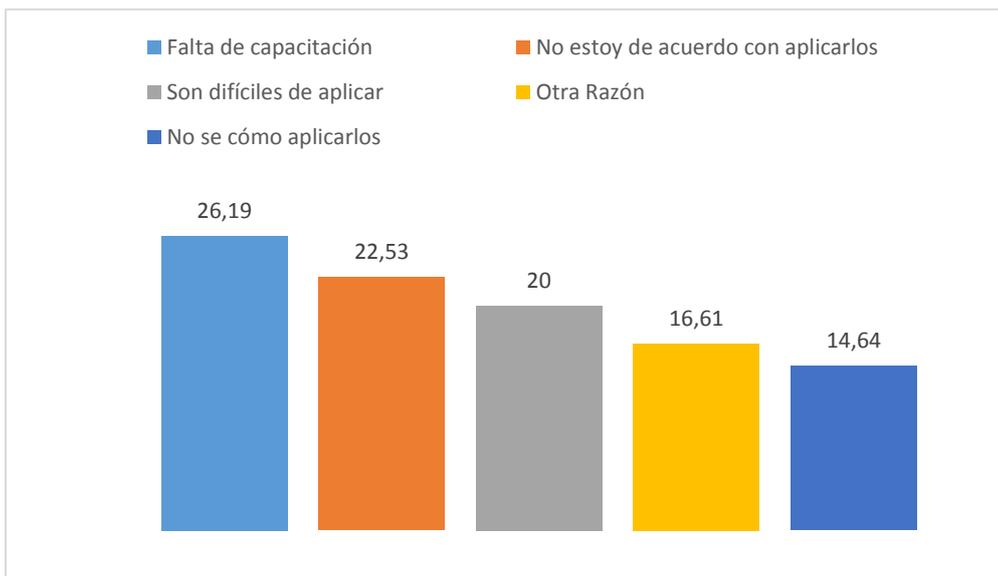
Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

**Descripción**

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 47.01% de los informantes conoce o aplica los planteamientos teóricos, mientras que un 52.98% desconoce y no aplica los planteamientos teóricos.

**3.2.2 Principales Razones o Causas del Desconocimiento de los Planteamientos Teóricos en la Comunidad Jurídica.**

**Figura N° 14**



Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

### Descripción:

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que de los informantes consideran que las razones o causas del Desconocimiento o No Aplicación respecto de las normas es del el 26.19% por falta de capacitación, el 20.00% de los encuestados considera que son difíciles de aplicar, el 22.53% considera que no está de acuerdo con aplicarlos, el 14.64% no saben cómo aplicarlos, y otros 16.61%

**Tabla 9**

RAZONES O CAUSAS	CANTIDAD	%
Falta de capacitación	93	26.19
Son difíciles de aplicar	71	20.00
No estoy de acuerdo con aplicarlos	80	22.53
No se cómo aplicarlos	52	14.64
Otra Razón	59	16.61
INFORMANTES	355	100.00

**Fuente:** cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

### 3.2.3 Resultados de Conocimiento u Aplicación; y Desconocimiento de la legislación comparada en la Comunidad Jurídica

A.- El promedio de los porcentajes de Desconocimiento de la legislación comparada en la comunidad jurídica es de 52.43%

La prelación individual para la legislación comparada en la siguiente tabla es de:

**Tabla 10**

LEGISLACIÓN COMPARADA	Rptas no Contestadas	%
Artículo 491 del Código Penal Chileno	186	52.39
Artículo 1902 del Código Civil Español	165	46.47
Artículo 22 del Código Penal Colombiano	176	49.57
Artículo 505 del Código Civil Argentino	184	51.83
TOTAL	711	52.43
INFORMANTES	355	

**Fuente:** cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

B.- El promedio de los porcentajes de Conocimiento de la legislación comparada en los Comunidad Jurídica es de 47.56%

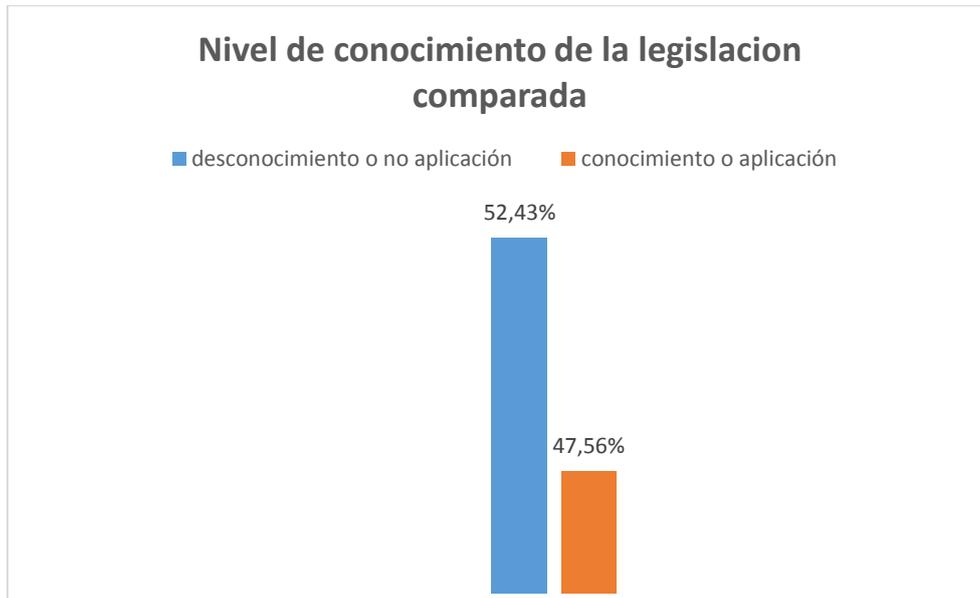
La prelación individual para la legislación comparada Teórico en la siguiente tabla es de:

**Tabla 11**

LEGISLACIÓN COMPARADA	Rptas Contestadas	%
Artículo 491 del Código Penal Chileno	<b>146</b>	<b>41.12</b>
Artículo 1902 del Código Civil Español	<b>174</b>	<b>49.01</b>
Artículo 22 del Código Penal Colombiano	<b>158</b>	<b>44.50</b>
Artículo 505 del Código Civil Argentino	<b>167</b>	<b>47.04</b>
TOTAL	<b>645</b>	<b>47.56</b>
INFORMANTES	<b>355</b>	

Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

**Figura N° 18**



Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobtetras en el departamento de Lambayeque

### Descripción

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que el 47.56% de los informantes conoce o aplica a la legislación comparada, mientras que un 52.43% desconoce y no aplica a la legislación comparada.

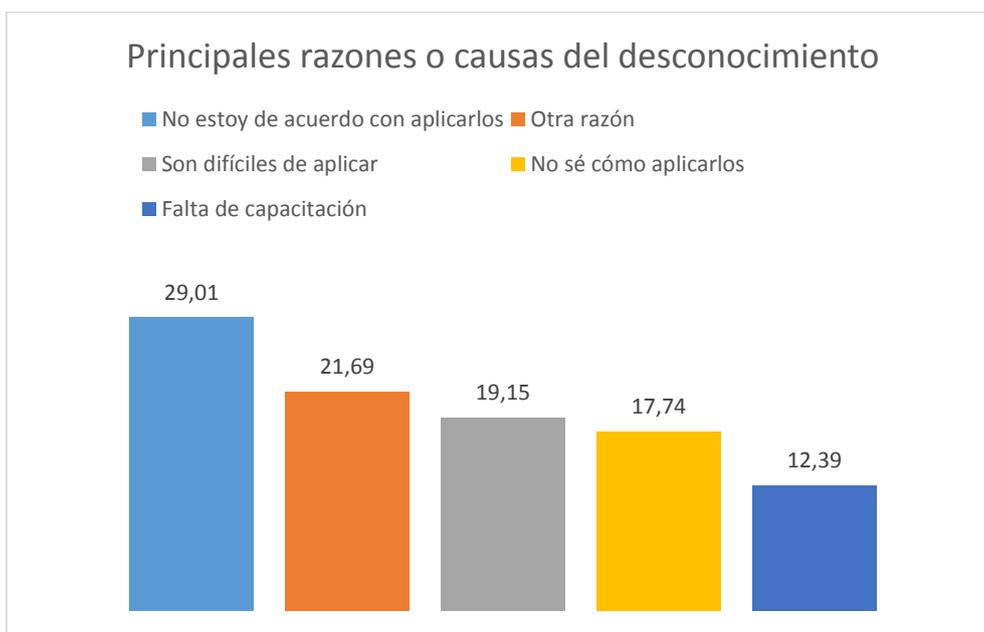
### 3.2.4 Principales Razones o Causas del Desconocimiento de la legislación comparada en la Comunidad Jurídica.

**Tabla 12**

RAZONES O CAUSAS	CANTIDAD	%
Falta de capacitación	44	12.39
Son difíciles de aplicar	68	19.15
No estoy de acuerdo con aplicarlos	103	29.01
No sé cómo aplicarlos	63	17.74
Otra razón	77	21.69
INFORMANTES	355	100.00

**Fuente:** cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

**Figura N° 19**



**Fuente:** cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

#### **Descripción:**

De acuerdo a los datos obtenidos se puede establecer que de los informantes consideran que las razones o causas del Desconocimiento o No Aplicación respecto de las normas es del el 12.39% por falta de capacitación, el 19.15% de los encuestados considera que son difíciles de aplicar, el 29.01% considera que no está de acuerdo con aplicarlos, el 17.74% no saben cómo aplicarlos, y otra razón 21.69%

# **CAPITULO IV**

## **ANÁLISIS**

## **CUARTA PARTE: ANALISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELÉN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014.**

4.1. ANALISIS DE LA SITUACION ENCONTRADA DE LOS RESPONSABLES RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTERA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELÉN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014.

