

LA INCORPORACIÓN DE CRITERIOS OBJETIVOS EN LAS INDEMNIZACIONES POR NEGLIGENCIA MÉDICA

ELIZABETH VARGAS OLIVERA*

Resumen

Los montos indemnizatorios fijados por los magistrados al momento de dictar su sentencia en los casos de mala praxis médica, a pesar de constituir un resarcimiento a la víctima por el daño padecido a su persona, no dejan de ser el resultado de lo que el operador del derecho creyó conveniente establecer en razón a su criterio discrecional debido a la inexistencia de un parámetro referencial que delimite el *quantum* indemnizatorio en relación a la lesión padecida, tal como sucede por ejemplo con en el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito. De ahí surge la necesidad que a nivel legislativo, se apruebe un sistema tabular para los casos de responsabilidad civil médica que además de orientar a los magistrados al momento de fijar el *quantum* indemnizatorio, le permita un margen de equidad para adaptarla a cada caso en particular.

Palabras claves: Daño, quantum indemnizatorio, sistema tabular, negligencia médica, nexo causal, responsabilidad civil médica.

Abstract

The compensatory amounts set by the judges at the time of passing a judgment for cases of medical malpractice, despite of constituting a compensation to the victim for the damage suffered to his person does not leave the result of what the law operator who considered convenient to establish as a prudent reason due to the absence of a reference parameter which delimits the compensatory damages in relation to the injury suffered, as happens for example in the Compulsory Traffic Accident Insurance. For consequences it is necessary the legislative level accepts a tabular system for cases of medical civil responsibility also to guide judges at the time of setting the compensatory damages, it allows a margin of equity to adapt each individual case be approved arises.

Keywords: Damage, compensatory damages, tabular system, medical negligence, causation, medical liability.

* Abogada egresada de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Egresada de la Maestría en Derecho Civil de la Universidad San Martín de Porres. Egresada del Doctorado en la Universidad San Martín de Porres. Asistente de juez del Noveno Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Sumario

1.- Introducción. 2.- La inclusión de criterios objetivos en los casos de indemnización por negligencia médica. La vinculación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida. 3.- El derecho a la salud. 4.- La responsabilidad civil médica. 5.- ¿Responsabilidad civil contractual o extracontractual? 6.- La relación del médico con la institución sanitaria. 7.- La responsabilidad civil del médico en función al tipo de obligación asumida. 8.- La carga probatoria en los casos de responsabilidad civil médica. 9.- La indemnización. 10.- Conclusiones. 11.- Bibliografía.

1. Introducción

Debido a los innumerables casos de negligencia médica que en los últimos años se han expuestos por los distintos medios de comunicación, la credibilidad en la prestación del servicio de salud se ha visto mermada, pues existe mayor inseguridad en las personas para someterse a una intervención quirúrgica o seguir un tratamiento médico debido a las consecuencias irreparables que una deficiente prestación del servicio sanitario puede generarles en su vida o integridad física y/o psicológica. Así, casos como el que una mujer ha sobrevivido tres años con una tijera en el abdomen, la amputación de una mano de un menor de nueve años por habersele necrosado la misma cuando ingresó al hospital por una fractura en el brazo izquierdo, el de una joven que tras una operación por quiste ovárico terminó en estado de coma, o el de un señor cuya pierna fue amputada por error en el Hospital Sabogal, son alguno de los supuestos de negligencia médica que exigen a favor de la víctima una indemnización por el daño que se les ha ocasionado.

De esa manera, resulta interesante analizar cuáles son los parámetros que los magistrados consideran al momento de fijar los montos indemnizatorios debido a los derechos que se lesionan como consecuencia de una mala praxis médica, pues con ella no solo se afecta la salud del paciente sino también el normal desarrollo de sus actividades debido a la gravedad que la lesión puede significar para su normal desenvolvimiento en la sociedad. Justamente, con el propósito de establecer si los montos indemnizatorios fijados por los magistrados fueron determinados con un criterio de equidad que le permitan cumplir con la finalidad resarcitoria que prevé la responsabilidad civil, surge la necesidad de establecer si en nuestro ordenamiento jurídico civil es importante contar con un sistema tabular que permita orientar a los operadores del derecho respecto de los parámetros que deben considerar al momento de fijar el *quantum* indemnizatorio, tal

como sucede por ejemplo con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, en donde el establecimiento de un sistema tabular ha permitido que la cuantificación del daño sea fijado en proporción a la lesión padecida por la víctima del daño.

