



UNIVERSIDAD
PRIVADA
DEL NORTE

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

“APLICACIÓN DEL CRITERIO DE DAÑO
DESPROPORCIONADO EN LA RESPONSABILIDAD
CIVIL MÉDICA DERIVADA DE LA CIRUGÍA ESTÉTICA”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogada

Autor:

Diana Elizabeth Plasencia Vargas

Asesor:

Dr. Santos Eugenio Urtecho Navarro

Trujillo – Perú
2015

APROBACIÓN DE LA TESIS

El asesor y los miembros del jurado evaluador asignados, **APRUEBAN** la tesis desarrollada por la Bachiller **Diana Elizabeth Plasencia Vargas**, denominada:

**“APLICACIÓN DEL CRITERIO DE DAÑO DESPROPORCIONADO EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL MEDICA DERIVADA DE LA CIRUGÍA ESTÉTICA”**

Dr. Santos Eugenio Urtecho Navarro
ASESOR

Dr. Jorge Zegarra Escalante
JURADO
PRESIDENTE

Dra. Mei Ling Kcomt Reyna
JURADO

Dra. María del Carmen Altuna Urquiaga
JURADO

DEDICATORIA

A mi abuelito:

Dr. Teódulo Esmar Plasencia Castillo,
gran hombre y profesional del
Derecho, que me cuida desde el cielo,
con todo mi amor

AGRADECIMIENTO

A mis padres:

Carlos Enrique Plasencia Cruz y
Sussy Vargas Sáenz, por su infinito
amor, apoyo y confianza
incondicional.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DE LA TESIS.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO	iv
ÍNDICE DE CONTENIDOS	v
RESUMEN.....	viii
ABSTRACT.....	ix
CAPÍTULO 1. INTRODUCCIÓN.....	1
I.1. Realidad problemática	2
I.2. Formulación del problema.....	3
I.3. Justificación.....	4
I.4. Limitaciones	4
I.5. Objetivos	4
I.5.1. <i>Objetivo General</i>	4
I.5.2. <i>Objetivos Específicos</i>	5
CAPÍTULO 2. MARCO TEÓRICO.....	6
II.1. Antecedentes	7
II.2. Bases Teóricas	8

SUBCAPÍTULO 1. RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

1. Entorno a la responsabilidad civil	10
1.1. Elementos de la responsabilidad civil	13
1.1.1. Antijuricidad.....	13
1.1.2. El daño causado	14
1.1.3. Relación de causalidad	17
1.1.4. Factores de atribución	20
1.2. Clasificación de la responsabilidad civil	23
1.2.1. Responsabilidad civil contractual.....	23
1.2.2. Responsabilidad civil extracontractual.....	24
1.3. La responsabilidad civil de los profesionales médicos	25
1.4. Conceptos básicos de la responsabilidad civil médica	27
1.4.1. Acto médico	27
1.4.2. La naturaleza contractual de la responsabilidad civil médica.....	28
1.4.3. La imputación objetiva en la responsabilidad civil médica	29
1.5. El consentimiento libre e informado como derecho del paciente	30
1.6. Deberes de los profesionales médicos	33

1.7. Carga de la prueba en la responsabilidad civil médica.....	34
1.8. Cuantificación de la indemnización.....	35

SUBCAPÍTULO 2. RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA CIRUGÍA ESTÉTICA

2. Entorno a la responsabilidad civil y cirugía estética	38
2.1. Cirugía plástica: estética y reparadora.....	88
2.2. Antecedentes de la cirugía estética	38
2.3. ¿Supuesto de medicina satisfactiva o medicina curativa?	40
2.4. ¿Obligación de medios u obligación de resultado?	42
2.5. La responsabilidad civil en la cirugía estética	45

SUBCAPÍTULO 3. DAÑO DESPROPORCIONADO

3. Doctrina del daño desproporcionado	49
3.1. Orígenes.....	49
3.2. Naturaleza jurídica	51
3.3. Definición de daño desproporcionado.....	52
3.3.1. Resultado desproporcionado con lo que es usual.....	56
3.4. Daño desproporcionado y consentimiento informado.....	57
3.5. Daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos.....	59
3.5.1. Respecto de la culpa	59
3.5.2. Respecto de la relación de la causalidad y la imputación objetiva.....	61
3.5.3. Respecto de la carga de la prueba	61
3.6. El daño desproporcionado en la cirugía estética	62
3.7. Límites a la aplicación	65
II.3. Definición de términos básicos	66

CAPÍTULO 3. HIPÓTESIS..... 67

III.1. Formulación de la hipótesis	68
III.2. Variables	68
III.3. Operacionalización de variables	69

CAPÍTULO 4. MATERIALES Y MÉTODOS..... 72

IV.1. Tipo de diseño de investigación.....	73
IV.2. Material de estudios.....	73
IV.2.1. Unidad de estudio.....	73
IV.2.2. Población.....	73

IV.2.3. Muestra.....	74
IV.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.....	74
IV.3.1. Para recolectar datos.....	74
IV.3.2. Para analizar información.....	75
CAPÍTULO 5. RESULTADOS.....	76
SUBCAPÍTULO 1. Doctrina	
SUBCAPÍTULO 2. Análisis de Caso	
SUBCAPÍTULO 3. Entrevista	
CAPÍTULO 6. DISCUSIÓN.....	93
CONCLUSIONES.....	100
RECOMENDACIONES.....	103
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	105
ANEXOS	110

RESUMEN

La presente investigación se basa en el análisis sobre el daño desproporcionado a partir del criterio jurisprudencial aplicado con mayor influencia por el Tribunal Supremo de España, para resolver los casos sobre responsabilidad civil médica; esto por ausencia de aplicación específica en sede nacional sobre el mencionado tema del daño desproporcionado.

El referido criterio ha de permitir identificar elementos y presupuestos jurídicos facilitadores de la calificación de la conducta negligente del médico, que provocó en contra del paciente un resultado no usual o inesperado según las reglas de la experiencia médica. Así mismo, se pretende aplicar dicho criterio, en el ámbito de la medicina voluntaria -cirugía estética-, como clave cardinal para regular las conductas de los cirujanos plásticos, en base a un solo concepto: si el daño que presenta el paciente no es proporcional al resultado usualmente esperado, se presume una conducta negligente por parte del médico durante el desarrollo de dicha intervención médica; y por tanto, teniendo en cuenta la naturaleza obligacional que implica esta cirugía, no sólo se analizará la obligación de resultado, sino también las obligaciones de medios por el riesgo que implica dicha intervención quirúrgica.

La investigación fluye a partir de haberse encontrado contraposición de opiniones que argumentan los jueces en sus sentencias, no siendo precisos en la calificación de la responsabilidad civil de los médicos, dejando en muchos casos, a los pacientes perjudicados, sin posibilidad concreta de efectivizar el derecho que les asiste a ser indemnizados, por no analizar –aquellos- criterios importantes como la gravedad del daño, entre otros. Durante el desarrollo de la presente, se revisó doctrina nacional y extranjera, como también la legislación y jurisprudencias pertinentes.

En tal sentido, se ha arribado a concluir que en un ordenamiento jurídico como el nacional si es posible la aplicación del criterio del daño desproporcionado en la calificación de la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética, en base a los presupuestos jurídicos que sostiene, cuando se trate de analizar la negligencia del médico durante el procedimiento quirúrgico como generadora del daño desproporcionado que se genera contra el paciente.

ABSTRACT

The following research is based on the analysis of the disproportionate damage from the jurisprudential criteria applied with greatest influence by the Spanish Supreme Court to solve cases on medical civic responsibility, in reason of the absence of a specific procedure at the national level on the mentioned subject of disproportionate damage.

The aforementioned criteria will allow the identification of key elements and legal budgets in determining the doctor's degree of negligent conduct, which caused, against the patient, an unusual or unexpected result according to the rules of medical experience. It is equally intended to apply such criteria, in the scope of voluntary medicine –plastic surgery-, as a cardinal key to regulate the conduct of plastic surgeons, on the basis of a single concept: if the damage that the patient displays is not proportionate to the expected result, negligent conduct on the part of the doctor is presumed during the process of this medical intervention; and therefore, considering the mandatory nature that this surgery implies.

The research flows from the contrast of opinions that the judges argue in their sentences, not qualifying with precision the doctors' civic responsibilities, in many cases, leaving the harmed patients without concrete means to exercise the right that allows them be compensated, for lack of analyzing –those- important criteria such as the gravity of the damage, among others.

During the development of the research, national and foreign doctrine was reviewed, as well as the pertinent legislation and jurisprudences. In such sense, it has been concluded that is possible to apply, in a legal system such as the (Peruvian) national legal system, the disproportionate damage criteria to qualify the medical civic responsibility derived from an legal budgets it maintains, to analyze the negligence of the doctor during the surgical procedure as the source of the disproportionate damage that is generated against the patient.

CAPITULO 1

INTRODUCCIÓN

I.1. Realidad problemática

La relación médico-paciente es básicamente de índole sanitaria, sin embargo, el derecho interviene analizando la conducta de las partes, por ejemplo, la responsabilidad civil de los médicos en los casos que lo requiera. Esta temática resulta ser compleja no solo porque se concentra en examinar cómo combatir y evitar el inadecuado trabajo médico, sino también en proporcionar soluciones y fomentar una medicina informativa adecuada. Dicha relación tiene plena relevancia jurídica, en razón que su finalidad es brindar atención médica de calidad, amparada en la aplicación adecuada de las normas de salud, de tal modo que, se puedan *optimizar* los instrumentos jurídicos para salvaguardar el derecho a la vida y la salud

Es en base a ese contexto, que el tema de interés de la presente investigación se encuentra comprendido en el desarrollo de la cirugía estética, partiendo de dos puntos importantes, el primero relacionado al marco normativo, ya que en el Perú, no existe una regulación especial para desarrollar en sede judicial (área civil) los conflictos derivados de una cirugía estética, entre el médico, el paciente y el centro de salud, por lo que, los Jueces deben remitirse a las normas generales de la Responsabilidad Civil para salvaguardar los derechos reclamados; y el segundo punto, relacionado al criterio jurisprudencial y doctrinario español del “daño desproporcionado”, como instrumento facilitador y garantizador de una adecuada indemnización del perjuicio ocasionado a un paciente.

El primer punto se corrobora de la información obtenida de la base de datos de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, toda vez que, la búsqueda realizada de los expedientes contra Clínicas Trujillanas, arrojó como resultado de un total de 135 procesos, sólo 6 son en contra de Clínicas dedicadas a realizar cirugías estéticas, sin embargo, de esos 6 procesos sólo 1 proceso es sobre indemnización por daños y perjuicios -expediente N° 1995-2012-. (Sistema Integrado del Poder Judicial, 2014)

Asimismo, la información adicional y de apoyo que se obtuvo de INDECOPI sobre la misma materia, arrojó como resultado de un total de 9 procedimientos sobre actividades de la salud humana, sólo 1 procedimiento es contra una clínica estética (Expediente N° 0058-2014-CPC/INDECOPI-LAL), sin embargo, en dicho caso no se realizó la intervención quirúrgica, por lo que la denuncia va dirigida a salvaguardar los

derechos del consumidor afectados por no prestar el servicio contratado. (Sistema de INDECOPI, 2015)

Siendo lo expuesto, un indicador que la sociedad no identifica la institución jurídica de la responsabilidad civil médica, ni considera a las instancias judiciales como un mecanismo de protección y garantista del derecho a la salud, en materia civil. En ese horizonte, y teniendo en cuenta el segundo punto en análisis, la aplicación del criterio jurisprudencial del daño desproporcionado, por comprender los casos en los que los efectos post operatorios no son favorables para el paciente ni proporcionales a los esperados según la regla de la experiencia médica, resulta ser una teoría trascendente e importante para la resolución de conflictos.

Sin embargo, la legislación nacional no regula este criterio, ni delimita una legislación especial. Ejemplo de ello, el artículo 36 de la Ley General de Salud – Ley N° 26842, prescribe de manera genérica lo siguiente: “Los profesionales, técnicos y auxiliares (...), son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades”; con lo cual, debe probarse la negligencia médica como condicional de responsabilidad. En ese sentido, si el paciente presenta un daño desproporcionado luego de la cirugía estética, pero no se prueba la negligencia del médico, no hay responsabilidad del mismo, entonces el paciente no puede ser indemnizado y tiene que continuar con su vida “aparentemente normal”. Siendo esto, un indicador que la aplicación de la norma general para un caso específico, no garantiza la indemnización esperada y adecuada para el paciente perjudicado; caso contrario, la aplicación del criterio de daño desproporcionado, facilitaría la protección del paciente y garantizaría una indemnización por el daño no usual ni proporcional generado, permitiendo de ese modo, que el paciente perjudicado, pueda compensar el cambio de vida al que se enfrentará luego de la intervención quirúrgica.

I.2. Formulación del problema

¿De qué manera la aplicación del criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética, va a permitir la indemnización del paciente perjudicado?

I.3. Justificación

- La presente investigación tiene gran trascendencia en el ámbito nacional, ya que busca advertir a los órganos jurisdiccionales sobre la aplicación del criterio del daño desproporcionado en los casos sobre responsabilidad civil médica, como un mecanismo de solución de conflictos. Para lo cual, se pretende explicar los alcances del criterio jurisprudencial español del daño desproporcionado, a fin de garantizar una tutela efectiva de derechos, y facilitar a los jueces su aplicación en la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética, como mecanismo garantizador de una adecuada indemnización del daño ocasionado. Finalmente, se busca satisfacer la necesidad moral y social de cultivar conocimientos básicos y profundos sobre este tema, con la finalidad de desarrollar nuevos valores y capacitación intensiva a los profesionales del derecho dispuestos a aplicar las normas jurídicas y los principios jurídicos en pro de la sociedad.

I.4. Limitaciones

Las limitaciones en el desarrollo de la presente investigación, fueron las siguientes:

- No existe legislación específica que regule la cirugía estética y la responsabilidad del médico que la practica.
- Escasez de bibliografía sobre estudios relacionados al tema de investigación.
- Escasez de procesos sobre responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética en Trujillo.
- Falta de regulación específica.

I.5. Objetivos

I.5.1. Objetivo General

Determinar de qué manera la aplicación del criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética, va a permitir la indemnización del paciente perjudicado.

I.5.2. Objetivos Específicos

- Explicar los alcances del criterio del daño desproporcionado.
- Analizar el criterio del daño desproporcionado en el marco de la responsabilidad civil médica.
- Identificar los alcances de la responsabilidad civil derivada de la cirugía estética.

CAPITULO 2

MARCO TEÓRICO

II.1. Antecedentes

Teniendo en cuenta las variables de la presente investigación, en el marco del desarrollo de la Responsabilidad Civil Médica, como precedente nacional de la presente, se encontró la investigación realizada por Julia Roxana Ávila Aguirre, quien para obtener el grado de maestro en derecho en la Universidad Nacional de Trujillo, desarrolló el siguiente tema: **“La prueba de la culpa por el perjudicado y la indemnización por daños en la responsabilidad civil médica”**, en el año 2003, formulándose el siguiente problema: “¿Ha sido eficaz la prueba de la culpa a cargo del perjudicado como medio para acceder a una indemnización por daños en los casos de responsabilidad civil médica?”, y obteniendo como **conclusión principal**: “La culpa a considerar como criterio de imputación de responsabilidad civil del profesional médico, es aquella de carácter social que determina su existencia en una relación entre el comportamiento dañoso y aquel requerido por el ordenamiento jurídico. El Código Civil peruano adopta la noción de culpa social bajo la denominación de culpa leve en su artículo 1320.”. (ÁVILA AGUIRRE, 2003)

Dicha investigación es importante ya que, nos presente un panorama en base al deber de cuidado del profesional médico, la misma que se debe aplicar por regla general, es decir, sin hacer distinción entre el dolo y la culpa, el médico debe ser responsable al momento de brindar una asistencia médica, por tratarse de una obligación de carácter social.

Por otro lado, como precedente nacional la investigación realizada por Henry Oleff Carhuatocto Sandoval, quien para obtener el grado de maestro en derecho en la Universidad Nacional de San Marcos, desarrolló el siguiente tema: **“La responsabilidad civil médica: El caso de las infecciones intrahospitalarias”**, en el año 2010, cuya sistematización del problema fue el siguiente: “a) ¿La responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias se encuentra adecuadamente regulada por la legislación peruana?; b) ¿Se requiere establecer responsabilidad civil médica objetiva para el caso de las infecciones nosocomiales?”, y obteniendo como **conclusión principal**: “La responsabilidad civil médica es de naturaleza contractual ello debido a que la relación médico paciente, no solo se instaura cuando el usuario del servicio de salud tuvo la opción de elegirlo y acudir al mismo sino también en los casos en que por la gravedad del paciente cualquier médico u hospital está en la obligación de atenderlo (asistencia médico-quirúrgica de emergencia), naciendo en estos casos el vínculo contractual por

imperio de la Ley General de Salud y derivada de las obligaciones inherentes a todo médico.”. (CAHUATOCTO SANDOVAL, 2010)

Investigación que permite profundizar el presupuesto de responsabilidad y deber de cuidado de los profesionales médicos, adicionando que la responsabilidad civil médica siempre generará una obligación de carácter contractual, una relación obligacional de dependencia, sin hacer distinción entre la forma en que se haya buscado la asistencia médica.

Y finalmente, tiene como precedente internacional, la investigación realizada por María Elisa Morón Baute y María Fernanda Ramírez García, alumnas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá D.C., con el título **“Contrato de seguro de responsabilidad civil médica”**, en el año 2002; obteniendo como conclusión más importante la siguiente: “El tema de la protección del paciente, entendiendo al paciente como el usuario del servicio médico, ha adquirido hoy gran importancia debido a la política proteccionista del consumidor desarrollada por los estados. Esta situación ha llevado a que los profesionales tomen conciencia de que su relación profesional con el paciente se desenvuelve dentro del marco jurídico de la responsabilidad civil, en la que el paciente es poseedor de una serie de derechos para obtener la indemnización de los perjuicios que pudiere llegar a sufrir. (...)”. (MORON BAUTE & RAMÍREZ GARCÍA, 2002)

Investigación que permite corroborar el fin primordial de toda asistencia médica, ya sea en el ámbito de la medicina tradicional o de la medicina satisfactiva, el cual consiste en la protección del paciente. Por tanto, teniendo en cuenta que éste es el fin supremo de toda asistencia médica, toda intervención quirúrgica o simple asistencia que brinde un profesional médico, debe evitar el causar un daño innecesario o desproporcionado en el paciente.

II.2. Bases Teóricas

SUBCAPÍTULO 1

RESPONSABILIDAD

CIVIL MÉDICA

1. Entorno a la responsabilidad civil

Etimológicamente la palabra responsabilidad se remonta al latín *respondere*. El término antiguo *respondere*, es el movimiento inverso al *spondere*, cuya raíz lleva en sí la idea de rito, solemnidad y, con ello, el de la formación de un determinado equilibrio, de un determinado orden, con un carácter de solemnidad, así, “*respondere*” presupone la ruptura de tal equilibrio, de tal orden, y expresa con ello la idea de la respuesta reparadora de la ruptura. (ESPINOZA ESPINOZA, 2006)

La responsabilidad, según el Diccionario de la Real Academia Española, es “la obligación de reparar y satisfacer un daño”. El término responsabilidad implica una relación entre personas, una que causa un daño y otra que lo sufre. El daño puede ser patrimonial, por ejemplo, en los bienes del individuo; o en su persona, libertad, honor, afectos, creencias, donde se estaría frente al daño extramatrimonial. La responsabilidad se divide en: responsabilidad moral, responsabilidad jurídica (y esta a su vez se divide en responsabilidad penal y responsabilidad civil).

La responsabilidad civil es la institución mediante la cual una persona obtiene una reparación, compensación o indemnización por un daño o perjuicio que ha sufrido y que socialmente es considerado inaceptable. (WOOLCOTT OYAGUE, 2008). En este sentido se trata principalmente de reparar el daño ocurrido tanto en la esfera patrimonial como extrapatrimonial y de manera secundaria prevenir un daño similar en el futuro.

Entonces, la responsabilidad civil es una institución jurídica regulada en el ordenamiento jurídico peruano, que es considerada una noción de derecho natural y social, cuya aplicación protege a la persona perjudicada o víctima de un daño injusto. Sirve de norma fundamental en la vida del hombre en sociedad, y está referida al aspecto de indemnizar los daños ocasionados a los particulares –ya sean estos, consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (contractual), o, resultado de una conducta sin que exista de por medio un vínculo de orden obligacional-.

Las funciones de la responsabilidad civil, pueden resumirse de la siguiente forma:

- **La función restitutiva o reparadora:** que involucra a la reparación del bien jurídico afectado a su estado anterior al daño, dicho de otro modo, es aquella que busca la restitución del bien dañado en su integridad o lo más cercano a ello, por ejemplo, en el ámbito de daños médicos esta función implicaría reponer las piezas perdidas de una o dos arcadas por colocación de un injerto óseo e implantes dentales, en un caso de pérdida de hueso (reabsorción ósea) por mal tratamiento ortodóntico (situación médicamente irreversible). (CAHUATOCTO SANDOVAL, 2010)

Debe tenerse en cuenta que cuando no es posible restituir la pérdida, la reparación permitirá a la víctima conseguir utilidades equivalentes a las pérdidas a causa del acontecimiento dañoso, bajo el concepto de “indemnización”.

- **La función indemnizatoria:** implica una asignación económica que simbólicamente represente el valor del daño sufrido, esto se presenta en los casos en los que no es posible restituir el bien, por ejemplo en el caso del daño a la integridad física de la persona y el daño moral. Un ejemplo relacionado al ámbito de la medicina, sería por la reabsorción ósea por ortodoncia mal ejecutada, le correspondería al paciente una indemnización porque se ha interrumpido por negligencia un tratamiento ortodóntico ordinario, haciendo que el paciente tenga no solo una pérdida sustantiva de su salud bucal casi irreversible, sino que lo llevaría a someterse a diversas cirugías complejas, corriendo el riesgo de no recuperar al 100% su salud bucal original.
- **La función compensatoria:** implica también una asignación económica, que recibe la víctima en razón al tiempo en que no pudo gozar del bien jurídico dañado. Por ejemplo: en el mismo caso de la reabsorción ósea por ortodoncia, le correspondería al paciente una asignación económica por el costo de oportunidad que perdió toda la etapa de recuperación de la lesión.
- **La función preventiva:** esta función implica la tutela preventiva para efectos de resguardar un bien jurídico amenazado por un daño, en este sentido estaríamos frente a la responsabilidad civil, ya que puede evitar la

consumación de un daño en proceso, mediante una medida cautelar por ejemplo, y a la vez puede disuadir a otros futuros agentes que realicen dicha conducta lesiva, por ejemplo, en el caso de la reabsorción ósea, el paciente puede pedir a la clínica que su tratamiento de restauración sea asignado a otro especialista, y adicionalmente exigir que el hospital, que le causó la lesión, exponga en un lugar visible las estadísticas de los casos de negligencia médica odontológica. En conclusión, se trata de una actuación ex-ante de que ocurra el daño.

