

“Mediante la sentencia de fecha 11 de enero de 2008 ... se estableció una nueva evolución de la relación médico - paciente: ... un contrato atípico de hospitalización”

La actividad sanitaria en la jurisprudencia peruana y el derecho comparado: Necesidades de algunas precisiones

Eduardo Buendía De Los Santos*

175

INTRODUCCIÓN

La intención de este trabajo es determinar la naturaleza jurídica de la relación médico - paciente. La jurisprudencia nacional no tiene un concepto uniforme sobre la misma por ello utiliza indistintamente la responsabilidad contractual y extracontractual. Por ello creemos necesario realizar unas breves referencias sobre el derecho comparado, concretamente sobre el derecho italiano, utilizando el método de la comparación con esto buscamos demostrar que en países como Italia se ha dejado de lado la responsabilidad extracontractual para pasar a un fenómeno denominado la contractualización de la relación médico - paciente con la finalidad de proteger a las víctimas y servir de soporte al desarrollo de nuevas técnicas con la finalidad de alcanzar un nivel de bienestar adecuado y eso es lo que se debe buscar también en el Perú.

1. LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE FRENTE A LA ESTRUCTURA SANITARIA

Existen dos situaciones en las cuales nos encontramos inicialmente ante una relación médico - paciente: a saber, primero, la atención médica quirúrgica de emergencia; la segunda situación es aquella donde existe un sometimiento voluntario previo acuerdo con el médico que atiende al paciente.

Ante estos escenarios, podremos encontrarnos ante situaciones que pueden desencadenar Responsabilidad Civil, como los actos ocurridos por una negligencia, entendida esta como la falta de cuidados debidos o la comisión de un grueso error, en cualquiera de las etapas de la relación médico - paciente. También se les suele denominar a este tipo de accidentes la consecuencia de una *mala praxis* médica.

1.1. Antecedentes históricos

Desde la perspectiva clásica de la responsabilidad civil, el primer ejemplo que se solía utilizar era el de la responsabilidad del médico con el paciente al sostener que, al no existir convenio previo, no había una causa (el contrato) y por

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudiante del segundo ciclo de la Maestría de Derecho Civil de la escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de Docencia de los Cursos de Responsabilidad Civil y de Obligaciones a cargo del Profesor Gastón Fernández Cruz.

ende las reglas aplicables eran las de la responsabilidad civil extracontractual. Así, se ve en Italia, por ejemplo, la sentencia Casatoria de fecha 24 de marzo de 1976 que señala:

*“(…) La aceptación del paciente en el hospital, con el fin de una recuperación o de una visita ambulatoria, comporta la celebración de un contrato de obra profesional entre el paciente y el ente sanitario, el cual es asumido por médico frente al paciente, la obligación de desarrollar la actividad de diagnóstico y la consecuente actividad terapéutica en relación específica situación del paciente que esta en el proceso de curación. Porque esta relación contractual no participa el médico dependiente, que provee el desarrollo del a actividad de diagnóstico y de la actividad terapéutica, cual miembro del ente hospitalario, la responsabilidad del mencionado hacia el paciente por el daño ocasionado de un error en el diagnóstico o terapéutico es solamente **extracontractual**, con la consecuencia que el derecho al resarcimiento expectante del paciente respecto del médico prescribe bajo el termino quinquenal del artículo 2947, primer párrafo, del código civil (...)”¹ (El subrayado es nuestro)².*

En similar línea de pensamiento, en 1968 se presentó el siguiente caso en el Perú:

176

“(…) La señorita Denise Oddoux demandó al médico Dr. Fernando Cabieses Molina por presuntos daños que éste le habla causado con motivo de una operación en la columna vertebral que la dejó paralítica. La Ejecutoria Suprema de 10 de junio de 1976 declaró sin lugar la nulidad de la sentencia de vista que a su vez confirmaba la apelada, en la que se declaraba infundada la demanda en razón de que los perjuicios sufridos por la demandante eran consecuencia del avance de un cáncer generalizado y no de una intervención quirúrgica defectuosa. ...”³.

De otro lado, el Juez de la causa, Dr. Fausto Viale Salazar, acogió en su sentencia la tesis extracontractual debido a que eran daños morales (entendidos éstos como daños que no son los daños materiales)⁴. DE TRAZEGNIES señala:

“(…) Es oportuno hacer presente que el caso sub-materia tiene que ser situado dentro de la esfera

de la responsabilidad extracontractual puesto que está referido a daños causados en la vida y salud de una persona, entidades no patrimoniales y por lo tanto no sujetas a la mera voluntad contractual (...)”⁵.

Tomando en consideración que este caso se resolvió al amparo del Código Civil de 1936, y que, además, es un Código pensado en la pre industrialización, como es obvio, la respuesta de nuestros tribunales es que al señalar que no existe contrato, las reglas aplicables resultan las reglas de la Responsabilidad Civil extracontractual. Sin embargo, el derecho comparado nos muestra una evolución del razonamiento de sus tribunales a un giro de ciento ochenta grados, para cambiar la responsabilidad de los médicos de extracontractual a contractual.

Parece que ambos países partieron de premisas similares; en ese sentido, desarrollaremos lo que ocurrió en Italia. La reconstrucción favorable a la naturaleza extracontractual del médico dependiente se circunscribe a una lógica situación. Se parte de la premisa que existe un contrato de obra profesional⁶ entre el paciente con la institución sanitaria, y con el médico que ejecuta la prestación; por tal motivo, no existe ninguna vinculación intersubjetiva con el paciente. Esta figura, en el Perú, sería una suerte de contrato de locación de servicios⁷, vinculando al paciente con la clínica que presta el servicio. Asimismo, el médico dependiente de la estructura sanitaria que ha sido delegado para proporcionar la cura al paciente desarrolla una actividad de diagnóstico o terapéutica o ambas y no es parte del contrato de servicios.

Por lo tanto, la figura extracontractual en el modelo italiano es perfectamente clara, asumiendo que existe un contrato entre el paciente y la estructura sanitaria y, por tanto, no hay un vínculo entre el paciente y el médico, por lo que en esa relación son susceptibles de aplicación las normas de responsabilidad civil extracontractual. En cambio, para los tribunales peruanos, el razonamiento es diferente; en primer lugar, parten de la premisa que en la misma situación no existe un contrato y, por ende, la única regla que conviene aplicar es la responsabilidad civil extracontractual. Esta posición es criticable en ambos sistemas, debido a que no toman en cuenta el interés del dañado y los tipos de relaciones que se pueden crear a partir de las situaciones concretas. Luego de este bre-

1 PARRINELLO, Concetta. *Medical Malpractice E Regole Di Responsabilità Tradizione e Innovazione*. Milano: Giuffrè Editore, 2008, p.28. Nota al pie número 50.

2 Artículo 2947.- Prescripción del derecho al resarcimiento del daño (*Codice*)
“...El derecho al resarcimiento del daño derivado del hecho ilícito prescribe a los cinco años desde el día en que el hecho se ha verificado...”.

3 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. En: Biblioteca Para leer el Código Civil VOL. IV. TOMO II. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005, p.467.

4 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Loc. Cit.

5 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Responsabilidad Extracontractual*. En: Biblioteca Para leer el Código Civil VOL. IV. TOMO II. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005, p.468.

6 Artículo 2236 (*Codice*).-
Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de la obra no responde del daño, sino en caso de dolo o de culpa grave.

7 Artículo 1764 (Código Civil peruano de 1984).-
Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución.

ve recuento histórico comenzará lo que denominamos la evolución jurisprudencial italiana con la finalidad de comparar y averiguar mediante la comparación qué es lo que se ha desarrollado en el Perú en materia Sanitaria.