Conforme a lo expuesto, el objeto del presente artículo es determinar si la implementación de un sistema tabular permite a los magistrados fijar el *quantum* indemnizatorio de una manera equitativa en relación a los daños que padecen las víctimas. Así propuesta la interrogante de nuestra investigación, consideramos que nuestro ordenamiento jurídico debe contener un sistema tabular que permita en términos monetarios cuantificar los daños padecidos por el paciente, considerando para ello aspectos esenciales como la edad del afectado, el tiempo durante el cual dure la lesión, la actividad que este realizaba previamente a padecer la lesión, entre otros, apoyándose para ello en peritajes médicos que permitan medir el grado de lesividad generada y la representación que en términos monetarios constituye para la integridad de una persona.

Y es que mientras no exista un sistema tabular, o por lo menos parámetros referenciales, cada magistrado fijará una indemnización de acuerdo a su apreciación discrecional sin saber si el mismo es acorde o no a la lesión padecida.

2. La inclusión de criterios objetivos en los casos de indemnización por negligencia médica. La vinculación entre el derecho a la salud y el derecho a la vida

Nuestra Constitución como norma fundamental ha previsto que la persona humana es el fin supremo de la sociedad, por ende, el Estado se encuentra en la obligación de protegerla mediante la adopción de políticas y/o programas de prevención que procuren su bienestar tanto en su aspecto físico como psicológico. De esa manera, la protección que se le ha sido reconocido a todo ser humano conlleva el respeto irrestricto del derecho a la vida, en tanto su proyección supone el goce de otros derechos que solo podrán verse limitados en la medida que el titular de los mismos se encuentre imposibilitado de ejercerlos. De la noción expuesta, se deduce aun cuando nuestra Constitución no lo ha reconocido expresamente, que la salud es un derecho fundamental vinculado directamente con el derecho a la vida, en tanto la presencia de una patología o la prescripción de un tratamiento y/o intervención inadecuada pueden conllevar a la muerte, o en su defecto, producir una disminución en la calidad de vida de quien la padece.

3. El derecho a la salud

La salud, como lo ha definido la Organización Mundial de la Salud¹, no solo se restringe a la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también al completo estado de bienestar físico, mental y social que toda persona debe gozar para el ejercicio de los demás derechos que le son inherentes dada su condición de ser humano. Conforme a nuestra Constitución, toda persona tiene derecho a la protección de la salud, y es el Estado el responsable de diseñar y conducir la política nacional de salud a fin de lograr, de manera descentralizada, el acceso a los servicios de salud. De ahí es que resulta trascendental que los establecimientos de salud, como los profesionales médicos que prestan sus servicios de manera dependiente o independiente, sean prudentes y diligentes con la labor que realizan debido a que la vida y la integridad de los pacientes se encuentran estrechamente comprometidos.

El derecho a la salud no solo ha sido regulado por nuestro ordenamiento jurídico a través de nuestra Constitución, sino también mediante las disposiciones normativas contenidas en la Ley General de la Salud - Ley N° 26842, la Ley que establece los Derechos de las Personas Usuarias de los Servicios de Salud - Ley N.° 29414, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N.° 027-2015-SA. De acuerdo al artículo 15 de la Ley General de la Salud², entre los derechos más importantes que tienen los usuarios respecto a los establecimientos de salud está el que se les proporcione los servicios de salud con los estándares de calidad aceptados en los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales; que se le preste la atención médico-quirúrgica de emergencia en cualquier establecimiento de salud mientras lo necesite y subsista el estado de grave riesgo para su vida o salud; que no sean sometidos a un tratamiento médico o quirúrgico sin su consentimiento previo o el de quien legalmente deba darlo; así como también, que se le proporcione información veraz, oportuna y completa sobre las características y condiciones económicas de la prestación del servicio; y que se le brinde en términos comprensibles, la información completa y continuada sobre el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento de la persona.

En el marco del Derecho Internacional Público, se ha reconocido respecto al derecho de salud, una serie de obligaciones a cargo de los Estados en función a las normas y procedimientos que aquellos suscriben respecto al

¹ Organización Mundial de la Salud (2015). En <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>, consultado el 25.06.15.

² Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley N.° 29414.

reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas. Así, como señala Huayhua y Almonacid³, tales obligaciones pueden ser asumidas mediante un sistema de protección universal o mediante un sistema de protección regional, ya sea que se adopten en el marco de la Organización de las Naciones Unidas o al interior de la Organización de los Estados Americanos respectivamente.