### **4.1.1. ANÁLISIS DE LOS RESPONSABLES RESPECTO A LOS PLANTEAMIENTOS TEORICOS.**

Teóricamente se plantea que, entre planteamientos teóricos que deben conocer y aplicar bien los responsables tenemos los siguientes:

- a. Función indemnizatoria. - consiste en efectuarse un pago in natura o especie por el daño a la integridad física de la persona y el daño moral, se puede establecer una asignación económica que simbólicamente represente el valor del daño sufrido
- b. Daño no patrimonial. - aquel daño que lesiona directamente a la persona como tal, no ha sus bienes sino sus derechos fundamentales, esto. es la afectación espiritual o psicosomática, de ahí que se le denomine “daño subjetivo” ejemplos típicos de este daño se produce cuando se afecta la integridad física o psicológica comprometiendo su integridad física, bienestar mental, o derechos fundamentales (intimidad, honor, etc)
- c. Incumplimiento del servicio médico.- el centro médico o el profesional médico estando obligado contractualmente a realizar un acto médico no lo ha realizado oportunamente, pese a los requerimientos del paciente, y siendo la prestación aún posible de ejecutar, el paciente, si tiene los medios económicos, puede optar porque el mismo lo ejecute un tercero, exigiendo posteriormente que estos costos y los daños y perjuicios generados sean asumidos por el centro médico o profesional médico que tenía la obligación contractual de ejecutarlos.
- d. Ilícitud (elemento constitutivo de la responsabilidad). - Es una violación o quebrantamiento de un mandato o prohibición establecido

por el ordenamiento jurídico a través de un pacto contractual, normas imperativas o de orden público, el derecho consuetudinario o las buenas costumbres

Pero en la realidad, de la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según el FIGURA N° 05 que: el promedio de los porcentajes de Desconocimiento o No Aplicación de los Planteamientos Teóricos por parte de los responsables es de 56.14%, mientras que el promedio de los porcentajes de Conocimiento o Aplicación de los Planteamientos Teóricos por parte de los responsables es de 43.85%, con una prelación individual para cada Planteamiento Teórico como a continuación veremos:

- A.** El promedio de los porcentajes de Desconocimiento o No Aplicación de los planteamientos teóricos en los responsables es de 56.14% con un total de 800 respuestas no contestadas; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: discrepancias teóricas.

La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

**Tabla 13**

PLANTEAMIENTOS TEORICOS	Rptas no contestadas	%
Función indemnizatoria	<b>225</b>	<b>63.38</b>
Daño no patrimonial	<b>218</b>	<b>61.40</b>
Incumplimiento del servicio médico	<b>170</b>	<b>47.88</b>
Illicitud	<b>187</b>	<b>52.67</b>
TOTAL	<b>800</b>	<b>56.14</b>
INFORMANTES	<b>355</b>	

**Fuente:** cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

- B.** El promedio de los porcentajes de Conocimiento o Aplicación de los planteamientos teóricos en los responsables es de 43.85% con un total de 625 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo y, lo interpretamos como: Logros.

La prelación individual para cada Planteamiento teórico en la siguiente tabla es de:

**Tabla 14**

PLANTEAMIENTOS TEORICOS	Rptas contestadas	%
Función indemnizatoria	<b>114</b>	<b>32.11</b>
Daño no patrimonial	<b>166</b>	<b>46.76</b>
Incumplimiento del servicio médico	<b>157</b>	<b>44.22</b>
Ilicitud	<b>188</b>	<b>52.95</b>
TOTAL	<b>625</b>	<b>43.85</b>
INFORMANTES	<b>355</b>	

**Fuente:** cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobstetras en el departamento de Lambayeque

#### **4.1.1.1. Apreciaciones resultantes del análisis en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.**

- Discrepancias teóricas en los responsables, respecto a los Planteamiento Teóricos
  - 56.14% de Discrepancias teóricas en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.
    - La prelación individual de porcentajes de Discrepancias teóricas en los responsables, respecto a Planteamientos Teóricos, es de: 63.38% para Función indemnizatoria; el 61.40% para Daño no patrimonial; el 47.88% para Incumplimiento del servicio médico, y 52.67% Ilicitud.
- Logros en los responsables, respecto a los Planteamiento Teóricos
  - 43.85% de Logros en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.
    - La prelación individual de porcentajes de Discrepancias teóricas en los responsables, respecto a Planteamientos Teóricos, es de: 32.11% para Función indemnizatoria; el 46.76% para Daño no patrimonial; el 44.22% para Incumplimiento del servicio médico, y 52.95% Ilicitud.
- **Principales Razones o Causas de las Discrepancias Teóricas**
  - 29.57% por falta de capacitación,
  - 20.56% son difíciles de aplicar,

- 15.21% no está de acuerdo con aplicarlos,
- 14.36% no saben cómo aplicarlos,
- 20.28% otra razón

#### **4.1.2. ANALISIS DE LOS RESPONSABLES RESPECTO A LAS NORMAS.**

Jurídicamente se plantea que, entre las normas que deben conocer y aplicar bien los responsables tenemos los siguientes:

- a. Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú. - Toda persona tiene derecho: inciso 1: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.
- b. Artículo 1321° del Código Civil. - Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
- c. Artículo 1969 del Código Civil. - Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.
- d. Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud. - Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades.
- e. artículo 1762 del Código Civil. - Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

Pero en la realidad, de la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según el FIGURA N° 07 que: el promedio de los porcentajes de Desconocimiento o No Aplicación de las Normas por parte de los responsables es de 56.38%, mientras que el promedio de los porcentajes de Conocimiento o Aplicación de las Normas por parte de los responsables es de 43.61%, con una prelación individual para cada Norma como a continuación veremos:

A. El promedio de los porcentajes de Desconocimiento o No Aplicación de las Normas en los responsables es de 56.38% con un total de 1002 respuestas no contestadas; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: incumplimientos

La prelación individual para cada Norma en la siguiente tabla es de:

**Tabla 15**

NORMAS	Rptas no contestadas	%
Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú	155	43.66
Artículo 1321° del Código Civil	192	54.08
Artículo 1969 del Código Civil	218	61.40
Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud	225	63.38
artículo 1762 del Código Civil	212	59.71
TOTAL	1002	56.38
INFORMANTES	355	

**Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobstetras en el departamento de Lambayeque**

B. El promedio de los porcentajes de Conocimiento o Aplicación de las Normas en los responsables es de 43.61% con un total de 775 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo; y, lo interpretamos como: Logros.

La prelación individual para cada Norma en la siguiente tabla es de:

**Tabla 16**

NORMAS	Rptas contestadas	%
Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú	178	50.14
Artículo 1321° del Código Civil	161	45.35
Artículo 1969 del Código Civil	145	40.84
Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud	137	38.59
artículo 1762 del Código Civil	154	43.38
TOTAL	775	43.61
INFORMANTES	355	

**Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobstetras en el departamento de Lambayeque**

#### **4.1.2.1. Apreciaciones resultantes del análisis en los responsables respecto a las Normas**

- Incumplimientos de los responsables respecto a las Normas
  - 56.38% de incumplimientos en los responsables respecto a las Normas.
    - La prelación individual de porcentajes de incumplimientos en los responsables, respecto a Normas, es del: 43.76% para Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú; el 54.08% para Artículo 1321° del Código Civil; el 61.40% para Artículo 1969 del Código Civil; el 63.38% para Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud y el 59.71% para el artículo 1762 del Código Civil.
  
- **Logros en los responsables, respecto a las Normas**
  - 43.61% de Logros en los responsables respecto a las Normas.
    - La prelación individual de porcentajes de incumplimientos en los responsables, respecto a Normas, es del: 50.14% para Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú; el 45.35% para Artículo 1321° del Código Civil; el 40.84% para Artículo 1969 del Código Civil; el 38.59% para Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud y el 43.38% para el artículo 1762 del Código Civil.
  
- **Principales Razones o Causas de las normas**
  - 27.60% por falta de capacitación
  - 14.36% son difíciles de aplicar
  - 12.95% no está de acuerdo con aplicarlos
  - 21.97% no saben cómo aplicarlos,
  - 23.09% Otra razón

## **4.2. ANALISIS DE LA SITUACION ENCONTRADA DE LA COMUNIDAD JURÍDICA RESPECTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELÉN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014.**

### **4.2.1. Análisis de la Comunidad Jurídica Respecto de los Planteamientos Teóricos**

Teóricamente se plantea que, entre los conceptos básicos que deben conocer y aplicar bien en los responsables, tenemos los siguientes:

- a.** Daño antijurídico. - El daño entendido como menoscabo a un bien jurídicamente tutelado, el cual se va a manifestar en una afectación negativa a la esfera personal y/o patrimonial de una persona como consecuencia de una conducta antijurídica, esto es, que contraviene una norma jurídica formal, norma técnica o consuetudinaria.
- b.** La Antijuricidad. - Es todo comportamiento humano que causa daño a otro mediante acciones u omisiones no amparadas por el derecho, por contravenir una norma, el orden público, la moral y las buenas costumbres.
- c.** Factor de atribución. - causales por las cuales el ordenamiento jurídico hace responder a una persona por un daño causado sea directa o indirectamente<sup>55</sup> pudiendo clasificarse en objetivos (garantía, riesgo creado, abuso del derecho y la equidad) y subjetivos (la culpa, leve grave o inexcusable y el dolo).
- d.** Función preventiva. - implica la tutela preventiva para efectos de resguardar un bien jurídico amenazado por un daño, esto es la responsabilidad civil, puede evitar la consumación de un daño en proceso.

