

**RESPONSABILIDAD MÉDICA**  
**LAS RESPUESTAS DEL DERECHO FRENTE A LOS LLAMADOS**  
**"DAÑOS MÉDICOS" A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA COMPARADA<sup>1)</sup>**

**OLENKA WOOLCOTT**

Abogada por la Universidad de Lima. Doctora en Derecho por la Universidad de Pisa.

**SUMARIO:**

I. Introducción - II. La seguridad del paciente y la respuesta de la responsabilidad civil.

## **I. INTRODUCCIÓN**

La presente intervención trata de ubicar el tema de los llamados 'daños médicos' en el contexto de la responsabilidad civil, pero al mismo tiempo destacar que las respuestas del Derecho no se hallan hoy en día solo en este territorio, tan vasto y móvil gracias a los desarrollos jurisprudenciales a nivel de la experiencia comparada, sino que se proponen soluciones desde la seguridad social o sistema privado de seguros.

La diversidad de formas que adopta hoy en día la prestación de servicios médicos o sanitarios ha conducido a enfocar el problema de los 'daños médicos' no más desde la tradicional perspectiva de la relación médico-paciente, en que se podían individualizar los derechos y obligaciones de cada parte, siendo además lo más valioso en ella, la relación de confianza. Actualmente, la complejidad que han adoptado las prestaciones de salud con la creación de instituciones privadas o públicas que proveen a la comunidad de los servicios médicos, ha determinado un proceso de "despersonalización" de la medicina, crecimiento y desarrollo que, si bien resulta positivo desde que representa una extensión de los servicios de salud, sin embargo, ha traído aparejado el hecho de que dicha relación de confianza sea venida a menos y que, con la multiplicación de los servicios a través de las estructuras de salud, se vean incrementadas las ocasiones de daños, sea como consecuencia de una mala práctica médica, así como por deficiencias de los equipos, instalaciones y organización del establecimiento de salud.

Si bien lo positivo del proceso de masificación y complejidad de las prestaciones de salud es que trata de cubrir la necesidad de salud de la población, con perfeccionamiento de la tecnología atendiendo enfermedades y patologías antes no imaginadas, el otro lado de la moneda es que se han multiplicado también las ocasiones de producción de 'daños médicos'. Esta situación ha dado lugar, y para ello basta referirnos a la experiencia comparada en la materia, tanto anglosajona y europea, a una reformulación del problema de la responsabilidad médica, pensada inicialmente en la relación médico-paciente, en términos hoy más acordes con las características en que se prestan los servicios de salud, y así llegar a plantear el problema en términos más bien de una denominada "responsabilidad sanitaria", es decir, involucrar a la estructura de salud, sea a nivel de responsabilidad civil, si es esta la respuesta del Derecho al problema concreto del daño producido, o sea a nivel de asegurar el daño o más en general, de la conocida seguridad social.

## **II. LA SEGURIDAD DEL PACIENTE Y LA RESPUESTA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

A este punto cabe formular una interrogante que nos conduce al *quid* de nuestra intervención, y es la siguiente: Si la preocupación central debe recaer sobre la situación del paciente, y a partir de

<sup>1)</sup> Ponencia presentada en el Congreso de Derecho Civil Patrimonial realizado entre el 27 y 29 de septiembre de 2006 en el Colegio de Abogados de Lima.

esta preocupación se abre toda una línea de trabajo en los sistemas jurídicos para orientarse a logros en términos de "seguridad del paciente" –a propósito cabe citar los recientes aportes legislativos europeos entre los cuales ubicamos la ley francesa de 2002 sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema sanitario, la ley española del mismo año sobre la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el proyecto italiano sobre seguro obligatorio para los establecimientos de salud, entre otros– entonces podemos intuir que la respuesta del Derecho no está confiada única y exclusivamente a la responsabilidad civil. En efecto, el problema es tan complejo que la respuesta debe ser formulada en términos de "sistema", involucrando a todos los actores en el tema de la salud y considerando la tutela del paciente ex ante la producción del daño y la tutela ex post daño.

- En el primer caso, la respuesta será canalizada a través de una sólida política de prevención a partir de los correspondientes estamentos del Estado.
- En el segundo caso, estamos frente al daño producido como consecuencia de la práctica de una prestación de salud.

Pues bien, nos interesa abordar la respuesta de la *responsabilidad civil*, institución que tal como lo ha demostrado la experiencia comparada, ha abierto sus fronteras, merced a un flujo permanente de soluciones jurisprudenciales, que en el afán de facilitar la reparación del daño a la víctima en ocasión de una prestación de salud, proponen interpretaciones normativas del régimen de la responsabilidad civil aun pasando o más bien superando los límites tradicionales de la institución. Me refiero al problema del criterio de imputación de responsabilidad, al tema del nexo de causalidad, al de las obligaciones de medios y de resultado, considerándose, por ejemplo, recientemente, estas últimas –obligaciones de resultado–, en aquellos casos en que dado el avance científico y tecnológico se considera lograr un grado de certidumbre suficiente en cuanto al resultado a esperar de parte del paciente.

Y es en este proceso de movilidad de las fronteras –límites tradicionales– de la responsabilidad civil que hace su ingreso el tema del seguro o la seguridad social en términos aún más amplios.

En efecto, una importante constatación que se produce en el plano de las investigaciones en torno a los "daños médicos", aportes provenientes tanto del medio jurídico como médico propiamente dicho, revela que los daños sufridos por el paciente, no solo derivan de la culpa o negligencia médica. Actualmente tenemos daños que derivan de causas difícilmente imputables al médico individualmente considerado.