En el caso del sistema de protección universal, se han adoptado una serie de instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la salud como un derecho digno de tutela, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; mientras que, en el sistema de protección regional encontramos a la Carta Social Europea, a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Humanos, Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

4. La responsabilidad civil médica

Previamente a referirnos a la responsabilidad civil de los médicos, debemos señalar que la palabra “responsabilidad” etimológicamente proviene del latín responderé que significa “responder”, mientras que el diccionario de la lengua española lo define como una deuda, obligación de reparar y satisfacer, por si o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal. Según refiere Espinoza⁴ hablar de responsabilidad civil es referirse a una técnica de tutela (civil) de los derechos (u otras situaciones jurídicas) que busca imponer al responsable (no necesariamente el autor) la obligación de reparar los daños que este ha ocasionado. Considerando la estructura sobre la cual se basa la responsabilidad civil, quien comete un daño se encuentra en la obligación de resarcirlo siempre que la misma derive de una conducta proscrita por Ley. De esa forma, la responsabilidad civil se configura ante el incumplimiento de un deber jurídico o ante el incumplimiento de una obligación preexistente. Y es que, hablar de mala praxis médica no es más que referirse como lo ha

³ HUAYWA PALOMINO, Liliana y Carlos ALMONACID FLORES (2010). *La exigibilidad de los derechos sociales. La exigibilidad del derecho a la salud*. En Revista Jurídica del Perú. Lima, Normas Legales, pág. 48.

⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003). *Derecho de la responsabilidad Civil*. 2 Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 32.

sostenido Beaumont⁵ a la práctica deficiente de la medicina que afectan directamente al paciente sea a su salud o su entorno, y que incluso pueden configurar una serie de tipos penales como lesiones u homicidios culposos.

5. ¿Responsabilidad civil contractual o extracontractual?

En nuestra jurisprudencia nacional, no existe uniformidad respecto de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica, pues en algunos casos se ha señalado que la misma se circunscribe al ámbito de la responsabilidad civil contractual en razón del contrato por prestación de servicios que subyace entre el médico y su paciente, mientras que en otros se han inclinado por considerar que se está frente a una responsabilidad civil extracontractual en virtud de los factores objetivos y/o subjetivos de imputación de responsabilidad que prevé los artículos 1969 y 1970 de nuestro Código Civil.

Por ello, determinar si en el caso de la responsabilidad civil del médico estamos frente a una responsabilidad civil contractual o extracontractual resulta de suma importancia, pues partiendo de ello, podrá establecerse las disposiciones normativas que han de aplicarse en cada caso en concreto debido a la dualidad de sistemas que nuestro ordenamiento jurídico a previsto. Cuando hablamos de la responsabilidad contractual es ineludible asociarlo con el incumplimiento de un acuerdo previo suscrito entre las partes, sin embargo, al remitirnos a nuestro ordenamiento jurídico civil, podemos advertir que dicha figura ha sido regulada en el Título IX del Libro de las Obligaciones bajo la denominación de inejecución de las obligaciones, al haberse previsto que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso⁶.

En las prestaciones de salud, no es usual ver que el médico y su paciente suscriban un contrato previamente a realizarse una consulta, sin embargo, el acudir donde él con el propósito de que lo revise y le dé un tratamiento como sostiene Martínez-Calcerrada y Gómez⁷, implica para el enfermo una proposición y ejecución del contrato al cual implícitamente el galeno aceptó, y por cual ambas partes se someten a las consecuencias que su

⁵ BEAUMONT CALLIRGOS, Gustavo Efraín (2005). *Manual de Bioética Médica, mala praxis y legislación en salud*. Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, Lima, pág. 15.

⁶ Ver artículo 1314 del Código Civil.

⁷ MARTÍNEZ-CALCERRADA y Luis GÓMEZ (1992). *La responsabilidad civil médico-sanitaria*. Madrid; Editorial Tecnos, pág. 17.

incumplimiento puede ocasionar. Como lo ha sostenido Denegri⁸, la relación médico-paciente puede surgir a consecuencia de una emergencia o a través de un acuerdo de voluntades debido a la prestación del servicio, acuerdo que suele generarse tácitamente ya que "(...) desde que el médico accede al llamado de una persona es porque existe la intención de su parte de prestar sus servicios profesionales, en cuyo caso el médico contrae una obligación de hacer y el paciente una obligación de dar: el médico presta sus servicios profesionales de la manera más diligente posible y el paciente se compromete a remunerarlo".