2. “CONTRACTUALIZACIÓN” DE LA RELACIÓN MÉDICO - PACIENTE

Cuando se habla de la “contractualización” se hace referencia a un ligamen similar al que forma un contrato. En los siguientes sub-puntos se hará una breve referencia a las teorías adoptadas.

2.1. El gran paso: “El contacto Social”

La primera sentencia que revoluciona todo el ordenamiento italiano mediante su fallo fue la casación número 589/1999 que señala que existe responsabilidad por “contacto social”. La sentencia prescribe:

“(…) En esta perspectiva, por lo tanto, se admite que las obligaciones puedan derivarse de las relaciones contractuales de hecho, en los casos en que ciertos individuos entran en contacto sin que dicho contacto reproduzca la hipótesis negocial y sin embargo, estas se refieren a las obligaciones de conducta de diversa naturaleza, que pretende garantizar que sean protegidos los intereses que han surgido o están expuestos al peligro por el propio contacto (...)”⁸.

El denominado “contacto social” puede ser sostenido en Italia debido a que su libro de las obligaciones, a diferencia del Código Civil Peruano, contiene una parte general de las obligaciones; los artículos en cuestión son el 1173⁹ y 1175¹⁰. Esto permite sostener una nueva tesis, la cual reposa sobre la confianza (Corrección asimilada a la buena fe objetiva) en el ejercicio de una actividad profesional que tiene por objeto la protección de un bien constitucional. Entonces el contacto se instaura entre el médico y su paciente desde el momento en que el médico acepta hacerse cargo del paciente, encuadrando, en tal modo, el supuesto de hecho sobre una figura que la doctrina considera relación contractual de hecho, en el cual la relación obligatoria nace del comportamiento producto de las circunstancias contextuales.

En cambio, en el Perú, al carecer de una norma que señale cuales son las fuentes de las obligaciones, la naturaleza de la prestación parece ser que se juzga de su actividad,

tal y como lo demuestra la casación N° 1312-96 – Lambayeque que apunta:

*“(…)Quinto.- Que, la actividad profesional de un método 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 adecuan a sus fines tanto científicos y profesionales en el caso del médico y, de prestación de servicios en el caso de la institución (...)”**¹¹(El subrayado es nuestro).*

La actividad que desarrolla el médico, en el Perú, fue considerada una actividad riesgosa. Por ende, las reglas aplicables para el caso en particular son las reguladas en el artículo 1970¹² del Código Civil Peruano. En sentido crítico, preguntamos, ¿la actividad del médico cataloga como riesgosa?; la respuesta es un contundente no.

En el Perú, a diferencia de Italia, se ha creído que la actividad del médico es peligrosa; sin embargo, demostraremos a través de dos ejemplos que esto no es del todo cierto. El primer ejemplo es el médico dentista; la extracción de muelas se ha vuelto una actividad cotidiana, y en estos casos, no existe riesgo alguno. El segundo ejemplo es la actividad del médico terapeuta y que no ejercen actividades riesgosas pero ciertamente están fuera del ámbito del riesgo que el juzgador peruano está catalogando la actividad médica, en general, como riesgosa. En ese aspecto, indicamos que el operador jurídico judicial, en esta sentencia no toma en cuenta toda la actividad médica, y que ésta, solo se remite a las operaciones quirúrgicas.

2.2. Evolución jurisprudencial: Del contacto social al contrato de “Hospitalización”

Si bien es cierto que hubo un giro de ciento ochenta grados con la adopción por parte de la jurisprudencia italiana, respecto a que la relación que provenía entre el paciente y la estructura sanitaria respondía a una lógica del contacto social, respecto del propio paciente, con el cual no se vinculaba con el médico. En el año 2005. Mediante la sentencia de fecha 11 de Enero de 2008 (sic), número 2042, se estableció una nueva evolución de la relación médico-paciente; se estableció un contrato atípico de “Hospitalización”. En virtud de tal contrato, la estructura sanitaria debe estar en condiciones de brindar al paciente una prestación articulada con ese contrato.

Existe, entonces, una relación entre el médico hospitalario y el paciente que ha concluido el contrato con la

8 Extraído de: <http://www.aosp.bo.it/rad2/Rad/Leggi/589.htm>. Visitado el 23 de Mayo de 2012, a las 2:00p.m.
La traducción libre al cuidado de Eduardo Emmanuel Buendía De Los Santos.

9 Artículo 1173(Codice).-

La obligación derivada del contrato, del hecho ilícito, o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlo en conformidad con el ordenamiento jurídico

10 Artículo 1175(Codice).-

El deudor y el acreedor deben comportarse según la regla de la corrección

11 Cas. N° 1312-96 – Lambayeque

12 Artículo 1970(Código Civil Peruano de 1984).-

Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, esta obligado a repararlo.

estructura sanitaria, en cuanto es el médico en sí mismo quién cura al paciente y el paciente demanda la ejecución de la obligación que el hospital contrae con el enfermo. El ente hospitalario, como se ha mencionado, es llamado a responder a título de responsabilidad contractual a favor del enfermo y el contrato implícitamente concluido entre el hospital y el paciente es resultado de un contrato atípico¹³.

Esta prestación, derivada del contrato de “Hospitalización”, debe evaluarse a la luz de lo señalado en el artículo 1218¹⁴ del *Codice*. La fuente de esta obligación es el contrato de Hospitalización y las reglas aplicables por extensión, según determina la jurisprudencia, son las de la responsabilidad contractual. De otro lado, en Perú, en la sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente número 694-96 señala:

“(…) La despreocupación por la salud del paciente, con muestras objetivas de indiferencia e inhumanidad, constituyen una violación de los deberes médicos configurados en el incumplimiento de los medios y diligencia adecuados en la asistencia del paciente que fue objeto de una defectuosa intervención quirúrgica, causante de daños culposamente ocasionados que configurarían la responsabilidad de los demandados de naturaleza contractual (...).”¹⁵(El subrayado es nuestro).

178

En esta sentencia, lo que se recoge es la naturaleza contractual de la responsabilidad civil del médico. Esto no implica que se deje de aplicar la responsabilidad civil extracontractual, como se deja ver nuevamente en la sentencia N° 1312-96 – Lambayeque, la cual señala que dicha actividad se considera una actividad riesgosa, susceptible de aplicación de las normas de relativas a la responsabilidad objetiva encontradas en la cláusula normativa general del artículo 1970 del Código Civil Peruano. En sentido contrario, tenemos la sentencia que señala:

“(…) Segundo.- Que, mediante escrito de fojas ciento y tres, Beatriz Nancy Olivera Ángeles interpone demanda para que Servicios y Asistencia Médica Sociedad Anónima - Clínica San Lucas cumpla con pagarle por concepto de indemnización de daños y perjuicios derivada de la ineje-

*ción de sus **obligaciones (responsabilidad contractual)** la suma de quinientos mil dólares americanos, más intereses legales, como consecuencia de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la actora producto de la intervención médica a la que fue sometida en dicho nosocomio (...).”¹⁶(El subrayado es nuestro).*

Esta sentencia casatoria de fecha 1 de Agosto de 2006 se deja claro que para algunos supuestos concretos, que son fácilmente apreciables, la corte sostiene que la responsabilidad de los médicos y de la clínica se circunscribe a la anacrónica dicotomía entre el contrato y lo que esta fuera de él. En el siguiente punto, fijaremos posición sobre el particular.