- **La función sancionadora:** implica que la responsabilidad civil no sólo tiene por función primigenia y más importante la reparación y mitigación del daño, sino que también tiene una función disuasiva, especialmente en el ámbito de la responsabilidad por culpa, donde la indemnización económica no solo considera el daño efectivamente causado, sino merita la conducta ilícita, y la rechaza, aumentando la indemnización, según la conducta sea negligente o dolosa, para ello el juez tendrá en cuenta el ahorro obtenido al no implementarse las medidas de prevención correspondiente.

Sobre esta función de la responsabilidad civil también se debe precisar que no hace referencia a la función de castigar, ya que, esta última es totalmente ajena al derecho civil. En este sentido, se entiende una sanción infamante, estigmatizante, deshonrosa, desacreditante; características que traen aparejadas a las penas del derecho penal, sobre todo la prisión o reclusión (por ejemplo), que privan al hombre de su bien máspreciado después de la vida misma, que es su libertad.

Según Juan Espinoza Espinoza, las funciones de la responsabilidad civil pueden resumirse de la siguiente forma:

- La de reaccionar contra el acto ilícito dañino, a fin de resarcir a los sujetos a los cuales el daño ha sido causado.
- La de retornar al *status quo ante* en el cual la víctima se encontraba antes de sufrir el perjuicio.

- La de reafirmar el poder sancionatorio (o “punitivo”) del estado.
- La de “disuasión” a cualquiera que intente, voluntaria o culposamente, cometer actos perjudiciales para terceros.
- La distribución de las pérdidas.
- La asignación de costos. (ESPINOZA ESPINOZA, 2006)

1.1. Elementos de la responsabilidad civil

Los elementos comunes a la responsabilidad civil, según Lizardo Taboada Córdova son: la antijuricidad, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución. (TABOADA CÓRDOVA, 2013)

1.1.1. Antijuricidad

La antijuricidad consiste en que una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando aquella conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico.

Según Juan Espinoza, la antijuricidad formal de la materia; la primera, se identifica con la ilegalidad mientras que la segunda se identifica con la contrariedad a las prohibiciones que surgen de “los principios que sostiene el orden público: político, social y económico, las buenas costumbres etc.”. (ESPINOZA ESPINOZA, 2006)

La antijuricidad es un aspecto muy importante de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan responsabilidad civil, por lo mismo es importante analizar el concepto de ilicitud en el ámbito de la responsabilidad civil, toda vez que ambos términos (antijuricidad e ilicitud) se encuentran íntimamente relacionados.

En este orden ideas, Espinoza define a la ilicitud como la violación o quebrantamiento de un mandato o prohibición establecido por el

ordenamiento jurídico a través de un pacto contractual, normas imperativas o de orden público, el derecho consuetudinario o las buenas costumbres. (ESPINOZA EZPINOZA, 2001)

El presupuesto de la ilicitud, se puede observar en el artículo 1321° del Código Civil peruano, cuando se regulan relaciones contractuales; y en los artículos 1969° y 1970° del mismo cuerpo normativo cuando se refiere a la responsabilidad civil extracontractual.

1.1.2. El daño causado

El "daño", proviene del latín "*demere*" que significa "menguar", que es entendido como "el detrimento" o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico (que en un primer momento corresponde al interés jurídico general de "no verse dañado por la conducta de otro sujeto", tornándose luego en un interés específico de la víctima).

"El daño consiste en una valoración en términos económicos de la situación, nueva y desfavorable, propiciada por el evento; situación que impone al damnificado decidir si sobrelleva el estado de hecho (y mantiene viva su necesidad), o si actúa para erradicarlo (mediante alternativas satisfactorias). En la hipótesis de destrucción de un bien material, por ejemplo, el damnificado se ve forzado a decidir si las cosas quedan tal como están, o si compra otro objeto que se adapte equivalentemente a sus exigencias." (LEON HILARIO, 2001)

Al ser el daño un menoscabo a un interés jurídicamente tutelado la indemnización debe perseguir "no una sanción" sino una "satisfacción". En estos términos, daño es el menoscabo que a consecuencia de un evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio.

A modo de ejemplo: si el daño es causado por el dueño de los bienes, el hecho tiene escasa o ninguna importancia. La adquiere cuando el daño es producto de la acción u omisión de una persona en los bienes de otra. Por lo

tanto, el causante del daño incurre en responsabilidad, que puede ser civil, si se ha ocasionado por mero accidente, sin culpa punible ni dolo; y penal, si ha mediado imprudencia o negligencia (culpa), o si ha estado en la intención del agente, el producirlo.

La responsabilidad civil por los daños puede surgir aun cuando el responsable no haya tenido ninguna intervención directa o indirecta, como sucede en los casos de responsabilidad objetiva y en aquellos otros en que se responde por los hechos de tercera personas o de animales. (OSORIO, 2003)

El daño en sentido lato se configura cuando una persona desborda su órbita de facultades e invade a otro agente, de forma que si se causa un daño no justificado a un tercero, menoscabando su patrimonio, debe el autor responder mediante el debido resarcimiento que restablezca el patrimonio a su estado anterior.

En consecuencia, no podrá existir responsabilidad civil si no hay daño causado; vale decir, no podrá exigirse el deber de reparar, sin embargo debe precisarse que el daño no puede ser entendido sólo como lesión de un interés protegido, sino que incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido; hablándose de un daño-evento (lesión del interés tutelado) y un daño- consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral).

Según Juan Espinoza Espinoza, el daño se clasifica de la siguiente forma:

- **Daño patrimonial:** consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. A su vez, se clasifica en:
 - **Daño emergente:** es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito.

- **Lucro cesante:** se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado. En otros términos, es la ganancia total o neta dejada de percibir por el dañado.
- **Daño extrapatrimonial:** aquel que lesiona a la persona en sí misma, para muchos autores, se le denomina también daño moral. (ESPINOZA ESPINOZA, 2006)

Para Carlos Fernández Sessarego, el daño extrapatrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el **daño a la persona**, entendido como la lesión a los derechos existenciales o no patrimoniales de las personas y el **daño moral**, definido como el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima. (FERNANDEZ SESSAREGO, 1986)

Según Lizardo Tabeada Córdova, en el campo de la responsabilidad civil, en lugar de hablarse de *daños*, sería conveniente hablarse de daños jurídicamente indemnizables, por cuando los daños para originar una responsabilidad civil deben ser producto de una conducta antijurídica o ilícita.

Las características más resaltantes son:

- Cierto.
- Actual o futuro.
- Directo.
- Antijurídico. (TABOADA CÓRDOVA, 2013)

Entonces, ciertamente el dinero que perciben las víctimas de un daño a la persona, puede atenuar las consecuencias del daño, invirtiéndolo en satisfacer algún deseo no cubierto en su vida, o que le generan renta para aliviar la situación económica perturbada, especialmente cuando ha debido cambiar su forma de vida como consecuencia del daño sufrido. Siguiendo esta idea, el dinero se constituye en un instrumento para brindar ciertas satisfacciones a los afectados del daño, sin dejar de lado su función disuasiva de conductas en casos en que se comprometen derechos colectivos o

difusos. Desde luego para determinar la cuantía indemnizatoria se deberá merituar la magnitud del daño, analizar la intencionalidad del agente, y la condición socio económica de la víctima y el victimario.

1.1.3. Relación de causalidad

El nexos causal, es la relación de correspondencia que existe entre el daño ocasionado y la acción u omisión del sujeto al que se le imputa responsabilidad, es decir, se trata de una relación naturalista de causa-efecto, que hace imputable del daño causado a una persona que con su conducta (ya sea activa o pasiva) lo haya provocado.

Dicho de otro modo, no será posible dudar de la existencia de la relación de causalidad en los casos donde el daño no puede derivar más que de una mala praxis (en el caso de los médicos, por ejemplo: la amputación de un miembro sano por error, o en aquellos casos en los que se halla verificado que las consecuencias nocivas proceden del olvido de material quirúrgico en el interior del paciente, la aplicación errónea de un medicamento, o la utilización de material sin la higiene adecuada).

Entonces, en palabras de Lizardo Taboada, la relación de causalidad es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa – efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase. (TABOADA CÓRDOVA, 2013)

Es importante diferenciar la regulación legal en el Código Civil peruano, en el campo extracontractual se ha consagrado en el artículo 1985° la **teoría de la causa adecuada**, mientras que en el campo contractual en el artículo 1321°, la **teoría de la causa inmediata y directa**. Sin embargo, partiendo de la idea de que se trata de una sola responsabilidad civil, sea cual sea el fondo de la misma, las dos teorías nos llevan al mismo resultado.

- **Causa adecuada:** para que una conducta sea causa adecuada de un daño, es necesario que concurren dos factores o aspectos, un *factor in concreto* (debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, es decir, que en los hechos la conducta debe haber causado el daño); y un *factor in abstracto* (este factor debe entenderse en el sentido que la conducta antijurídica abstractamente considerada debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado).

Entonces, es necesaria la concurrencia de ambos factores para que se origine la causa adecuada. El ejemplo que plantea Lizardo Taboada es el siguiente: si una persona de 25 años de edad, sin ningún problema cardíaco, fallece en forma inmediata como consecuencia de un susto producto de una broma, no existirá relación de causalidad adecuada, aun cuando en los hechos la muerte haya sido consecuencia del susto por la broma, por cuanto de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, un susto por una broma no es capaz de producir la muerte de una persona joven de esa edad. Por el contrario, si se tratase de una persona de 75 años de edad, no habría duda alguna de que se trataría de una causa adecuada.

Es importante, tener presente que el tema de la relación de causalidad no se agota en la noción misma de la causa adecuada, sino que es necesario precisar todas las figuras y presupuestos que se presentan en torno a este aspecto de la responsabilidad civil, para poder entender la mecánica de la relación de causalidad dentro del sistema de la responsabilidad civil extracontractual, por tanto, analizaremos las nociones de la fractura causal o causa ajena, la concausa y la pluralidad de causas (reguladas sucesivamente en los artículos 1972°, 1973° y 1983° del Código Civil peruano).

- **Fractura causal:** se configura cada vez que en un determinado supuesto se presenta un conflicto entre dos conductas o causas sobre la realización de un daño, el mismo que será resultado de una sola de dichas conductas. En este sentido, es causa inicial la conducta que no ha llegado a causar el daño, mientras que la conducta que si causo el daño, se le denomina causa ajena. Por tanto, todo supuesto de fractura causal implica un conflicto entre la causa ajena y la causa inicial, siendo el daño consecuencia de la causa ajena y no existiendo ninguna relación de causalidad respecto de la causa inicial.
- **Concausa:** en este caso, el daño siempre es consecuencia de la conducta del autor, pero con la contribución o participación de la propia víctima, tratándose de un supuesto totalmente distinto al de la fractura causal. Es decir, existe un supuesto de concausa cuando la víctima contribuye con su propio comportamiento con la conducta del autor a la realización del daño.
- **Pluralidad de causas:** denominada también concurrencia de causas, se trata de supuestos en el cual el daño no es consecuencia de la conducta de un solo sujeto, sino de la conducta de varios sujetos (coautores). Los efectos jurídicos de la pluralidad de autores es que con relación a la víctima o víctimas, los coautores son solidariamente responsables, pero en las relaciones internas entre ellos, el monto indemnizatorio se distribuye y se asume en función al distinto grado de participación de cada uno de ellos en la conducta y en la producción del daño.
- **Causa inmediata o directa:** el daño causado al acreedor debe ser consecuencia inmediata y directa del incumplimiento absoluto o relativo de la prestación debida por parte del deudor.

1.1.4. Factores de atribución

Los factores de atribuciones se pueden definir como las causales por las cuales el ordenamiento jurídico hace responder a una persona por un daño causado sea directa o indirectamente pudiendo clasificarse en objetivos (comprendido en el artículo 1970° del Código Civil peruano¹) y subjetivos (la culpa leve, grave o inexcusable, y el dolo).

Entonces, cuando se trata del sistema objetivo de responsabilidad, se debe entender que el mismo está construido sobre la base de la noción de **riesgo creado**, es decir, la noción de que todos los bienes y actividades que se utilizan en la vida moderna para satisfacer necesidades, suponen un riesgo ordinario o común para las personas. Sin embargo, existen también bienes y actividades que significan un riesgo adicional al ordinario, tales como los automotores, artefactos eléctricos, cocinas a gas, entre otros. Para todo este tipo de bienes y actividades no será necesario examinar la culpabilidad del autor, pues deberá bastar con acreditar el daño causado, la relación de causalidad y que se ha tratado de un daño producido mediante un bien o actividad que supone un riesgo adicional al ordinario y común y que ellos mismo merecen la calificación de *riesgosos*. (TABOADA CÓRDOVA, 2013)

Por el contrario, cuando se trata del sistema subjetivo de la responsabilidad, se debe entender que ésta se construye sobre la culpa del autor. Pues bien, la noción de culpa exige no solo que se haya causado un daño a la víctima, sino que el mismo sea consecuencia del dolo o culpa del autor, pues caso contrario, por más que se acreditara el daño y la relación de causal, no habría responsabilidad civil extracontractual.

La diferencia entre ambos factores de atribución apunta principalmente a que en el sistema subjetivo el autor de la conducta antijurídica que ha causado un daño, debe responder únicamente si ha

¹ Artículo 1970: “Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

actuado con culpa, entiéndase dolo o culpa, además de las tres condiciones lógicamente necesarias, sin embargo en el sistema objetivo solo se debe probar fehacientemente que la conducta que ha causado el daño es una peligrosa o riesgosa, sin necesidad de acreditar ninguna culpabilidad. (TABOADA CÓRDOVA, 2013)

En el caso de la responsabilidad por daños médicos, el factor de atribución más utilizado es el subjetivo, en ese contexto la presencia del dolo, esto es la intención de causar un daño mediante un acto médico es encaminado habitualmente a la vía penal como un delito de lesiones leves, graves u homicidio, empero si no se constituye como parte civil en el proceso penal, el afectado o la familia puede reclamar la indemnización por daños en un proceso civil independiente. Por otra parte, la culpa se puede definir como el apartamiento de la conducta estándar o razonable de un profesional médico, que aunque no desea la producción del daño, no se comporta diligente para evitar dicho acontecimiento. En ese sentido, se deberá tener en cuenta la probabilidad de ocurrencia de un daño médico si no toma una precaución, la magnitud y el costo de la adopción de una medida de precaución necesaria para evitar el daño médico.

Los presupuestos que deben analizarse de una conducta para considerarla como culposa son:

- **Valoración de conducta:** ya que la culpa exige inexcusablemente una valoración del comportamiento humano, y allí donde pueda hacerse un juicio de reproche puede existir una culpa; por tanto la culpa consiste en un defecto de la voluntad que impide la diligencia necesaria en las relaciones humanas y por eso hace que se opere de forma imprudente (culpa) o que se omitan las cautelas que se tenían que adoptar.
- **Juicio de reproche:** en este sentido la valoración debe de versar sobre la diligencia y la prudencia en el actuar; la diligencia consiste en prever lo que era previsible y en adoptar las

providencias necesarias para evitar el daño, de otro lado, la prudencia consiste en actuar con cautela cuando el daño de ha previsto. El juicio de reproche determina la negligencia o la imprudencia de la conducta, o sea la existencia de la culpa,

La culpa puede presentarse en dos versiones: como negligencia o como imprudencia. En la negligencia hay de parte del sujeto una omisión de cierta actividad que habría evitado el resultado dañoso. La conducta negligente puede clasificarse en dos principales formas:

- Negligencia consciente: Cuando conociendo la posibilidad de que una conducta tenga un resultado contrario a derecho, el agente acalla, esta preocupación, descuidando la previsión exigible en el tráfico, con la esperanza de que no se producirá el resultado en las circunstancias presentes.
- Negligencia inconsciente: Cuando no se conoce la posibilidad del resultado contrario a derecho, pero de haberse observado la diligencia exigible en el tráfico, se habría conocido y se hubiera tenido que evitar la infracción del derecho. (CAHUATOCTO SANDOVAL, 2010)

En la imprudencia en cambio, el sujeto obra precipitadamente o sin prever íntegramente las consecuencias en las que podía desembocar su acción.

Entrando más en el tema, la negligencia médica esta constituida por una serie de conductas que se apartan del actuar de un “médico razonablemente diligente”, que vulnera la seguridad de los pacientes y da lugar a una conducta negativa o adversa en perjuicio del paciente. Por tanto, todo profesional médico que no ejecuta sus obligaciones sea con intención de incumplirlas directamente (dolo) o por culpa inexcusables o culpa leve, es responsable por los daños que causen dichas conductas antijurídicas y culpables, y por ende del pago de una indemnización a favor del paciente.

1.2. Clasificación de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil es una sola, existiendo como dos aspectos de la misma, la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual, y teniendo ambas como común denominador la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados.

1.2.1. Responsabilidad civil contractual

En términos generales se puede describir la responsabilidad contractual como aquella derivada del incumplimiento total, parcial o tardío de una obligación derivada de un contrato. En este ámbito, se habla de un deber jurídico incumplido, derivado de la ley que regula la naturaleza del contrato, o del pacto entre las partes, gracias a la autonomía de la voluntad que les concede la legislación civil. El principio general se traduce en no dañar al acreedor.

Entonces, se entenderá por responsabilidad civil contractual el supuesto en el que necesariamente hay daño, ya que no cualquier incumplimiento del deudor basta para que le sea imputada una responsabilidad. Dicho de otro modo, el deudor puede ser responsable por el mero incumplimiento, pero no ser civilmente responsable si no ha causado ningún daño o perjuicio con dicho incumplimiento.

El incumplimiento del deudor se genera por mora o por contravención de la obligación asumida. Esta última agrupa a su vez la inexecución total de la conducta, la ejecución parcial, inexacta o defectuosa, la ejecución que lesiona un interés contractual del acreedor diferente del deber de prestación (interés de indemnidad). Es decir, se refiere a que en cumplimiento de las prestaciones principales se cause daños a otros bienes o intereses como la salud, lesiones corporales, patrimoniales a otros bienes diferentes de los del contrato. Ello implica que la responsabilidad contractual no deriva únicamente del incumplimiento de la prestación principal del contrato.

1.2.2. Responsabilidad civil extracontractual

Esta clase de responsabilidad es independiente de una obligación preexistente y consiste en la violación no de una obligación concreta sino de un deber genérico de no dañar; siendo así, la culpa extracontractual es fuente de una obligación nueva.

Para Fernando de Trazegnies, la responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue ante todo reparar económicamente un daño, es decir, cuando una persona ha sufrido un daño sin justificación, el derecho quiere que los aspectos materiales de este daño le sean aliviados mediante el traslado de su carga económica a otro o a otros individuos. En este sentido el Derecho Civil se ocupa fundamentalmente de reparar a la víctima, perseguir el resarcimiento económico de quien sufrió el daño, independientemente de que el causante merezca un castigo o no. (DE TRAZEGNIES GRANDA, 2001)

En su tesis, María Elisa Moron Baute y María Fernanda Ramírez García, señalan como fuentes de la responsabilidad civil extracontractual, las siguientes:

- **Por el hecho propio:** es decir, el hecho directo producto de la actividad personal de los individuos, de ahí que se le conoce también como responsabilidad personal. En este caso, se debe probar la culpa del causante.
- **Por el hecho ajeno:** es decir, por el hecho producto de la actividad de terceros, con respecto de los cuales existe una relación de dependencia o cuidado. Denominado también responsabilidad extracontractual por el hecho de terceros, en este caso, para desvirtuar la presunción de culpa basta que el responsable pruebe la debida diligencia exigida.

- **Por el hecho de las cosas:** sobre las cuales hay una obligación de custodia o guarda, en este caso, los dueños de las cosas deben responder por daños que con ellas se produzcan, debido a que estos, tienen la responsabilidad en todos los hechos dañosos que con ellas se causen.
- **Por actividades peligrosas:** la actividad peligrosa es aquella en donde el peligro virtual se manifiesta y exterioriza al generarse un proceso propio y espontáneo que escapa a todo control del hombre, en donde puede existir un peligro eventual; en este sentido para ser considerada como tal, la actividad debe exigir una apreciable, intrínseca y objetiva posibilidad de causar un daño, en donde la peligrosidad debe existir con anterioridad a la generación del perjuicio, ya que lo que se mide es la conducta humana que no sopesa el peligro. Por tanto, en este caso, la responsabilidad se exonera demostrando caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho de un tercero. (MORON BAUTE & RAMÍREZ GARCÍA, 2002)

Si bien es cierto, un sector de la doctrina comparte esta clasificación, es importante conocer que hay otro sector de la doctrina que considera la Responsabilidad Civil una sola institución del derecho, partiendo de la idea siguiente: Tanto en la responsabilidad civil contractual, como en la extracontractual, se lesionan derechos o legítimos intereses, situación que debe reforzar la definición unitaria de la responsabilidad civil, ya que la finalidad en ambos supuestos es el mismo.

1.3. La responsabilidad civil de los profesionales médicos

El profesional médico es considerado actualmente como un prestador de servicios, y por ende en caso se configurara un incumplimiento en seguridad del paciente, el usuario tiene como derecho exigir indemnización por daños médicos.

La responsabilidad civil de los profesionales médicos se deriva del incumplimiento de deberes funcionales de su profesión, lo que ocasiona a la postre, el daño en el paciente, por ejemplo, el incumplimiento de normas de bioseguridad al reutilizar materiales descartables o sin esterilizarlos adecuadamente.

En este sentido los elementos constitutivos de la responsabilidad médica son:

- La falta médica.
- El daño ocasionado.
- La obligación preexistente del médico.
- Relación causal entre el acto médico y el daño ocasionado.
- Imputabilidad.

Entonces, cuando se hace referencia a la responsabilidad civil de los médicos, se está hablando de los casos de negligencia médica, también conocida como “mala práctica”. En este horizonte, apartarse las prácticas regulares reconocidas por la comunidad médica puede determinar que hubo negligencia, por tanto, todo médico recibe justamente una educación sobre aquellas prácticas que debe seguir para garantizar la seguridad del paciente y así evitar incurrir en error, algunas de esas prácticas son los exámenes y pruebas que se deben realizar previamente, información relevante sobre el paciente, tratamientos recomendables, cuidados que deben brindarse a los enfermos, medidas que deben adoptarse si se presentan reacciones adversas al tratamiento, etc.).