En ese sentido, la responsabilidad civil del médico puede definirse como aquella responsabilidad derivada de la inexecución dolosa o culposa de las obligaciones nacidas como consecuencia del vínculo contractual (tácito) surgido entre el médico y su paciente, y a cuya relación obligacional el ordenamiento jurídico ha tenido a bien el atribuir consecuencias jurídicas como lo es la indemnización por los daños y perjuicios irrogados a su salud. Sin embargo, a propósito de la sentencia de vista emitida por la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, Espinoza⁹ ha sostenido que en los casos de responsabilidad civil por negligencia médica puede admitirse la responsabilidad civil extracontractual debido a que a consecuencia del incumplimiento de un contrato surge además la violación del deber genérico de no causar daño a otro, posición que ha sido compartida por Varsi¹⁰ cuando sostiene que este tipo de responsabilidad se da excepcionalmente en los casos en que "(...) el médico realiza conductas antijurídicas o prohibidas, o viola disposiciones reglamentarias de su profesión".

A nuestro entender, la responsabilidad civil de los médicos es una responsabilidad civil contractual debido a la obligación nacida entre el médico con el paciente producto del contrato de prestación de servicios por ellos celebrado, no obstante ello, excepcionalmente la responsabilidad civil de los médicos puede ser extracontractual cuando los familiares del paciente fallecido sean los que reclamen la indemnización, o cuando el proceder del galeno infringe el deber genérico de no causar daño a otro. Sobre este último aspecto, se habla en la doctrina del derecho de opción, en razón que quien

⁸ DENEGRÍ HACKING, Marianne, citado por Medina León, Pedro, Boisset Tizón, Rafael, Miranda Vargas, Alonso, Solari Flores, Jorge Luis, Thorndike Piedra, Thomas (2001). *Análisis de la Responsabilidad Civil Médica en la Legislación Peruana*. En REVISTA *Advocatus Nueva Época*. Lima: Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Pág. 107.

⁹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2003). *Ibidem*, pág. 514.

¹⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique (2003). En <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/set03/boletin30-09.htm>, consultado el 15.07.15.

solicita la indemnización por el daño ocasionado puede optar por hacer efectiva su prestación bajo las reglas de la responsabilidad civil contractual o extracontractual.

6. La relación del médico con la institución sanitaria.

Conforme al artículo 1325 del Código Civil, el deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde por los hechos dolosos o culposos que aquellos cometan, así también lo ha reconocido la Corte Suprema¹¹ al disponer que en un caso de negligencia médica, la Clínica San Lucas por asumir una responsabilidad indirecta con los médicos de los cuales se valió para atender al demandante, debía asumir íntegramente el resarcimiento por los daños y perjuicios demandados a consecuencia de la mala praxis médica. Sin embargo, remitiéndonos al artículo 48 de la Ley General de Salud – Ley N.º 26842, se advierte que para el caso de los establecimientos de salud o servicio médico de apoyo prevé dos tipos de responsabilidades, la responsabilidad solidaria por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en este con relación de dependencia; y la responsabilidad exclusiva por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haberse 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.

Frente al conflicto que se presenta en cuanto el tipo de responsabilidad que asumen los establecimientos de salud o servicio médico de apoyo, es necesario señalar que en base al principio de especialidad, el cual establece la primacía de la ley especial sobre la ley general, los operadores del derecho se encuentran en la obligación de aplicar el dispositivo normativo que prevé la Ley General de la Salud, sin embargo, no se entiende las razones por las cuales en el caso citado, optaron por aplicar las disposiciones normativas contenidas en el Código Civil.

7. La responsabilidad civil del médico en función al tipo de obligación asumida

De acuerdo a la doctrina, existen dos tipos de obligaciones que pueden ser asumidas por el deudor en atención al contenido de la relación obligacional asumida, la obligación de medios y la obligación de resultados. Ahora bien,

¹¹ Poder Judicial. (2005). Casación N.º 458-2005-Lima. Sentencia: 24 de enero de 2006.

en los casos de responsabilidad civil médica es importante determinar el tipo de obligación que asume los profesionales de la salud respecto de su paciente, pues al momento de establecerse la responsabilidad civil que le corresponde asumir al prestador de la salud, se tendrá en cuenta si este asumió una obligación de medios o una obligación de resultados.

¿Obligación de medios o de resultados?

Cuando nos referimos a las obligaciones de medios, lo que estamos haciendo no es más que aludir a la forma en que obra el deudor, al compromiso prudente y diligente que este último asume respecto de su acreedor, de esa forma, no puede exigírsele el cumplimiento de un resultado ya que en este tipo de obligaciones a lo que se compromete el deudor es a poner todos sus conocimientos en lograr un determinado resultado pero sin garantizar que el mismo se concrete.