2.3. Conclusiones preliminares de ambos sistemas

Si bien en el “breve”¹⁷ recuento histórico demuestra que en el derecho jurídico italiano se ha tendido hacia una contractualización de la relación médico – paciente, en el Perú se ha seguido un camino poco uniforme, con sentencias un tanto huérfanas¹⁸ de fundamentación. Es así que se puede tener una sentencia casatoria que señale:

“(…) 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 ser reputada en forma paralela a las actividades riesgosas o de peligro como son los accidentes de tránsito u otras similares (...).”¹⁹.

¿Cómo es posible que en el Perú se esté discutiendo, en sede jurisdiccional, si la responsabilidad del médico es o no contractual? Luego de casi 50 años, seguimos donde empezamos, dando vueltas en círculos tratando de evitar el problema. Una de las finalidades del trabajo es otorgar una visión general del problema a los operadores jurídicos judiciales, para utilizar las herramientas correctamente. Esto evitará generar un sobrecosto a las víctimas de mala praxis médica, que muchas veces tienen que lidiar con temas procesales que terminan dilatando el proceso, tanto por los abogados de los médicos que plantean

13 FAILLACE, Stefano. *La Responsabilità Da Contatto Sociale. Le monografie di Contratto e impresa*. Serie diretta da Francesco Galgano. Padova : CEDAM, 2004, p.23.

14 Artículo 1218(*Codice*)-

El deudor no cumple exactamente la prestación debida, está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación de la imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él.

15 Extraído de: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p.645. Curiosamente recoge lo señalado por FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Responsabilidad civil médica”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año I, No. 1, Lima, 1995, p.57.

16 CAS. N° 458-05 LIMA.

En la casación, ante el examen de la peticionante se llega al siguiente razonamiento:

“...Octavo.- Que, la inaplicación de una norma material se configura cuando concurren los siguientes supuestos: a) el juez, por medio de una valoración conjunta y razonada de las pruebas, establece como probado ciertos hechos; b) que estos hechos guardan relación de identidad con determinados supuestos fácticos de una norma jurídica material; c) que no obstante esta relación de identidad (pertinencia de la norma) el juez no aplica esta norma sino otra, resolviendo el conflicto de intereses de manera contraria a los valores y fines del derecho y, particularmente, lesionando el valor de justicia; Noveno.- Que, en materia de responsabilidad contractual, el Código Civil vigente ha ampliado la esfera del resarcimiento...”.

17 Con la finalidad ilustrativa se ha tenido que recurrir al ingenio para poder sintetizar más de 50 años en jurisprudencia de la Corte de *Cassazione* Italiana donde se han omitido secciones que consideramos importante pero por cuestiones de tiempo y espacio se tratarán en otro momento.

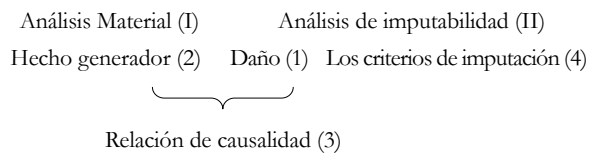
18 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Op. Cit., p.647.

19 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Loc. Cit.

la nulidad del proceso por acudir a la vía idónea, como puede ser la extracontractual, por citar un ejemplo, en desmedro de los perjuicios padecidos por los pacientes que también son víctimas de los abogados que plantean mal las demandas. Creemos que nuestro aporte consistirá en trazar los lineamientos generales que constituyan una nueva forma de ver la relación médico - paciente en el Perú, utilizando para ello la perspectiva del derecho civil comparado con el modelo jurídico italiano, y desarrollar todos los conceptos que se desprenden de éste.

3. LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN MÉDICO PACIENTE EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL MÉDICA

Los elementos de la responsabilidad civil son el daño, el hecho generador, la relación de causalidad y los criterios de imputación. Para poder determinar la responsabilidad se debe emplear el método de análisis de la responsabilidad civil a través del juicio de responsabilidad²⁰. Podemos representarlo con el siguiente cuadro:



Donde:

En el análisis material se halla al causante fáctico	En el análisis de imputación se halla responsable
--	---

I) Análisis material:

El primer elemento a analizar será el daño, el cual implica la constatación material de un hecho. El segundo elemento es el hecho generador, el cual se manifiesta en una vinculación entre el daño y el hecho que lo produjo. El tercer elemento es la relación de causalidad que permite imputar ese daño al hecho generador. De este primer análisis, se concluye que determinado daño es consecuencia adecuada, lógica y necesaria del hecho que lo produjo. Hasta aquí se ha determinado quién es el causante pero no el responsable, éste saldrá a la luz con el segundo análisis.

II) Análisis de imputación:

La finalidad de éste análisis es determinar quién es el responsable que cubrirá los costes económicos del daño. En otras palabras, es el justificativo teórico para el traspaso económico del daño. Se puede observar que existen dos tipos de responsabilidades, a saber:

- a) Responsabilidad por hecho propio: donde coincide la calidad de causante con la calidad de responsable.
- b) Responsabilidad por hecho ajeno o indirecta: bajo un criterio de justicia, es más justo que un sujeto distinto del causante asuma los costes.

En el ámbito sanitario, podemos identificar los mismos elementos y podemos hacer perfectamente la superposición del método para hallar al responsable en la relación médico-paciente y también en la relación estructura sanitaria y paciente.

3.1. El Daño

El primer elemento que debemos someter a análisis es el daño ocasionado en el ámbito de la responsabilidad médica. Este puede perfilarse como una valoración incidental de la conducta del profesional que no es correcta. Resulta también de una conducta omisiva que ocasiona el daño o de una conducta excesiva que origina, en el desenvolvimiento de un procedimiento patológico propio que experimenta el paciente producto de su propio mal, el cual se ve agravado por la intervención errónea del médico²¹. En Italia, por largo tiempo el daño y su resarcimiento estuvieron limitados exclusivamente al daño biológico, al daño moral y al daño patrimonial que debe entenderse como un perjuicio sufrido que va a afectar la situación económica de la víctima²².

La sentencia del tribunal de Verona del 15/10/1990 número 25 señala al respecto:

“(...) Si se acoge la tesis según la cual el daño biológico de la víctima es un <<daño-evento>>, y que el daño moral y el daño patrimonial constituyen una forma de <<daño-consecuencia>>, se percibe que el hecho ilícito tiene una potencialidad plurigeradora en cuanto provoca lesiones a diversos bienes jurídicos protegidos y a diferentes niveles; pero el <<daño-consecuencia>> del ilícito, consecuencia de ello es el sufrimiento que padecen los parientes próximos (como en el caso

20 FERNÁNDEZ CRUZ, Mario Gastón. “De La ética a la responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano). En: Themis Revista de derecho. 2da. Época. Nro. 50. Año 2005.p.251 y ss. El citado autor pretende señalar que la imputabilidad, debe entenderse como juicio de responsabilidad. Para este autor, los elementos de la Responsabilidad Civil se dividen en dos grupos que supone la aplicación de un método de análisis de la Responsabilidad. La primera parte del método es un análisis material, en donde revisándose los elementos del daño (su vinculación con) el hecho generador, (a través de) la relación de causalidad, se logra identificar al “Causante” del efecto dañoso; Entramos a un segundo momento de análisis denominado análisis de imputabilidad (y tal vez la más importante), se decidirá qué es más eficiente (y justo a nivel social): si dejar que la víctima soporte el coste del daño o traspasar este peso económico hacia una esfera ajena a la víctima, sea al propio causante (dando lugar a la responsabilidad por hecho propio), o sea a un tercero no causante pero “justamente” vinculado (dando a la responsabilidad por hecho ajeno). Esto se realiza a través de la aplicación de alguno de los criterios de imputación, sean estos de naturaleza subjetiva u objetiva. El mismo razonamiento se encuentra en: FERNÁNDEZ CRUZ, Mario Gastón. *Comentarios al artículo 1969 del Código Civil. En: Código Civil Comentado Por Los Cien Mejores Especialistas. Tomo X.* Lima: Gaceta jurídica, Lima, 2005, p.38.