Pero en la realidad, de la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según el GRAFICO N° 11 que: el promedio de los porcentajes de Desconocimiento o No Aplicación de los Planteamientos Teóricos por parte de la comunidad jurídica es del 52.98%, mientras que el promedio de los porcentajes de Conocimiento o Aplicación de los Planteamientos Teóricos

por parte de la comunidad jurídica es de 47.01%, con una prelación individual para cada Planteamiento Teórico como a continuación veremos:

- A. El promedio de los porcentajes de Desconocimiento o No Aplicación de los Planteamientos Teóricos por parte de la comunidad jurídica es de 52.98% con un total de 755 respuestas no contestadas; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: Discrepancias Teóricas.

La prelación individual para cada Planteamiento Teórico en la siguiente tabla es de:

**Tabla 17**

PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS	Rptas No contestadas	%
Daño antijurídico	<b>176</b>	<b>49.57</b>
La antijuricidad	<b>197</b>	<b>55.49</b>
Factor de atribución	<b>218</b>	<b>61.40</b>
Función preventiva	<b>164</b>	<b>46.19</b>
TOTAL	<b>755</b>	<b>52.98</b>
INFORMANTES	<b>355</b>	

**Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos Ginecobstetras en el departamento de Lambayeque**

- B. El promedio de los porcentajes de Conocimiento o Aplicación de los Planteamientos Teóricos por parte de la comunidad jurídica es de 47.01% con un total de 670 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo; y, lo interpretamos como: Logros.

La prelación individual para cada Planteamiento Teórico en la siguiente tabla es de:

**Tabla 18**

PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS	Rptas Contestadas	%
Daño antijurídico	<b>196</b>	<b>55.21</b>
La Antijuricidad	<b>158</b>	<b>44.50</b>
Factor de atribución	<b>139</b>	<b>39.15</b>
Función preventiva	<b>177</b>	<b>49.85</b>
TOTAL	<b>670</b>	<b>47.01</b>
INFORMANTES	<b>355</b>	

Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos inecobsteras en el departamento de Lambayeque

#### **4.2.1.1. Apreciaciones resultantes del análisis de la comunidad jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.**

- Discrepancias teóricas en la comunidad jurídica, respecto a los Planteamiento Teóricos
  - 52.98% de discrepancias teóricas en la comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.
    - La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de las comunidad jurídica, respecto de los Planteamientos Teóricos, es del: 49.57% para Daño antijurídico; 55.49% para la antijuricidad; 61.40% para Factor de atribución; 46.19% para Función preventiva.
  
- **Logros de la Comunidad Jurídica , respecto a los Planteamiento Teóricos**
  - 47.01% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.
    - La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de las comunidad jurídica, respecto de los Planteamientos Teóricos, es del: 55.21% para Daño antijurídico; 44.50% para la antijuricidad; 39.15% para Factor de atribución; 49.85% para Función preventiva.
  
- **Razones o Causas de los Empirismos Normativos**
  - 26.19% por falta de capacitación
  - 20.00% son difíciles de aplicar
  - 22.53% no está de acuerdo con aplicarlos
  - 14.64% no saben cómo aplicarlos,
  - 16.61% Otra razón

#### **4.2.2. Análisis de la Comunidad Jurídica Respecto de Legislación Comparada**

Jurídicamente se plantea que, entre las normas que deben conocer y aplicar bien los responsables tenemos los siguientes:

- a. Artículo 491º del Código Penal Chileno señala que: “El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá en las penas del artículo 490º”.
- b. Artículo 1902 del Código Civil Español: El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.
- c. Artículo 22 del Código penal colombiano: La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta, cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deje al azar.
- d. Artículo 505 del Código Civil Argentino. Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: a) Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes

Pero en la realidad, de la opinión de los encuestados se ha obtenido como resultado, según el GRAFICO N° 13 que: el promedio de los porcentajes de Desconocimiento o No Aplicación de la legislación comparada por parte de la comunidad jurídica es de 52.43%, mientras que el promedio de los porcentajes de Conocimiento o Aplicación de la legislación comparada por parte de la comunidad jurídica es de 47.56%, con una prelación individual para cada legislación comparada como a continuación veremos:

- A. El promedio de los porcentajes de Desconocimiento o No Aplicación de la legislación comparada por parte de la comunidad jurídica es de 52.43% con un total de 711 respuestas no contestadas; que lo interpretamos como negativo; y, lo interpretamos como: discrepancias teóricas.

La prelación individual para la legislación comparada en la siguiente tabla es de:

**Tabla 19**

LEGISLACIÓN COMPARADA	Rptas no Contestadas	%
Artículo 491 del Código Penal Chileno	<b>186</b>	<b>52.39</b>
Artículo 1902 del Código Civil Español	<b>165</b>	<b>46.47</b>
Artículo 22 del Código Penal Colombiano	<b>176</b>	<b>49.57</b>
Artículo 505 del Código Civil Argentino	<b>184</b>	<b>51.83</b>
TOTAL	<b>711</b>	<b>52.43</b>
INFORMANTES	<b>355</b>	

**Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobstetras en el departamento de Lambayeque**

B. El promedio de los porcentajes de Conocimiento o Aplicación de la legislación comparada por parte de la comunidad jurídica es de 47.56% con un total de 645 respuestas contestadas; que lo interpretamos como positivo; y, lo interpretamos como: Logros.

La prelación individual para la legislación comparada Teórico en la siguiente tabla es de:

**Tabla 20**

LEGISLACIÓN COMPARADA	Rptas Contestadas	%
Artículo 491 del Código Penal Chileno	<b>146</b>	<b>41.12</b>
Artículo 1902 del Código Civil Español	<b>174</b>	<b>49.01</b>
Artículo 22 del Código Penal Colombiano	<b>158</b>	<b>44.50</b>
Artículo 505 del Código Civil Argentino	<b>167</b>	<b>47.04</b>
TOTAL	<b>645</b>	<b>47.56</b>
INFORMANTES	<b>355</b>	

**Fuente: cuestionario aplicado a magistrados, abogados, y médicos ginecobsteras en el departamento de Lambayeque**

#### **4.2.2.1 Apreciaciones resultantes del análisis de la comunidad jurídica respecto de la legislación comparada integrando Planteamientos Teóricos.**

##### **Discrepancias teóricas por arte de la Comunidad Jurídica respecto de la legislación comparada integrando Planteamientos Teóricos**

- Discrepancias teóricas de la Comunidad Jurídica, respecto de la legislación comparada
  - 52.43% de Discrepancias teóricas de la Comunidad Jurídica, respecto de la legislación comparada.

- La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, respecto de la legislación comparada, es de: 52.39% para Artículo 491 del Código Penal Chileno; el 46.47% para Artículo 1902 del Código Civil Español; el 49.57% para Artículo 22 del Código Penal Colombiano, el 51.83% para Artículo 505 del Código Civil Argentino
- **Discrepancias teóricas en la comunidad jurídica, respecto a los Planteamiento Teóricos**
- 52.98% de discrepancias teóricas en la comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.
    - La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de las comunidad jurídica, respecto de los Planteamientos Teóricos, es del: 49.57% para Daño antijurídico; 55.49% para la antijuricidad; 61.40% para Factor de atribución; 46.19% para Función preventiva.
  - 52.70% integrando porcentajes de discrepancias teóricas de la comunidad jurídica entre la legislación comparada y los planteamientos teóricos en la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belen De Lambaeyque Periodo 2010-2014

**Logros en la Comunidad Jurídica de la legislación comparada integrando Planteamientos Teóricos**

- Logros en la Comunidad Jurídica respecto de la legislación comparada.
  - 47.56% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto de la legislación comparada.
    - La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, respecto de la legislación comparada, es de: 41.12% para Artículo 491 del Código Penal Chileno; el 49.01% para Artículo 1902 del Código Civil Español; el 44.50% para Artículo 22 del

Código Penal Colombiano, el 47.04% para Artículo 505 del Código Civil Argentino.

➤ **Logros de la Comunidad Jurídica respecto, respecto a los Planteamiento Teóricos**

- 47.01% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.
  - La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de las comunidad jurídica, respecto de los Planteamientos Teóricos, es del: 55.21% para Daño antijurídico; 44.50% para la antijuricidad; 39.15% para Factor de atribución; 49.85% para Función preventiva.
- 47.28% integrando porcentajes de discrepancias teóricas de la comunidad jurídica entre la legislación comparada y los planteamientos teóricos en la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En EL Hospital Provincial Docente Belén De Lambayeque Periodo 2010-2014.

# **CAPÍTULO V**

# **CONCLUSIONES**

## QUINTA PARTE: CONCLUSIONES

### CONCLUSIONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELÉN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014.