El profesional médico asume responsabilidad legal por los efectos de sus actos médicos, respondiendo por el riesgo creado, bajo el principio hipocrático “primero no hacer daño al paciente”. Debe tenerse en cuenta que todo tratamiento médico supone un “riesgo creado permitido”, esta conducta es lícita en tanto se halla basado en una medicina de evidencia y no empírica, esto es, un diagnóstico diligente y confiable. Dicho en otras palabras, el profesional médico sólo responderá por un daño cuando halla inobservado las normas técnicas vigentes en la medicina.

1.4. Conceptos básico de la responsabilidad civil médica

La responsabilidad civil médica se define como la institución por la cual los profesionales médicos y los centros hospitalarios responden por los daños ocasionados al paciente al haberse incumplido con las reglas de la medicina en el momento de ejecutar la prestación de salud. Toda vez que, un procedimiento médico que ha inobservado las reglas de la medicina puede traer graves complicaciones como males crónicos, pérdida de miembros, órganos, lesiones graves e incluso la muerte.

1.4.1. Acto médico

Un acto médico se caracteriza fundamentalmente por salvaguardar la salud física y mental de un paciente, y procurando siempre la mejor calidad de vida del mismo; entre ellos tenemos la expedición de recetas, certificados e informes directamente relacionados con la atención de pacientes, la ejecución de intervenciones quirúrgicas, la prescripción o experimentación de drogas, medicamentos o cualquier producto, sustancia o agente destinado al diagnóstico, y la prevención o tratamiento de enfermedades.

- **Acto médico eficaz:** es aquel que ha cumplido con la finalidad de recuperar la salud del paciente o mejorarla lo más posible (por ejemplo: se extirpa exitosamente un tumor o el tratamiento eficiente de un mal crónico como la diabetes).
- **Acto médico dañino:** es aquel que no ha sido desarrollado observando los protocolos y reglas de la medicina, generando perjuicio a la salud física o mental del paciente, por ejemplo el tratamiento equivocado a un paciente. Dentro de esta clasificación del acto médico, se encuentra la omisión o tardía asistencia médica, por ejemplo: aplicar un medicamento al cual el paciente es alérgico, provocando con ello, un daño mayor a la enfermedad o mal que presentaba el paciente antes del acto médico.

- **Acto médico ilegal:** es el acto que tiene por objeto realizar ilícitos penales o es usado como pretexto para vulnerar derechos fundamentales como la libertad, la educación, la propiedad, etc. del paciente, por ejemplo en el caso de diagnosticarse un tratamiento médico psiquiátrico mediante el cual se retiene a un paciente en el nosocomio más días de los necesarios con el fin de cobrar unos días o semanas más de tratamiento médico. En esta clasificación también se encuentra la realización de operaciones innecesarias al paciente para efectos de cobrarle por dicho servicio.

Las características del acto médico son:

- a) Profesionalidad.
- b) Asistencia médica idónea; en ambos casos siguiendo los cánones de la medicina, protocolos y normas técnicas médicas, que implican un deber de cuidado profundo por parte del profesional médico que tenga a su cargo la vida de un paciente.

1.4.2. La naturaleza contractual de la responsabilidad civil médica

La relación médico-paciente es por naturaleza una relación contractual, consensual, que no exige el cumplimiento de una formalidad específica, y se manifiesta en la prestación de salud brindada así como de las obligaciones asociadas a los profesionales e instituciones médicas.

Según Henry Oleff Cahuatoc Sandoval, la calificación de contrato médico-paciente derivada de imposición legal o por convención, es la posición más seguida en el derecho comparado y la doctrina nacional, empero la discusión sobre el tipo de contrato (locación de servicios, locación de obra, contrato de trabajo, mandato, contrato a favor de tercero o contrato complejo sui generis o multiforme) aún se mantiene vigente. (CAHUATOCTO SANDOVAL, 2010)

Cuando entramos al campo de la medicina curativa, la relación contractual principal originaria es bipartita (se entiende que es entre el paciente y el centro asistencial), pero más allá de esto, es importante tener en cuenta que el paciente no elige al médico que lo atenderá, ya que el profesional médico forma parte del servicio que brinda el hospital, y por tanto el paciente no ejerce control sobre éste. El contrato entonces consiste en uno de asistencia médica, cuyo objeto es brindar una prestación asociada a la salud, que busque la prevención, restauración, rehabilitación y recuperación del paciente, por lo que es el centro asistencial quién a través de sus dependientes o terceros busca conseguir la seguridad del paciente, y el que asume responsabilidad por los daños ocasionados al paciente por causa del actuar de sus dependientes o terceros que contratan para brindar la atención médica.

En el ámbito de la medicina satisfactiva, la cirugía estética, -tema central de la presente investigación-, la obligación del médico es distinta, mientras que en el supuesto anterior el médico normalmente no se obliga a un final positivo o la recuperación total del paciente, porque su obligación se centra más en cumplir los deberes que incumben a todos los profesionales de la medicina; en el caso de la cirugía estética, que no implica un acto médico de urgencia, la obligación gira en torno del resultado prometido al final del acto médico, pero que no excluye la obligación de diligencia durante el desarrollo de la intervención.

Entonces, la responsabilidad médica puede originarse en la ejecución tardía, parcial o defectuosa de una prestación médica o de la inejecución de los protocolos médicos, normas de bioseguridad o el código de ética profesional.

1.4.3. La imputación objetiva en la responsabilidad civil médica

Si bien es cierto, la teoría de la imputación objetiva es desarrollada minuciosamente en el área penal, pero esto no significa que su análisis y

aplicación se limite a esa esfera, existen conceptos célebres como el “riesgo permitido” y el “principio de confianza” que pueden ser utilizados para imputar responsabilidad civil médica.

Henry Oleff Cahuatocto Sandoval menciona un ejemplo: “(...) el profesional médico por inobservar los protocolos establecidos para reanimar a un paciente le rompe dos costillas, una de las cuales le perfora el pulmón y le provoca la muerte. El profesional médico y el hospital, responderán por el daño ocasionado, pues incrementaron el riesgo socialmente permitido. El aumento del riesgo permitido en el área médica significará el apartamiento de los protocolos médicos, y por ende no cumplir con el estándar del servicio médico, lo cual genera un riesgo no permitido por la sociedad y que en pacientes inmuno comprometidos puede ocasionar su fallecimiento.” (CARHUATOCTO SANDOVAL, 2010)

En ese sentido, la inobservancia del profesional médico de los protocolos, cuidados, atenciones obvias que debe tener con sus pacientes, colocan a este último en una situación de riesgo y desventaja, que en relación al principio de confianza, el paciente ignora porque confía en el desempeño del médico. Es por eso que la razón de ser de la aplicación de este principio consiste en que todos los pacientes esperan un prestación de servicio de salud minuciosa, observando los protocolos médicos y las normas estándares de calidad de la asistencia médica; dicho de otro modo, nadie espera que le intenten salvar la vida inobservando dichas reglas que puedan aumentar el riesgo de generar un daño al paciente. Razón por la cual, es importante analizar la teoría de la imputación objetiva no solo en el área penal sino también en el área civil para poder determinar con mayor precisión la responsabilidad civil de los médicos.

1.5. El consentimiento libre e informado como derecho del paciente

La ley N° 26842 – Ley General de Salud – reconoce en su artículo 15° literal h) que el usuario de los servicios de salud tiene derecho: *“A que se le comunique todo lo necesario para que pueda dar su consentimiento informado,*

previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como negarse a éste.”

Todo paciente tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad y sus consecuencias, así como los posibles tratamientos y sus efectos, con la finalidad de que puedan decidir libremente si consienten o no someterse al tratamiento médico propuesto, este derecho se ciñe al ámbito del consentimiento informado.

El consentimiento informado, de acuerdo a lo señalado en el párrafo precedente, es un derecho del paciente, pero por otra parte también es un deber u obligación del médico. La finalidad de la información que se facilita al paciente, es conseguir que éste conozca los riesgos que implica la realización de la intervención médica, pues de este modo, el consentimiento que exprese el mismo, estará revestido de plena libertad y con conocimiento de causa. Por tanto, el consentimiento informado requiere que el paciente cuente con información suficiente sobre la actuación médica que se pretende efectuar, su ausencia o su insuficiencia puede conllevar la exigencia de responsabilidad civil médica, aunque la actuación de este se hubiere adecuado a la *lex artis ad hoc*.

La obligación que tiene el médico de informar al paciente (medicina curativa) o al cliente (medicina voluntaria) encuentra fundamento en la Constitución española de 1978. Esta información debe ser una comunicación completa y continuada, que incluya tanto el diagnóstico como el pronóstico y las alternativas de tratamiento y sus riesgos.

Como afirma la Sala Primera del Tribunal Supremo español: “la información habrá de ser exhaustiva y también ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen. A dichos requisitos ha de añadirse que la información, en todo caso, deber ser correcta, veraz y leal.” (STS - Sala Primera , 2001)

Dogmáticamente la ausencia de consentimiento informado puede calificarse de dos formas distintas:

- Como vulneración del derecho del paciente a proteger su autonomía personal, en cuyo caso puede afirmarse que la mera ausencia del consentimiento informado equivaldría a un comportamiento antijurídico del médico y éste debería responder, aunque no se haya causado un daño corporal al paciente, o;
- Como vulneración de un deber más del médico con los pacientes que sólo generaría responsabilidad civil del médico si el paciente ha sufrido un daño (esto es, la intervención médica realizada sin consentimiento informado ha tenido éxito, el médico no incurre en responsabilidad). (PÉREZ GARCÍA, 2010)

A modo de conclusión, la ausencia de consentimiento informado por parte del paciente, aunque la intervención o tratamiento médico haya sido correcto, puede generar un supuesto de responsabilidad civil médico-sanitaria, pues se ha privado al paciente del derecho a obtener información clara y fidedigna, del derecho a realizar consultas a otros profesionales médicos, así como del derecho a elegir si se somete o no a dicho tratamiento. Sin embargo, debe tenerse presente, que no toda falta de información conlleva el nacimiento de un supuesto de responsabilidad civil médico-sanitario; para su existencia es imprescindible que el paciente pruebe los daños y perjuicios que su ausencia le ha ocasionado. Así por ejemplo, cuando la intervención médica se ha realizado con la diligencia exigible, conforme a la *lex artis* (aunque sin consentimiento informado), pero se produce en el paciente un riesgo típico previsible (que debería haber formado parte de la información facilitada al paciente), el médico incurre en responsabilidad civil por los daños sufridos por el paciente.

En palabras de Gilberto Pérez del Blanco, "(...) la ausencia del consentimiento informado supone que se traslada la responsabilidad por el resultado dañoso de la esfera del paciente (que con el consentimiento estaría asumiendo los riesgos) a la del médico." (PÉREZ DEL BLANCO, 2007)

1.6. Deberes de los profesionales médicos

Cuando el médico toma a su cargo la asistencia de un paciente, de inmediato, asume una obligación con el mismo, ésta obligación desde el punto de vista jurídico puede ser de medios o de resultados (que se tratará más adelante).

En las obligaciones de resultado, el médico se obliga a proveer el éxito que apetece el paciente. En las obligaciones de medios, sólo está obligado a intentar el logro de aquel resultado, debiendo a ese efecto, proceder con un comportamiento diligente, en prosecución de dicho fin. (KVITKO, 2011)

El médico, en principio, no puede comprometerse a curar a sus pacientes, sin embargo está obligado a poner en práctica todos los cuidados necesarios, que permitan lograr la curación del mismo, asimismo, mitigar el dolor o impedir eventuales complicaciones, incluso la muerte. Debe tenerse en cuenta, que para lograr dicho supuesto, se deberá utilizar los conocimientos médico-científicos correspondientes, y los medios necesarios que estén a su alcance, conforme a las condiciones específicas de modo, tiempo y lugar.

Puede afirmarse que el médico tiene las siguientes obligaciones:

- Debe utilizar todas las técnicas y remedios de que disponga, conforme al estado actual de la ciencia médica, a fin de que su actuación sea acorde con la denominada *lex artis ad hoc*;
- Debe informar al paciente o a los familiares, siempre que sea posible, del diagnóstico de la enfermedad o de la lesión que padece, de los resultados previsibles del tratamiento, así como de los riesgos del tratamiento;
- Debe continuar suministrando el tratamiento al enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta;
- Debe advertir al paciente, o en su caso a los familiares de los riesgos que implica al abandono del tratamiento;

- En los casos de enfermedades crónicas o evolutivas, debe informar al paciente de los análisis, controles y cuidados preventivos que tiene que realizar. (PÉREZ GARCÍA, 2010)

1.7. Carga de la prueba en la responsabilidad médica

Una de las ventajas que ofrece la responsabilidad civil médica respecto de la responsabilidad penal médica, se puede observar en instancia probatoria, pues mientras la primera no requiere necesariamente “individualizar a la persona natural que cometió la negligencia médica”, en la segunda, sí es requisito indispensable identificar el sujeto que cometió la acción que generará responsabilidades. Entonces, teniendo en cuenta lo ya mencionado, a modo de ejemplo; en la responsabilidad civil también se puede responsabilizar al centro médico asistencia por el daño médico ocurrido en la ejecución de la prestación médica, sin que se haya llegado a individualizar a la persona natural (profesional médico) que fue el causante del daño al paciente.

En principio, se consideraba que la carga de la prueba le correspondía a la víctima, quién por tener la condición de perjudicada debería agenciarse de las pruebas que demuestren el daño que la colocó en tal condición; sin embargo, ante esta situación se plantearon diversas críticas que giraban en torno a las clases sociales y económicas, toda vez que, teniendo en cuenta una clase pudiente y otra extremadamente vulnerable, en el caso que la víctima no cuente con los medios económicos suficientes para afrontar dicha carga probatoria, la coloca en un estado de imposibilidad probatoria. Otro sector de la doctrina postula que la carga de la prueba, debería ser asumida por la persona que esté en mejor condición de producir la prueba o a la que le resulte más sencillo probar su diligencia.

En palabras de Jorge Mosset Iturraspe, el caso de la responsabilidad médica, por lo ocurrido en el quirófano, es elocuente; el paciente, en estado de inconsciencia, no puede probar la mala praxis que lo condujo al agravamiento de su dolencia; pero la demostración de la no culpa o de lo fortuito es relativamente sencilla para el cirujano interviniente. (MOSSET ITURRASPE, 2001)

Por tanto, la carga de la prueba no sólo debe ser atribuida a una de las partes, ya sea la más débil o la que si puede conseguirlas, en todo caso propongo debe tenerse en cuenta a ambas partes, las mismas que podrán aportar en base a sus posibilidades las pruebas que estén a su alcance y que corroboren su condición; y por ende dejar, en el Juez, el encargado de impartir justicia, la obligación de buscar la verdad material y socializar el proceso en beneficio de la parte que realmente resulte afectada y en búsqueda de una solución coherente con los principios básicos de justicia y de equidad.

1.8. Cuantificación de la indemnización

Como ya se ha analizado precedentemente, el resarcimiento comprende tanto **los daños objetivos** -el daño emergente y lucro cesante, que son aquellos referidos al patrimonio-, y los **daños subjetivos** –daño a la persona y daño moral, los referidos al ser humano-.

En ese sentido, según Henry Oleff Carhuatocto Sandoval: “la indemnización en los casos de responsabilidad civil médica, comprenderá el resarcimiento de los **daños patrimoniales**, en el que encontramos el **daño emergente** (...), el **lucro cesante** (...)”. (CARHUATOCTO SANDOVAL, 2010)

Siendo el caso de los daños patrimoniales, una forma objetiva de determinar el monto de estas pérdidas, es proporcionando las facturas de los gastos en los que se haya incurrido, y adicionalmente todos aquellos medios probatorios que acrediten la suma de dinero dejada de percibir a raíz del daño, ya sea por medio de contratos de trabajo, o constancias en las que se pueda percibir la remuneración que la víctima recibía.

Por otro lado, tratándose de los daños extrapatrimoniales, éstos deben ser indemnizados teniendo en cuenta criterios subjetivos, es más que nada a valoración de los jueces, pero quienes deben tener en cuenta no solo la condición en la que el paciente queda o la calidad de vida que deberá afrontar (de

mantenerse éste con vida), sino también, la calidad de vida que sus familiares tendrán que afrontar. Por ejemplo, la pérdida de un ser querido podría fomentar una crisis emocional importante en sus familiares.

La liquidación del daño a la salud (o daño psicológico) debe ser efectuada teniendo presente dos criterios: a) el de uniformidad; b) el de personalización del daño (CARHUATOCTO SANDOVAL, 2010)

SUBCAPÍTULO 2

RESPONSABILIDAD

CIVIL EN LA CIRUGÍA

ESTÉTICA

2. Entorno a la responsabilidad civil y cirugía estética

2.1. Cirugía plástica: estética y reparadora

Etimológicamente cirugía plástica deriva de dos vocablos griegos: “*Girurugi*” que equivale a mano y “*Plástiké*” que significa moldear o formar. En este sentido se entiende por cirugía plástica aquella parte de la medicina que tiene por objeto restablecer, mejorar o embellecer la forma de una parte del cuerpo humano.

- **Cirugía reconstructiva o reparadora:** Este campo de acción tiende a corregir los defectos congénitos o adquiridos, como por ejemplo el labio leporino, tratamiento de quemaduras, etc. Se considera que su finalidad es “terapéutica”, sin embargo se encuentra relacionada con frecuencia a una preocupación estética, la misma que queda absorbida por aquella finalidad.
- **Cirugía estética o embellecedora:** En este caso, la cirugía tiene como finalidad el embellecimiento de la persona y su perfeccionamiento físico, por ejemplo la rinoplastia, *lifting*, lipoescultura, etc.

2.2. Antecedentes de la cirugía estética

Se considera que las bases de la cirugía plástica pueden encontrarse en la Historia Antigua, y representan el esfuerzo del hombre para tratar las heridas y defectos ocasionados por otros seres humanos o por la naturaleza. Estuvo presente con menor o mayor representación en todas las civilizaciones conocidas (Babilonia, Persia, Egipto, Grecia, India, entre otras). (VILLEGAS & POLACO, 2010)

Los registros dejados por los egipcios reflejan una cultura obsesionada por la apariencia física y personal, ya que el interés por la cirugía estaba relacionado con su arte y su religión, de tal manera que las prácticas mágicas que realizaban se unían a la ciencia, en un esfuerzo por mejorar la apariencia. Paralelamente en Mesopotamia los médicos ya se habían especializado, los babilonios eran particularmente hábiles en cirugía, los cirujanos indios diseñaron y fabricaron diversos instrumentos quirúrgicos y utilizaban como material de sutura hilos de algodón, tendones de animales, cuero y fibras vegetales.

En Roma el cirujano mejor pagado fue el que se dedicaba a la estética, porque sabía con mucha destreza borrar las infames cicatrices de las letras “F” y “K”, que con hierro candente, eran grabadas sobre la frente, pecho o muslo de los esclavos. (GARCIA HUAYAMA, 2012)

Sin embargo, pese a encontrar actos de cirugía desde las antiguas civilizaciones, cabe precisar que hasta inicios del siglo XX la cirugía plástica no existía como especialidad de la medicina, pues no se consideraba como una prioridad o necesidad social destinada a salvar vidas humanas; mas sólo como un mecanismo de mejora para los actores, vedettes y modelos.

Es a partir de la segunda guerra mundial, que empieza a reconocerse la importancia de la cirugía plástica debido al elevado número de pacientes heridos, mutilados o quemados, producto de las acciones bélicas, forzando la organización de centros especializados. Desde la segunda mitad del siglo XX, la cirugía plástica se desarrolló a pasos agigantados tanto en lo reconstructivo como en lo estético.

Actualmente, es considerada la especialidad quirúrgica más extensa, pues abarca todas las regiones del cuerpo humano, exigiendo mayor especialización (cirugía estética, cirugía reconstructiva, cirugía craneofacial, cirugía de piel, entre otras); dejando de ser, de este modo, una cirugía para las élites.

“En la sociedad actual tanto el acceso al mercado de trabajo como el progreso dentro de la actividad aparecen profundamente mediatizados por la imagen personal y la buena apariencia y, el requisito de la agradable presencia

constituye uno de los filtros principales de la selección de personal”. (MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, 1997)

2.3. ¿Supuesto de medicina satisfactiva o medicina curativa?

Actualmente, la medicina a evolucionado de tal manera que no sólo se ha ocupado de mejorar la calidad de atención al paciente, o en los mecanismos a utilizar para mejorar la salud del mismo, sino también, en otras facetas que no, necesariamente pretende restaurar la salud del individuo, denominado por la doctrina como “medicina voluntaria”, entendiendo que el interesado es el que acude al médico porque desea recibir de este una atención concreta y o porque orgánicamente lo necesite. Cabe precisar que en estos casos no está presente una situación orgánica grave, sino por el contrario, el paciente se encuentra bien de salud, lo que está presente, es un deseo de mejorar su aspecto físico.

La clasificación entre medicina curativa y voluntaria es de origen moderno, porque a la medicina tradicional le resultaba consustancial la aplicación de una acción terapéutica sólo a la cura de una dolencia, de modo que hubiera resultado inconcebible para un médico de formación clásica influir o actuar sobre el cuerpo humano, cuando no existía alguna enfermedad para curar.

Para entender mejor esta clasificación, en las palabras de Juan Carlos García Huayama:

- **La medicina curativa o asistencial:** Comprende las intervenciones de los facultativos que tienen por finalidad que el paciente recupere la salud que se encuentra deteriorada por una enfermedad o dolencia; la labor del médico está encaminada a curar al paciente que presenta una alteración patológica en su organismo. En este supuesto, el objetivo primordial de la asistencia es detener el proceso patológico en la salud, tratando de conseguir el mejor resultado posible.

- **En la medicina voluntaria o satisfactiva:** es el interesado el que acude al médico, no para ser tratado de una patología previa, sino con otros propósitos más personales. En este caso, el objetivo primordial no es curar al paciente, sino que se actúa sobre un cuerpo sano para mejorar su aspecto estético como ocurre con la cirugía plástica de embellecimiento (*lifting, peeling, liposucción*, etc.), o para anular su capacidad reproductora (vasectomía o ligadura de trompas), lo mismo ocurre en el tratamiento para alargamiento de piernas, implante capilar, implantes de prótesis o piezas dentales. (GARCIA HUAYAMA, 2012)

Entonces, la cirugía estética está comprendida dentro de la llamada medicina voluntaria o satisfactiva, debido a que no existe gravedad del caso a tratar, y a que la actividad médica no está encaminada a la curación de una afectación patológica, sino al mejoramiento físico o estético del paciente. Es decir, las intervenciones del médico en la medicina voluntaria, llevan consigo cierta obligación de resultado (que se explicará más adelante), pues el paciente acude voluntariamente para alcanzar un resultado determinado, una transformación satisfactoria del propio cuerpo, de manera que el resultado esperado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional.