21 DE MATTEIS, Raffaella. *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile.* Padova: CEDAM, 1995, p.445.

22 PARRINELLO, Concetta. *Medical Malpractice E Regole Di Responsabilità Tradizione e Innovazione.* Op. Cit., p.243.

donde los padres son los verdaderos afectados por el perjuicio) no menos que la alteración de toda la vida de relación, definitivamente comprometida en presencia de un ser humano reducido a un estado de vida vegetativo (...)”²³.

Este problema del área de los daños resarcibles se presenta como consecuencia de la redacción del artículo 2059²⁴ del *Codice*. La opción entre no resarcir los daños no patrimoniales, entendidos como los daños que puede padecer el individuo, a resarcirlos solo en los casos en los que señala la ley, generó muchas interrogantes respecto a si se debía indemnizar solo por los daños patrimoniales y no por los daños extrapatrimoniales que no podían ser resarcidos por el 2059. Con una interpretación extensiva este problema fue superado, creando la expansión del área resarcible de los daños, mediante un elenco de daños (entendidos como daño biológico, daño a la salud, daño existencial y el daño a la persona) que fueron creados por la jurisprudencia con la finalidad destrabar este nudo que se había hecho normativamente. Es por ello, que a través de una interpretación del artículo 2 de la Constitución de la República Italiana de 1948 que señala:

Artículo 2.- La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya sea como individuo o en las agrupaciones sociales en las que se desenvuelve su personalidad, y exige el cumplimiento de los deberes inderogables de solidaridad política, económica y social.

Sobre la interpretación de la expansión del área de daños resarcibles de daños no patrimoniales por violación a la Constitución. Esta afirmación se da en la Sentencia número 87 y número 88/79, emitida por la Corte Constitucional italiana de fecha 26 de julio de 1979, que señala:

“(...) Los artículos 2059 del Código Civil y 185 del Código Penal, en relación con ellos, se establece expresamente que, cuando se comete un delito, el delincuente también está obligado a pagar un resarcimiento por daño no patrimonial. El término “daño no patrimonial”, adoptado por el legislador, es amplio y general y de tal naturaleza debe referirse, sin duda, a cualquier perjuicio que se contraponga, en vía opuesta, a aquel pa-

trimonial, que es característico por su expresión dineraria del interés perjudicado; lo que nos conduce a creer que el alcance de los artículos anteriormente mencionados (2059 del Código Civil y 185 del Código Penal) - al contrario de lo que se afirma en la referencia - se extiende a cubrir los posibles daños que no están directamente susceptible de evaluación económica, incluida la salud (...)”²⁵.

Recapitulando, en Italia, al haber una prohibición normativa para el resarcimiento del daño no patrimonial se crearon una serie de elenco de daños que cubrieran estos conceptos. En el Perú, por el contrario, no se crearon una serie de daños, sino que los tenemos recogidos normativamente, estos tipos de daños son: el daño emergente, el lucro cesante²⁶, el daño moral²⁷ y el daño a la persona²⁸.

En materia de responsabilidad médica, en el Perú, encontramos con qué se resarcen estos conceptos de acuerdo con la sentencia casatoria número 458-05 LIMA que señala:

*“Noveno.- Que, en materia de responsabilidad contractual, el Código Civil vigente ha ampliado la esfera del resarcimiento a que está obligado el causante del daño, de tal forma que no solo la circunscribe a la reparación del **daño patrimonial (lucro cesante y daño emergente)**, sino además reconoce el derecho de la víctima a recibir una indemnización por **el daño extrapatrimonial, específicamente por el daño moral**, conforme aparece regulado en el artículo mil trescientos veintidós de su texto, entendiéndose como tal a las angustias o padecimientos sufridos como consecuencia directa del daño causado. Conforme aparece de la revisión de la demanda, la actora pretende el pago de una indemnización por los conceptos de lucro cesante, daño emergente, daño moral y daño a la persona, los cuales expresamente reconoce la sentencia de vista en su décimo noveno considerando; sin embargo, dicha decisión, al reformar la apelada, lo hace aplicando exclusivamente el artículo mil trescientos veintiuno del Código Civil, y por su solo mérito limita el pago de la reparación únicamente a los conceptos de lucro cesante y daño emergente, sin*

23 DE MATTEIS, Raffaella. *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*. Op. Cit., p.498.

24 Artículo 2059 (*Codice*).

El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos determinados por la ley.

25 Extraído de <http://www.giurcost.org/decisioni/1979/0088s-79.html> .Visitado el 12 de Junio de 2012, a las 10:34p.m.

La sentencia además agrega: “...El bien a que se refiere está protegido y tutelado en el 32 de la Constitución no sólo como un interés de la colectividad, sino sobretodo como un derecho fundamental del individuo, de modo que se configura como una absoluta y primordial, plenamente operante, incluso en las relaciones entre los privados. Sin duda, es para incluir entre las posiciones subjetivas directamente protegidos por la Constitución y no parece dudosa frente a la existencia del ilícito, con la consecuente reparación, en caso de violación del derecho mismo...”.

26 Artículo 1321(Código Civil Peruano de 1984).- 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 inexecución 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.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

27 Artículo 1322(Código Civil Peruano de 1984).-**El daño moral**, cuando el se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.

28 Artículo 1985(Código Civil Peruano de 1984).-La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, **el daño a la persona** y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

considerar que el artículo mil trescientos veintidós del mismo cuerpo normativo señala que el daño moral también es susceptible de resarcimiento, cuando él se hubiera irrogado (...)”²⁹. (El subrayado es nuestro)

Los comentarios que se pueden extraer de dicha sentencia son que a pesar que no exista un reconocimiento normativo del daño a la persona en el ámbito de una responsabilidad contractual derivada de una relación contractual, empero, eso no es pretexto para que sea indemnizada. Consideramos un error lo señalado por la Corte Casatoria Peruana, debido a que también se puede considerar el daño a la persona en la responsabilidad contractual. Sin embargo, por la división de sistemas de responsabilidad civil, parece ser el límite que tiene el juzgador peruano al momento de realizar sus fallos. A modo de resumen, podemos indicar que en el Perú no hubo un problema normativo con el elenco de daños resarcibles no patrimoniales porque tenemos un reconocimiento expreso tanto del daño emergente como del lucro cesante, del daño moral y del daño a la persona. En cambio, en Italia se creó una tipicidad de daños³⁰ que tienen relación con su artículo 2059 del *Codice*. Esto es, en Italia, lo que justifica la “tipicidad” jurisprudencial; entre ellos encontramos el daño biológico³¹, el daño a la salud³², etc., supuestos que son aplicables a los daños derivados de la relación médico - paciente.