#### 5.1. RESUMEN DE LAS APRECIACIONES RESULTANTES DEL ANALISIS

5.1.1. Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis, respecto a las partes o variables del problema.

##### 5.1.1.1. Incumplimientos

- Incumplimientos de los responsables respecto a las Normas
  - 56.38% de incumplimientos en los responsables respecto a las Normas.

La prelación individual de porcentajes de incumplimientos en los responsables, respecto a Normas, es del:

- 43.66% para Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú;
- 54.08% para Artículo 1321° del Código Civil;
- 61.40% para Artículo 1969 del Código Civil;
- 63.38% para Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud y
- 59.71% para el artículo 1762 del Código Civil.

##### 5.1.1.2. Discrepancias Teóricas

- Discrepancias Teóricas de los responsables respecto de los Planteamiento Teóricos
  - 56.14% de Discrepancias teóricas en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas en los responsables, respecto de los Planteamiento Teóricos, es del:

- 63.38% para Función indemnizatoria;
- 61.40% para Daño no patrimonial;
- 47.88% para Incumplimiento del servicio médico, y
- 52.67% Ilícitud.

➤ **Discrepancias Teóricas 52.70% integrando porcentajes de la comunidad jurídica entre la legislación comparada y los planteamientos teóricos en la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014.**

- 52.98% de discrepancias teóricas en la comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, respecto de los Planteamientos Teóricos, es del:

- 49.57% para Daño antijurídico;
- 55.49% para La Antijuricidad;
- 61.40% para Factor de atribución;
- 46.19% para Función preventiva.

➤ **52.43% de Discrepancias teóricas de la Comunidad Jurídica, respecto de la legislación comparada.**

La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, respecto de la legislación comparada, es de:

- 52.39% para Artículo 491 del Código Penal Chileno;
- 46.47% para Artículo 1902 del Código Civil Español;
- 49.57% para Artículo 22 del Código Penal Colombiano,
- 51.83% para Artículo 505 del Código Civil Argentino

## 5.1.2. Resumen de las apreciaciones resultantes del análisis, respecto a los logros como complementos de las partes o variables del problema.

### 5.1.2.1. Logros

- 43.61% de Logros en los responsables respecto a las Normas.

La prelación individual de porcentajes de incumplimientos en los responsables, respecto a Normas, es del:

- 50.14% para Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú;
- 45.35% para Artículo 1321° del Código Civil;
- 40.84% para Artículo 1969 del Código Civil;
- 38.59% para Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud y
- 43.38% para el artículo 1762 del Código Civil.

- **43.85% de Logros en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.**

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias teóricas en los responsables, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 32.11% para Función indemnizatoria;
- 46.76% para Daño no patrimonial;
- 44.22% para Incumplimiento del servicio médico,
- 42.95% Ilícitud.

- **47.28% integrando porcentajes de discrepancias teóricas de la comunidad jurídica entre la legislación comparada y los planteamientos teóricos en la Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014.**

- 47.56% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto de la legislación comparada.

La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, respecto de la legislación comparada, es de:

- 41.12% para Artículo 491 del Código Penal Chileno;

- 49.01% para Artículo 1902 del Código Civil Español;
  - 44.50% para Artículo 22 del Código Penal Colombiano,
  - 47.04% para Artículo 505 del Código Civil Argentino
- 47.01% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, respecto de los Planteamientos Teóricos, es del:

- 55.21% para Daño antijurídico;
- 44.50% para La Antijuricidad;
- 39.15% para Factor de atribución;
- 49.85% para Función preventiva.

## **5.2. CONCLUSIONES PARCIALES**

### **5.2.1. Conclusión Parcial 1**

#### **5.2.1.1. Contrastación de la sub hipótesis “a”**

En el sub numeral 2.3.2. a), planteamos las subhipótesis “a”, mediante el siguiente enunciado:

Se observaron incumplimientos por parte de los responsables debido a que no se cumplió con lo establecido en el contrato de prestación de servicios profesionales como médico cirujano, en La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014.

Formula:  $X_1; A_1; -B_2$

Arreglo: -X, A, B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.), que directamente se relacionan con esta subhipótesis “a”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta subhipótesis “a” cruza, como:

### **a) Logros**

- 43.61% de Logros en los responsables respecto a las Normas.

La prelación individual de porcentajes de incumplimientos en los responsables, respecto a Normas, es del:

- 50.14% para Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú;
- 45.35% para Artículo 1321° del Código Civil;
- 40.84% para Artículo 1969 del Código Civil;
- 38.59% para Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud y
- 43.38% para el artículo 1762 del Código Civil.

### **b) Incumplimientos**

- 56.38% de incumplimientos en los responsables respecto a las Normas.

La prelación individual de porcentajes de incumplimientos en los responsables, respecto a Normas, es del:

- 43.66% para Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú;
- 54.08% para Artículo 1321° del Código Civil;
- 61.40% para Artículo 1969 del Código Civil;
- 63.38% para Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud y
- 59.71% para el artículo 1762 del Código Civil.

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la contrastación de la subhipotesis “a”

La subhipotesis “a” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados arrojan un 56.38% de incumplimientos. Y, simultáneamente, la subhipotesis “a”, se disaprueba parcialmente minoritariamente, pues los resultados arrojan un 43.61% de Logros.

### 5.2.1.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 1

El resultado de la contratación de la subhipótesis “a”, nos da base o fundamento para formular la Conclusión Parcial 1, mediante el siguiente enunciado:

La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014.en los responsables, en promedio adolecían de un 56.38% de incumplimientos a razón de que no se conocían o no se aplicaban bien las Normas tales como: Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú; el Artículo 1321° del Código Civil; el Artículo 1969 del Código Civil; el Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud y el artículo 1762 del Código Civil; y consecuentemente en promedio conocían y aplicaban bien en un 43.61%

### 5.2.2. Conclusión Parcial 2

#### 5.2.2.1. Contrastación de la sub hipótesis “b”

Se apreciaron discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, debido a que no se establecieron de manera clara los grados de Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014., y además porque no se tomó como experiencia exitosa a la legislación comparada tales como, España, Chile, Colombia, Argentina, entre otras.

Fórmula :  $X_2; A_2; -B_1; -B_3$

Arreglo : -X, A, B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.), que directamente se relacionan con esta subhipótesis “b”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta subhipótesis “b” cruza, como:

### **a) Logros**

47.28% integrando porcentajes de logros de la comunidad jurídica entre la legislación comparada y los planteamientos teóricos en La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014.

- 47.56% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto de la legislación comparada.

La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, respecto de la legislación comparada, es de:

- 41.12% para Artículo 491 del Código Penal Chileno;
  - 49.01% para Artículo 1902 del Código Civil Español;
  - 44.50% para Artículo 22 del Código Penal Colombiano,
  - 47.04% para Artículo 505 del Código Civil Argentino
- 47.01% de Logros de la Comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, respecto de los Planteamientos Teóricos, es del:

- 55.21% para Daño antijurídico;
- 44.50% para La Antijuricidad;
- 39.15% para Factor de atribución;
- 49.85% para Función preventiva.

### **b) Discrepancias Teóricas**

52.70% integrando porcentajes de discrepancias teóricas de la comunidad jurídica entre la legislación comparada y los planteamientos teóricos en la Responsabilidad Civil Médica Y La

Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014.

- 52.43% de Discrepancias teóricas de la Comunidad Jurídica, respecto de la legislación comparada.

La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, respecto de la legislación comparada, es de:

- 52.39% para Artículo 491 del Código Penal Chileno;
  - 46.47% para Artículo 1902 del Código Civil Español;
  - 49.57% para Artículo 22 del Código Penal Colombiano,
  - 51.83% para Artículo 505 del Código Civil Argentino
- 52.98% de discrepancias teóricas en la comunidad Jurídica respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de discrepancias teóricas por parte de la comunidad jurídica, respecto de los Planteamientos Teóricos, es de:

- 49.57% para Daño antijurídico;
- 55.49% para La Antijuricidad;
- 61.40% para Factor de atribución;
- 46.19% para Función preventiva.

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la contratación de la subhipótesis “b”

La subhipótesis “b” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados arrojan un 52.70% de Discrepancias Teóricas. Y, simultáneamente, la subhipótesis “b”, se desaprueba parcialmente minoritariamente, pues los resultados arrojan un 47.28% de Logros.

#### **5.2.2.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 2**

El resultado de la contratación de la subhipótesis “b”, nos da base o fundamento para formular la Conclusión Parcial 2, mediante el siguiente enunciado:

La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014, en la comunidad jurídica, en promedio adolecían de un 52.70% de Discrepancias Teóricas a razón de que no se conocían o no se aplicaban los Planteamientos Teóricos tales como: Daño antijurídico; Imposibilidad sobreviniente; Factor de atribución; Función preventiva; y la legislación comparada tales como: Artículo 491 del Código Penal Chileno; Artículo 1902 del Código Civil Español; Artículo 22 del Código Penal Colombiano, Artículo 505 del Código Civil Argentino y consecuentemente en promedio conocían y aplicaban bien en un 47.28%.

### **5.2.1. Conclusión Parcial 3**

#### **5.2.1.1. Contratación de la subhipotesis “c”**

En el subnumeral 2.3.2. c), planteamos las subhipotesis “c”, mediante el siguiente enunciado:

Se evidenciaron discrepancias teóricas por parte de los responsables, debido a que no tuvieron en cuenta algunos planteamientos teóricos respecto de La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014.