Algunos autores consideran que, en este caso, no debería llamarse paciente, sino cliente, toda vez que, la finalidad de la medicina voluntaria no es la curación de una enfermedad, sino por el contrario, persigue un beneficio de otra clase para el sujeto que la requiere. Sin embargo, se debe considerar que nos estamos enfocando en un supuesto, en el que de por medio está la salud y la vida del ser humano, motivo suficiente para no tomar esta actividad médica como un acto simple, sino riesgoso.

Juan Carlos García Huayama, propone el siguiente cuadro comparativo:

MEDICINA CURATIVA O ASISTENCIAL	MEDICINA VOLUNTARIA O SATISFACTIVA
Las intervenciones de medicina curativa se encuadra dentro de los contratos de locación de servicios, asumiendo los médicos generalmente obligaciones de medios.	Las intervenciones de medicina voluntaria se tipifican generalmente como contratos de obra, asumiendo el médico obligaciones de resultado
El médico deberá responder conforme a factores de atribución subjetivos (culpa o dolo)	El médico debe responder conforme a factores de atribución objetivos.
El paciente deberá acreditar además del nexo causal, el actuar culposo del médico.	El médico demandado tiene la carga de probar que la no obtención del resultado comprometido, se debe a una causa ajena a su actuar (caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o hecho de la propia víctima). (GARCIA HUAYAMA, 2012)

2.4. ¿Obligación de medios u obligación de resultados?

Teniendo en cuenta lo ya explicado hasta el momento, debe tenerse en cuenta que dentro de las obligaciones que tienen como objeto una prestación de hacer, se distingue a las obligaciones de medios y obligaciones de resultados; ésta clasificación fue formulada en el año 1925 por el jurista francés René Demogue. Sin embargo no la desarrollo dentro de la generalización de su tratado, sino al exponer la argumentación sobre su punto de vista en la debatida cuestión

de si la responsabilidad de fuente contractual es la misma o distinta de la extracontractual. (GARCIA HUAYAMA, 2012)

Un sector de la doctrina plantea esta clasificación como una de carácter general, no obstante, se debe considerar que se trata de una sub clasificación de las obligaciones de hacer, y cuya finalidad es determinar la responsabilidad civil de los médicos de acuerdo al tipo de actividad que realiza.

En los términos de Félix Trigo Represas:

- **Obligaciones de resultado:** también denominadas obligaciones determinadas, al acreedor le basta con establecer que se logró el resultado prometido; correspondiendo en todo caso al deudor que quiera exonerarse de responsabilidad la acreditación de que ello sucedió por caso fortuito u otra causa ajena extraña al mismo.
- **Obligaciones de medios:** en este caso, es insuficiente la no obtención del fin perseguido, pero no asegurado, sino que también debe demostrarse que ellos sucedió por culpa o negligencia del obligado. (TRIGO REPRESAS, 1996)

“En lo que se refiere el ámbito de la denominada medicina curativa, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirman mayoritariamente que la obligación del médico es una obligación de medios. (...)

Así, pues, es posible afirmar, que en el ámbito de la medicina curativa, el médico cumple con su obligación cuando realiza el conjunto de actividades que son exigibles a un profesional de la Medicina, aunque el paciente no se cure, pues ese resultado, la curación, es el fin de la prestación médica pero no entra en el contenido de su obligación.

En lo concerniente a la denominada medicina voluntaria o satisfactiva, existe polémica sobre si en este tipo de supuestos la obligación del médico es una de medios o de resultado.” (PÉREZ GARCÍA, 2010)

En el caso de los profesionales médicos, entonces, cuando se trata de la medicina curativa que contiene obligaciones de medios, el médico no asegura un resultado sino tan solo se compromete a seguir diligentemente la conducta que ordinariamente conduce al mismo, pero que bien puede no producirlo; en tanto que en la medicina voluntaria o satisfactiva que contiene obligaciones de resultado, por el contrario, no basta con que el médico actúe diligentemente, ya que es necesario alcanzar el resultado prometido y esperado por el paciente.

La distinción entre ambas obligaciones, se fundamenta básicamente en el hecho que sólo en las obligaciones de resultado existe un resultado efectivamente comprometido (*in obligatione*), de modo tal que, en dicho supuesto, el médico únicamente queda liberado mediante la obtención del resultado esperado. En cambio, en las obligaciones de medios, el resultado no ha sido comprometido, aun cuando la conducta del médico debe estar vinculada con la realización de un resultado determinado.

El profesor Duncan Sedano Vásquez sostiene lo siguiente: “la invocación a las obligaciones de medios y de resultado en la responsabilidad civil del profesional sirve para aquellos ordenamientos donde la prueba de la culpa no está sujeta a reglas claras, no obstante, en nuestro ordenamiento jurídico dicha clasificación resulta inútil, ya que para todos los casos la culpa se presume, tanto en el ámbito obligacional como extraobligacional, tal como lo establecen los artículos 1329 y 1969 del Código Civil.” (SEDANO VASQUEZ, 2000)

Entonces, en la cirugía estética, la prestación del médico cirujano no está destinada a un tratamiento determinado para el paciente, o en una terapia del mismo, mucho menos en un supuesto de restablecer o mejorar la vida del individuo, sino, esta prestación se dirige a mejorar la apariencia física de la persona, de tal manera que, la cirugía estética se desenvuelve en el ámbito de la medicina satisfactiva y que comprende obligaciones de resultado.

Debe precisarse también, que la cirugía estética, como toda intervención quirúrgica, se llevará a cabo en un ambiente riesgoso, donde el perjudicado será

necesariamente el paciente, en caso se vea afectado su derecho a la vida, cuerpo y salud, por tanto, al analizar la responsabilidad civil del médico en esta rama de la medicina, no sólo debe centrarse en que la obligación del profesional de la salud, es netamente de resultado, pues, como bien se dijo, al ser una intervención quirúrgica riesgosa, en el desarrollo de la misma, se deben seguir ciertos lineamientos y pautas (adicionales al deber de cuidado y diligencia que debe prestarse), que son materia de análisis en las obligaciones de medios.

Por ende, los deberes del médico cirujano no deben agotarse en el cumplimiento del contrato médico, y en los casos en que el paciente presente un daño, la responsabilidad del médico no debe sintetizarse en verificar si el resultado obtenido encaja en el resultado prometido, sino ampliar dicho análisis en la conducta del médico durante la intervención quirúrgica, si este cumplió con el protocolo establecido o puso en riesgo la vida del paciente. A modo de conclusión, y por ser materia de esta investigación, la cirugía estética comprende obligaciones de medios como de resultados, las que determinarán la responsabilidad civil del médico prestador de servicios.

2.5. La responsabilidad civil en la cirugía estética

De lo ya señalado hasta el momento, el médico no está obligado a una producción de resultado favorable para el paciente –excepto en los supuestos de cirugía estética- por ser netamente una intervención quirúrgica que contiene obligaciones de resultado. Pues, es evidente que al cirujano ordinario no se le va a exigir una obligación de resultado.

El cirujano estético, como todo cirujano, queda ligado a la obligación de hacer, pero en este caso en concreto, su obligación de hacer no es libre, o al menos no totalmente libre, ya que queda condicionada por unas exigencias expuestas por el paciente.

La doctrina española ha entendido que, en cirugía estética, no se trata de contratos de prestación de servicios por el facultativo, en que éste contraiga una obligación de medios tendente a la curación del paciente, sino de contrato de ejecución de obra, o en otras palabras, obligación de resultado, con la particularidad de que la diligencia específica es la deducida de la *lex artis ad hoc*.

En palabras de José Manuel Fernández Hierro, citado por Aurelia María Romero Coloma: “es correcto distinguir, dentro del ámbito de la Cirugía Estética, la gravedad de la intervención, entendiendo que hay una responsabilidad en los resultados en aquellas operaciones graves que tengan una finalidad puramente estética, o descartando del concepto de obligación de resultado, aquellas intervenciones que tratan de corregir imperfecciones físicas que ejercen importantes repercusiones psíquicas o que quieren evitar deformaciones horribles.” (ROMERO COLOMA, 2010)

Entonces, queda claro que en la cirugía estética, el médico está obligado a cumplir con lo pactado con el paciente, dicho contrato médico ha de ser cumplido en sus términos y analizado de acuerdo a los resultados obtenidos luego de la intervención. Sin embargo, dicha intervención es tan riesgosa como las intervenciones realizadas en el ámbito de la medicina curativa, y por tanto implica un comportamiento ceñido a los lineamientos y protocolos médicos, el manejo eficiente del tiempo y materiales durante la intervención, por lo que en opinión, no debería considerarse dicho contrato médico, como un contrato de obra, porque no nos encontramos en una situación ni igual ni parecida al contrato de obra que podemos formalizar con un ingeniero de sistemas para construir una casa.

En este sentido la responsabilidad civil del médico, ha de analizarse en base a las obligaciones de resultado y de medios, por tratarse de una intervención que también sigue los parámetros, lineamientos y requisitos de una intervención ambulatoria común. Si bien la cirugía estética, no tiene como finalidad, la curación del paciente, el método a realizarse si comprende el cuidado de la salud del mismo, y por ende la obligación de llegar al resultado sin perjudicar durante el proceso y después de este, al paciente.

Por tanto, si nos centramos en el resultado de la cirugía, estaríamos abordando una responsabilidad contractual, por medio de la cual se toma en cuenta el deseo personalísimo del paciente, que es conseguir un fin estético positivo. No obstante a ello, también se debe abordar, en cuanto al procedimiento, una responsabilidad civil extracontractual, en la que se debe analizar si se ha efectuado dicha intervención dentro de los lineamientos de la *lex artis ad hoc*.

SUBCAPÍTULO 3

DAÑO

DESPROPORCIONADO

3. Doctrina del daño desproporcionado

3.1. Orígenes

El origen de la doctrina del daño desproporcionado, de eminente creación jurisprudencial, se sitúa en la jurisprudencia francesa (Sentencia de la *Cour de Cassation* de fecha 28 de julio de 1960), en alusión a la *faute virtuelle* o “culpa virtual”, conectada con la obligación de vigilancia, en este sentido el caso se trataba de un paciente que sufría de radio dermatitis a consecuencia de la radiación de un aparato de rayos X, debido al aflojamiento de las puertas protectoras, por tanto el Tribunal llegó a la conclusión de que el resultado dañoso sólo pudo darse por haber mediado culpa de la radióloga. (SÁNCHEZ GARCÍA, 2013)

Posteriormente, desde un inicio de los años noventa del siglo XX, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo utilizó la presunción desfavorable de culpa o responsabilidad médica sobre la concurrencia de un daño “anómalo”, “llamativo” o “clamoroso”, siendo que en sus sentencias citan explícitamente, la doctrina de la “culpa virtual” en razón a la desproporción del daño, entendida como aquel supuesto en el que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino en razón de un conducta negligente, de tal manera que dicho evento se origine por alguna conducta que entre la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto.

La doctrina jurisprudencial civil inicial, aplicaba el daño desproporcionado como un mecanismo de presunción que se generaba “a partir de un mal resultado de la intervención o tratamientos médicos, cuando su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y del sentido común, revele inductivamente la penuria de los medios empleados, según el estado de la ciencia y de las circunstancias de tiempo o de lugar en su conveniente y temporánea utilización”. (STS - Sala de lo Civil, 1996)

Debe tenerse en cuenta que la presunción de culpabilidad del profesional médico (culpa virtual), se encuentra en el eje de la doctrina del daño desproporcionado, de tal manera que, si se produce el resultado dañoso anómalo,

que se acontece porque se ha obrado con falta de diligencia, responde el que lo ha realizado, salvo que pueda probar que el daño se debe a factores externos. Es en este sentido, que en otra sentencia el Tribunal Supremo español indica lo siguiente “La doctrina que funda la responsabilidad médica en la producción de un daño desproporcionado es reiterada en la jurisprudencia, así, entre otras, se declara en la sentencia de 31 de enero de 2003: La responsabilidad del médico demandado deriva esencialmente de la doctrina del daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autos, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias (...); que el profesional médico debe responder del daño desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo que responde a la regla <<*res ipsa loquitur*>> (la cosa habla por sí misma)”. (STS - Sala de lo Civil, 2006)

Por otro lado, es importante saber que también la doctrina del daño desproporcionado ha sido aplicada en la jurisdicción contencioso-administrativa española, siendo la primera sentencia expedida por la Sala Contencioso-Administrativa de fecha 16 de diciembre de 2003, la misma que hace referencia a las “consecuencias desmesuradas” originadas por una intervención de hernia de hiato que fueron mucho más allá de lo previsible, y que no son la consecuencia normal de la operación.

Pero no fue hasta la sentencia expedida por la Sala Contencioso-Administrativa Española en el año 2012, que se relata, minuciosamente la evolución de la doctrina del daño desproporcionado en la jurisdicción civil antes de ser acogida en el ámbito contencioso, en los términos siguientes: “La doctrina del daño desproporcionado o “resultado clamoroso” llegó a nuestra jurisdicción a partir de su asunción por la Sala Civil de este Tribunal, quien a partir de sentencias del año 1996. Existente un resultado desproporcionado, totalmente inesperado y no contradicho o explicado coherentemente por el demandado, siendo que concurra, además, relación causal y que entre dentro de la esfera de acción de éste, cabía deducir, sin duda ninguna, que existía conducta negligente y, por tanto, una apariencia relevante de prueba de ésta. Con posterioridad, se fue afianzando-STS, Sala Civil, de 8 de mayo de 2003 (RJ2003\3889), sin perjuicio de momentos oscilantes y modulaciones. Y es que no cabía citar la doctrina por el

recurrente para deducir ya de por sí su aplicación por inversión de la carga de la prueba. Era necesario que por el demandado no se probara de forma fehaciente que el facultativo había seguido una actuación acomodada a *la lex artis ad hoc*". (STS - Sala Contencioso-Administrativa, 2012)

3.2. Naturaleza jurídica

La finalidad de esta doctrina es presumir la culpa y el nexo causal a través de la anormalidad del resultado, que según las reglas de la lógica o de la experiencia humana, la conducta del médico tuvo que ser negligente para causar ese resultado,

Es importante diferenciar el daño desproporcionado de otros mecanismos punitivos, que igualmente alivian la carga de la prueba del paciente, estos son:

- La regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona: supone la evindencialidad del resultado, es decir, que no hace falta que el resultado sea anormal, como sucede en la culpa virtual, basta con que sea un suceso de los que normalmente se producen por culpa, sin ese tinte de anormalidad.
- La prueba *prima facie* de la doctrina italiana: en este caso la culpa del facultativo se deduce de máximas de experiencia, no del resultado anormal o de la evidencialidad del resultado, lo que la acerca más a la teoría de la probabilidad cualificada para atenuar las exigencias de prueba del nexo causal.
- La *Anscheinsbeweis* (la apariencia de la prueba) de la doctrina alemana.
- La *frautevirtuelle* (la culpa virtual) de la doctrina francesa.

3.3. Definición de daño desproporcionado

Marta María Sánchez García, en su artículo de la revista CESCO, hace referencia a la delimitación positiva y delimitación negativa del concepto del daño desproporcionado, en el sentido siguiente:

- **Delimitación positiva:** fundamenta que el daño desproporcionado se origina cuando un acto médico produce un resultado anormal, insólito e inusualmente grave en relación con los riesgos que normalmente comporta dicho acto, y con los padecimientos que trata de atender o incompatible con las consecuencias de una terapia normal, esta desproporción no sólo abarca el resultado de los actos médicos en sí mismos, sino también la desproporción del tratamiento en relación con la dolencia padecida. Por tanto, el daño es desproporcionado cuando es anómalo como resultado de una actividad médica concreta, pues no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas de la misma.

En este sentido, no se trata de que el resultado obtenido sea insatisfactorio o no adecuado a la expectativa del usuario, sino que se trata de un supuesto de responsabilidad médica donde se materializa un riesgo antitético (opuesto) al que suele acompañar a la intervención realizada o tratamiento pautado, presumiéndose la responsabilidad del profesional, salvo que pueda demostrar en base a explicaciones razonables las causas de la desproporción.

- **Delimitación negativa:** se fundamenta en los riesgos previsibles o conocidos y en los riesgos imprevisibles o desconocidos; **a) Los riesgos previsibles o conocidos**, se dividen en riesgos típicos o frecuentes (que son las complicaciones que se estiman como bastante posibles aun observando el facultativo toda diligencia exigible y aplicando la técnica adecuada), y los riesgos atípicos o infrecuentes (que son riesgos inherentes a la intervención médica pero de escasa aparición estadística,

que se consideran por ello excluidos de los riesgos probables que deben ser objeto de información y, al mismo tiempo, de la aplicación del daño desproporcionado, en cuanto ya no se trata de un riesgo anómalo); y, **b) Los riesgos imprevisibles o desconocidos**, son todos aquellos casos en los que el resultado dañoso es anómalo raro, extraño, que habitualmente no se produce y que no es conocido por la ciencia médica. (SÁNCHEZ GARCÍA, 2013)

Entonces, la doctrina del daño desproporcionado no se podrá aplicar en los supuestos en los que el daño haya sido consecuencia de los riesgos antes expuestos, toda vez que, el mecanismo presuntivo no podrá generarse.

El Tribunal Supremo de España, para aplicar la doctrina del daño desproporcionado, considera que la existencia de dichos daños no puede ser tomado como un criterio automático para la declaración de la responsabilidad: “La doctrina llamada del daño desproporcionado no comporta, al menos en sentido propio, la de un criterio de imputación de responsabilidad objetiva por una mala praxis”. Sino, solo puede evidenciar la existencia de algún tipo de negligencia que, en todo caso, deberá ser probada: “es susceptible de evidenciar en principio, con sujeción a las reglas de la experiencia, la concurrencia de la falta de medidas de diligencia, prevención y precaución exigible según las circunstancias.” (STS - en la Sala Civil, 2011)

Para remarcar mejor la definición del daño desproporcionado, es importante señalar las características y/o presupuestos de este criterio, son los siguientes:

- Daño inesperado o no previsto ni explicable en la esfera de una actuación profesional médica.
- Que dicho daño tenga lugar por alguna conducta que entre en la esfera de acción o campo de actuación del facultativo médico responsable, aunque no se conozca el detalle exacto.

- En sentido negativo, no se le puede hacer responsable de cualquier resultado que caiga fuera de su esfera de actuación. (STS - Sala de lo Civil, 2010)
- Presumible falta de diligencia en la producción del daño causado al paciente: el daño normalmente no se produce sino por razón de una conducta negligente, ya que excede notoriamente de los que comparativamente quepa estimar como consecuencia asumible de una intervención médica.
- Falta de intervención del perjudicado o paciente en la producción del daño.
- Falta de una explicación satisfactoria, por el facultativo o la Administración sanitaria, de la causa del daño o del resultado.
- Falta de acreditación por el facultativo o la Administración sanitaria de la interferencia en la relación causal de otros elementos o circunstancias imprevisibles o incontrolables que pudieran haberlo determinado o de la prestación por su parte de todas las medidas de seguridad exigibles y la adecuación de su actuación a las reglas de la <<lex artis>>.
- El daño desproporcionado es independiente de la gravedad o entidad del resultado.
- Es el paciente quien tiene que alegar y probar, no sólo la realidad del daño, sino, también su desproporción. Así, el paciente deberá acreditar, mediante la prueba pericial, que el resultado no está entre las complicaciones previsibles. Acreditado dicho extremo, se desencadena la doctrina del daño desproporcionado y la facilidad probatoria que conlleva para el paciente pues se presume la relación de causalidad entre la actuación médica y el daño, primero, y su negligencia, culpabilidad o responsabilidad, después.

Según Leyre Elizari Urtasun, "(...) podemos entender el daño desproporcionado:

- a) Como resultado grave o catastrófico.

- b) Como resultado atípico o extraño para el tipo de intervención.
(...) consideramos que aplicar esta teoría a los resultados simplemente graves supone prescindir totalmente del elemento de la culpa y, en consecuencia, condenar al médico o al centro por la simple producción de un resultado muy grave. Además, la doctrina del daño desproporcionado no sólo tiene el efecto de presumir la culpa. También enlaza con el elemento causal, entendiéndose que, puesto que el daño se produjo en la esfera de la actuación del médico, será precisamente u actuación la causa del resultado.” (ELIZARI URTASUN, 2012)

En este sentido, lo que se requiere es analizar no solamente el daño suscitado sino también la actuación del médico y corroborar en base a elementos concretos que dicha actuación produjo el daño grave, ya que en base a presunciones no se puede calificar la responsabilidad del médico. Motivo por el que, es importante tener en cuenta, que si una daño generado luego de una intervención médica es calificada como grave o enorme, requiere necesariamente de un análisis detallado y profundo para corroborar el nexo causal y de este modo imputar responsabilidad al médico, de lo contrario, se estaría afectando el derecho de este último.

Para reforzar este último comentario, en el voto particular de la sentencia de, formulado por el Magistrado D. Francisco Marín Castán:

“(...) no puede calificarse de “resultado desproporcionado” el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada. Y es que, en definitiva, la responsabilidad (...) sólo puede fundarse en su culpa o negligencia: por eso habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas, pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (...)”. (STS, 2003)

Sentencia en la que se argumenta de forma más clara, qué es lo que debe entenderse por daño desproporcionado, rechazando que el simple daño grave

pueda dar lugar a la aplicación de esta doctrina porque conduce a prescindir del elemento de la culpa e incluso del nexo causal.

Por último, con relación a la segunda opción propuesta por Elizari Urtasun, se debe tener en cuenta que la producción de un resultado típico, o dicho de otro modo previsible, en una intervención médica, por su naturaleza no levanta ninguna sospecha sobre la corrección del actuar médico, sin embargo, cuando se materializa un riesgo extraño, que dicho a su vez no es habitual, trae como consecuencia que el médico tenga que justificar lo que sucedió durante su intervención profesional, presumiéndose la culpa, el nexo causal, o ambos.

Esto en relación que el acto médico puede tener distintos resultados, es decir, puede alcanzar la curación deseada del paciente, el resultado óptimo, o puede también producir un abanico de complicaciones previsibles, justificadas por los conocimientos científicos. Por tanto, si se produce un daño típico o habitual, se encontrará una explicación técnica conforme a los conocimientos actuales, el problema se inicia cuando se materializa un resultado atípico o extraño, ya que se puede inferir de esta misma producción que el curso causal de los hechos se ha separado de lo que es habitual y correcto, constituyendo de por sí una probabilidad de la existencia de culpa, en conexión causal con la actuación médica.

3.3.1. Resultado desproporcionado con lo que es usual

La gran mayoría de los pronunciamientos en la jurisdicción española civil se refieren al daño desproporcionado respecto a lo que es usual según las reglas de la experiencia o el sentido común pero coinciden en lo que se podría denominar “falta de rigor médico”, situaciones en las que lo proporcionado o se fundamenta en datos científicos sino en máximas de experiencia.