3.2. El hecho generador

El hecho generador de la responsabilidad civil médica obligacional o contractual es aquél que ocasiona el daño como consecuencia lógica y necesaria del evento que lo produjo. En ese sentido, consideramos que los hechos generadores de responsabilidad civil médica en el Perú, pueden ser el acto de dejar olvidada la gasa dentro del cuerpo del paciente, el actuar negligente del médico o

los daños derivados de las instituciones hospitalarias. A continuación desarrollaremos un supuesto concreto que se da en ambas familias jurídicas, los daños derivados de las situaciones hemotransfusionales como supuesto de hecho generador.

a) El hecho derivado de las situaciones hemotransfusionales. El gran avance en la jurisprudencia peruana. El acogimiento jurisprudencial de la teoría de los deberes de protección

En el Perú se presentó un hecho generador muy particular, como consecuencia de una transfusión de sangre que ocasionó que el paciente desarrollara la enfermedad del SIDA. La sentencia 1615-00-LIMA señala en su considerando cuarto lo siguiente:

*“(…) Cuarto.- Respecto a la excepción de prescripción extintiva. Que, como fluye del escrito de demanda que en copia obra de fojas uno a fojas ocho, se impetra la pretensión de indemnización por no haberse entregado sangre pura de manera tal que la proporcionada por el Instituto Materno Infantil (ex Maternidad de Lima) se encontraba infectada, habiéndose transmitido el SIDA al menor Daniel Alegría Barahona; que desde el punto de vista de **la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad médica en particular, nos encontramos con su supuesto de la responsabilidad de naturaleza contractual**; (...) Que en dicho contexto tenemos que existe una **obligación tácita de seguridad**...”³³. (El subrayado es nuestro)*

En esta sentencia se acoge la teoría alemana de los deberes de protección, cuya finalidad es salvaguardar los bienes y la integridad personal del deudor en el desenvolvimiento de su prestación. En Italia, de otro lado, encontramos un supuesto de hecho generador similar

29 CAS. 458-05 LIMA, Considerando noveno.

30 SALARIS, Gianluigi. *La responsabilità medica e problemi di valutazione del danno alla salute*. En: *La Responsabilità medica*. Milano: Giuffrè Editore, 1982, p.192.

31 FRANZONI, Massimo. *Trattato della Responsabilità Civile. Il danno risarcibile, volume 2*. Giuffrè Editore, 2010, p.398.

FRANZONI señala sobre este concepto: “...Al contrario la jurisprudencia genovesa, parafraseando un estudio del año cincuenta, había afirmado que el daño biológico se conforma como un daño extrapatrimonial, como tal resarcible en virtud del artículo 2049 del Código Civil, el cual no requiere el requisito de la patrimonialidad...”.

32 CASTRONOVO, Carlo. *La Nuova Responsabilità Civile. Terza edizione*. Milano: Giuffrè Editore, 2006, p.63.

CASTRONOVO es muy crítico sobre el concepto de daño a la salud debido a que se considera un solo concepto conjunto con el daño biológico y señala:

“... El daño a la salud es constituido por un menoscabo psico físico y la prueba del padecimiento de ésta es de parte del demandado...”. Así mismo señala:

Anclado en el artículo 2043 y privado de la regla específica por del resarcimiento por el daño, por el cual el daño no patrimonial no se concede en virtud al artículo 2059, el daño a la salud se pierde en sí mismo y se considera una compensación por una lesión que no requiere prueba de daño que la lesión misma logra. De hecho, siempre de la Sentencia n184/1986, <<daño biológico (es) claramente distinto de los daños patrimoniales o económicos... (en cuanto) siempre resarcidos, a diferencia de los dos voces (del precepto) del lucro cesante y del daño moral. Esto nos lleva a la afirmación radical por el cual<< incluso sostiene que... la no lesión a (un) derecho, en sí mismo, sea resarcible, pero la misma lesión con la que se consigan los daños de cierto genero... que, en cualquier caso, no puede limitar a los derechos y los intereses de la Constitución declarados como fundamentales, << y la conclusión de que la correlación entre los artículos 32 de la Constitución y el artículo 2043 del Código Civil se coloca, por lo tanto, como una regla, por voluntad de la Constitución, y no puede limitar en modo alguno daños biológicos...>>...”.

Artículo 32 de la Constitución de la República de Italia.

La República protegerá la salud como un derecho básico y el interés de la comunidad “, y garantiza la atención médica gratuita a los indigentes. Nadie puede ser obligado a un tratamiento de salud en particular, salvo en las disposiciones de la ley. La ley no puede “en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana.

33 EXP. N° 1615-00-LIMA. Considerando Cuarto.

de responsabilidad civil médica contractual médica en la Sentencia de la Corte de Cassazione Unite de 11 de Enero de 2008, en el numeral 1 se señala:

“(…) A continuación, el demandante apela la sentencia que erróneamente sostuvo que sería una carga para el demandante probar un vínculo causal entre la transfusión de sangre y la hepatitis C que ella sufrió, así como el actor no puede demostrar que no era el portador de la enfermedad cuando ingresó (…)”³⁴ (El subrayado es nuestro).

Más adelante, en la misma sentencia se señala:

“(…) 3.1 (…) Esta corte constantemente ha encuadrado la responsabilidad de la estructura sanitaria dentro de la responsabilidad contractual, sobre la base de de la “aceptación” del paciente, con la finalidad de recuperación con la admisión en el hospital o de una visita ambulatoria, consiste en la celebración de un contrato (…)” (El subrayado es nuestro)³⁵.

Tanto en la sentencia italiana como en la sentencia peruana se discute si los daños ocasionados por situaciones propias de la estructura sanitaria son supuestos de responsabilidad contractual, por ejemplo el contagio de VIH/SIDA en el caso peruano, así como el contagio de la Hepatitis C, en el caso italiano. En ambos supuestos, se llega a la conclusión de que estos daños son supuestos de responsabilidad médica contractual (respecto de la estructura). En el Perú, por un supuesto de una obligación tácita de seguridad³⁶ y, en Italia, por la elaboración jurisprudencial del Contrato de Hospitalización.

Podemos señalar que el acogimiento jurisprudencial de las denominadas obligaciones tácitas de seguridad que se encuentra en la sentencia 1615-00-LIMA es, que duda cabe, un enorme avance en materia de protección de la integridad del paciente – acreedor porque reconoce la tutela de la víctima frente a daños que no son atribuibles al propio médico pero vinculan a la estructura sanitaria por este deber de protección, asimilando de manera intuitiva la protección que otorga el denominado “Contrato de Hospitalización” creado por la jurisprudencia italiana. En el siguiente subpunto, veremos otro supuesto de hecho generador de responsabilidad civil médica.

b) La actividad médica

La actividad médica, *per se*, en el desenvolvimiento de la prestación sanitaria es un hecho generador en la responsabilidad sanitaria, siempre que el actuar de los médicos genere un daño. A manera ilustrativa, podemos ver en el

Perú la sentencia 458-05 LIMA que en el considerando primero indica:

“(…) Como consecuencia de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la actora producto de la intervención médica a la que fue sometida en dicho nosocomio, particularmente a consecuencia de la colocación de una vía central en la vena yugular izquierda, ejecutada de forma arbitraria y con un catéter infectado y mal insertado que ocasionó la perforación de la vena yugular (extravasación) que derivó a su vez en un derrame pleural bilateral (…)”³⁷.

En Italia, por citar un ejemplo de hecho generador de responsabilidad médica tenemos a la vista la sentencia de Casación 11 noviembre de 1996 número 6607, que señala:

“(…) El 13 de febrero de 1974, Macella Santandrea se sometió en el Hospital de Zagarolo, a una cistoscopia, exigida por el médico Titto Santarelli, el cual había practicado erróneamente tal examen, (...) y como consecuencia de una segunda intervención con la finalidad de corregir el error de la primera prueba, se le ocasionó una fístula vesículo - cutánea que derivó en una necrosis completa de la mucosa vesicular (...)”³⁸.