Sin embargo, hablar de obligaciones de resultados, el deudor se compromete a procurar el fin propuesto, debiendo para ello encaminar sus acciones con el propósito de obtener dicho objetivo, pues en caso de incumplimiento, solo podrá liberarse de este si demuestra que por razones de fuerza mayor incumplió el fin determinado no obstante haber actuado con la diligencia que el caso exige para cumplir con su cometido, dado que en este tipo de obligaciones se regula bajo las reglas de la responsabilidad objetiva. En ese contexto, cabe sostener como afirma Varsi¹², en el caso de las prestaciones de salud, el facultativo contrae una obligación de medios respecto de su paciente en tanto asume el compromiso de atenderlo con cuidado y diligencia, destinado a lograr su recuperación aunque ello no necesariamente se produzca. De esa forma, para este tipo de obligaciones se aplicará la responsabilidad civil por culpa y el galeno solo podrá eximirse de ella si prueba que las acciones que empleó estaban siempre encaminadas a obtener determinado fin aunque no necesariamente se llegó al resultado propuesto.

8. La carga probatoria en los casos de responsabilidad civil médica.

El derecho probatorio es el pilar básico de todo proceso civil, y es que sobre su estructura, los magistrados podrán resolver el caso sobre la base de hechos debidamente probados y sustentados.

En principio, de acuerdo a la carga de la prueba quien afirma los hechos que sustenta su pretensión se encuentra en la obligación de acreditar lo alegado,

¹² VARSÍ ROSPIGLIOSI, ENRIQUE (2006). *Derecho Médico Peruano*. 2ª Edición. Lima: Grijley. Pág. 109.

sin embargo, ante la dificultad probatoria con la cual se enfrenta el paciente perjudicado para solicitar una indemnización por el daño padecido, la doctrina ha propuesto en los casos de negligencia médica la teoría de las cargas probatorias dinámicas, a efectos que quien está en mejor posición para demostrar que el médico incurrió en responsabilidad por los daños ocasionados al paciente no es este último sino los propios prestadores de la salud, debido a que son aquellos quienes mejor conocen la forma en la cual se presentaron los hechos, y tiene el acervo documentario para desvirtuar cualquiera imputación que se le atribuye.

Y es que como lo sostiene Guerra¹³ la inversión de la carga de la prueba se justifica cuando una de las partes tiene limitaciones para producir prueba, y exigirle que lo haga no haría más que colocarla en un estado completo de indefensión, por ello, la aplicación de esta teoría resulta admisible en nuestro ordenamiento jurídico no solo porque así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional¹⁴ sino porque de no hacerlo el principal perjudicado con todo ello no sería más que la propia víctima.

De ahí que consideramos necesario se efectuó una modificación legislativa del artículo 1330 del Código Civil, en tanto prevé que es el perjudicado a quien le corresponde probar que el incumplimiento de la obligación se debió al dolo o culpa inexcusable, cuando en atención a la teoría de la carga de la prueba, el *onus probandi* se invierte sobre la parte que está en mejores condiciones para producir la prueba.

9. La indemnización

Como bien lo ha sostenido Rubio, Vidal, Cornejo, Avendaño, Cárdenas, Osterling, De la Puente, Bigio, De Trazegnies¹⁵ la indemnización debe cumplir todo los aspectos necesarios a fin de procurar que el acreedor se

¹³ GONZALES BARRÓN, Gúnter, LEDESMA NARVAEZ, Marienella, BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, GUERRA CERRÓN, J. María Elena y Jorge Alberto BELTRAN PACHECO (2010). *La prueba en el proceso civil*. Gaceta Jurídica, Lima, págs. 152-153.

¹⁴ Tribunal Constitucional (2007). *Expediente N.º 01776-2007-AA/TC*. Sentencia: 26 de enero de 2007., en <http://spij.minjus.gob.pe/normas/textos/231109T.pdf>, consulta: 15 de enero de 2016.

¹⁵ RUBIO CORREA, Marcial, VIDAL RAMÍREZ, Fernando, CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, AVENDAÑO V., Jorge, CÁRDENAS QUIROS, Carlos, OSTERLING PARODI, Felipe, DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, BIGIO CHREM, Jack y Fernando DE TRAZEGNIES GRANDE, (1997). *Retroactividad, irretroactividad y ultractividad. La teoría general del acto jurídico. La familia en la ley y en la realidad del Perú. El pago con título valores. Inejecución de obligaciones. La teoría del riesgo. La compra - venta y la transmisión de propiedad. Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual*. 10ª Edición. Volumen I. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, págs. 137-138.

encuentre en la misma situación jurídica en la cual hubiese estado si es que la obligación se hubiera llegado a cumplir. De tal forma, si bien el demandante es como lo sostiene Manzanares¹⁶ quien señala el monto indemnizatorio, es el juez quien con criterio subjetivo fijará dicho monto en base a su buen juicio.