El Tribunal Supremo español en la sentencia de fecha 02 de diciembre de 1996 explica lo siguiente: “(...) no se excluye la presunción desfavorable

que pueda generar un mal resultado, cuando este por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados (...)" (STS - Sala de lo Civil, 1996)

En este sentido estamos frente a un daño o resultado desproporcionado que afecta directamente al paciente y que es considerado como un mal resultado con lo que comparativamente es usual o habitual; que evidentemente no es esperado ni razonable, sino que supone una mala actuación médica: por ejemplo que el resultado de una operación de cataratas, sea la pérdida de un ojo por una infección posterior a dicha intervención, a causa de una mala praxis.

Se debe tener en cuenta que en la misma jurisprudencia española, existen fallos contradictorios y hasta exagerados respecto a la aplicación de este criterio, motivo por el cual no existe uniformidad en la definición del mismo. Sin embargo, en base al análisis que se le realiza en esta investigación, se puede afirmar que la aplicación adecuada de este criterio aportaría positivamente a la calificación de la responsabilidad civil de los médicos. Es por ello, que devendría en necesario analizar la gravedad y la proporcionalidad del daño antes de aplicar la doctrina materia de la presente investigación, dicho de otro modo, si se produce un daño, de aquellos que no son habituales conforme a las reglas de la experiencia, se justifica la aplicación del daño desproporcionado y por ende, se justificaría el alivio probatorio del paciente, ya que le correspondería al médico que realizó la asistencia médica o al centro sanitario correspondiente, el demostrar qué es lo que sucedió para que se haya materializado un resultado extraño, ajeno a las complicaciones inherentes a la intervención.

3.4. Daño desproporcionado y consentimiento informado

Teniendo en cuenta lo señalado precedentemente, esto es, que el daño desproporcionado resulta ser un daño atípico o anómalo, que no se encuentra comprendido entre las complicaciones previsibles de una intervención médica,

entonces surge la cuestión de su relación con la información que debe suministrar el médico y el consentimiento que debe prestar el paciente antes de la misma. Esto como regla general para toda intervención médica, y delimitándola a la participación del médico en una cirugía estética, dicho protocolo tiene mayor importancia, ya que, como se ha explicado en el capítulo que antecede, en este tipo de intervención, el paciente cumple un rol protagónico que no se puede pasar por alto. El consentimiento del paciente en estos casos es la clave para la realización de la cirugía, sin éste el médico no podría intervenir; es decir, el paciente en estos casos a diferencia de aquellos enmarcados en el campo de la medicina curativa, es quien por voluntad recurre al médico a fin de obtener un servicio por parte del profesional médico, y por ende este último debe ser transparente y preciso en cuanto a la información que le brindará.

De tal manera que, ocurrido el daño, resulta que éste era “probable en condiciones normales”, el paciente debió ser informado sobre el mismo, y la falta de información y posterior consentimiento sobre el concreto riesgo constituirían una infracción a la *lex artis ad hoc*. Por otro lado, si el riesgo materializado es anómalo o imprevisible, de los que no se producen habitualmente en el tipo de intervención, no se trata de un riesgo probable y por ende no cabe incluirlo dentro de los riesgos que se deben informar al paciente, sin embargo la sola materialización del mismo dará pie a la aplicación del criterio del daño desproporcionado.

Entonces, si se trata de un riesgo conocido no se debe aplicar el criterio materia de análisis de la presente investigación, puesto que su conocimiento científico excluye dicha posibilidad, por ser un riesgo previsible o habitual, pero por la naturaleza que tiene si debe ser contenido de la información que se le brinda al paciente antes de que éste de su consentimiento para realizar la intervención médica.

En palabras de Leyre Elizari: “(...) de la combinación entre información al paciente y aplicación de la doctrina del daño desproporcionado surgen dos situaciones posibles.

La menos problemática se presenta en aquellos casos en los que se ha materializado un riesgo previsible y que, por tanto, debió incluirse en el consentimiento informado prestado por el paciente. (...)

El segundo supuesto que puede presentarse de la confrontación entre daño desproporcionado y consentimiento informado es el de materialización de un riesgo imprevisible. Esta situación puede generar más problemas en función del grado de exhaustividad exigido a la información que se ha de suministrar al paciente. Si consideramos que el deber de informar incluye todas las complicaciones inherentes a la operación, independientemente de la frecuencia estadística de su aparición, el riesgo imprevisible es aquel desconocido para la ciencia médica y por tanto no es posible informar al paciente. Sin embargo, procede aplicar la doctrina del daño desproporcionado porque se trata de un daño anómalo, extraño, que habitualmente no se produce. (...)" (ELIZARI URTASUN, 2012):

Debe tenerse en cuenta que en este último caso, no se hablaría de una infracción a la *lex artis ad hoc* –en cuanto a la información se refiere-, pero sí respecto al daño que resultó luego de la intervención, que por ser un hecho no habitual implica la mala praxis durante el proceso asistencial.

3.5. Daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos

La doctrina del daño desproporcionado se ha situado principalmente en el ámbito de la culpa, pero también en el de la relación de causalidad, o en ambas al mismo tiempo, así como entre las reglas sobre la carga de la prueba.

3.5.1. Respecto de la Culpa

“La medida de la diligencia exigible al médico se encuentra en el cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, siendo éste último un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la

medicina según el estado de los conocimientos científicos existentes.”
(ELIZARI URTASUN, 2012)

La diligencia del médico es una obligación que debe ser cumplida a cabalidad, si vacilaciones en pro de la seguridad del paciente, pues de lo contrario todo riesgo materializado es por causa una conducta culposa del médico. Dicha culpabilidad, en un origen correspondía acreditar al paciente (víctima del daño), pero esta exigencia puede llegar a frustrar la finalidad reparadora de la responsabilidad civil, puesto que existe una desigualdad de condiciones entre las partes, tal como se explicó en el primer capítulo de esta investigación.

Entonces si la culpa se considera acreditada, es innecesario recurrir al criterio del daño desproporcionado para determinar la culpa del médico, toda vez que no tendría sentido analizar sobre un punto que ya se encuentra debidamente probado. En estos casos, éste criterio actúa como un refuerzo argumental que permita resaltar la efectividad del daño cuando la conducta parece especialmente reprochable.

En ese sentido, el daño desproporcionado podría ser considerado como una presunción de la culpa del médico, que debe ser sometido a análisis y a un razonamiento riguroso en virtud del cual, partiendo de un hecho que está probado, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho.

Por tanto, se debe acreditar:

- Que la actuación del médico produjo un resultado anormal, atípico, no comprendido entre las complicaciones o resultados inherentes a la intervención.
- Que dicho resultado es consecuencia de la actuación del médico, es decir, que existe el nexo causal entre su actuación y el resultado. (ELIZARI URTASUN, 2012):

3.5.2. Respeto de la relación de causalidad y la imputación objetiva

En síntesis, se debe analizar por un lado, si el daño materializado es resultado de una causa o de una pluralidad de causas, las mismas que constituyen antecedentes físicos, y por otro lado, se debe analizar si estos antecedentes son relevantes jurídicamente como para atribuir responsabilidad a su autor. Si este análisis nos conduce a la conclusión de que el actuar del médico es la causa del resultado anómalo, entonces se comprobará la relación de causalidad, y por ende se acredita la responsabilidad del médico.

Por tanto, acreditada la negligencia del médico como causa del daño desproporcionado generado en el paciente -el nexo causal-, se puede imputar objetivamente dicho resultado al médico que asistió al mismo, toda vez que, un resultado es objetivamente imputable cuando el autor ha creado un riesgo no permitido. En el caso de los profesionales médicos, la negligencia, deber de cuidado que éstos deben tener por obligación y según las reglas de buena praxis, es motivo suficiente para colocar al paciente en una situación riesgosa.

Según Leyre Elizari, “El TS parece hacer un esfuerzo en sede de imputación objetiva (...). El razonamiento parece ser el siguiente. En virtud del criterio de imputación objetiva llamado “conducta alternativa conforme a Derecho”, un daño no es imputable a su autor si se hubiera producido igualmente con una conducta diligente.

(...) La aplicación de la regla *res ipsa loquitur*, en la que se funda la doctrina del daño desproporcionado, (...), funciona como una excepción a este criterio de exclusión de la responsabilidad.” (ELIZARI URTASUN, 2012)

3.5.3. Respeto de la carga de la prueba

En palabras del autor Elizari; “Los principios de facilidad y proximidad probatoria han sido utilizados para reforzar que sea el médico quien tenga

que acreditar que la causa de producción el resultado no entra dentro de su esfera de actuación. (...)

Se considera que los profesionales son quienes mejor pueden acreditar la ruptura del nexo causal, o su actuación diligente, por su cercanía y conocimientos. (...)

El paciente ya ha probado, aunque sea indirectamente, la culpa y el nexo causal: por las especiales circunstancias en las que se ha producido el daño, son la explicación más probable. Es el médico, por sus conocimientos y cercanía a los medios de prueba, el que tiene que probar su diligencia, o la ruptura del nexo causal.” (ELIZARI URTASUN, 2012)

En este sentido, como bien se ha explicado en los capítulos precedentes, la inversión de la carga de la prueba por la proximidad a ellas le corresponde al médico, sin perjuicio que la parte afectada (paciente) puede presentar las que crea conveniente a fin de reforzar su posición frente al daño desproporcionado que presenta por causa de la falta de diligencia del médico asistencial.

3.6. El daño desproporcionado en la cirugía estética

De lo analizado hasta el momento, se puede afirmar que la aplicación del criterio del daño desproporcionado se realiza en el ámbito de la medicina que comprenda obligaciones de medios, pero como también se afirmó precedentemente, en el caso de la cirugía estética, por tratarse de una intervención quirúrgica, también comprende obligaciones de medios durante el desarrollo de la misma, motivo por el que, sería interesante analizar este criterio dentro del campo de la medicina satisfactiva, pero únicamente en los casos en los que sea necesario el análisis de la conducta del médico que provocó un daño no usual en el paciente, luego de su intervención.

En esa línea de ideas, Domingo Bello Janeiro, en el análisis que realiza a las sentencias del Tribunal Supremo español señala lo siguiente:

“En materia de cirugía estética, sobre todo si la operación es de pequeña entidad, el Tribunal Supremo, como singular excepción, ha declarado que la obligación del médico es de resultado (siendo paradigmático el supuesto de conseguir una nariz más pequeña), por lo que si se causan daños se presume la culpa del cirujano”.

Asimismo, sostiene lo siguiente: “(...) no cabe hablar, para los Médicos, de una obligación de resultado, salvo en determinadas especialidades, en las que la obligación se vuelve más rigurosa, porque se trata de cirugía satisfactiva –cirugía estética- o estemos ante el supuesto de Analistas Clínicos y Odontólogos, pero fuera de estos casos, la obligación del facultativo es de medios y no de resultado, lo que, inevitablemente, conlleva que, cuando se produce un acto dañoso para el paciente, ha de ser éste y/o sus familiares más directos los que han de probar el nexo causal y la consiguiente culpabilidad del médico, y sin embargo, en este caso aun cuando se calificará la obligación del cirujano plástico de medios, y no, como es frecuente, de resultado, habría lugar, como en efecto, se declaró, a la indicada responsabilidad civil”. (BELLO JANEIRO, 2012)

Entonces, si se trata de una cirugía mal hecha, en el que no se presenta ningún daño físico que pueda perjudicar la normal vida del paciente, la responsabilidad del médico cirujano se calificará en base a la obligación de resultado, toda vez que, lo prometido por éste último, no ha sido concretado y por ende no se ha satisfecho la necesidad o requerimiento del paciente. Sin embargo, si se trata de una cirugía estética en la que, muy independiente del resultado, se evidencia un daño físico que afecta el desarrollo o el estilo de vida del paciente, no se puede analizar la responsabilidad del médico en base del resultado, puesto que, por ser un daño desproporcional o inusual conforme a lo normalmente esperado, éste es un indicador de que durante el procedimiento quirúrgico ha sucedido un error o un defecto que ha ocasionado el resultado negativo.

Por tanto, esta situación permitiría la aplicación del criterio del daño desproporcionado, en virtud al resultado negativo o daño que presenta el paciente, y que es totalmente distinto del resultado estético (obligación de resultado). Es decir, no se va a calificar la perfección del resultado estético, sino la causa que provocó el daño interno en el paciente, y que requiere del análisis de la

conducta del médico a fin de corroborar si estaba dentro de los lineamientos o protocolos de la buena praxis.

Para darle mayor énfasis a lo dicho hasta el momento, nuevamente en palabras de Domingo Bello “(...) los deberes profesionales y asistenciales del Cirujano no quedan agotados o cumplidos de manera plena y absoluta con la terminación de los actos que integran o componen una intervención quirúrgica, y ellos por muy correctamente que dicha intervención haya sido realizada, porque esos deberes se extienden, como no podía ser menos, a tratar de solventar las posibles complicaciones postoperatorias que el paciente intervenido pueda presentar en la fase –por lo general, compleja y delicada- del postoperatorio (...)”. (BELLO JANEIRO, 2012):

Como ejemplo el autor antes citado, hace referencia a la sentencia del Tribunal Supremo español, en la que se analizó un caso de responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética, en los siguientes términos:

“(...) la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 28 de Junio de 1997, en un caso de cirugía estética en que falleció el paciente², se declaró que no hubo culpa o negligencia por parte del anestesista, ni del intensivista y por lo que respecta al Cirujano demandado, se afirma que la intervención practicada presentaba unas características especiales, por lo que debió de informar de esas características específicas al intensivista, así como de los antecedentes del paciente, posibles complicaciones postoperatorias, previsibles, sin duda, en el caso de este enfermo, así como del tratamiento que debía ser aplicado en la UCI.

² Se trató de una operación de Cirugía Estética de estiramiento de la cara en la que falleció el paciente. Fuero sus hijos los que promovieron contra el Cirujano Plástico, Anestesista, Intensivista, Jefe del Servicio de Reanimación y Congregación de Hermanas Franciscanas del Espíritu Santo, propietaria de la Clínica en la que se realizó dicha intervención quirúrgica. La Sentencia de Primera Instancia desestimó totalmente la demanda. En el correspondiente recurso de apelación, interpuesto por los demandantes, se estimó parcialmente la demanda con respecto al Cirujano Plástico, desestimando totalmente la misma con respecto a todos los demás, a los que absolvió, toda vez que el Cirujano no informó de la complejidad de la operación y de ciertas características específicas que debió informar en su momento. (...)

(...) La realidad es que el cirujano plástico no cumplió con las obligaciones que incumbían, conforme a las pautas profesionales que le eran exigibles: omisión de información al intensivista, al finalizar la intervención quirúrgica, tanto en lo que se refiere a la clase de intervención llevada a cabo al paciente, como los antecedentes del mismo y las consecuencias de todo ello, el paciente falleció, por lo que se produjo un resultado desproporcionado, imputable al facultativo, sin que ni el caso fortuito ni la fuerza mayor pudieran erigirse como causas exoneradoras o, de algún modo, reductoras de la culpabilidad del Cirujano.”

3.7. Límites a la aplicación

La aplicación del criterio de daño desproporcionado se encuentra limitada para aquellos casos en los que:

- El resultado se presenta como una opción posible: punto relacionado al consentimiento informado, en el que el paciente tiene plenos conocimientos del riesgo y aún así decide asumirlo.
- El daño desproporcionado constituye un riesgo propio de la intervención en un porcentaje considerable.
- Existe actividad probatoria que llega a convencer respecto a como se ha producido el resultado inesperado.

Para Laura Reig Álvarez, existen tres límites a la doctrina de daño desproporcionado:

- Que la intervención sea delicada, no rutinaria.
- Que se prevea el resultado o se conociera la causa de la lesión producida.
- Que los médicos intervinientes de una explicación coherente.
- Que el paciente haya tenido conocimiento de los riesgos. (REIG ALVAREZ, 2015)

II.3. Definición de términos básicos

- Daño desproporcionado: Criterio doctrinario que implica la existencia de un daño inusual, como resultado de la intervención negligente de un profesional médico.

“Implica la existencia de un daño de envergadura considerable que, además, su producción presuma un acto negligente.” (VICANDI MARTÍNEZ, 2009)

- Responsabilidad civil médica: aquella que se genera en ejecución de un acto médico realizado por profesionales de la medicina incumpliendo las reglas que su profesión exige, mediante la cual, los mismos deben hacerse responsables de los daños ocasionados a los pacientes a su cargo.

“Institución por la cual los profesionales médicos y los centros hospitalarios responden por los daños ocasionados al paciente al haber incumplido reglas de la medicina en el momento de ejecutar la prestación de salud, sea por el hecho de dependientes, falta de infraestructura, mantenimiento y limpieza de los equipos e instalaciones, etc.” (LORENZETTI, 2005)

- Cirugía estética: Intervención quirúrgica realizada por un profesional médico especializado, mediante la cual, el paciente busca mejorar su aspecto físico.

CAPITULO 3

HIPOTESIS

III.1 Formulación de la hipótesis

La aplicación del criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica derivada de la cirugía estética, va a permitir la indemnización del paciente perjudicado, dado que viabilizará el nexo causal entre el acto médico y el daño ocasionado, a través del riguroso análisis y contrastación de los elementos de la responsabilidad civil con los elementos del criterio de daño desproporcionado, referidos a:

- a) Control exclusivo del médico del medio material o personal causante del daño;
- b) Un evento dañoso que no resulte usual;
- c) La proporcionalidad y gravedad del daño; y,
- d) La obligación de medios presente en la cirugía estética, adicional a la obligación de resultados.

De tal manera que, todo daño desproporcionado será indemnizado y por ende se habrá garantizado el derecho del paciente perjudicado.

III.2. Variables

Variable uno

Criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética

Variable dos

Indemnización del paciente perjudicado.

III.3. Operacionalización de variables

CUADRO 1

VARIABLE	DEFINICIÓN OPERACIONAL	DIMENSIÓN	SUBDIMENSIÓN	ITEMS
<p><u>Criterio de daño desproporcionado en la Responsabilidad Civil Médica derivada de una cirugía estética</u></p>	<p>CRITERIO DE DAÑO DESPROPORCIONADO</p> <p>Criterio que determina cuándo un daño es inusual y desproporcional al esperado por la regla de la experiencia médica.</p>	Daño desproporcionado	<p>Orígenes</p> <p>Naturaleza jurídica</p> <p>Daño desproporcionado y responsabilidad civil médica</p> <p>Daño desproporcionado y cirugía estética</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué es el daño? • ¿Cómo se define el daño desproporcionado? • ¿Cómo se aplica el criterio del daño desproporcionado? • ¿Cuándo se aplica el criterio de daño desproporcionado? • ¿Cuál es el efecto del criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil? • ¿Cómo se compensa el daño desproporcionado?
		Responsabilidad Civil Médica	<p>Responsabilidad civil</p> <p>Responsabilidad civil de los profesionales médicos</p> <p>Consentimiento informado</p> <p>Carga de la prueba</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo se clasifica la responsabilidad civil? • ¿Cuáles son los elementos de la responsabilidad civil? • ¿Cuáles son las obligaciones del médico? • ¿Cómo se define un acto médico?

			<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué es el consentimiento informado?
	Cirugía estética	<p>Alcances</p> <p>Tipo de Obligación</p> <p>Responsabilidad civil en la Cirugía estética</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué es cirugía? • ¿Cómo se clasifica la cirugía estética? • ¿Cuáles son las características de la cirugía estética? • ¿Cómo se diferencia la obligación de medios y la obligación de resultados? • ¿Cómo se califica la responsabilidad del médico cirujano estético?

<p><u>Indemnización del paciente perjudicado</u></p>	<p>INDEMNIZACIÓN</p> <p>Compensación de carácter patrimonial, mediante la cual se busca resarcir el daño ocasionado al paciente</p>	<p>Indemnización</p>	<p>Definición</p> <p>Cuantificación</p>	<ul style="list-style-type: none"> • ¿Qué es indemnización por daños? • ¿Cuándo se debe indemnizar? • ¿Cuál es la cantidad adecuada para indemnizar? • ¿Cómo se puede resarcir el daño con la indemnización?
--	--	----------------------	---	--

CAPITULO 4

MATERIALES Y

METODOS

IV.1. Tipo de diseño de investigación

La presente investigación, según su propósito es Básica; ya que a través de la información recopilada y expuesta en el Capítulo II, y de los resultados obtenidos, se descubrieron los fundamentos jurídicos y elementos esenciales para la aplicación del criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética, que garantizan una indemnización proporcional y adecuada para el paciente perjudicado.

La presente investigación es *ex post facto*, es decir, que se analizan los hechos después de su producción, el diseño de la investigación es **no experimental** de corte **transversal**; toda vez que no ha manipulado ninguna de las variables, y se ha basado en el análisis de una situación jurídico-social en un periodo determinado; y es de tipo **correlacional**, puesto que ha cumplido con analizar, definir y describir las variables de investigación, por un lado respecto a la aplicación del daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica derivada de la cirugía estética; y por otro, respecto a una adecuada indemnización del paciente perjudicado; a fin de establecer la incidencia y/o efectos de cada una de ellas sobre la otra.

IV.2. Material de estudio

IV.2.1. Unidad de Estudio.

El derecho del paciente a una indemnización por el daño ocasionado en una cirugía estética.

IV.2.2. Población.

Expedientes judiciales de la Corte Superior de Justicia de La Libertad sobre indemnización por daños y perjuicios, por responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética.

IV.2.3. Muestra.

La muestra es de tipo **no probabilística**, toda vez que su elección es a criterio del investigador, y recae en:

- Expediente N° 1995-2012-0-1601-JP-CI-04 tramitado ante el Segundo Juzgado de Paz Letrado Especializado en lo Civil de Trujillo.

IV.3. Técnicas, procedimientos e instrumentos.

IV.3.1. Para recolectar datos.

Técnica: Revisión documental

Instrumento: Fichas resumen, fichas textuales, fichas bibliográficas.

Procedimiento: Se consultó un promedio de 25 autores entre nacionales e internacionales, especialistas en la materia objeto de la presente investigación, así como, jurisprudencia internacional respecto del criterio de daño desproporcionado, cuyo contenido garantizó el desarrollo de la misma y con mayor incidencia, sobre la aplicación del criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética, para garantizar una adecuada indemnización al paciente perjudicado.

Técnica: Análisis de casos

Instrumento: Guía de análisis jurisprudencial

Procedimiento: Se analizó la sentencia recaída en el expediente N° 1995-2012-0-1601-JP-CI-04 del Segundo Juzgado de Paz Letrado Especializado en lo Civil de Trujillo sobre indemnización por daños y perjuicios, por responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética. Expediente en el que se demanda una indemnización por el daño ocasionado a causa de una intervención quirúrgica estética, analizando los fundamentos expuestos por el Juez para calificar la responsabilidad civil médica.