En conclusión, podemos indicar que el hecho generador, tanto en Italia como en el Perú, se da como consecuencia lógica y necesaria del hecho que estuvo en capacidad de producirla: los daños derivados de las actuaciones médicas. Por ende, podemos afirmar que en responsabilidad médica existe una conexión lógica entre la operación y el daño que se causa al paciente.

c) El hecho generado por la estructura sanitaria

Así mismo, la misma observación se puede desprender de los propios cuidados que, como mínimo debe tener todo establecimiento de salud. Los cuidados y la falta de asepsia, así como las infecciones nosocomiales son supuestos generadores de responsabilidad sanitaria, bajo el mismo argumento anterior, tanto en Italia como en el Perú, en la responsabilidad de la estructura sanitaria existe una conexión lógica entre el daño que se causa al paciente y el hecho que este se encuentre internado en el hospital.

3.3. La relación de causalidad

La relación de causalidad es el elemento que une a los dos elementos antes estudiados, al daño y al hecho generador, a este vínculo se le llama relación o nexo de causalidad;

34 Extraído de <http://www.altalex.com/index.php?idnot=39803>. Visitado el 14 de Agosto de 2012, a las 11:12 a.m.

35 Loc. Cit.

36 La obligación tácita de seguridad no es otra cosa que el acogimiento de la teoría de los deberes de protección. Estos tienen su origen en el Derecho Alemán y la finalidad de los deberes de protección son la salvaguarda frente a los daños físicos o en la propiedad sufridos durante el periodo de ejecución del contrato por una de las partes, a través del deficiente cumplimiento o de la inobservancia de deberes accesorios de cuidado. Los daños son susceptibles de ser reparados a través del instituto de las lesiones positivas del crédito o el incumplimiento.

En el Perú se asimila la obligación tácita de seguridad a los deberes de protección. Para mayor profundidad del tema, se puede consultar: CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. *Los Deberes de Protección del dador en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral*. Madrid: Editorial Civitas, 2000, p.147 y ss; y LAMBO, Luigi. *Obblighi di protezione*. Padova : CEDAM, 2007, p.20. y ss.

37 CAS. N° 458-05 LIMA. Considerando Primero.

38 DE MATTEIS, Raffaella. *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*. Op. Cit., p.511.

éste también es un elemento presente en la responsabilidad contractual médica. En Italia, el principio de la causalidad lo podemos encontrar en la Sentencia Casatoria 23 de febrero de 2000, número 2044 que señala:

*“(...) Por la subsistencia de la responsabilidad del profesional del médico hospitalario, que ha realizado la intervención quirúrgica, es necesario preliminarmente, según el principio general del artículo 2697 del Codice, que el paciente demuestre **el nexo de causalidad entre el evento lesivo de la salud y la conducta del médico**. Por lo tanto, si el juicio de merito considera que falta tal prueba, es menor la necesidad de aceptar el consentimiento de la prestación si el consentimiento del paciente y si la ejecución de la intervención sea fácil o habitual donde implique la solución de problemas técnicos de particular dificultad, porque tal investigación es relevante a los fines del perfil subjetivo, la carga de la prueba también es expectante respecto al paciente, pero sucesiva y diversa. (En particular el primer caso es suficiente que el paciente acredite el detrimento de las condiciones de salud, mientras que el médico para liberarse de la presunción de culpa debe demostrar haber realizado la prestación según la diligencia requerida del artículo 1176 y en el segundo caso, es necesario que el paciente pruebe el dolo o la culpa grave del médico de conformidad con el artículo 2236 del Codice (...)³⁹ (El subrayado es nuestro).*

En el Perú, la relación de causalidad está reconocida en la casación N° 1312-96 - Lambayeque:

*“(...)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 de daño**, circunstancia que en autos no se ha acreditado plenamente conforme lo ha establecido la sentencia recurrida(...).”(El subrayado es nuestro)⁴⁰.*

Otra sentencia peruana estableció el parámetro pero dentro de una relación medico paciente extracontractual:

*“(...) La embolia cerebral, no tiene relación de causa-efecto con las operaciones realizadas, por haber transcurrido noventa y cuatro días desde la fecha de alta; por lo que en aplicación de lo prescrito por el artículo mil novecientos ochenta y cinco del referido Código, que exige la existencia de una **relación de causalidad entre el hecho y el daño producido** (...)”(El subrayado es nuestro)⁴¹.*

Cabe resaltar que en los procesos donde se ha acreditado la relación médico paciente como una relación contractual, han dado por sentado, la relación de causalidad, quedando a salvo el derecho que tiene la parte a demostrar ésta. Esto puede ocurrir debido a que se invoca el artículo 1321, que aparentemente estaría acogiendo la relación de causalidad inmediata⁴². A manera de recuento, podemos señalar que la jurisprudencia italiana acoge la relación de causalidad, no atribuyendo ningún tipo de teoría causal; en cambio, en el Perú, si bien la jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual médica considera que la relación de causalidad corresponde a lo señalado en el artículo 1985, con la teoría de la causalidad adecuada, en cambio, en materia de responsabilidad médica contractual, se suele utilizar el artículo 1321 del Código Civil. En ambos sistemas, tanto en el italiano como en el peruano, se requiere que el paciente pruebe la relación de causalidad (independientemente del sistema que se acoja acotación válida sólo para el ordenamiento peruano).

3.4. Los criterios de imputación

Respecto a los criterios de imputación, estos podemos concentrarlos en dos grandes grupos, los criterios subjetivos de responsabilidad civil médica, que incluyen a la “Culpa”, y su evolución máxima en temas de responsabilidad médica, que supone el concepto de la “Culpa profesional”, y de otro lado, el criterio objetivo de responsabilidad civil médica que supone la “Actividad Riesgosa”. Estos no son más que el justificativo teórico que permite el traspaso del peso económico de la esfera de la víctima al responsable del daño⁴³. Esto significa que si se justifica que el daño haya sido realmente producido por la actividad del médico debe trasladarse, del paciente

39 PARRINELLO, Concetta. *Medical Malpractice E Regole Di Responsabilità Tradizione e Innovazione*. Op. Cit., p.77-p.78. Nota al pie con el número 143. Artículo 2697(Codice)-

Quien quiere hacer valer un derecho en un proceso debe probar los hechos que constituyen su fundamento.

Artículo 1176(Codice)-

Al cumplir la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercida.

Artículo 2236(Codice)-

Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, sino en caso de dolo o culpa grave.

40 Cas. N° 1312-96 - Lambayeque. Considerando Sexto

41 Expediente N° 1973-94

42 Ver nota al pie número 26.

43 MONATERI, Pier Giuseppe. *La Responsabilità Civile*. Torino:UTET Giuridica, 2006,p.19. y ss

“...La regla más natural y más económica sería dejar caer el costo donde se ha producido. Si la víctima (potencial) quiere evitar el daño que pueden perjudicarla en la vida social, debe ser cautelosa tomando las medidas idóneas para evitarlo: asegurándose, invirtiendo tiempo y recursos en la salvaguarda de la propia seguridad, evitando ciertas actividades, etcétera. De este modo, cada uno decide cuánto valora la propia seguridad. En otras palabras, si se deja el daño donde se produjo sería la víctima potencial quien tendría que decidir sobre las medidas sociales de las inversiones en precaución y seguridad. Al contrario, la Responsabilidad Civil, lleva a cabo una operación sobrenatural y socialmente muy costosa, decidiendo transferir el daño sufrido por la víctima de otro sujeto, mediante el mecanismo institucional de la Corte de justicia, y del proceso civil...”.

hacia el médico, acudiendo a estos dos macro conceptos. En el siguiente subpunto trataremos el criterio subjetivo de la culpa.