Así, nuestro Código Civil en relación al *quantum* indemnizatorio ha previsto en su artículo 1985 que para exigir el mismo debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido, de tal forma, que acreditándose dicha relación de causalidad el monto a solicitar debe comprender las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. En ese escenario, lo pretendido con una indemnización no es más que compensar al paciente por el daño ocasionado producto de una mala praxis, circunstancia que si bien no coloca a la víctima en la posición que tenía con anterioridad a la lesión sufrida, empero permite mitigar las consecuencias que de él se han generado. De ahí que surge la necesidad de establecer si en nuestro ordenamiento jurídico los montos indemnizatorios fijados en las sentencias cumplen con la finalidad resarcitoria que persigue la responsabilidad civil, y para ello, comenzaremos nuestro análisis sobre la base de algunos casos judiciales que han sido emitidos por los operadores del derecho.

En un caso, doña Elsa Delgado Sánchez¹⁷ interpuso demanda de indemnización contra el médico Sergio Yong Motta a fin de que la indemnice con el monto de \$ 100.000.00 dólares americanos por los daños y perjuicios generados a causa de una intervención negligente que la dejó al borde de la muerte, y es que luego de haber sido intervenida quirúrgicamente de cálculos a la vesícula, el galeno sin autorización de su familia ni de la propia accionante, la sometió a una segunda operación que agravó su estado de salud debido al cuadro de ictericia¹⁸ que presentó como consecuencia de esta última. Efectuadas las actuaciones probatorias, el magistrado declaró fundada en parte la demanda y ordenó que el demandado pague a favor de la actora la suma de \$ 80.000.00 dólares americanos o su equivalente en moneda nacional, más el pago de intereses

¹⁶ MANZANARES CAMPOS, Mercedes (2008). *Criterios para evaluar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*. Lima: Grijley. Pág. 147.

¹⁷ PODER JUDICIAL (1997). Sentencia N.º 10695-1997. Sentencia: 16 de mayo de 2000.

¹⁸ Coloración amarillenta de la piel, mucosas, esclerótica y líquidos corporales debido a un exceso de bilirrubina en el organismo.

legales al haber determinado que la evolución posterior de la paciente se encontraba relacionada con la operación practicada por el demandado, pues omitió practicarle a la paciente un canalículo biliar clampado en forma completa y un examen previo de colangiografía intra operatoria.

En otro caso, Óscar Arciniega Pastor¹⁹ demandó una indemnización de S/. 20 000.00 soles por los daños y perjuicios ocasionados a consecuencia de una mala praxis médica que se le generó en la Clínica Ricardo Palma al haber padecido una hemorragia post operatoria debido a una fístula que no fue advertida por los médicos que lo intervinieron inicialmente. Realizadas las actuaciones probatorias, la demanda fue declarada fundada en parte y estableció que los galenos Oscar Gavilano Gutiérrez y Luis Lavander Villayzan paguen solidariamente a favor del actor una indemnización ascendente a S/. 80.000.00 soles más los intereses legales, declarando infundada la misma respecto de la Clínica Ricardo Palma y el galeno Franco Attanasio Gutiérrez; impugnado que fuera dicho pronunciamiento, este fue revocado por la instancia superior, declarando fundada la demanda respecto de la Clínica Ricardo Palma y disponiendo que esta conjuntamente con el galeno Gavilano paguen solidariamente por concepto de daños y perjuicios, más los intereses legales con costas y costos a favor del actor, la suma de S/. 59.320.00 soles (S/. 19 320.00 soles por daño emergente y S/. 40.000.00 soles por daño moral), mientras que el galeno Lavander debía pagar solidariamente la suma de S/. 5.000.00 soles, más los intereses legales con costas y costos.