Técnica: Entrevista

Instrumento: Cuestionario

Procedimiento: Se realizó un cuestionario vía correo electrónico a un número seleccionado de especialistas en Derecho Civil, con el fin de determinar con claridad su apreciación sobre los alcances del daño desproporcionado y su aplicación en la responsabilidad civil de los médicos derivada de una cirugía estética.

IV.3.2. Para analizar información.

Técnica: Análisis documental

Instrumento: Guía de análisis documental, cuadros.

Procedimiento: El investigador extrajo de la información recopilada todos los elementos necesarios y los más importantes que permitieron el adecuado análisis de la responsabilidad civil médica, del criterio del daño desproporcionado y su conexión a fin de garantizar una indemnización civil razonable por el daño ocasionado al paciente en una cirugía estética.

Técnica: Síntesis

Instrumento: Matriz de consistencia, procesador de texto Ms-Word 2010.

Procedimiento: Teniendo como base la información recolectada a través de los libros, artículos, jurisprudencia internacional y la revisión del caso, se obtuvo la descripción sustancial del alcance y contenido fundamental del criterio del daño desproporcionado, así como de su aplicación en la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética y la cuantificación de una indemnización para garantizar el derecho del paciente perjudicado.

CAPITULO 5

RESULTADOS

SUBCAPITULO 1

DOCTRINA

De la revisión de 25 bibliografías nacionales e internacionales, se obtienen los siguientes resultados:

- Unanimidad respecto a las obligaciones de medio y resultados, es decir, cuando se genere una conducta negligente del médico en el ámbito de la medicina curativa, se analiza la responsabilidad del médico en base al análisis de las obligaciones de medios. Por el contrario, cuando se trate de una conducta que provoque un daño en el ámbito de la medicina voluntaria, la obligación es de resultados.
- Unanimidad respecto a la actuación del médico según las reglas de la medicina, esto es, la responsabilidad de los médicos se califica en atención a la buena o mala praxis médica, para lo cual todo médico debe cumplir con las reglas y protocolos que su profesión requiera. Sin embargo 5 de ellos, consideran que la cirugía estética también comprende una obligación de medios.
- De los cinco autores españoles que analizan el daño desproporcionado, coinciden en que es un criterio que presume la culpa médica y que se aplica en base a las obligaciones de medios, en los casos en que el resultado del acto médico sea anormal, inusual y no razonable.
- Respecto a la aplicación del criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil derivada de la cirugía estética, los autores españoles consideran que es posible la aplicación, siempre que no concurran los límites a la misma.

SUBCAPITULO 2

ANALISIS DE CASO

CUADRO 2: Análisis de caso

EXPEDIENTE 1995-2012	ARGUMENTOS DE LAS PARTES	PRINCIPALES ARGUMENTOS DEL JUZGADO	FALLO
<p>Segundo Juzgado Transitorio de Paz Letrado de Trujillo</p>	<p>DEMANDANTE Laura Soledad Alcántara Guarniz</p> <p>PETITORIO: Pago de una indemnización por daños y perjuicios por el monto de ochenta y nueve mil nuevos soles.</p> <p>Sostiene en su escrito postulatorio de demanda que. Con fecha 03 de mayo del 2012 acudió a la Clínica Zegarra para solicitar una consulta con el propósito de realizarse una intervención quirúrgica para corregir las líneas de expresión que empezaban a formarse en el área inferior del ojo, en la que le recomendaron realizarse una “Blefaroplastía” consistente en una técnica interna a través de</p>	<p>1) En el presente caso, se desprende de manera indubitable que <i>la indemnización que se pretende es de naturaleza contractual</i>, toda vez que de las pruebas aportadas por el actor deriva de un suceso contractual por inejecución de obligaciones imputable a la parte demandada.</p> <p>Elementos del daño;</p> <p>2) Antijuricidad: En el caso de autos la conducta antijurídica o ilícita que la demandante le atribuye a la demandada, es el haber contravenido el contrato celebrado entre las partes, pues habría</p>	<p>Declara INFUNDADA la demanda de indemnización por daños y perjuicios, interpuesta por Laura Soledad Alcántara Guarniz, contra la Clínica Zegarra S.A.C. Cirugía Plástica, Medicina Estética.</p> <p>Consentida o ejecutoriada que sea la presente</p>

	<p>la conjuntiva, no dejando cicatriz, y en la que utilizaría un rayo láser o radio frecuencia, sin necesidad de hospitalización o internación.</p> <p>Con fecha 05 de mayo del 2012 se realizó la operación, indicándosele que en pocas horas se notarían los resultados y ya no habrán las líneas de expresión de las bolsas inferiores al ojo, mejorando su aspecto facial; sin embargo, al transcurrir el tiempo se percató que no había mejoría, al contrario, el contorno de los ojos se encontraba morado. Por tal motivo acudió nuevamente al médico quien le indico debería esperar un tiempo más para notar una plena recuperación.</p> <p>Conforme iban disminuyendo los moretones, iba notándose dos bolsas en la parte inferior de los ojos, siendo necesario visitar al médico, quien por la insistencia, reconoció su error y le devolvió los gastos de la cirugía (\$/. 650 - dólares).</p>	<p>existido una inejecución de la obligación que había asumido (Blefaroplastía). Si bien es cierto obra en autos un cheque expedido por la Clínica Zegarra a favor de la demandante por la suma de seiscientos cincuenta dólares, esta magistrada considera que tal pago por si solo no constituye reconocimiento de la negligencia que se le atribuye, <u>en todo caso dicho pago sólo constituiría la devolución de su dinero por un servicio que no se prestó o no se ejecutó conforme a sus propios términos, lo cual constituiría una conducta antijurídica.</u></p> <p>3) El daño: <u>Daño emergente:</u> la demandante refiere que es el dinero que ha invertido en una operación mal ejecutada y los gastos que le está ocasionando esta situación. Sin embargo, no ha señalado el monto exacto, sólo se acredita que la clínica</p>	<p>resolución; Archívese los actuados en el modo y forma de ley.</p>
--	---	---	--

	<p>DEMANDADO</p> <p>Clínica Zegarra SAC – Cirugía estética</p> <p>Alega ser falso que después de la operación se indicó a la demandante que en pocas horas se observarían en plenitud el esplendor de los resultados, porque desde el primer momento se le explicó que el resultado no iba a ser un rejuvenecimiento total sino que para ellos debería realizarse otras intervenciones; sin embargo, por falta de recursos económicos decidió simplemente realizarse la Blefaroplastía, explicándose que por el tema de la piel y la edad, el proceso de recuperación era lento.</p> <p>Es falso que el médico haya reconocido su error, y que por tal motivo se haya accedido como única solución a la devolución del dinero por los gastos de cirugía. La operación se</p>	<p>demandada cumplió con devolver el pago íntegro que realizó por la operación. <u>Lucro Cesante</u>: la demandante señala que es el dinero que pudo haber percibido desde que el daño se dio hasta que se repare y continúa aun, puesto que no ha podido laborar por su estado. Sin embargo la demandante no ha señalado el monto por este concepto ni ha acreditado con medio probatorio pertinente las ganancias que ha dejado de percibir como consecuencia de la conducta antijurídica de la demandada. <u>Daño a la persona</u>: de las fotografías presentadas en una se observa una coloración morada y en la otra ya no se observa tal coloración, ni ha presentado pericia médica alguna que acredite el daño físico. <u>Daño Moral</u>: la demandante sostiene que la naturaleza del daño</p>	
--	--	--	--

	<p>realizó de manera normal, sin que exista negligencia alguna; sin embargo, la demandante pretende cuestionarla. El daño que alega no resulta ser un daño directo, pues las bolsas que manifiesta en la parte inferior de los párpados, las ha tenido y no fue objeto de la intervención, por lo que es indudable que su origen no puede atribuirse a una supuesta mala intervención quirúrgica.</p>	<p>físico ocasionado por la actuación negligente del médico demandado, ha originado en la recurrente una profunda aflicción y afectado gravemente sus sentimientos y emociones, y ha tenido que evitar el contacto con sus familiares y amigos, así como dejar de salir a eventos sociales, reiterando que su persona se ha caracterizado por su conducta sociable. Sin embargo la demandante no ha probado con documentos fehacientes tal argumentación.</p> <p>Respecto a la relación e causalidad y factores de atribución no es posible realizar su análisis ya que al no estar demostrado el daño causado, siendo presupuesto para los demás elementos, nos exime de su análisis.</p>	
--	---	--	--

Del análisis realizado respecto a la sentencia recaída en el caso que antecede, se obtiene como resultados los siguientes:

- La Juez del Segundo Juzgado Transitorio de Paz Letrado en lo Civil de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, analiza la responsabilidad civil de los médicos en atención a lo establecido por el artículo 36° de la Ley General de Salud: “Los profesionales, técnicos y auxiliares que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, e imperito de sus actividades”, y también en atención a lo establecido por los artículos pertinentes del Código Civil que tratan sobre la responsabilidad civil en general, analizando cada uno de los elementos de esta institución para calificar si la conducta del médico es la causante del daño que presenta el paciente.
- Por otro lado, la responsabilidad civil del médico se analiza en base a los elementos de la responsabilidad civil en general, esto es la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad y los factores de atribución.
- Respecto a la antijuricidad, la juez señala que el pago realizado por la clínica a la demandante sólo constituiría la devolución de su dinero por un servicio que no se prestó o no se ejecutó conforme a sus propios términos, **lo cual en efecto constituiría una conducta antijurídica**, y que para efectos de determinar que esta conducta antijurídica constituye una negligencia médica, tendrá que acreditarse el daño que se le ha ocasionado a la actora. Sin embargo, del análisis que realiza a dicho elemento concluye en que no se ha acreditado daño alguno.

SUBCAPITULO 3

ENTREVISTAS

CUADRO 3

¿Qué debe entenderse por el término “daño desproporcionado” en la responsabilidad civil de los médicos?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p>Dr. Domingo Bello Janeiro <i>Catedrático – Especialista</i> <i>Autor:</i> <i>“Responsabilidad Civil del Médico y de la Administración”</i></p>	<p>Constituye la presunción de la negligencia en el acto médico cuando se produce un daño impropio del acto concreto y que, sin una conducta negligente, no se hubiera producido.</p> <p>Refiere a un daño inexplicable, inusual y de gravedad considerable, que sale de la esfera de la experiencia médica y de lo esperado</p>
<p>Dr. Jorge Beltrán Pacheco <i>Catedrático – Consultor</i> <i>Organización de Naciones Unidas (ONUDD)</i> <i>Banco Mundial (Programa de Mejoramiento de Justicia)</i></p>	<p>El daño desproporcionado refiere a toda consecuencia aleatoria contra los intereses de un sujeto (persona natural, en este caso) y que va más allá de aquello que puede ser previsto en las prácticas médicas como daño proporcional o razonable.</p>
<p>Dr. Ronal Saavedra Guzman <i>Juez Mixto de la Corte Superior de Justicia</i></p>	<p>El término daño desproporcionado, indica que el daño que se ha generado al paciente, posterior a la actuación médica, es incompatible, anormal o no es proporcional a los riesgos inherentes de dicha intervención y/o tratamiento al que fue sometido.</p>

CUADRO 4

¿Cuáles son los elementos esenciales del criterio del daño desproporcionado?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p>Dr. Domingo Bello Janeiro <i>Catedrático – Especialista</i> <i>Autor:</i> <i>“Responsabilidad Civil del Médico y de la Administración”</i></p>	<p>a) Control exclusivo del médico del medio material o personal causante del daño.</p> <p>b) Evento dañoso que no resulte usual.</p> <p>c) La proporcionalidad y gravedad del daño.</p>
<p>Dr. Jorge Beltrán Pacheco <i>Catedrático – Consultor</i> <i>Organización de Naciones Unidas (ONUDD)</i> <i>Banco Mundial (Programa de Mejoramiento de Justicia)</i></p>	<p>En el ámbito médico es necesario que el tratamiento se ajuste a un Protocolo de atención por lo que se puede percibir (con facilidad) la existencia de un procedimiento (pre y post operatorio) que no se ajusta a la razonabilidad médica, es decir, que implica un accionar exagerado e innecesario por parte del médico tratante. Por ende, los elementos del daño son: (i) existencia, (ii) subsistencia, (iii) determinación de la víctima y (iv) ajenidad al protocolo.</p>
<p>Dr. Ronal Saavedra Guzman <i>Juez Mixto de la Corte Superior de Justicia</i></p>	<p>Deben concurrir los elementos siguientes:</p> <p>a) Un evento dañoso no razonable e inusual.</p> <p>b) El médico debe tener control exclusivo del medio material o personal del causante del daño</p> <p>c) Que la propia víctima no haya contribuido con la producción del daño.</p>

CUADRO 5

¿Cómo debe considerarse o aplicarse el criterio del daño desproporcionado cuando se trata de responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p style="text-align: center;">Dr. Domingo Bello Janeiro <i>Catedrático – Especialista</i> <i>Autor:</i> <i>“Responsabilidad Civil del Médico y de la Administración”</i></p>	<p>Las intervenciones médicas en los casos de cirugía estética requieren de un análisis riguroso desde su inicio, teniendo en cuenta que está incluida en la esfera de la medicina voluntaria o satisfactiva en la que no existe de por medio un mal o enfermedad que obligue al médico a actuar por emergencia. Por lo contrario, el paciente acude al médico, con sentido de confianza y necesidad estética para mejorar (únicamente) su apariencia física.</p> <p>Resulta impropio que luego de practicada la intervención, el paciente presente lesiones inexplicables y de gravedad considerable, sin que sea una de las causas la acción u omisión del médico durante el proceso quirúrgico. En tal sentido, se presume la culpa del profesional, u se le traslada la carga probatoria, a fin de que demuestre la diligencia debida antes, durante y después del acto.</p> <p>Por tanto, la aplicación del daño desproporcionado en los casos de cirugía estética, tiene suma importancia, siempre que el resultado encuadre en la esfera de lo irracional, inesperado e inexplicable según la ciencia médica. El objeto es resarcir el mal innecesario y corregir al profesional médico por no haber cumplido con el protocolo exigido.</p>
<p style="text-align: center;">Dr. Jorge Beltrán Pacheco <i>Catedrático – Consultor</i> <i>Organización de Naciones Unidas (ONUDD)</i> <i>Banco Mundial (Programa de Mejoramiento de Justicia)</i></p>	<p>En este caso debe aplicarse el daño desproporcionado como un supuesto de agravación de la imputación del dañante,</p>

	<p>puesto que por su especial pericia debió prever que el procedimiento médico no debió implicar una consecuencia dañosa más allá de aquello que normalmente se produce. De este modo, (por ejemplo, como aquella señorita que se colocó silicona para agrandar el volumen de sus glúteos, y luego la piel comenzó a rasgarse y escoriarse), debe responderse de modo más contundente por los daños sufridos puesto que debió el médico tratante evitarlo.</p>
<p>Dr. Ronal Saavedra Guzman <i>Juez Mixto de la Corte Superior de Justicia</i></p>	<p>Tratándose de una cirugía estética, se debe aplicar en los casos en que el daño o resultado sea desproporcionado, de lo contrario es suficiente analizar los elementos de la responsabilidad civil.</p> <p>Existiendo un daño anormal, no razonable y desproporcionado, la aplicación de dicho criterio facilitará al Juzgador a identificar o presumir un evento negligente o la omisión por parte del médico, de una actividad sujeta a la praxis médica.</p> <p>Resaltando que en dichas intervenciones quirúrgicas, los pacientes acuden al médico sin ninguna enfermedad de por medio, confiando su cuerpo y su salud en el profesional.</p>

CUADRO 6

¿Considera que el criterio de daño desproporcionado permitirá la indemnización idónea del paciente perjudicado?

ENTREVISTADO	RESPUESTA
<p>Dr. Domingo Bello Janeiro <i>Catedrático – Especialista</i> <i>Autor:</i> <i>“Responsabilidad Civil del Médico y de la Administración</i></p>	<p>La influencia del daño desproporcionado sobre el monto, es de relación causa-efecto, la gravedad de la lesión determina la cuantificación, el término desproporción indica un agravante para incrementar el monto.</p> <p>Cabe precisar, que el monto es un concepto subjetivo de quien resuelve, sin embargo la aplicación del criterio en los casos de cirugía estética, fomentará un mensaje informativo y de prevención, por tratarse de hechos que pudieron evitarse desde el momento que un paciente solicita los servicios del profesional</p>
<p>Dr. Jorge Beltrán Pacheco <i>Catedrático – Consultor</i> <i>Organización de Naciones Unidas (ONUDD)</i> <i>Banco Mundial (Programa de Mejoramiento de Justicia)</i></p>	<p>Tal como lo he indicado debe considerarse como un agravante por lo que el monto debe incrementarse al incluirse daños previsibles e imprevisibles, existiendo una conducta dolosa o por culpa inexcusable. Cabe indicar que la desproporción es vista como una consecuencia que pudo evitar el médico tratante si se ajustaba al protocolo médico por lo que no debería ser tratada exclusivamente en el daño sino en la imputación,</p>
<p>Dr. Ronal Saavedra Guzman <i>Juez Mixto de la Corte Superior de Justicia</i></p>	<p>La cuantificación de la indemnización no está parametrada, ya que es un criterio subjetivo del Juez. Sin embargo, la influencia implica un agravante en el monto por tratarse de un evento dañoso de exorbitante.</p>

	<p>Del mismo modo, más allá de la responsabilidad civil del médico, dicho criterio empuja al Juzgador a analizar por un asunto de humanidad y/o solidaridad, la situación de una persona sana que confía en un profesional médico especializado y termina padeciendo un daño incompatible y hasta irreversible en muchos casos (hecho que puede evitarse al momento de la consulta, ya que el médico no está obligado a realizar la intervención).</p>
--	--

De las entrevistas realizadas a expertos en base a los objetivos planteados en la presente investigación, se obtuvieron los siguientes resultados:

- El criterio de daño desproporcionado realiza el análisis del resultado de la actuación médica en base a la gravedad del daño y a la conducta del médico según la praxis médica.
- El criterio de daño desproporcionado presume de inmediato la culpa del profesional de la salud, trasladando a éste la carga de la prueba para demostrar que la actividad realizada es la idónea.
- El criterio de daño desproporcionado engloba las obligaciones de medios, y permite su aplicación en la responsabilidad civil derivada de una cirugía estética, bajo la afirmación que dichas intervenciones quirúrgicas son riesgosas como las realizadas en la medicina ambulatoria.
- Los elementos importantes del criterio de daño desproporcionado son: (a) Control exclusivo del médico sobre el paciente; (b) Evento dañoso no usual; (c) Desproporción y gravedad del daño; y (d) Que el paciente no haya intervenido en la producción del daño.
- La aplicación del criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil del médico derivada de una cirugía estética, se comporta como un agravante por tratarse de una lesión no esperada y de gravedad considerable.
- La cuantificación del monto indemnizatorio implica un criterio subjetivo del Juzgador, sin embargo, será señalado con mayor rigor y en mayor escala a comparación de daños simples.

CAPITULO 6

DISCUSIÓN

DISCUSIÓN

De los resultados obtenidos luego del análisis de caso, de la doctrina utilizada y de las entrevistas realizadas para el desarrollo de la presente investigación, se debe tener en cuenta lo siguiente:

1. Análisis de caso:

De acuerdo a lo obtenido del análisis de la Sentencia emitida por el Segundo Juzgado Transitorio de Paz Letrado en lo Civil de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, la Juez no ha resuelto el caso de una forma trascendente, toda vez que sólo se ha limitado a realizar el análisis de la responsabilidad civil médica, en base a los elementos generales de la responsabilidad civil; sin tener en cuenta otros aspectos importantes como el estudio y análisis de las obligaciones de medios y de resultado que derivan de la medicina curativa y de la medicina voluntaria respectivamente. Asimismo, teniendo en cuenta que el juez debe estar preparado para impartir justicia no sólo por aplicación de la norma, sino también para fortalecer la jurisprudencia y la doctrina para el caso que lo requiera; toda vez que, el tema de la responsabilidad civil médica, no es un tema profundizado tanto en la doctrina como en las normas peruanas. Dicha afirmación se corrobora con el análisis de la sentencia nacional, en la que se aprecia la falta de aspectos, fundamentación, doctrina y legislación analizada; razón por la cual, se afirma también que el análisis que realizan los jueces nacionales, se encuentra encuadrado en la aplicación del Código Civil y de la Ley General de Salud, resultando insuficiente por tratarse de normas generales que no regulan la responsabilidad civil médica de forma especial.

Esta falta de regulación conlleva a que los magistrados resuelvan los casos sin tener mayores criterios acerca de las obligaciones de medios y obligaciones de resultados, o del alcance de la medicina voluntaria y de la medicina curativa, aspectos que no se pueden analizar en base a términos muy genéricos y que sólo se encuentran en la doctrina; de tal modo que, los jueces tienen que realizar una interpretación adicional para poder resolver un caso concreto como el de materia de análisis.

La falta de regulación específica de la responsabilidad civil de los médicos dificulta técnicamente el trabajo de administrar justicia de calidad al momento de resolver estos casos, porque no se trata de la forma en que se sustenten los argumentos de la misma, sino del análisis del caso en concreto y de la aplicación adecuada de las normas y fuentes del derecho que permita una decisión adecuada y debidamente motivada. Situación que conlleva a que los legisladores peruanos tengan la obligación de formular proyectos de ley en beneficio de los derechos del usuario de los servicios de salud, y del desarrollo de mejores prácticas médicas.

La diferencia de las obligaciones de medios y de resultados es básicamente que la primera es una obligación que implica la total atención del profesional para con su paciente, el desarrollo adecuado de métodos y el empleo de los medios necesarios para conseguir un resultado satisfactorio, que es la curación del paciente; mientras que la segunda, obliga al médico a conseguir el resultado esperado por el paciente, dicho de otro modo cumplir con lo acordado previamente. Sin embargo, si bien ambas obligaciones implican el análisis de la diligencia y del resultado final de una intervención, es importante resaltar que ya sea en el ámbito de la medicina curativa como en el de la medicina voluntaria –refiriéndonos únicamente a las cirugías-, el riesgo es el mismo por tratarse de una intervención que coloca al paciente en un estado de inconciencia provocada por la anestesia local, sin obviar que en el caso de la medicina curativa la finalidad de dicha intervención es curar al paciente o mejorar su calidad de vida por ser un hecho de extrema necesidad y urgencia, mientras que en la medicina voluntaria, es el paciente el que incentiva la intervención con una finalidad netamente estética y de satisfacción personal, mas no existe de por medio una enfermedad que aqueje el organismo de éste.

Por tal motivo, en el caso de las cirugías estéticas, estamos frente a un paciente que se encuentra en un estado perfecto de salud, y que sólo requiere los servicios del médico con el fin de verse físicamente mejor. Esta situación es que coloca al médico en una posición de mayor responsabilidad, toda vez que, el paciente confía en la asistencia que éste le dará desde el momento en que requiere de sus servicios, hasta el momento en que deja de recibirlos, en otras palabras confía en su profesionalismo y experiencia que le darán el resultado que espera, y también confía en la actividad que desempeñará

durante la cirugía, esto es el procedimiento y el empleo de los medios e instrumentos adecuados que garanticen un resultado óptimo.