Fórmula :  $X_2; A_1; -B_1$

Arreglo : -X, A, B

Tomando como premisas, las siguientes apreciaciones resultantes del análisis (5.1.), que directamente se relacionan con esta subhipotesis “c”; porque han sido obtenidas de la integración de datos pertenecientes a los dominios de variables que esta subhipotesis “c” cruza, como:

#### **a) Logros**

- 43.85% de Logros en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias teóricas en los responsables, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 32.11% para Función indemnizatoria;
- 46.76% para Daño no patrimonial;
- 44.22% para Incumplimiento del servicio médico, y
- 52.95% Ilícitud.

#### **b) Discrepancias Teóricas**

- 56.14% de Discrepancias teóricas en los responsables respecto a los Planteamientos Teóricos.

La prelación individual de porcentajes de Discrepancias teóricas en los responsables, respecto a Planteamientos Teóricos, es de:

- 63.38% para Función indemnizatoria;
- 61.40% para Daño no patrimonial;
- 47.88% para Incumplimiento del servicio médico, y
- 52.67% Ilícitud.

Las anteriores premisas, nos dan base para establecer el Resultado de la contratación de la subhipótesis “a”

La subhipótesis “a” se prueba parcialmente mayoritariamente, pues los resultados arrojan un 56.14% de Discrepancias Teóricas. Y, simultáneamente, la subhipótesis “a”, se desaprueba parcialmente minoritariamente, pues los resultados arrojan un 43.85% de Logros.

#### **5.2.1.2. Enunciado de la Conclusión Parcial 3**

El resultado de la contratación de la subhipótesis “a”, nos da base o fundamento para formular la Conclusión Parcial 1, mediante el siguiente enunciado:

La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014 en los responsables, en promedio adolecían de un 56.14% de Discrepancias Teóricas a razón de que no se conocían o no se aplicaban bien los Planteamientos Teóricos

tales como: Función indemnizatoria; Daño no patrimonial; Incumplimiento del servicio médico, e litud.; y consecuentemente en promedio conocían y aplicaban bien en un 43.85%

### 5.3. CONCLUSION GENERAL

#### 5.3.1. Contrastación de la Hipótesis Global

La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014.; se ve afectada por Incumplimientos y Discrepancias Teóricas; que están relacionados causalmente y se explican, por el hecho de que no se conocía algún Planteamiento Teórico, especialmente algún concepto básico; o, por haberse incumplido algunas de las Normas, Código civil, la Constitución Política del Perú; o porque no se tuvo en cuenta la legislación comparada existente; como referencia de experiencia exitosa.

CONCLUSIÓN PARCIAL	PRUEBA	DISPRUEBA	TOTAL
Conclusión Parcial 1	56.38%	43.61%	100.00%
Conclusión Parcial 2	52.70%	47.28%	100.00%
Conclusión Parcial 3	56.14%	43.85%	100.00%
Promedio Global Integrado	55.07%	44.91%	100.00%

Podemos establecer el resultado de la contratación de la hipótesis global:

La Hipótesis Global se prueba en 55.07%, y se disprueba en 44.91%.

#### 5.3.2. Enunciado de la Conclusión General

**Tomando como premisas las conclusiones parciales podemos formular la conclusión general:**

Enunciado de la Conclusión Parcial La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014 en los responsables, en promedio

adolecían de un 56.38% de incumplimientos a razón de que no se conocían o no se aplicaban bien las Normas tales como: Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú; el Artículo 1321° del Código Civil; el Artículo 1969 del Código Civil; el Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud y el artículo 1762 del Código Civil; y consecuentemente en promedio conocían y aplicaban bien en un 43.61%

### **Enunciado de la Conclusión Parcial 2**

La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014 en la comunidad jurídica, en promedio adolecían de un 52.70% de Discrepancias Teóricas a razón de que no se conocían o no se aplicaban los Planteamientos Teóricos tales como: Daño antijurídico; Imposibilidad sobreviniente; Factor de atribución; Función preventiva; y la legislación comparada tales como: Artículo 491 del Código Penal Chileno; Artículo 1902 del Código Civil Español; Artículo 22 del Código Penal Colombiano, Artículo 505 del Código Civil Argentino y consecuentemente en promedio conocían y aplicaban bien en un 47.28%.

### **Enunciado de la Conclusión Parcial 3**

La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belén Periodo 2010-2014 en los responsables, en promedio adolecían de un 56.14% de Discrepancias Teóricas a razón de que no se conocían o no se aplicaban bien los Planteamientos Teóricos tales como: Función indemnizatoria; Daño no patrimonial; Incumplimiento del servicio médico, e litud.; y consecuentemente en promedio conocían y aplicaban bien en un 43.85%.

En conclusión, hemos llegado que el incumplimiento sobre la malpraxis ginecobstetra se da por falta de capacitación a los médicos ya que no aplican los protocolos médicos la cual son guías de procedimiento muy importantes para brindar una mejor intervención quirúrgica a la paciente.

Durante la investigación de nuestra tesis nos encontramos con la sorpresa de que los médicos del Hospital Provincial Docente Belén de Lambayeque no tenían actualizado los protocolos médicos, en lo que respecta a las discrepancias teóricas hemos encontrado que los jueces no existe una uniformidad de criterios ya que existen muchas discrepancias al momento de emitir una sentencia, la cual muchas veces le dan la razón al médico, solo inhabilitándolo y pagando una reparación civil que nunca va a satisfacer a la víctima ya que el proyecto de vida de este ser humano (bebé) quedara en alguna medida limitado por siempre.

Finalmente, en los casos de malpraxis ginecobstetra la cual es una especialidad frecuentemente demandada, se debe siempre revisar y renovar las guías o protocolos médicos de atención a la paciente, así como supervisar siempre al personal de salud.

# **CAPÍTULO VI**

# **RECOMENDACIONES**

## **SEXTA PARTE: RECOMENDACIONES**

### **6.1. RECOMENDACIONES PARCIALES**

Cada recomendación parcial, se basa o fundamenta, en una conclusión parcial: la que, a su vez, se obtuvo de contrastar una sub hipótesis. La orientación básica de las recomendaciones es que: los logros se deben consolidar y de ser posible, mejorar o superar; en tal sentido La Responsabilidad Civil Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobotetra, debe tener en cuenta a los planteamientos teóricos, normas y legislación comparada, con el propósito de disminuir los incumplimientos y reducir las discrepancias teóricas. Para redactar las recomendaciones parciales hay que considerar el resultado de la contratación de la subhipotesis-conclusión parcial, por lo tanto, la recomendación parcial se realizará de acuerdo a cada sub hipótesis parciales y conclusiones parciales, lo que nos permitirá formular las recomendaciones parciales:

#### **6.1.1. Recomendación Parcial 1**

Habiéndose obtenido como resultado de la primera formulación hipotética parcial, junto con la conclusión parcial 1; se ha podido evidenciar que existe un 56.38% de incumplimientos, y complementariamente un 43.61% de logros es decir, que es mayor el desconocimiento de la norma y por ende se puede decir que existen incumplimientos, por lo que se RECOMIENDA: brindar mayor información y capacitación respecto de las normas sobre la responsabilidad civil, específicamente medica sobre intervenciones quirúrgicas, a través de conferencias, diplomados y congresos sobre la materia, además concientizar a los médicos que estas operaciones deban de ser practicadas con sumo cuidado y responsabilidad y a su vez deben de seguir los procedimientos que están en los protocolos médicos, ya que está en riesgo la vida de una persona, para así evitar daños que muchas veces conllevan a la muerte de la paciente.

#### **6.1.2. Recomendación Parcial 2**

Los resultados obtenidos en el capítulo 3 de la estadística y contrastándose con la realidad y con la subhipotesis “b” nos ha permitido

poder indicar que dicha hipótesis se prueba en un 52.70%, es decir que se evidencian discrepancias teóricas respecto de La Responsabilidad Civil Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobotetra, lo que nos conlleva a recomendar: que se lleve a cabo un Pleno Casatorio con carácter vinculante respecto de la responsabilidad contractual por parte de los médicos que realizan esta labor y que deba de ser por resultado y no por medios como viene siendo entendida de esa manera se reducirán las discrepancias teóricas que se vienen observando; asimismo también es importante brindar información basta y oportuna a las pacientes, de las consecuencias y riesgos que conlleva realizar este tipos de intervenciones quirúrgicas y que no acudan a centros médicos de dudosa reputación. **6.1.3. Recomendación Parcial 3**

Y como última recomendación parcial, la misma que se formula teniendo en cuenta a la subhipotesis “c” con los resultados obtenidos y con la conclusión parcial 3, la misma que se contrasta con la realidad y se prueba en un 56.14%, de discrepancias teóricas, lo que significa que existen un sector de la doctrina que considera que La Responsabilidad Civil Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobotetra deben de ser por medios mientras que otro sector sostiene que dicha responsabilidad deba de ser por resultados, por lo que se puede RECOMENDAR: que para reducir dichas discrepancias teóricas se debe de establecer un precedente vinculante y que este precedente esté orientado a que la responsabilidad deba ser POR RESULTADOS, es decir que lo que el paciente busca es un resultado y no que este dependa de la habilidad del médico o de su experiencia o pericia para realizar dicha operación, pues el paciente celebra un contrato con el médico para obtener un resultado.