Como se observa en los casos subjuice, los montos indemnizatorios fijados por los magistrados a favor de las víctimas obedecen al criterio que este adoptado como consecuencia de los hechos verificados en autos, ello justamente porque en nuestro sistema jurídico no existen parámetros objetivos que delimiten de manera equitativa los montos que deben ser considerados por los operadores del derecho al momento de fijar una indemnización para el caso de mala praxis médica. Y es que un baremo para el caso de daños provocados por una mala atención sanitaria permitiría diseñar las pautas que los magistrados observarían al momento de calcular el monto resarcible para las pacientes víctimas de una mala praxis, tal como ha sucedido en España, donde los baremos de daños por accidentes de tráfico es aplicable con carácter orientativo a otro tipo de daños indemnizables como lo es el de la mala praxis médica según los propios criterios que la Ley 35/2015, vigente a partir del 01 de enero del año en curso,

¹⁹ PODER JUDICIAL (1997). Sentencia N.º 19702-1997. Sentencia: 29 de abril de 2004.

establece para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

En los casos de accidentes de tránsito, nuestro legislador ha previsto en el artículo 29 del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito (SOAT) - Decreto Supremo N.º 024-2002-MTC un criterio tabular a fin de indemnizar -bajo la determinación de parámetros que la respectiva tabla de invalidez contempla- no solo a la víctima del accidente de tránsito sino también a terceros que resulten afectados a consecuencia de ello, sobre la base de la Unidad Impositiva Tributaria. Así, por ejemplo, en caso se produzca la muerte o invalidez permanente de una persona, la cobertura del seguro es de 4 Unidades Impositivas Tributarias, mientras que para el caso de invalidez temporal cada uno hasta 1 Unidad Impositiva Tributaria.

Teniendo en cuenta lo señalado, un baremo o sistema tabular no es más que un cuadro que permite establecer taxativamente el tipo de lesiones que puede padecer una persona y el monto indemnizatorio que le correspondería en caso se configure la misma como consecuencia de una mala praxis médica. Visto de esta forma, como lo ha sostenido Espinoza²⁰ la pérdida de alguna parte del cuerpo o la disminución de alguna función del mismo demandan de la elaboración de una tabla que permitan cuantificar económicamente el valor de la pérdida sufrida (mano, pierna, entre otros), sin embargo, para su elaboración señala el autor, no solo debe tenerse en cuenta la capacidad productiva que representa dicha parte o función del cuerpo, sino que además, debe considerarse los criterios que la medicina y la psicología puedan aportar a efectos que la valorización establecida en términos monetarios sea lo más aproximativa posible.

En igual sentido, Jiménez-Vargas Machuca²¹, ha sostenido que la implementación de un sistema tabular resulta oportuna debido a que nuestro sistema jurídico no cuenta con parámetros generales o básicos que permitan resarcir adecuadamente los daños físicos. En ese contexto, consideramos importante que nuestros legisladores confeccionen un baremo referencial que permita a los jueces fijar el monto indemnizatorio sobre la base que aquella establece, para luego analizar en cada caso en concreto, si

²⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2013). *Derecho de la responsabilidad Civil*. 7º Edición. Lima: Editorial Rodhas. S.A.C. Pág. 332.

²¹ Academia de la Magistratura en coordinación con la Comisión de capacitación en el área Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima (productor). *La fijación del quantum indemnizatorio*. (Video). AMAG, Lima.

concurrir circunstancias adicionales que permitan incrementar el *quantum* indemnizatorio inicialmente fijado, como lo sería por ejemplo la pérdida de una mano, pues no es lo mismo que esta le sea amputada a un abogado que a un reconocido y talentoso pianista dada la función que en este último cumple dicha parte de nuestro cuerpo.

En esa misma línea, consideramos que la elaboración de un baremo -cuya dación proponemos- es importante en la medida que permite a los jueces tener criterios comunes sobre los cuales ha de fundamentar los montos indemnizatorios que conceda. Para ello, debe establecerse en el baremo un valor económico respecto al porcentaje que la lesión representa, lo cual puede realizarse considerando referencialmente los parámetros que en materia de accidentes de tránsito han sido establecidos, adicionándole a ello, las variables de edad y sexo de la persona, así como también, el tiempo durante el cual el paciente deberá continuar con el tratamiento médico producto de la lesión generado y los costos que por daño emergente (gastos ocasionados como consecuencia del evento dañoso) y lucro cesante (pérdida de ganancia) deban proporcionársele dado el impedimento físico al cual se encuentran sometidos por el actuar negligente del médico tratante.

Con lo expuesto, no estamos señalando que los valores económicos que se establezcan en el baremo constituyan un límite para los operadores del derecho al momento de fijar el *quantum* indemnizatorio, pues como lo hemos precisado, este solo constituye el tope mínimo que debe dársele a una persona por el daño padecido, pudiendo los jueces incrementar el mismo en atención a las peculiaridades del caso en concreto, como lo puede ser por ejemplo las condiciones personales de la víctima (la amputación de la mano de un carpintero, la afectación a las cuerdas vocales de un cantante, etcétera).