En la medicina curativa, el médico está obligado a cumplir las reglas de la buena praxis durante su asistencia profesional para que contribuya con el mejoramiento del paciente, es decir, la eliminación del mal que lo aqueja, pero que por tratarse de un supuesto en que de por medio existe una enfermedad, éste no se compromete en obtener un resultado, sino en hacer todo lo que se encuentre en sus posibilidades como especialista para obtenerlo. Es por eso, que al momento de calificar la responsabilidad civil en estos casos, todo se ciñe al análisis en base a la obligación de medios del médico -su actuación-, de tal manera que, si éste no actuó con la diligencia que se requiere y no aplicó los métodos y medios necesarios para desarrollar su intervención, éste sería responsable del daño final. Por el contrario, en el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva, en una cirugía estética que es el tema central de esta investigación, el médico se compromete no sólo a actuar con la mayor responsabilidad posible sino también a obtener el resultado que el paciente espera.

Por lo tanto, en el caso de la cirugía estética, aparte de la obligación de resultado que implica, también están involucradas obligaciones de medios, las que consisten en el actuar del médico antes, durante y después de la intervención quirúrgica, que tienen por objeto que el paciente continúe con su vida en el mismo estado y forma con la que requirió sus servicios, pero con la diferencia de que podrá ostentar una mejora física como resultado de la cirugía.

Si bien en la cirugía estética, importa el resultado, la intervención del médico no sólo debe calificarse del resultado físico-estético que se obtenga, sino también por la asistencia que éste debe prestar a su paciente para garantizar su salud. Hecho que en el caso analizado no se llevó a cabo y como consecuencia de esto, el paciente no pudo resistir la etapa postoperatoria. Entonces, se tiene dos hechos ciertos, el primero es que el paciente ha muerto a causa de la falta del deber de cuidado del médico; el segundo es que no se va a calificar la responsabilidad del médico en base al resultado estético, sino al resultado inesperado (muerte).

2. Objetivos de la investigación.

¿Es posible aplicar la doctrina del daño desproporcionado (que es analizada en la obligación de medios), en el caso de la cirugía estética?, el Tribunal Supremo Español, los autores españoles citados, y de la opinión de los entrevistados, sí es posible la aplicación, y en opinión, encuentro dicha afirmación muy acertada. La razón es la siguiente, una intervención quirúrgica comprende un riesgo mínimo o máximo que afecta directamente al paciente porque pone en peligro su salud, y con mayor importancia su vida. Por tanto, no se trata de una situación que pueda pasar desapercibida, o que se pueda resolver –por ser una cirugía estética- con un análisis superficial en base a la obligación de resultados que ésta comprende.

Dicho de otro modo, si se tratase de una situación en la cual el paciente no muere, pero que luego de la intervención, no se siente a gusto con el resultado obtenido -por ser uno muy distinto al acordado con el médico-, se estaría frente a un incumplimiento del pacto por parte del médico y por tanto se debe analizar su responsabilidad civil teniendo en cuenta el contrato médico-paciente y la obligación de resultados que el primero debió cumplir.

En ese sentido, se debe analizar la conducta del médico, por un lado respecto a la obligación de resultados, porque el resultado no solo implica el cambio estético, sino también que el paciente pueda continuar con su vida normalmente. Y por otro lado, respecto a la obligación de medios, porque como se menciona líneas precedentes, el médico está obligado a actuar bajo los parámetros de la buena praxis y el deber de cuidado antes, durante y después de la intervención quirúrgica. Siendo esto así, una vez analizada la conducta del médico, reconocida la negligencia del mismo como la causa de la muerte del paciente, y comprobada la premisa que se debe tener en cuenta la obligación de medios y de resultados en la cirugía estética, corresponde hacer hincapié en el criterio del daño desproporcionado, en el sentido que, dicho criterio aporta una teoría importante: se trata de un resultado inesperado, anormal, que no corresponde según las reglas de la experiencia y que es de aplicación en la responsabilidad de los médicos que impliquen obligaciones de medios.

Razón suficiente, para que en el caso de análisis y en todo aquel que corresponda al ámbito de la medicina voluntaria o satisfactiva, en el que se analice la responsabilidad del

cirujano que no haya cumplido con el deber de cuidado y demás obligaciones de medios, y que además dicha negligencia sea la causa de un resultado inesperado, de un daño grave y anormal, se deba aplicar la doctrina del daño desproporcionado.

Daño desproporcionado: De acuerdo a los resultados obtenidos en el desarrollo de la investigación, es menester precisar respecto del daño desproporcionado que, es un criterio jurisprudencial aplicado en España, que presume como punto de partida la culpa del médico si verifica que el daño es muy grave e inesperado según las reglas de la experiencia médica. Para su aplicación se debe analizar previamente la conducta del médico, la gravedad del daño y el nexo causal entre ambos, de lo contrario la tesis de este criterio no sería aplicable por no presentar los elementos necesarios que la fundamenten.

La presunción de la culpa al que hace referencia dicho criterio, fomenta que el médico demuestre que su actuar durante su actividad como profesional especializado, presenta no sólo el empleo de medios o instrumentos, sino también que la conducta del mismo ha sido desarrollada bajo las reglas de la buena praxis, y bajo los lineamientos que implica el deber de cuidado. En ese sentido, la carga de la prueba del médico debe estar orientada a demostrar que no existe el nexo causal entre la conducta de éste y el daño desproporcionado.

¿Qué implica un daño desproporcionado en la cirugía estética?, no sólo se hace referencia a la muerte como resultado irreversible, sino también a los daños que si bien no lesionan el bien jurídico vida, afectan la salud del paciente en un grado que lo imposibilita de continuar con su vida normal. Se debe recordar entonces, que en los casos de cirugía estética, el paciente de manera voluntaria y guiado por un deseo estético solicita el servicio médico; no tiene sentido que una persona sana, quien no sufre ningún mal que afecte su salud o que ponga en riesgo su vida, resulte luego de dicha intervención quirúrgica con lesiones (graves y anormales) que afecten su estilo de vida.

Como se ha explicado en el capítulo pertinente, acerca del daño desproporcionado, en este caso únicamente se tratan de daños mayores, que aparentemente no son ni deberían ser consecuencia o secuela de una cirugía estética. Los demás daños que se encuentren identificados como resultados esperados, no están comprendidos ni amparados por la doctrina del daño desproporcionado.

Cuantificación del monto indemnizatorio, éste es propio criterio del Juez que resuelve el caso, teniendo en cuenta los elementos del daño generado y las circunstancias en las que el paciente continuará o no su vida (dicho de este modo, para los casos en que el resultado es la muerte). En ese sentido, la aplicación de este criterio permitirá la indemnización idónea para el paciente, y la garantía que el perjuicio ocasionado sea de alguna forma reparado.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

Primera: La aplicación del criterio de daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica derivada de la cirugía estética, va a permitir la indemnización del paciente perjudicado, dado que viabilizará el nexo causal entre el acto médico y el daño ocasionado, en base a la presunción de culpa del médico en la producción del daño debido a que el paciente no estaba enfermo. Del mismo modo, analizará y contrastará los elementos de la responsabilidad civil con los elementos del criterio de daño desproporcionado, referidos a:

- a) Evento dañoso que no resulta usual;
- b) Control exclusivo del médico del medio material o personal causante del daño;
- c) La proporcionalidad y gravedad del daño;

Segunda: El daño desproporcionado es el resultado, cuando este por su anormalidad y desproporción con lo que es usual, comparativamente, según las máximas de experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, conforme al estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización. De esta forma, ante ciertos datos empíricos puede deducirse la culpa médica no probada de modo directo, cuando las circunstancias y el sentido indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional.

Tercera: La aplicación del criterio del daño desproporcionado en la calificación de la responsabilidad civil médica, garantiza al paciente el derecho a ser indemnizado, toda vez que se trata de un daño inesperado, ajeno a su participación y que es el resultado de la actuación negligente del médico.

Cuarta: En el caso de la cirugía estética, aparte de la obligación de resultado que implica, prudentemente también están involucradas obligaciones de medios, las que consisten en el actuar del médico antes, durante y después de la intervención quirúrgica, que tienen por objeto que el paciente continúe con su

vida en el mismo estado y forma con la que requirió sus servicios, pero con la diferencia de que podrá ostentar una mejora física como resultado de la cirugía.

- Quinta:** En la medicina curativa, el médico está obligado a cumplir las reglas de la buena praxis para contribuir con el mejoramiento del paciente, es decir, éste no se compromete en obtener un resultado, sino en hacer todo lo que se encuentre en sus posibilidades como especialista para obtenerlo. Por el contrario, en el caso de la medicina voluntaria o satisfactiva, el médico se compromete no sólo a actuar con la mayor responsabilidad posible sino también a obtener el resultado que el paciente espera.
- Sexta:** La jurisprudencia, doctrina y legislación nacional es insuficiente para resolver los casos de responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética, motivo por el cual los ciudadanos no recurren a esta instancia para solucionar los conflictos de este tipo.
- Sétima:** La cuantificación del monto indemnizatorio es a criterio de cada Juzgador, sin embargo la aplicación del criterio de daño desproporcionado será un agravante para aumentar el valor del mismo.

RECOMENDACIONES

RECOMENDACIONES

Primera: Difundir en base a campañas sociales y académicas, la importancia de aplicar el criterio del daño desproporcionado para resolver los casos de la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética, en base a lo siguiente: a) Un evento dañoso que no resulte usual si no es por la concurrencia de una negligencia por parte del facultativo; b) Control exclusivo del médico del medio material o personal causante del daño; y, c) Que la propia víctima no haya contribuido a la producción del daño.

Segunda: Establecer en nuestro sistema legal que el criterio del daño desproporcionado se pueda aplicar para resolver los casos de la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética, el mismo que se origina ante la anormalidad y desproporción con lo que es usual, comparativamente, según las máximas de experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, conforme al estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.

Tercera: Establecer un sistema de conciencia en los magistrados para que utilicen de manera prudente y ponderada la aplicación del criterio del daño desproporcionado para resolver los casos de la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética a fin de salvaguardar la salud de las personas.

BIBLIOGRAFÍA

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÁVILA AGUIRRE, J. R. (2003). *La Prueba de la Culpa por el perjudicado y la indemnización por daños en la Responsabilidad Civil Médica*. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.
- BELLO JANEIRO, D. (2012). *Responsabilidad Civil del Médico y de la Administración*. Lima: Jurista Editores.
- CAHUATOCTO SANDOVAL, H. O. (2010). *La Responsabilidad Civil Médica: el caso de las infecciones intrahospitalarias*. Lima: Universidad Nacional de San Marcos.
- CARHUATOCTO SANDOVAL, H. (2010). *La Responsabilidad Civil de los Hospitales por Negligencias Médicas y Eventos Adversos*. Lima: Jurista Editores.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, F. (2001). *La responsabilidad extracontractual*. Lima: Fondo Editorial de la Pontífica Universidad Católica del Perú.
- ELIZARI URTASUN, L. (2012). *El daño desproporcionado en la responsabilidad de los médicos y los centros sanitarios*. Valencia: Tirant lo blanch.
- ESPINOZA ESPINOZA, J. (2006). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: Gaceta Jurídica.
- ESPINOZA EZPINOZA, J. (2001). *Responsabilidad Civil y Daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima: Gaceta Jurídica.
- FERNANDEZ SESSAREGO, C. (1986). *Derecho de las Personas. exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*. Lima: Librería Studium Editores.
- GARCIA HUAYAMA, J. C. (2012). *La Responsabilidad Civil de los Cirujanos Plásticos. Derecho y Cambio Social*, 14.

KVITKO, L. A. (2011). La responsabilidad médica en cirugía estética. ¿Obligación de medios o de resultados?. Antecedentes. Jurisprudencia Argentina y Española. Cambio radical en la doctrina y criterio jurisprudencia español. *Medicina Legal de Costa Rica.*, 7-23.

LEON HILARIO, L. (2001). El daño existencial. ¿Una idea valiosa o sólo un grito de la moda italiana en el campo de la responsabilidad civil? *Ius et Veritas*, 37.

LORENZETTI, R. L. (2005). *La Responsabilidad Civil Médica*. Lima: Editorial Grijley.

MARTINEZ PEREDA RODRIGUEZ, J. M. (1997). *La cirugía estética y su responsabilidad*. Granada: Editorial.

MORON BAUTE, M. E., & RAMÍREZ GARCÍA, M. F. (2002). *Contrato de seguro de responsabilidad Civil Médica*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá.

MOSSET ITURRASPE, J. (2001). *Responsabilidad de los Profesionales*. Santa Fe - Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.

OSORIO, M. (2003). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales*. Argentina: Heliasta.

PÉREZ DeL BLANCO, G. (2007). *Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: presupuestos y carga de la prueba*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

PÉREZ GARCÍA, M. J. (2010). La responsabilidad civil médico-sanitaria en el Derecho español: Significado y alcance del consentimiento informado y el deber de información. En I. DE LA MAZA GAZMURI, *Responsabilidad Médica* (págs. 145-165). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales Facultad de Derecho.

REIG ALVAREZ, Laura (13 de junio de 2015). Que aprendemos hoy. Recuperado el 23 de octubre de 2015, de <http://queaprendemoshoy.com/que-es-el-dano-desproporcionado/>

ROMERO COLOMA, A. M. (3 de agosto de 2010). *Peritaje médico forense*. Recuperado el 27 de noviembre de 2013, de

<http://www.peritajemedicoforense.com/AURROMERO3.htm>

SÁNCHEZ GARCÍA, M. M. (2013). El daño desproporcionado. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 19.

SEDANO VASQUEZ, D. (2000). La responsabilidad civil médica en el Perú. *Revista Jurídica del Perú*, 493.

TABOADA CÓRDOVA, L. (2013). *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Lima: Grijley.

TRIGO REPRESAS, F. (1996). *Responsabilidad civil el abogado*. Buenos Aires: Hammurabi.

VARSÍ ROSPIGLIOSI, E. (2001). *Derecho Médico Peruano*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial - Universidad de Lima.

VICANDI MARTÍNEZ, A. (2009). El daño desproporcionado en la responsabilidad civil sanitaria. Un estudio jurisprudencial. *Nomos. Universidad de Viña del Mar - N° 3*, 221-241.

VILLEGAS, A. F., & POLACO, C. J. (13 de agosto de 2010).

www.facmed.unam.mx/deptos/cirugia/cap1_inciru.pdf. . Recuperado el 10 de octubre de 2013, de www.facmed.unam.mx/deptos/cirugia/cap1_inciru.pdf.

WOOLCOTT OYAGUE, O. (2008). *Salud, daños e indemnización. A propósito del seguro médico obligatorio*. Lima: Universidad de Lima.

SENTENCIAS

STS - en la Sala Civil, 20 de enero del 2011 (Tribunal Supremo Español 20 de enero de 2011).

STS - Sala Contencioso-Administrativa, (RJ 2013\135) (Tribunal Supremo Español 12 de noviembre de 2012).

STS - Sala de lo Civil, 02 de diciembre de 1996 (Tribunal Supremo Español 2 de diciembre de 1996).

STS - Sala de lo Civil, 26 de junio de 2006 (Tribunal Supremo Español 26 de junio de 2006).

STS - Sala de lo Civil, 22 de septiembre de 2010 (Tribunal Supremo Español 22 de septiembre de 2010).

STS - Sala de lo Civil, 22 de abril de 1997 (Tribunal Supremo Español 22 de abril de 1997).

STS - Sala Primera, EDJ 2001/6466 (Tribunal Supremo Español 27 de abril de 2001).

STS (Tribunal Supremo Español 31 de 01 de 2003).

ANEXOS

ENTREVISTA 1

Entrevistado: Dr. Domingo Bello Janeiro

Especialista: Derecho Civil.

Fecha: 24 de Noviembre de 2015.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué debe entenderse por el concepto de “daño desproporcionado” en la Responsabilidad Civil de los médicos?*

Constituye la presunción de la negligencia en el acto médico cuando se produce un daño impropio del acto concreto y que, sin una conducta negligente, no se hubiera producido.

Refiere a un daño inexplicable, inusual y de gravedad considerable, que sale de la esfera de la experiencia médica y de lo esperado.

2. *¿Cuáles son los elementos esenciales del criterio del daño desproporcionado?*

- Control exclusivo del médico del medio material o personal causante del daño;
- Un evento dañoso que no resulte usual;
- La proporcionalidad y gravedad del daño.

3. *¿Cómo debe considerarse o aplicarse el criterio del daño desproporcionado cuando se trata de responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética?*

Las intervenciones médicas en los casos de cirugía estética requieren de un análisis riguroso desde su inicio, teniendo en cuenta que está incluida en la esfera de la medicina voluntaria o satisfactoria en la que no existe de por medio un mal o enfermedad que obligue al médico a actuar con emergencia. Por lo contrario, el paciente acude al médico, con sentido de confianza y necesidad estética para mejorar (únicamente) su apariencia física.

Resulta impropio que luego de practicada la intervención, el paciente presente lesiones inexplicables y de gravedad considerable, sin que sea una de las causas la acción u omisión del médico durante el proceso quirúrgico. En tal sentido, se presume la culpa del

profesional, y se le traslada la carga probatoria, a fin de que demuestre la diligencia debida antes, durante y después del acto.

Por tanto, la aplicación del daño desproporcionado en los casos de cirugía estética, tiene suma importancia, siempre que el resultado encuadre en la esfera de lo irracional, inesperado e inexplicable según la ciencia médica. El objeto es resarcir el mal innecesario y corregir al profesional médico por no haber cumplido con el protocolo exigido.

4. *¿Cómo influye el criterio de daño desproporcionado en la cuantificación del monto resarcitorio para que la indemnización a la víctima sea idónea?*

La influencia del daño desproporcionado sobre el monto, es de relación causa-efecto, la gravedad de la lesión determina la cuantificación, el término desproporción indica un agravante para incrementar el monto.

Cabe precisar, que el monto es un concepto subjetivo de quien resuelve, sin embargo la aplicación del criterio en los casos de cirugía estética, fomentará un mensaje informativo y de prevención, por tratarse de hechos que pudieron evitarse desde el momento que un paciente solicita los servicios del profesional.

ENTREVISTA 2

Entrevistado: Dr. Jorge Beltran Pacheco

Especialista: Derecho Civil.

Fecha: 24 de Noviembre de 2015.

CUESTIONARIO

1. ¿Qué debe entenderse por el concepto de “daño desproporcionado” en la Responsabilidad Civil de los médicos?

El daño desproporcionado refiere a toda consecuencia atentatoria contra los intereses de un sujeto (persona natural, en este caso) y que va más allá de aquello que puede ser previsto en las prácticas médicas como daño proporcional o razonable. Por ejemplo: es previsible que en una cirugía a una cesárea se deje una cicatriz en la parte baja del abdomen, lo que sería desproporcionado es que el corte afecte parte media o superior del abdomen dejando cicatrices en el cuerpo de la mujer que son difíciles de simular.

Lo mismo ocurriría si es para tratar una dolencia en la pierna de una persona que puede conllevar a un procedimiento no quirúrgico el médico decida operar e incluso amputar resultando ello exagerado conforme el protocolo médico.

2. ¿Cuáles son los elementos esenciales del criterio del daño desproporcionado?

En el ámbito médico es necesario que el tratamiento se ajuste a un Protocolo de atención por lo que se puede percibir (con facilidad) la existencia de un procedimiento (pre operatorio y post operatorio) que no se ajusta a la razonabilidad médica, es decir, que implica un accionar exagerado e innecesario por parte del médico tratante. Por ende, los elementos del daño son: (i) existencia; (ii) subsistencia; (iii) determinación de la víctima y (iv) ajenidad al protocolo.

Considero que la pregunta confunde los elementos esenciales del daño con los criterios que refieren a los justificativos de la valoración del daño.

¿Cuándo hay un daño desproporcionado? Cuando el tratamiento médico se aparta del Protocolo Médico asignando un procedimiento que no se ajusta (razonable ni proporcionalmente) a lo que padece el paciente haciéndolo sufrir dolores adicionales y actos médicos innecesarios que dañan física, psicológica y moralmente al paciente.

3. *¿Cómo debe considerarse o aplicarse el criterio del daño desproporcionado cuando se trata de responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética?*

En este caso debe aplicarse el daño desproporcionado como un supuesto de agravación de la imputación del dañante puesto que por su especial pericia debió prever que el procedimiento médico no debió implicar una consecuencia dañosa más allá de aquello que normalmente se produce. De este modo, por ejemplo, si es que un médico coloca una prótesis a un paciente este debe conocer los riesgos que implica ello por lo que si la colocación de esta determina malformaciones en el cuerpo del paciente (como aquella señorita que se colocó silicona para agrandar el volumen de sus glúteos pero luego la piel comenzó a rasgarse y escoriarse) debe responderse de modo más contundente por los daños sufridos puesto que debió el médico tratante evitarlo.

4. *¿Cómo influye el criterio de daño desproporcionado en la cuantificación del monto resarcitorio para que la indemnización a la víctima sea idónea?*

Tal como lo he indicado debe considerarse como un agravante por lo que el monto del resarcimiento debe incrementarse al incluirse daños previsibles e imprevisibles existiendo una conducta dolosa o por culpa inexcusable. Cabe indicar que la desproporción es vista como una consecuencia que pudo evitar el médico tratante si se ajustaba al protocolo médico por lo que no debería ser tratada exclusivamente en el daño sino en la imputación.

ENTREVISTA 3

Entrevistado: Dr. Ronal Saavedra Guzmán

Especialista: Derecho Civil.

Fecha: 24 de Noviembre de 2015.

CUESTIONARIO

1. *¿Qué debe entenderse por el concepto de “daño desproporcionado” en la Responsabilidad Civil de los médicos?*

El término daño desproporcionado, indica que el daño que se ha generado al paciente, posterior a la actuación médica, es incompatible, anormal o no es proporcional a los riesgos inherentes de dicha intervención y/o tratamiento al que fue sometido.

2. *¿Cuáles son los elementos esenciales del criterio del daño desproporcionado?*

Deben concurrir los elementos siguientes:

- e) Un evento dañoso no razonable e inusual.
- f) El médico debe tener control exclusivo del medio material o personal del causante del daño;
- g) Que la propia víctima no haya contribuido con la producción del daño

3. *¿Cómo debe considerarse o aplicarse el criterio del daño desproporcionado cuando se trata de responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética?*

Tratándose de una cirugía estética, se debe aplicar en los casos en que el daño o resultado sea desproporcionado, de lo contrario es suficiente analizar los elementos de la responsabilidad civil.