## **6.2 RECOMENDACIÓN GENERAL.**

- ❖ La recomendación principal a la que Nosotros especificamos que consiste en sugerir a quien corresponda realizar un pleno casatorio con carácter vinculante respecto de La Responsabilidad Civil Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobotetra, a que esta responsabilidad sea por resultados, es decir que los Jueces Supremos

en pleno decidan orientar a la doctrina jurídica, que cuando se realice un contrato para realizar una intervención quirúrgica, esta sea por resultados, lo que permitirá que quienes realizan esta labor tengan la diligencia y cuidado de realizar la operación cuidando la integridad de la paciente y que brinden lo que la paciente ha contratado.

- ❖ La preocupaciones que hoy en día se dan, son en las especialidades frecuentemente demandadas, como las quirúrgicas, ginecología y obstetricia en donde se deben siempre revisar y renovar las guías o protocolos médicos, así como supervisar al personal de salud. Realizar las historias clínicas legibles, detalladas, prolijas, oportunas y completas, así como utilizarlas racionalmente en el lugar que le corresponde en su servicio y respetar las normas legales y éticas de su profesión. Que consentimiento informado debe ser una pieza fundamental en la relación médico – paciente y cuanto más amplio y explícito este, más realidad y protección ofrecerá el médico como al paciente, siendo una pieza fundamental para la resolución de los casos de malpraxis, sobre todo las mujeres se ven afectadas por la causas de la mala actuación médica por utilizar procedimientos incorrectos y usar inadecuadamente medicamentos, y procedimientos quirúrgicos incorrectos, ocasionándole al paciente un grave riesgo en su salud por falta del deber objetivo del cuidado, como por ejemplo: muchas veces por un mal diagnóstico se procede a una intervención quirúrgica sobre todo en pacientes mujeres de apendicitomía y después de explorar en cavidad abdominal no es el diagnóstico correcto, resultando una ruptura de ovulo de medio ciclo, el uso indebido de aparatos e instrumental médico; así como otros casos negligentes como el olvido de instrumento en el organismo del paciente tijeras, gasas, algodón, etc. Es por ello que se debe tener en cuenta a la legislación argentina, quedando enteramente responsable el médico por no seguir la observaciones de los protocolos para brindar un mejor cuidado a sus pacientes y dar un buen resultado y siendo así que ha incurrido a un graves daño a la salud, será denuncia penalmente , civil y administrativa ante el respectivo colegio profesional.

# **CAPITULO VII**

## **REFERENCIAS Y ANEXOS**

## REFERENCIAS

Alessandri Rodríguez Arturo, (2000) *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil*. Santiago de Chile imprenta Universal 1981. p. 10. Citada por Catalina Irisarri Boada, Tesis “El Daño Antijurídico y la Responsabilidad Extracontractual del Estado Colombiano”.

Alfonso Orasmos, *límites a la responsabilidad civil* Web Site  
<http://blog.pucp.edu.pe/item/26218/disclaimer-limites-a-la-responsabilidad-civil>

Angel Yáguez, Ricardo de, *La responsabilidad civil*, 2ª ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, p. 21.

Barandiaran, José León: “*Tratado de Derecho Civil*”, tomo IV, p. 416

Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría General de la responsabilidad civil*, cit. p. 45.

Cardenas Quiroz, Carlos (1991-1992) “*La Responsabilidad Civil de los Profesionales*”, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas; Lima, Vol. 49; Años; P. 325

De Cupis, Adriano. (1970) *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Traducción de Angel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, , p. 82

De Lorenzo y Montero, R. “Responsabilidad civil y penal del médico en el ejercicio profesional”. En X Congreso Nacional de la Sociedad Española de Medicina Rural y Asistencia Primaria. 1988.

De Trazegnies Granda, Fernando “*La Responsabilidad Profesional no existe*”, en: DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos A. SOTO COAGUILA: “*Responsabilidad Civil, Derecho de Daños: Responsabilidad de los Profesionales, Responsabilidad de las Personas Jurídicas y del Estado*”, tomo 5, p. 359-360

Diálogo con la Jurisprudencia, 1999, tomo 12, setiembre de p. 277

Díaz Regañon García Alcala, Calixto (2006). *Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*. Editorial Comares. Granada- España.p.24-26

Edgardo López Herrera *Introducción a La Responsabilidad Civil*  
<http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf>  
. p. 5

Espinoza Espinoza, Juan. (2005) *Derecho de las Personas*. Editorial Huallaga. Lima, 2000, p. 127. “La Constitución Comentada” Tomo I. Gaceta Jurídica. Primera edición, diciembre del. Pág. 410

Espinoza Espinoza, Juan, (2001) “*La responsabilidad civil y administrativa de los profesionales*”; en Diálogo con la Jurisprudencia, Año Nº 7, Nº 30, Marzo del. Pág. 62.

JIMÉNEZ L. J. (2014), en su Libro “Manual práctico de la responsabilidad Médica en la prevención de la malpraxis médica”. Pág.63.

Fernández Cruz, Gastón. (2001) *Las transformaciones funcionales en la responsabilidad civil*. En: Alpa, Guido. Estudio sobre la responsabilidad civil. Ara. Lima- Perú. p.261

Fernandez Puente, Manuel (2002) “*Aspectos históricos de la responsabilidad médica*”; en Revista Chilena de Cirugía; Vol. 54 – Nº 6; Diciembre del; Pág. 564.

Fernández Sessarego, Carlos (1985) “*Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano Derecho de las Personas*”, en Código Civil Exposición de Motivos, T. IV, Comp. Delia Revoredo de D., Industria Avanzada, Lima, p. 88

- Gaceta Jurídica (2001) “*Código Civil*”, tomo VI, Casación N° 114-, pág. 923
- García Hernández, T. Manual del médico clínico para evitar demandas judiciales. Madrid: La Ley-Actualidad S.A.; 1999
- Haro Seijas, José Juan: “*De tin Marín de do pingüé... Un análisis económico sobre el cálculo de las indemnizaciones contractuales en el Perú*”, pág. 86
- Hinestrosa, Fernando, (1964) *Conferencias de Derecho Civil Obligaciones*. Bogota: Universidad externado de Colombia. pág. 330. Citada por Catalina Irisarri Boada, Tesis citada. p. 19
- Jácome Lleras, Bernardo. (2003) Tesis: “*Responsabilidad Extracontractual del Estado por Daños Ambientales*”. Pontificia Universidad Javeriana, facultad de ciencias Jurídicas. Bogotá. D.C – Colombia. p. 12
- Jansen, Nils, (2002) *Estructura de un derecho europeo de daños. Desarrollo histórico y dogmática moderna*, working paper n° 128, Barcelona, abril de, en [www.indret.com](http://www.indret.com) Citado en <http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil.pdf> Pág.6 Edgardo López Herrera Introducción a La Responsabilidad Civil
- Jiménez L., J. (2014) “Manual práctico de la responsabilidad Medica en la prevención de la malpraxis medica”. p.63
- José Enrique Valderrama Carpio, (2008) artículo denominado “*DISCLAIMER*”: *Limites a la Responsabilidad Civil*, página web <http://blog.pucp.edu.pe/item/26218/disclaimer-limites-a-la-responsabilidad-civil>
- Josserand, Louis. 1990 *Derecho civil tomo II Vol I Teoría General de las Obligaciones*. Buenos Aires: Marty G. Pag. 270 Citada por Catalina Irisarri Boada, Tesis citada. p.21

Juan Carlos Henao. (1998) *"El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés"*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Santafé de Bogotá D.C., p. 84. En la web site: [http://www.mamacoca.org/FSMT\\_sept\\_2003/es/doc/henao\\_responsabilidad\\_ambiental\\_es.htm](http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/es/doc/henao_responsabilidad_ambiental_es.htm)

Lorenzetti, Ricardo Luis (2005) *"Responsabilidad civil de los médicos"*, Editorial Jurídica Grijley; Lima, Pág. 14

Marañón, Gregorio (2006) citado por Ricardo Luis Lorenzetti: *"La responsabilidad médica" en "Responsabilidad Civil. Derecho de Daños"*; Tomo V; Editorial Grijley; Lima; p. 133.

Martinez Rave, Gilberto Y Catalina Martinez Tamayo: *"Responsabilidad Civil Extracontractual."*

Mazeaud Henri y León; Tunc André (1977), *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Buenos Aires, T.I. p. 39.

Mazeaud, Henri Leon Lean. (1960) *Lecciones de Derecho civil. parte segunda Vol II, La Responsabilidad. Los cuasi contratos.* Buenos aires: ediciones Jurídicas Europa- América., Pág. 7 Citada por Catalina Irisarri Boada, Tesis citada Pág. 12

Mosset Iturraspe, Jorge. (1985) *Responsabilidad civil del médico.* Astrea. Buenos Aires- Argentina.P.158-9

Mosset Iturraspe, Jorge. (2001) *Responsabilidad de los profesionales.* Rubinzal Culzoni. Santa Fe- Argentina.p.252-3

Ordoqui, Gustavo y Olivera Ricardo. (1974) *Derecho extracontractual. Vol II, Compendio de Responsabilidad Extracontractual*. Montevideo: Ediciones juristas Amalio M Fernandez, pág. 47 Citada por Catalina Irisarri Boada, Tesis citada, p. 18

Paloino Lorente, A. En Curso sobre Cuidados paliativos: aspectos éticos y legales. Universidad Complutense de Madrid, 1996.