10. Conclusiones

- a) El Estado debe adoptar los mecanismos necesarios que permitan mejorar la calidad de vida de las personas que han sido afectadas por mala praxis médica, no solo porque así lo ha establecido nuestra Constitución Política, sino también, porque constituye una forma de mitigar el daño que se ha generado a su integridad física y psicológica.
- b) En nuestro ordenamiento jurídico no existe un sistema tabular que permita a los magistrados determinar un monto indemnizatorio

por los casos de negligencia médica, por ello, el Estado por intermedio de los legisladores, debe disponer la elaboración de un sistema tabular que permita fijar los límites respecto de los cuales deba otorgarse la indemnización reclamada.

- c) El sistema tabular cuya elaboración proponemos, debe contener variables relacionadas con la edad y sexo de la persona, así como también, el tiempo durante el cual el paciente deberá padecer con el tratamiento médico producto de la lesión generado, y es que sobre la base del monto que se establezca en atención a dichos indicadores, el magistrado podrá en razón a las condiciones particulares del paciente, incrementar el monto indemnizatorio a fin de cumplir con la finalidad resarcitoria de la responsabilidad civil.
- d) La obligación que asume el médico respecto de su paciente es una de naturaleza contractual y excepcionalmente extracontractual, mientras que el tipo de obligación que de ellos deriva es una de medios debido a que no existe la obligación de obtener un resultado determinado, solo la diligencia debida de procurar la recuperación del paciente sin asegurar que ello en efecto se producirá.

11. Referencias bibliográficas

- BEAUMONT CALLIRGOS, Gustavo Efraín. *Manual de Bioética Médica, mala praxis y legislación en salud*. Lima; Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica, 2005.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad Civil*. 2º Edición. Lima; Gaceta Jurídica, 2003.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad Civil*. 7º Edición. Lima; Editorial Rodhas. S.A.C., 2013.
- MANZANARES CAMPOS, Mercedes. *Criterios para valuar el quantum indemnizatorio en la Responsabilidad Civil Extracontractual. Análisis a partir de la jurisprudencia*. 1º Edición. Lima; Grijley, 2008.
- DENEGRI HACKING, Marianne, citado por Medina León, Pedro, Boisset Tizón, Rafael, Miranda Vargas, Alonso, Solari Flores, Jorge Luis, Thorndike Piedra, Thomas (2001). "Análisis de la Responsabilidad Civil Médica en la Legislación Peruana". En Revista *Advocatus*. Nueva Época. Lima, Perú.

- GONZALES BARRÓN, Günter, LEDESMA NARVAEZ, Marienella, BUSTAMANTE OYAGUE, Emilia, GUERRA CERRÓN, J. María Elena y BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto. *La prueba en el proceso civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
- HUAYWA PALOMINO, Liliana y ALMONACID FLORES, Carlos. "La exigibilidad de los derechos sociales. La exigibilidad del derecho a la salud". En *Revista Jurídica del Perú*. Lima; Normas Legales, 2010.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, Luis. *La responsabilidad civil médico-sanitaria*. Madrid; Editorial Tecnos, 1992.
- RUBIO CORREA, Marcial, VIDAL RAMÍREZ, Fernando, CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, AVENDAÑO V., Jorge, CÁRDENAS QUIROS, Carlos, OSTERLING PARODI, Felipe, DE LA PUENTE Y LA VALLE, Manuel, BIGIO CHREM, Jack, DE TRAZEGNIES GRANDE, Fernando. *Retroactividad, irretroactividad y ultractividad. La teoría general del acto jurídico. La familia en la ley y en la realidad del Perú. El pago con título valores. Inejecución de obligaciones. La teoría del riesgo. La compra - venta y la transmisión de propiedad. Por una lectura creativa de la responsabilidad extracontractual*. 10° Edición. Volumen I. Lima; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Médico Peruano*. 2° Edición. Lima; Grijley, 2006.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

- MINISTERIO DE SALUD, 2015, en http://www.minsa.gob.pe/portada/ciu_dss_default.asp. Consultado el 29.06.2015
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2015, en <http://www.who.int/suggestions/faq/es/>. Consultado el 25.06.15
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. En <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/set03/boletin30-09.htm>. Consultado el 15.07.15

REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

- INFORME DEFENSORIAL N.º 87 (2004). *El derecho a la salud y a la seguridad social: Supervisando establecimientos de salud*.

REFERENCIAS DE RECURSOS AUDIOVISUALES

- ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA en coordinación con la COMISIÓN DE CAPACITACIÓN EN EL ÁREA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA (Productor). *La fijación del quantum indemnizatorio*. (Video). Lima: AMAG.