Existiendo un daño anormal, no razonable y desproporcionado, la aplicación de dicho criterio facilitará al Juzgador a identificar o presumir un evento negligente o la omisión por parte del médico, de una actividad sujeta a la praxis médica.

Resaltando que en dichas intervenciones quirúrgicas, los pacientes acuden al médico sin ninguna enfermedad de por medio, confiando su cuerpo y su salud en el profesional.

4. *¿Cómo influye el criterio de daño desproporcionado en la cuantificación del monto resarcitorio para que la indemnización a la víctima sea idónea?*

La cuantificación de la indemnización no está parametrada, ya que es un criterio subjetivo del Juez. Sin embargo, la influencia implica un agravante en el monto indemnizatorio, por tratarse de un evento dañoso de mayor magnitud.

Del mismo modo, más allá de la responsabilidad civil del médico, dicho criterio empuja al Juzgador a analizar por un asunto de humanidad y/o solidaridad, la situación de una persona sana que confía en un profesional médico especializado y termina padeciendo un daño incompatible y hasta irreversible en muchos casos (hecho que puede evitarse al momento de la consulta, ya que el médico no está obligado a realizar la intervención).

2do. JUZGADO TRANSITORIO DE PAZ LETRADO

EXPEDIENTE : 01995-2012-0-1601-JP-CI-04
MATERIA : INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS
JUEZ : VANESSA AVILA LOYOLA
ESPECIALISTA : VICTOR ANDRES FERNANDEZ PELAEZ
DEMANDADO : CLINICA ZEGARRA SAC ,
ZEGARRA CARRANZA, ANTERO WALTER
DEMANDANTE : ALCANTARA GUARNIZ, LAURA SOLEDAD

SENTENCIA

RESOLUCIÓN NÚMERO: DOCE

Trujillo, quince de diciembre
del año dos mil catorce.-

VISTO, el presente proceso expedido para emitir sentencia,
expídase la que corresponde.-

I.- PARTE EXPOSITIVA

Resulta de autos, que por escritos de folios diecinueve a treinta y dos, y cuarenta y tres a cuarenta y cinco, doña Laura Soledad Alcántara Guarniz, promueve el órgano jurisdiccional e interpone demanda de pago de Indemnización por daños y perjuicios por el monto de ochenta y nueve mil nuevos soles, contra la Clínica Zegarra S.A.C. Cirugía Plástica, Medicina Estética.

FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA DE LA DEMANDA

Argumenta: Que, el 03 de mayo de 2012, acudió a la Clínica Zegarra para solicitar una consulta con el propósito de realizarse una intervención quirúrgica para corregir las líneas de expresión que empezaban a formarse en el área inferior al ojo, recomendándole una operación llamada Blefaroplastia, consistente en una técnica interna a través de la conjuntiva, no dejando cicatriz, utilizando rayo láser o radio frecuencia, tratamiento pertinente para corregir las líneas de expresión formadas en las bolsas inferiores al ojo, sin necesidad de hospitalización o internación. El cinco de mayo se realizó la operación, indicándosele que en pocas horas se observaría en plenitud el esplendor de los resultados, asegurándosele que eliminaría las líneas de expresión de las bolsas inferiores al ojo y se lograría mejorar su aspecto facial, pero al transcurrir el tiempo indicado se

percato que no había cambio alguno, por el contrario, el contorno de sus ojos se encontraba amoratado, y presentando hematomas en la parte inferior a los ojos, ante lo cual acudió al médico quien trató de explicarle que aún necesitaba esperar más tiempo para una plena recuperación, regresó a su domicilio esperando dicho resultado y conforme disminuían los moretones se observaban dos “bolsas” en la parte inferior de los ojos, siendo necesario visitar al médico quien insistía en que debía esperar, cuando ya habían pasado cuatro semanas sin mejoría alguna, ante las circunstancias se vio obligado a reconocer su error y le dio como única solución la devolución de los gastos de la cirugía: seiscientos cincuenta dólares.

Indica que se le han ocasionado los siguientes daños:

Daño emergente: consistente en el dinero que invirtió en una operación mal ejecutada y los gastos que le está ocasionando esta situación.

Lucro cesante: consistente en el dinero que pudo haber percibido desde que el daños se dio hasta que se repare y continua aún, puesto que no ha podido continuar laborando, ya que debido al daño en el rostro ha tenido su restaurante cerrado por varios meses, por no poder presentarse así.

Daño a la persona: se afectó su integridad física, puesto que no solo se incumplió con eliminar las líneas de expresión de los ojos, sino que provocó el nacimiento de dos bolsas de piel en la parte inferior a los ojos, así como enrojecimiento de la misma área.

Daño moral: el daño físico ocasionado le ha originado una profunda aflicción y afectado profundamente sus sentimientos y emociones; también ha tenido que evitar el contacto con sus familiares y amigos, así como dejar de asistir a eventos sociales, generando un grave daño a su autoestima.

FUNDAMENTACIÓN FÁCTICA DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada contesta la demanda alegando que es falso que después de la operación se le indicó que en pocas horas se observaría en plenitud el esplendor de los resultados, porque desde el primer momento se le explicó que el resultado no iba a ser un rejuvenecimiento total sino que para ello debería realizar otras intervenciones, sin embargo, por falta de recursos económicos decidió simplemente realizarse la Blefaroplastia, y antes de realizarse la operación se le explicó que debido al grosor de su piel y edad, el proceso de recuperación es lento. Que, es falso que el médico haya reconocido su error, y es que por ese motivo haya accedido como única solución a la

devolución del dinero por los gastos de cirugía. La operación fue normal, sin que exista ninguna negligencia, por cuanto se realizó siguiendo el protocolo médico respectivo, sin embargo pretende cuestionar dicha operación, indicando se habría mal ejecutado la intervención, hecho que no resulta correcto ni corroborado con aprueba legal alguna, y el daño que alega no resulta ser un daño directo, pues las bolsas que manifiesta en la parte inferior de los párpados, las ha tenido y no fue objeto de la intervención, por lo que es indudable que su origen no puede atribuirse a una supuesta mala intervención quirúrgica.

Por resolución número **tres** de folios cuarenta y seis a cuarenta y siete, se admite a trámite la demanda, en la vía del proceso abreviado, la que se confiere traslado a la parte demandada, conforme se observa del cargo de notificación de folio cuarenta y nueve, por resolución número seis, de folios ciento veinticuatro a ciento veintiséis, se declara saneado el proceso, en consecuencia la existencia de una relación jurídica procesal válida, y se dispone que las partes propongan los puntos controvertidos, los que fueron fijados mediante resolución número ocho de folios ciento treinta y seis a ciento treinta y siete. La Audiencia de Pruebas, se realizó el veintisiete de junio de dos mil catorce, según acta que obra de folios ciento cuarenta y siete a ciento cuarenta y nueve. Por lo que siendo su estado se procede a emitir la sentencia en la forma que corresponde.

II.- PARTE CONSIDERATIVA

PRIMERO: DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso, tal como lo determina el artículo I del título Preliminar del Código Procesal Civil. Asimismo el Prof. Víctor Ticona Postigo al respecto refiere: “Es un derecho fundamental, natural o humano que tiene toda persona que le faculta a exigir del Estado un juzgamiento imparcial y justo, ante un juez responsable, competente e independiente; pues el Estado no sólo está obligado a proveer la prestación jurisdiccional (cuando se ejercitan los derechos de acción y contradicción) sino a proveerlas bajo determinadas garantías mínimas que le aseguren tal juzgamiento imparcial y justo; por consiguiente, es un derecho esencial que tiene no

solamente un contenido procesal y constitucional, sino también un contenido humano de acceder libre y permanente a su sistema judicial imparcial”³

SEGUNDO: DE LOS MEDIOS PROBATORIOS Y DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juzgador respecto de los puntos controvertidos, y fundamentar sus decisiones; así mismo la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o su defensa tal como establece los artículos 188 y 196 del Código Procesal Civil; debiendo valorarse los referidos medios probatorios por el juez de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada; sin embargo, en la resolución que pone fin a la cuestión de mérito solo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión de conformidad a lo establecidos en el artículo 197 del Código antes señalado.

TERCERO: De la Pretensión: en el presente caso, la acción del demandante está orientada que la demandada cumpla con pagar con la suma de ochenta y nueve mil nuevos soles como indemnización por daños y perjuicios, monto que se deriva del daño emergente, lucro cesante, daño a la persona y daño moral. Asimismo se fijaron como **puntos controvertidos:** **1)** Determinar la existencia de los daños y perjuicios solicitados por la demandante; **2)** Determinar si concurren los presupuestos de la responsabilidad civil y si como consecuencia de ello la demandada Clínica Zegarra SAC, está en la obligación de indemnizar a la demandante Laura Soledad Alcántara Guarniz, con la suma de S/. 89,000.00 (ochenta y nueve mil y 00/100 nuevos soles); **3)** Establecer el quantum el monto indemnizatorio de ser el caso.

CUARTO: El contrato: a fin de resolver el asunto descrito, debe tenerse presente que el contrato en sí constituye un acto jurídico, este último tiene como noción la manifestación de voluntad, para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas que requieren para su validez que sea realizado por agente capaz, que el objeto sea física y jurídicamente posible, debe ser un hecho lícito y debe observarse la forma descrita bajo sanción de nulidad. Sin embargo la esencia misma del acto jurídico constituye la voluntad

³ TICONA POSTIGO, Víctor. *Análisis y Comentarios del Código Procesal Civil*. Lima. Grijley. 1995 T.I, p.8.

que se debe poner de manifiesto, esta puede ser expresa: cuando se realiza en forma oral o escrita, o tacita: cuando se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. Sin embargo la ley hace una salvedad con respecto a la manifestación tacita, cuando señala que no, puede considerarse que existía manifestación tacita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el sujeto que exterioriza su voluntad formula reserva o declaración en contrario. Es decir no debe entenderse como una voluntad cuya existencia se presume, esta debe inferirse de manera indubitable, esto es de una actitud o de circunstancias de comportamiento que pongan de manifiesto la existencia de la voluntad interna. Al respecto, el principio de la libertad de forma de acto jurídico, dice que tiene una finalidad práctica, que no es otra cosa que su finalidad probatoria, puesto que la voluntad se manifiesta mediante la forma, prueba la existencia de acto jurídico y su contenido, pues las partes con sus manifestaciones de voluntad, norman la relación jurídica que han creado, regulado, modificado o extinguido.

QUINTO: La Responsabilidad Civil: supone necesariamente un conflicto entre dos o más personas, en el cual una de ellas es responsable de reparar el daño a la otra (víctima), quien podría recurrir al órgano jurisdiccional para exigir una reparación, esto significa que el perjuicio padecido por quien sufrió el daño será paliado económicamente por quien lo ocasionó, de donde resulta suficiente la existencia de la víctima y daño para estar ante un supuesto de responsabilidad. De este modo, esta disciplina está referida al aspecto fundamental de indemnizar daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Es necesario mencionar, que para la doctrina, la responsabilidad civil está referida fundamentalmente a indemnizar los daños ocasionados en la vida de la relación entre particulares, ya sea como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (responsabilidad civil contractual o derivada de la inexecución de obligaciones) o bien se trate de daños entre sujetos sin vínculo obligacionales o simplemente derivados del deber genérico de no causar daño a otro (responsabilidad extracontractual) que constituyen los dos aspectos de la responsabilidad civil, que en si es una sola y con requisitos comunes como son: la antijurídica, el daño causado, la relación de causalidad y los factores de atribución; en este sentido, cuando el primer párrafo del artículo 1321 del

Código Civil señala “*queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve*” y la primera parte del artículo 1969 precisa que “*aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo*”; se puede colegir que sea incumplimiento de las obligaciones, sea por lesionar un derecho o un legítimo interés y, por ello, se ocasionan daños, la sanción que impone el Código Civil al responsable es la de indemnizar, en otras palabras, estas normas hacen referencia a la producción de un daño, entendiéndose que cualquier conducta que cause un daño, con tal que sea ilícita, da lugar a la obligación legal del pago de una indemnización. En el presente caso, se desprende de manera indubitable que **la indemnización que se pretende es de naturaleza contractual**, toda vez que de las pruebas aportadas por el actor deriva de un suceso contractual por inexecución de obligaciones imputable a la parte demandada.

SEXTO: Elementos de la responsabilidad civil: es necesario mencionar, que para la doctrina, la responsabilidad civil está referida fundamentalmente a indemnizar los daños ocasionados en la vida de la relación entre particulares, ya sea como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (responsabilidad civil contractual o derivada de la inexecución de obligaciones) o bien se trate de daños entre sujetos sin vínculo obligacional o simplemente derivados del deber genérico de no causar daño a otro (responsabilidad extracontractual), que constituyen los dos aspectos de la responsabilidad civil, que en si es uno solo y con requisitos comunes, pues Lizardo Taboada Córdova en su obra: “Los Elementos de la Responsabilidad Civil”, señala en cuanto a la **antijuricidad** que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico; el **daño causado**, que es un aspecto fundamental, no único, de la responsabilidad civil contractual o extracontractual, pues se entiende que en ausencia del daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil, existiendo dos categorías de daño, el patrimonial y el extramatrimonial, en el primero se presenta el daño emergente y el lucro cesante, y en la segunda se presenta el daño moral y daño a la persona; luego en cuanto a **la relación de causalidad**, señala que si no existe una relación de jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase, y **los factores de atribución**, que son aquellos que finalmente determinan

la existencia de responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados, siendo en la responsabilidad contractual la culpa y en la responsabilidad extracontractual la culpa y el riesgo creado.

SETIMO: Antijuricidad

Al respecto es necesario dejar en claro que una conducta no solo es antijurídica cuando contraviene una norma prohibitiva, sino cuando viola el sistema jurídico en su totalidad, por ello según la doctrina en el ámbito de la responsabilidad civil no rige el criterio de la tipicidad en materia de conductas que puedan causar daños y dar lugar a la obligación legal de indemnizar, sino que dichas conductas pueden ser típicas, en cuanto previstas en abstracto en supuestos de hechos normativos, y atípicas, en cuanto a pesar de no estar reguladas en esquemas legales, la producción de las mismas viole o contravenga el ordenamiento jurídico.

En el caso de autos la conducta antijurídica o ilícita que la demandante le atribuye a la demandada -según su escrito postulatorio de demanda (folio veintiséis)- es el haber contravenido el contrato celebrado entre las partes, pues habría existido una inejecución de la obligación que había asumido (operación llamada BLEFAROPLASTIA).

De la revisión del expediente se observa a fojas tres, un recibo por cien soles expedido por la Clínica Zegarra por consulta médica, a fojas cuatro otro recibo de la misma empresa por Análisis, a fojas cinco otro recibo por "Gastos por Cirugía", medios probatorios con los que se acredita que la demandante efectuó pagos por una operación de cirugía a la demandada, es decir se acredita la relación contractual que existió entre las partes, hecho que no ha sido negado por la demandada al contestar la demanda.

En ese sentido, si bien es cierto a fojas seis, obra un cheque expedido por la Clínica Zegarra a favor de la demandante por la suma de seiscientos cincuenta dólares, documento que según la demanda (folio veintinueve) demostraría que la demandada "ha aceptado su negligencia médica", no obstante, esta magistrada considera que tal pago por sí solo no constituye reconocimiento de la negligencia que se le atribuye, en todo caso dicho pago, sólo constituiría la devolución de su dinero por un servicio que no se prestó o no se ejecutó conforme a sus propios términos, lo cual en efecto constituiría una conducta antijurídica.

Ahora bien, para efectos de determinar que ésta conducta antijurídica constituye una negligencia médica, tendrá que acreditarse el daño que le ha ocasionado a la actora, lo cual pasaremos a analizar.

OCTAVO: El **daño**, al respecto cabe precisar que la finalidad de la indemnización es restablecer la utilidad de la víctima como si el daño no hubiera ocurrido (lo cual importa un punto de vista dinámico). El daño entendido como la lesión a todo derecho subjetivo, en el sentido de interés jurídicamente protegido del individuo en su vida de relación, que en cuanto protegido por el ordenamiento jurídico, no basta la mera invocación sino que su reparación vía indemnización debe estar debidamente sustentada, pues se entiende que en ausencia de daño no hay reparación, por ello, resulta trascendente en el proceso verificar si la conducta de la demandada le ha ocasionado los daños alegados por la actora, los que deben ser probados con medio probatorio, conforme a la carga de probar que exige el artículo 196 del Código Procesal Civil, así como, la prueba de los daños y perjuicios de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por incumplimiento parcial, tardío o defectuoso”, conforme lo dispone el artículo 1331 del Código Civil.

La demandante alega que se le ha ocasionado daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) y daño extrapatrimonial (daño a la persona y daño moral)

8.1 Daño Emergente viene a ser la pérdida patrimonial efectivamente sufrida por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, en este extremo la demandante refiere, que es el dinero que ha invertido en una operación mal ejecutada y los gastos que le está ocasionando esta situación. Al respecto, debemos precisar que la demandada no ha señalado cuál es el monto exacto de los gastos que refiere haber incurrido; sin embargo, si se acreditado que la demandada cumplió con devolverle el pago íntegro que realizó por la operación, como se advierte del cheque que obra a folios seis.

8.2 Lucro Cesante, esto es, la renta o ganancia frustrada o dejada de percibir como consecuencia directa del evento dañoso. Al respecto la demandante señala que es el dinero que pudo haber percibido desde que el daño se dio hasta que se repare y continúa aun, puesto que no ha podido continuar laborando, ya que, debido a este daño ocasionado en su rostro ha tenido el restaurante cerrado por varios meses por no poder presentarse así. En forma similar al anterior, podemos expresar que la

demandante no ha especificado cuál es el monto que solicita por este concepto, además, tampoco ha acreditado con medio probatorio pertinente las ganancias que ha dejado de percibir como consecuencia de la conducta antijurídica de la parte demandada.

8.3 Daño a la persona: Siguiendo a Carlos Fernández Sessarego⁴, el daño a la persona se sistematiza teniendo en consideración la especial naturaleza bidimensional del ser humano, en daño psicosomático y daño a la libertad o proyecto de vida. Respecto a este daño, la demandante sostiene que la demandada con su actuación negligente afectó su integridad física, puesto que no solo incumplió con eliminar las líneas de expresión de los ojos sino que provocó el nacimiento de dos bolsas de piel en la parte inferior a los ojos, así como enrojecimiento de la misma área.

Valorando los medios probatorios aportados, a fojas once obra un Informe Médico, en el que se consigna: “Diagnóstico de Postoperada de Cirugía de Párpados, con exceso de piel en párpados inferiores.”, no obstante no se indica si tal exceso de piel es producto de la operación a la que fue sometida, y tampoco si es permanente y definitivo, ya que finaliza recomendando “reevaluación al año de la cirugía para determinar necesidad de procedimiento adicional”, así como tampoco se indica que haya existido una mala praxis, o una negligencia médica.

Por otro lado, se observa de la fotografía de fojas ocho tomada a la demandante que en la zona ocular presenta un color morado, y en la fotografía de fojas nueve, ya no presenta tal coloración, únicos medios probatorios con los cuales la actora pretende demostrar el “daño causado y la nula mejoría después de la operación”; sin embargo la demandante, no ha cumplido con acreditar su estado físico antes de la operación, ni tampoco ha ofrecido pericia médica, en el cuál se haya determinado el daño permanente que refiere haber sufrido después de producida la operación, aunado a esta circunstancia, tenemos la propia declaración de la demandante efectuada en la Audiencia de Pruebas (folio ciento cincuenta), quien ante la pregunta ¿habiendo alegado que sigue igual después de dos años de su intervención, cual es el daño actual que reclama y que pretende ser indemnizado?, dijo: “que reclama el daño

⁴ Apuntes sobre el Daño a la Persona, p. 44. Artículo publicado en el libro “La persona humana”, dirigido por Guillermo A. Borda, Editora “La Ley”, Buenos Aires, 2001 y en “Ius et Veritas, Edición Especial, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, noviembre del 2002, para efectuar la cita tomamos el texto publicado en: http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_4.PDF

moral por cuanto no se hizo bien la operación, ya que se encuentra en las mismas condiciones que tenía antes de la operación.”

8.4 Daño Moral, se encuentra previsto en el artículo 1322 del Código Civil, que señala “*el daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento*”; y el artículo 1984 del mismo código prescribe: “*el daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia*”, este dispositivo legal señala, que la cuantía de la prestación indemnizatoria debe establecerse en concordancia con la magnitud del daño moral, es decir, que para el legislador es posible de apreciar el daño moral, no sólo en términos cuantitativos sino también cualitativos.

La demandante sostiene que la naturaleza del daño físico ocasionado por la actuación negligente del médico demandado, ha originado en la recurrente una profunda aflicción y afectado gravemente sus sentimientos y emociones, y ha tenido que evitar el contacto con sus familiares y amigos, así como dejar de asistir a eventos sociales, reiterando que su persona se ha caracterizado siempre por su conducta sociable, que, se le ha generado un grave daños a su autoestima, puesto que habiendo logrado reunir el dinero para realizar una mejora física, hizo público el cumplimiento de su objetivo, que pasó a convertirse en un daño y deterioro físico, generando burlas constantes al observar los resultados ocasionados con el actuar negligente del demandado.

Al respecto la demandante no ha probado con documentos fehacientes, como podría ser terapias u otros análogos, destinados a establecer su estado emocional y el de sus familiares, pues las meras alegaciones que hace sobre su existencia no basta, más aun si se tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 1331 Código Civil, que señala “la prueba de los daños y perjuicios de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por incumplimiento parcial, tardío o defectuoso”, por lo que siendo así, este extremo debe desestimarse.

NOVENO.- En cuanto a los otros elementos de la responsabilidad civil, que son la *relación de causalidad* y el *factor de atribución*, no es posible su análisis ya que al no estar demostrado el daño causado, siendo presupuesto para los demás elementos, nos exime de su análisis.

Por lo expuesto, la pretensión indemnizatoria debe ser declarada infundada por improbanza del hecho antijurídico y del daño que sustente la consecuente

responsabilidad de la demandada, tal como lo prescribe el artículo 200 del Código Procesal Civil: “si no se prueban los hechos que sustentan la pretensión, la demanda será declarada infundada.”

III.- PARTE RESOLUTIVA:

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con las normas procesales antes invocadas, así como con arreglo a lo dispuesto en el artículo 138 y 139 de la Constitución Política del Estado, y Administrando justicia a Nombre de la Nación:

FALLO:

1. **DECLARANDO INFUNDADA** la demanda de indemnización por daños y perjuicios, interpuesta por Laura Soledad Alcántara Guarniz, contra la Clínica Zegarra S.A.C. Cirugía Plástica, Medicina Estética.-
2. **Consentida** o ejecutoriada que sea la presente resolución; **Archívese** los actuados en el modo y forma de ley. **NOTIFIQUESE.-**