Pazos Hayashida, Javier (2007) *“Responsabilidad de los Profesionales. Responsabilidad relativa a problemas técnicos de especial dificultad”*. En “Código Civil Comentado”; Tomo IX; Gaceta Jurídica; marzo; p. 159

Revilla Lazarte, Diana E y Fuentes Delgado, Duilio J. (2007) *La realidad del consentimiento informado en la práctica médica peruana*. Acta méd. Peruana, sep./dic., vol.24, no.3, p.223-228. ISSN 1728-5917.

Ricardo Crespo Plaza *“La Responsabilidad Objetiva por daños Ambientales y la inversión de la carga de la Prueba en la nueva Constitución”* p. 2

Roca, Encarna. (1998) *Derecho de daños, textos y materiales 2º Ed. Valencia*: tirant lo Blanch, p. 33. Citada por Catalina Irisarri Boada, Tesis citada p.20

Rodotà, Stefano. (2005) *Modelos y Funciones de la Responsabilidad Civil*. En: Revista Thémis No 50. Lima – Perú.p. 205.

Santos Briz, J. (1995) *La responsabilidad Civil en derecho sustantivo y derecho procesal*, séptima edición, Ed. Montecorvo S.A, Madrid p. 551-552.

Sarmiento García, Manuel Guillermo (2003) *“La responsabilidad civil del médico frente a la socialización de la Medicina”*; en: *“Estudios de Responsabilidad Civil”*; Universidad Externado de Colombia; mayo del; p. 246.

Sedano Vasquez, Duncan (2000) *“La responsabilidad civil médica en el Perú”*; en Revista Jurídica del Perú. Año LII, N° 36, Julio del.

Taboada Córdova, Lizardo (2001) *“Elementos de la responsabilidad civil”*, Grijley, Junio del. p. 27.

De Trazegnies, Fernando *“La Responsabilidad Extracontractual”*, tomo I, p. 533

Varsi Rospigliosi, Enrique, *Derecho médico peruano. Doctrina, legislación & Jurisprudencia*, cit., p. 129.

Vasquez Ferreyra, Roberto (2011) *“La responsabilidad civil de los médicos”*. Consultado el 17 de noviembre del en: [www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed\\_rvf.pdf](http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf)

Vasquez Ferreyra, Roberto: *“Los presupuestos de la responsabilidad profesional”*, en *“Programa de Mejora de Gasto Social Básico del Poder Judicial”*, pág. 217-218

Woolcott Oyague, Olenka, *Salud, daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio*, cit., pág. 15.

Luis Alberto Bracamonte Arias en su cuaderno de debate judicial en su jurisprudencia penal pág. 184- 185- 186.

## LINKOGRAFIA

<http://blog.pucp.edu.pe/item/26218/disclaimer-limitres-a-la-responsabilidad-civil>

<http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/introdresponsabilidadcivil.pdf.p.5>

<http://blog.pucp.edu.pe/item/26218/disclaimer-limitres-a-la-responsabilidad-civil>

<http://www.derecho.unt.edu.ar/publicaciones/Introdresponsabilidadcivil>.

[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130705-01\\_omision\\_en\\_protocolos\\_medicos\\_genera\\_falla\\_en\\_el\\_servicio/noti-130705-01\\_omision\\_en\\_protocolos\\_medicos\\_genera\\_falla\\_en\\_el\\_servicio.asp?Miga=1&IDobjetose=15485&CodSeccion=84](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-130705-01_omision_en_protocolos_medicos_genera_falla_en_el_servicio/noti-130705-01_omision_en_protocolos_medicos_genera_falla_en_el_servicio.asp?Miga=1&IDobjetose=15485&CodSeccion=84)

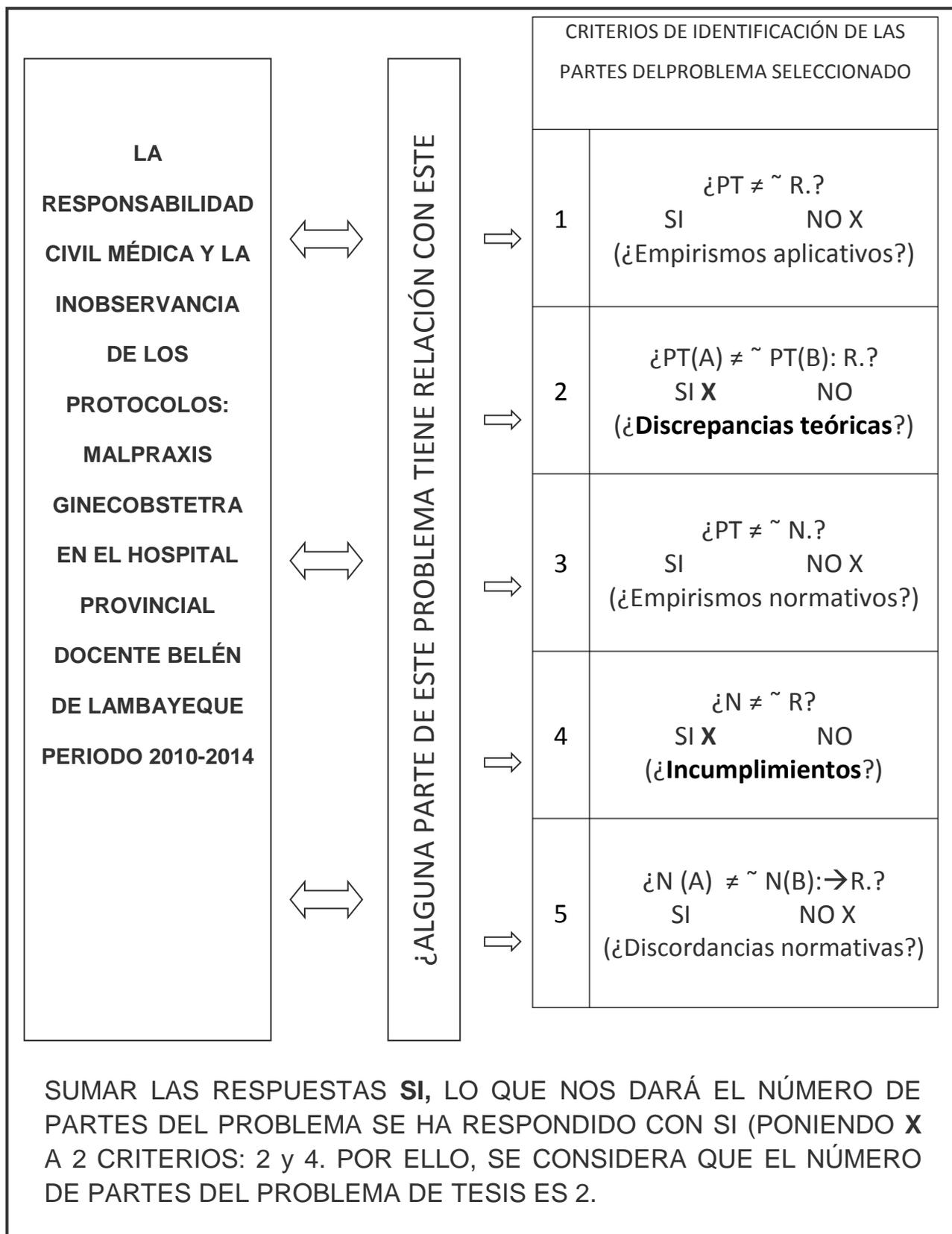
[http://www.oocities.org/amirhali/\\_fpclass/protocolos\\_medicos.htm](http://www.oocities.org/amirhali/_fpclass/protocolos_medicos.htm)

# **ANEXOS**

**Anexo N° 1: SELECCIÓN DEL PROBLEMA A INVESTIGAR**

<b>TEMAS:</b> Línea de Investigación / Temas Prioritarios (5)  DERECHO PRIVADO CIVIL  DERECHO CONSTITUCIONAL	<b>CRITERIOS DE SELECCIÓN</b>					<b>TOTAL DE CRITERIOS CON SI</b>	<b>P R I O R I D A D</b>
	<u>Se tiene acceso a los datos</u>  a)	<u>Su solución Contribuiría a solución de otros problemas</u>  b)	<u>Es uno de los que más se repite.</u>  c)	<u>Afecta la imparcialidad que corresponde a las partes en un proceso</u>  d)	<u>No garantiza el derecho a la defensa y el debido proceso.</u>  e)		
LA EVOLUCION CLINICA EN LOS PROCESO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA EN LA PREVENCIÓN DE LA MALPRAXIS.	SI	SI	NO	NO	SI	3	3
DAÑO CORPORAL A LAS PERSONAS EN LAS COMPAÑÍAS DE SEGURO	NO	SI	NO	NO	SI	2	4
LA EVOLUCION DEL CRIMEN DE LESA HUMANIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL	SI	NO	NO	NO	NO	1	5
LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELÉN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014	SI	SI	SI	SI	SI	5	1
LA FALTA DE PROTECCION DEL TESTIGO EN LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD	NO	SI	SI	SI	SI	4	2
LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELÉN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014	SI	SI	SI	SI	SI	SI	1 PROBLEMA INTEGRADO QUE HA SIDO SELECCIONADO