a) Culpa

La culpa significa que la persona no haya actuado de acuerdo a un parámetro de comportamiento, esto se materializa en la diligencia. En este sentido, el médico que no ha obrado con diligencia tiene que haber sido negligente. En Italia, en la Cassazione del 5 de julio de 2004 número 12273/2004, plantea en una situación que la culpa se plantee en términos simples y “concretos”. En rigor señala:

*“...No pueden faltar, incluso, en los casos de particular dificultad, en el médico el deber de diligencia del profesional, que es un deudor calificado a lo dispuesto en el artículo 1176, segundo párrafo, y de prudencia, que por tanto, puede ser en los casos que incluso de especial dificultad, **responda también por culpa leve**. En cuanto a la particular dificultad de la intervención y a la diligencia del profesional, si es en verdad que se van a evaluar, en concreto, relacionándolas con el nivel de su especialización y de la estructura técnica puesta a su disposición...”⁴⁴ (El subrayado es nuestro).*

184

En el Perú, podemos decir que la culpa también puede ser medida, en términos de la Casación número 458-05 Lima:

*“(...) Cuarto.- Que, tramitada la causa conforme a su naturaleza, y atendiendo a las conclusiones de los peritajes médicos practicados en autos, el juez de la causa expidió sentencia declarando infundada la demanda, pues refiere que en aplicación del artículo mil trescientos treinta del Código Civil le corresponde a la actora la carga de probar la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable de la demandada; sin embargo –señala–, la actora no ha probado que los daños que reclama se hayan producido como consecuencia del **dolo o culpa inexcusable** de la demandada (...)” (El subrayado es nuestro).*

De lo extraído de forma preliminar, la culpa esta presente en Italia, como modo de exigirle al médico que actúe de forma diligente, y en caso de omisión, responda en función a la culpa leve y que la responsabilidad del profesional no es un mecanismo que exonera de responsabilidad a los profesionales. En esta sentencia se ha evitado, como veremos a continuación la denominada culpa profesional. De otro lado, en el Perú, en cambio, se utiliza mucho la culpa de forma indiferente. No se sabe si se refiere a la culpa lata o leve o el concepto de la culpa profesional. Nuevamente, reiteramos que la finalidad de este trabajo es demostrar las falencias de nuestro sistema, con

el objetivo de mejorar estos aspectos, con la finalidad de, prevenir este tipo de actuaciones, así como buscar una mejor forma de protección del paciente a partir de la experiencia comparada. En el siguiente subpunto analizaremos el concepto de culpa profesional.

b) Culpa profesional

Antes de poder definir el concepto de culpa profesional debemos detenernos a explicar lo que en la jurisprudencia italiana se conoce como intervenciones de fácil ejecución que se encuentra consagrada en la Sentencia Cassazione del 21 diciembre 1978 número 6141, donde se señala:

*“(...) **La intervención es de fácil ejecución cuando no requiere una particular habilidad, siendo suficiente una preparación profesional ordinaria** y el riesgo de un resultado negativo, incluyendo el peyorativo, es mínimo ya que pueden derivarse, afuera de la culpa del médico, del evento sobreviniente imprevisto e imprevisible según la diligencia ordinaria profesional de la existencia de particulares condiciones físicas del cliente no comprobables con la diligencia media ordinaria profesional (...)”⁴⁵ (El subrayado es nuestro).*

Aquí se hace una distinción importante y es entonces que las operaciones que impliquen una cierta dificultad serán medidos en atención a las condiciones personales del deudor - médico y si la prestación que se encuentra en obligación es de fácil ejecución no será evaluado bajo el parámetro de la culpa profesional, sino bastará la culpa leve del médico y si el médico es hallado responsable por ello, tendrá que responder.

En el Perú, no tenemos ninguna jurisprudencia que ampare el concepto de operaciones de fácil ejecución. En Italia, al hacer esta interpretación a contrario, acerca del artículo 2236 del *Codice* permitió hacer responsables a los médicos por descuidos en operaciones donde ya se había alcanzado el estado de la técnica; ejemplo de ello son las operaciones por extracción de una muela o la extracción del apéndice. Esta presunción no es otra cosa que asumir que la culpa la tiene el médico, y él deberá levantar la presunción que se ha construido. Representa, en otras palabras, una inversión de la carga de la prueba, de la víctima hacia el médico.

En segundo lugar, tenemos el propio espacio del concepto de culpa profesional, que en virtud del artículo 2236 permite a los médicos, en el desempeño de su actividad, protegerse. En el Perú, encontramos una norma similar en el artículo 1762⁴⁶ del Código Civil, sin embargo, nuestra norma protege doblemente a los profesionales al señalar la disyunción situación que no incluye el artículo 2236, que señala una conjunción de los términos especial

44 Extraído de: <http://www.sindacatosedi.it/cassazione/CortediCassazioneSentenzan12273-2004.pdf> Visitado el 17 de Junio de 2012, a las 11:39 p.m.

45 DE MATTEIS, Raffaella. *La responsabilità medica. Un sottosistema della responsabilità civile*. Op. Cit., p.220.

46 Artículo 1762(Código Civil Peruano de 1984).- 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.

dificultad y técnicos. En el Perú, se señala que deben o ser técnicos o de especial dificultad, ampliando el espectro de protección de la actividad profesional en desmedro de la propia protección del paciente. Una aplicación concreta del concepto de culpa profesional la tenemos en la resolución del Vigésimo Octavo Juzgado Civil, con número 149, del 25/07/03:

*“...Ha quedado demostrada la relación causal de la conducta asumida por los demandados y los daños irrogados al demandante. Los demandados asumieron la obligación de prestar sus servicios profesionales, a fin de que mediante la ciencia médica den solución y curen al paciente de su prostática; por lo tanto su deber era actuar con diligencia, conducirse bajo las reglas de la razón y la prudencia, porque estaba comprometido su servicio aunque no alcanzara el resultado del mismo; en el presente caso, los demandados no han cumplido con estos deberes elementales, **por lo que deben responder conforme al artículo 1762 C.C. ya que ha quedado demostrada la culpa inexcusable...**”⁴⁷ (El subrayado es nuestro).*

Esto acredita que los médicos bajo análisis han cometido una culpa inexcusable o profesional, no atendible a los parámetros con los que normalmente se miden a los médicos que se consideran peritos en la materia. De otro lado, en Italia, la culpa profesional se puede apreciar mejor en la sentencia de apelación de Cagliari de fecha 10 de abril 1989 señala:

*“(...) La responsabilidad del profesional es, por tanto, sólo atemperada cuando se realizan las actividades necesarias de profesional, con respecto al caso específico, la solución de problemas técnicos de especial dificultad, debe entenderse en el sentido de que el esfuerzo intelectual requerido es mucho mayor que ocupacional medio, lo que resulta en el supuesto de la preparación y las actividades que consumen, también por encima del promedio. **La sobre la base de esto, el profesional responde respecto del cliente por los daños causados en el ejercicio de sus actividades se encuentran sujetos al dolo o culpa grave (...)**”⁴⁸ (El subrayado es nuestro).*

En el Expediente número 97-62552-130 de la quinta Sala Civil de Lima podemos encontrar el concepto de culpa profesional, se señala:

“(...) Tercero.- Que, en el periodo comprendido entre el diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco al cinco de agosto de mil novecientos noventa y seis, la actora, fue atendida en el consultorio particular de la demandada denominado Instituto Médico Quirúrgico Arequipa, donde se le practicó dos operaciones; la primera operación fue de “catarata: extracción extracapsular de