**Anexo N° 2: IDENTIFICACIÓN DEL NÚMERO DE PARTES DE UN PROBLEMA**



### Anexo N° 3: PRIORIZACIÓN DE LAS PARTES DE UN PROBLEMA

INCUMPLIMIENTO Y DISCREPANCIAS TEORICA  Criterios de identificación con las partes del problema	CRITERIOS DE SELECCIÓN USADOS COMO CRITERIOS DE PRIORIZACIÓN					Suma parcial	Prioridad de las partes del problema
	Se tiene acceso a los datos	Su solución Contribuir á a solución de otros problemas	Es uno de los que más se repite.	Afecta Negativame nte la imagen de la Institución	En su solución están interesados los responsables de dos o más áreas		
2  ¿PT(A) ≠ ~ PT(B): R?  ¿Discrepancias teóricas?	1	1	1	1	1	5	2
4  ¿N ≠ ~ R?  ¿Incumplimientos?	2	2	2	2	2	10	1

**INCUMPLIMIENTOS Y DISCREPANCIAS TEORICAS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA Y LA INOBSERVANCIA DE LOS PROTOCOLOS: MALPRAXIS GINECOBSTETRA EN EL HOSPITAL PROVINCIAL DOCENTE BELÉN DE LAMBAYEQUE PERIODO 2010-2014**

**Anexo N° 4**

**Matriz para Plantear las Sub-hipótesis y la Hipótesis Global**

<u>Problema Factor X</u>	<u>Realidad Factor A</u>	<u>Marco Referencial Factor B</u>			Fórmulas de Sub-hipótesis
		Planeamientos Teóricos	Normas	Legislación Comparada	
Incumplimientos Y Discrepancias Teóricas	La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra en el Hospital Provincial Docente Belén De Lambayeque periodo 2013-2014	- B1	- B2	-B3	
-X1= Incumplimientos	A1= Responsables		X		a) X <sub>1</sub> ; A <sub>1</sub> ; -B <sub>2</sub>
-X2= Discrepancias Teóricas	A2= Comunidad Jurídica	X		X	b) X <sub>2</sub> ; A <sub>2</sub> ; -B <sub>1</sub> ; -B <sub>3</sub>
-X2= Discrepancias Teóricas	A1= Responsables	X			c) X <sub>2</sub> ; A <sub>1</sub> ; -B <sub>1</sub>
<b>Total Cruces Sub-factores</b>		<b>2</b>	<b>1</b>	<b>1</b>	
<b>Prioridad por Sub-factores</b>		<b>1</b>	<b>2</b>	<b>3</b>	

Leyenda: (Variables del Marco Referencial)

Planteamientos teóricos

B1= conceptos básicos.

Normas

- B2= Constitución Política del Perú, Código Civil, Ley General de Salud

Legislación comparada

- B3= España, Chile, Colombia y Argentina

## Anexo N° 5

### Matriz para la Selección de Técnicas, Instrumentos e Informantes o Fuentes para recolectar datos

Fórmulas de Sub-hipótesis	Nombre de las Variables consideradas en cada fórmula (sin repetición y sólo las de A y B)	Técnicas de Recolección con más ventajas y menos desventajas para cada variable	Instrumento de Recolección con más ventajas y menos ventajas para cada variable.	Informante o Fuente que corresponde al instrumento de cada técnica
a) $X_1; A_1; -B_2$	$A_1 =$ Responsables	Encuesta	Cuestionario	Informantes: Médicos Ginecobstetras, Hospital
	$B_2 =$ Normas	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Código Civil, Constitución política del Perú, ley general de salud
b) $X_2; A_2; -B_1; -B_3$	$A_2 =$ Comunidad Jurídica	Encuesta	Cuestionario	Informantes: Abogados, Jueces, fiscales
	$B_1 =$ Planeamientos Teóricos.	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros y textos
	$B_3 =$ Legislación Comparada	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: España, Chile, Colombia y Argentina
c) $X_2; A_1; -B_1;$	$A_1 =$ Responsables	Encuesta	Cuestionario	Informantes: Médicos Ginecobstetras , Hospital
	$B_1 =$ Planeamientos Teóricos.	Análisis Documental	Fichas Textuales Fichas resumen	Fuente: Libros y textos

**Anexo N° 6**  
**CUESTIONARIO**

***Dirigido a Magistrados, Abogados, Médicos Ginecobstetras***

Le agradeceremos responder a este breve y sencillo cuestionario que tiene como propósito obtener datos que nos permitan Identificar los Incumplimientos y Discrepancias Teóricas en: ***“La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra En El Hospital Provincial Docente Belen De Lambayeque Periodo 2010-2014”*** A su vez es preciso aclarar que el presente instrumento es totalmente anónimo.

**1. GENERALIDADES: Informantes:**

**1.1. Ocupación:**

- Magistrado ( )
- Abogado ( )
- Médico Ginecobstetra ( )

**1.2. Edad:**

- 23 a 30 ( )      31 a 40 ( )
- 41 a 50 ( )      51 a 60 ( )

**1.3. Sexo:**

- Masculino ( )      Femenino ( )

**1.4. Años de experiencia:**

- 0 a 5 años ( )      6 a 10 años ( )
- 11 a 15 años ( )      16 a 20 años ( )
- 21 a más ( )

## 2. RESPONSABLES

2.1. De los siguientes conceptos que se consideran básicos, marque con una (x) todos los que Usted como Responsable invoca o aplica en *La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobotetra En El Hospital Provincial Docente Belen De Lambayeque Periodo 2010-2014.*

a. Función indemnizatoria ( )

b. Daño no patrimonial ( )

c. Incumplimiento del servicio médico ( )

d. Ilícitud ( )

2.2. De las siguientes alternativas; marque con una (x) la razón o causa por la que no ha marcado en la pregunta anterior (sólo una alternativa).

a. Falta de capacitación.....( )

b. Son difíciles de aplicar o invocar.....( )

c. No estoy de acuerdo con invocarlos o aplicarlos..... ( )

d. No se cómo invocarlos o aplicarlos.....( )

e. Otra razón ( ) ¿Cuál? .....

2.3. De las siguientes normas, marque con una (x) todos los que Usted como responsable invoca o aplica en *La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobotetra.*

a. Artículo 2° inciso 1 Constitución Política del Perú.- Toda persona tiene derecho: inciso 1: A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.  
.....( )

b. Artículo 1321º del Código Civil.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa

inexcusable o culpa leve.  
.....( )

**c. Artículo 1969 del Código Civil.-** Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. ....( )

**d. Artículo 36 de la ley 26842 Ley General de Salud.-** Los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades. ....( )

**e. Artículo 1762 del Código Civil.-** Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.....( )

**2.4. De las siguientes alternativas; marque con una (x) la razón o causa por la que no ha marcado en la pregunta anterior (sólo una alternativa).**

- a. Falta de capacitación .....( )
- b. Son difíciles de aplicar o invocar.....( )
- c. No estoy de acuerdo con invocarlos o aplicarlos.....( )
- d. No se cómo invocarlos o aplicarlos.....( )
- e. Otra razón ( ) ¿Cuál? .....

### **3. COMUNIDAD JURÍDICA**

**3.1. De los siguientes conceptos que se consideran básicos, marque con una (x) todos los que Usted como comunidad jurídica invoca o aplica en *La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobotetra.***

- a. Daño antijurídico.....( )
- b. La antijuricidad..... ( )

c. Factor de atribución.....( )

d. Función preventiva.....( )

**3.2. De las siguientes alternativas; marque con una (x) la razón o causa por la que no ha marcado en la pregunta anterior (sólo una alternativa).**

a. Falta de capacitación .....( )

b. Son difíciles de aplicar o invocar.....( )

c. No estoy de acuerdo con invocarlos o aplicarlos.....( )

d. No se cómo invocarlos o aplicarlos.....( )

e. Otra razón ( ) ¿Cuál? .....

**3.3. De las siguiente Legislación Comparada, marque con una (x) todos los que Usted como Comunidad Jurídica invoca o aplica *La Responsabilidad Civil Médica Y La Inobservancia De Los Protocolos: Malpraxis Ginecobstetra*.**

a. **Artículo 491º del Código Penal Chileno** señala que: “El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá en las penas del artículo 490º”.....( )

b. **Artículo 1902 del Código Civil Español:** El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.....( )

c. **Artículo 22 del Código penal colombiano:** La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta, cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deje al azar.....( )

**d. Artículo 505 del Código Civil Argentino.-** Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: a) Darle derecho para emplear los medios legales, a fin de que el deudor le procure aquello a que se ha obligado; b) Para hacérselo procurar por otro a costa del deudor; c) Para obtener del deudor las indemnizaciones correspondiente .....( )

**3.4. De las siguientes alternativas; marque con una (x) la razón o causa por la que no ha marcado en la pregunta anterior (sólo una alternativa).**

**a.** Falta de capacitación .....( )

**b.** Son difíciles de aplicar o invocar.....( )

**c.** No estoy de acuerdo con invocarlos o aplicarlos..... ( )

**d.** No se cómo invocarlos o aplicarlos.....( )

Otra razón ( ) ¿Cuál? .....

**“AGRADECEMOS SU AMABLE COLABORACIÓN”**