*crystalino” para evaluar el desprendimiento de retina que se había encontrado en la ecografía y se llevó a cabo el doce de julio de mil novecientos noventa y cinco y en la segunda operación llevada a cabo el veintitrés de enero de mil novecientos noventa y seis, se le practicó “la eviceración del ojo izquierdo con una implantación piedra de coral piedra pomes”, hechos admitidos por ambas partes y también se desprende de las instrumentales de fojas ciento cuarenta y seis, ciento cuarentisiete y de fojas doscientos veintisiete a fojas doscientos cincuenta y de las instrumentales de fojas doscientos noventa y nueve a cuatrocientos ocho; Cuarto.- Que, tal como lo ha determinado el a quo en el quinto considerando de la sentencia apelada, haciendo uso de la facultad conferida en el Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, **en el caso de autos, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por negligencia médica, previsto en el artículo 1762 del Código Civil, el que señala que “si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no es responsable por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable (...)**”⁴⁹ (El subrayado es nuestro).*

En este sentido, podemos afirmar que la culpa profesional es un parámetro respecto de un grupo de personas que son peritos en una materia concreta. En este sentido, el médico, en Italia, solo responderá por dolo o culpa grave, cuando este sea un problema técnico de especial dificultad. En sentido contrario, cuando no sea de especial dificultad o se trate de una operación de fácil ejecución, ese médico responderá por “culpa” leve. En el Perú, se aplica el artículo 1762 (su equivalente) en primer lugar, no responderá cuando sea un problema técnico o el asunto sea de especial dificultad, solo cuando sea dolo o culpa grave. Sin embargo, se ha visto en la vía de comparación, es posible que los profesionales respondan por culpa leve, empleando la regla del artículo 1321 para gradualidad de la culpa y la extensión del resarcimiento. Este panorama nos permite plantear como conclusiones preliminares como el indicar que existe una norma similar en temas de técnicos y de especial dificultad, a pesar de ello, se puede interpretar la norma a contrario, como se ha hecho en la jurisprudencia italiana y traer el concepto de operaciones de fácil ejecución al Perú, vía jurisprudencial. De otro lado, en el Perú se sobreprotege al médico con la disyunción del término “problemas técnicos” o de “especial dificultad”, creemos que esta norma debe ser interpretada como lo hacen los tribunales italianos, para que incluso en estos escenarios, se pueda responder por culpa leve. A continuación, trataremos el último punto de nuestra exposición sobre los criterios de imputación médica: El riesgo.

47 Extraído de: <http://infeccionesnosocomialesperu.blogspot.com/2009/06/la-responsabilidad-objetiva-de-la.html> . Visitado el 21 de Junio de 2012, a las 1:05 p.m. Cabe resaltar que el blog pertenece al ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “La responsabilidad Objetiva de la Estructura Sanitaria”.

48 DE MATTEIS, Raffaella. *La responsabilita medica. Un sottosistema della responsabilita civile*. Op. Cit., p.224.

49 Expediente número 97-62552-130. Considerandos tercero y cuarto.

c) Riesgo

A pesar que no nos encontramos en una sociedad altamente industrializada y se haya alcanzado el estado de la técnica para el dominio de muchas actividades, en el Perú se responde para las actividades médicas en función al concepto de “Riesgo” y los médicos son juzgados por un criterio de responsabilidad objetiva. Podemos afirmar que esto es un equívoco puesto que se parte de la premisa que en el Perú se hubiera dominado el estado de la técnica o se encontrara en un nivel de desarrollo superior al resto de países. La responsabilidad por riesgo se encuentra en el artículo 1970⁵⁰ del Código Civil. La sentencia Casatoria. N° 1312-96 - Lambayeque señala:

*“(…) Quinto.- Que, **la actividad profesional de un método 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 adecuan a sus fines tanto científicos y profesionales en el caso del médico, y de prestación de servicios en el caso de la institución.*

*Sexto.- 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 de daño, circunstancia que en autos no se ha acreditado plenamente conforme lo ha establecido la sentencia recurrida...”⁵¹ (El subrayado es nuestro).*

En cambio, en Italia no se utiliza el artículo 2050⁵² para describir a la actividad médica como una actividad riesgosa⁵³, en lugar de ello y con la finalidad de promover la incentivar conductas y desarrollar el estado de la técnica se justifica el empleo de la culpa. En el Perú, se confunde el riesgo quirúrgico (este concepto proveniente de la propia rama de la medicina y supone la probabilidad que durante la operación el paciente reaccione de manera adversa o inesperada respecto de la operación o cuidados recibidos), con el tema de la actividad riesgosa. En ese sentido, no podemos pretender aplicar, en el Perú, como lo hace la sentencia Casatoria N° 1312-96 el concepto de

riesgo. La responsabilidad objetiva supone un dominio del estado de la técnica. O en otras palabras, que esta actividad esta altamente desarrollada a diferencia de lo que ocurren en el Perú. Es por esta razón que se necesita una responsabilidad que subjetiva, como la derivada de una relación médico-paciente.

4. CONSIDERACIONES FINALES DE LA RELACIÓN MÉDICO - PACIENTE EN EL DERECHO COMPARADO

Durante todo el discurso que realizamos, nosotros hemos intentado no recurrir a una “comparación artificiosa”⁵⁴; por esta razón es que encontramos fructífera la experiencia comparada. Hemos hecho un breve recuento de cómo en Italia se ha logrado uniformizar conceptos respecto de la relación médico - paciente llevándola al ámbito de la responsabilidad contractual para encontrar una mayor protección respecto del paciente.

Del mismo modo, hemos encontrado paralelismo como la responsabilidad contractual de la estructura sanitaria para casos derivados de daños hemotransfusionales, acogiendo de alguna forma, y repetimos, intuitiva, el modelo del contrato de hospitalización italiano. En cambio, en el Perú falta uniformizar criterios, puesto que tenemos tantas sentencias y casaciones que confunden conceptos como el riesgo quirúrgico, respecto de una actividad riesgosa, o la mala aplicación del artículo 1762 respecto a la responsabilidad de los profesionales, dejando de lado situaciones que son susceptibles de responder por culpa leve inclusive. Otro objetivo de esta investigación es servir de guía para los operadores jurídicos en general, para que, a través de la comparación, puedan observar como se resuelven casos que son similares, por no decir iguales y no terminen aplicando a cada caso concreto su *leal saber y entender* creando caos y desorden jurídico, en un ámbito del derecho en situaciones sanitarias que consideramos todavía en desarrollo.

50 Artículo 1970 (Código Civil Peruano de 1984).-Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, esta obligado a repararlo.

51 Casatoria. N° 1312-96 - Lambayeque. Considerandos Quinto y Sexto.

52 Artículo 2050(Codice).- Aquel que ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño.

53 En vía crítica se pueden apreciar los breves comentarios de COMPORTI a la utilización del artículo 2050 del *Codice* en la actividad médica En: COMPORTI, Marco. *“Appunti critici sul ricorso a criteri di responsabilità oggettiva in campo sanitario”*. En: *La Responsabilità medica*. Milano: Giuffrè Editore, 1982, p.97. En sentido contrario puede consultarse: CATTANEO, Giovanni. *“La responsabilità medica nel diritto italiano”*. En: *La Responsabilità medica*. Milano: Giuffrè Editore, 1982, p.9.

El autor considera que la estructura respondería “objetivamente” por el artículo 2050 por el hecho de ser una estructura.

54 DUVEGER, Maurice. *Métodos de las Ciencias Sociales*. Barcelona: Editorial Ariel, 1971, p. 412.