Así, un estudio del *Harvard Medical Practice* en 1991 concluyó que los "errores médicos", no necesariamente imputables a la negligencia médica causan entre 44,000 y 98,000 defunciones al año en los hospitales de los Estados Unidos de América, esto es, un número mayor al de los accidentes de automóvil, el cáncer de mama o el SIDA. El Departamento de Salud del Reino Unido, en su informe del año 2000, estimó que se producen daños de este tipo, más bien calificados como "eventos diversos", en cerca del 10% de las hospitalizaciones, o alrededor de 850,000 daños (eventos adversos) al año (datos que ofrece la propia Organización Mundial de la Salud). Así también en Francia aparece como dato representativo un alto porcentaje de muertes por infecciones que hallan su causa en los propios establecimientos de salud, señalándose igualmente que el número supera las muertes por accidentes de tránsito.

En fin, estamos frente a una realidad en que la masificación de las prestaciones de salud, así como el progreso de la ciencia y tecnología, han traído aparejado el incremento de daños en ocasión de la actividad médica, realidad a la que el Derecho debe hacer frente y, en este sentido, la respuesta de la "responsabilidad civil" como único instrumento de tutela de las víctimas de daños se

ha mostrado insuficiente en cuanto respecta especialmente a aquellos daños de los cuales resulta difícil y a veces imposible individualizar una causa o una conducta imputable que los haya generado.

Es muy rica la "experiencia europea" en cuanto a las soluciones jurisprudenciales tan creativas como notables frente al problema del "daño médico". A grandes rasgos destaca el que se reconoce la necesidad de recurrir a mecanismos que faciliten la carga de la prueba para la víctima del daño, sea que un sistema jurídico adopte un régimen de responsabilidad contractual o extracontractual, lo que demuestra que en realidad, la responsabilidad médica se presenta como un sector de la responsabilidad profesional en que los límites entre lo contractual y lo extracontractual se difuminan, dando lugar a un área en que confluyen caracteres de ambas responsabilidades y donde destaca –sea cual fuere el ámbito de responsabilidad– la existencia de un daño a la persona así como la violación de un derecho: el derecho a la salud.

Tan sólida se presenta la opción por el régimen contractual que en Italia se ha aplicado aun en hipótesis en que no existe una relación contractual entre médico y paciente –en el caso del médico dependiente de un establecimiento de salud– y, sin embargo, se ha sostenido que existe una responsabilidad contractual no por violación de la *lex contractus*, porque no se da en el caso, sino por incumplimiento de un deber jurídico de protección de la esfera jurídica del sujeto que confía en la profesionalidad del médico; con ello se ha instaurado una relación social de la que surge la confianza del paciente en el *status* profesional del médico y de la que emanan deberes autónomos de protección aun sin la existencia de una relación de prestación.

A nivel de la Unión Europea, la particular naturaleza de la responsabilidad médica en el sentido de ubicarse en una zona límite entre las dos áreas de responsabilidad se va a ver reflejada en una propuesta de Directiva de 1991 del Consejo de las Comunidades Europeas sobre responsabilidad del prestador de servicios donde el encuadramiento formal aparece en el ámbito contractual aunque no haya sido aprobada la propuesta comunitaria, quedando, sin embargo, como un antecedente de importancia, toda vez que para la determinación de la responsabilidad contractual del prestador de servicios, la propuesta requiere establecer el daño y la relación causal, mientras que la carga de la prueba de no haber obrado con culpa se hace pesar sobre el prestador. Cabe destacar que esta inversión de la carga probatoria era ya una práctica jurisprudencial de los estados miembros a fin de asegurar el resarcimiento de los daños causados a la salud o integridad física de las personas o sus bienes muebles o inmuebles.

En cuanto a la culpa médica que es objeto de análisis en todo supuesto de responsabilidad médica, la tendencia, como señaláramos antes, es hacia valerse del mecanismo de las presunciones de culpa, bastando en la experiencia italiana, para que opere dicha presunción, la presencia de un resultado que empeora la situación del paciente, debiendo este probar solamente que se trataba de una simple prestación médica y el nexo causal entre daño y conducta profesional.

La experiencia francesa, no obstante mantener la calificación de la obligación del médico como obligación de medios y por tanto, en aplicación del principio de "no acumulación", no resulta aplicable la norma del régimen extracontractual que establece una responsabilidad objetiva del *gardien* (artículo 1382 del Código Civil francés), sin embargo, logra esta posibilidad de una responsabilidad sin culpa en aquellos supuestos en que los jueces transforman la obligación del médico en obligación de resultado, sobre todo en los casos de daños derivados de enfermedades del nasocomio (por ejemplo, las infecciones).

Distintamente, la experiencia inglesa difícilmente acepta las presunciones de culpa o la aplicación del *res ipso loquitur* considerando que debe evitarse lo que sucede en la experiencia estadounidense, contexto en el cual la exacerbación de la denominada "Medical Malpractice" ha generado una conducta defensiva en los médicos además de la elevación del costo de las prestaciones

médicas con la intervención del seguro de responsabilidad civil, todo ello inmerso en una denominada 'cultura del litigio'.

Sin embargo, en esta línea evolutiva y comparada de la responsabilidad médica, de la que algunos autores sugieren hablar en términos de una responsabilidad sanitaria, no podemos dejar de referirnos a la experiencia francesa, que ha aportado recientemente un novedoso enfoque legislativo coherente con las actuales tendencias de tutela de las víctimas de "daños médicos".

El modelo francés, hoy sustentado en la conocida Ley Couchner del año 2002, relativa a los derechos de los pacientes y a la calidad del sistema sanitario, reviste con un carácter bicéfalo a la responsabilidad médica.

Se trata de una reforma profunda, esperada desde hace mucho en Francia con respecto a la indemnización de daños derivados del ejercicio de la actividad médica que hasta entonces se basaba solo en el régimen del Código Civil. De acuerdo a cuanto se desprende de la doctrina, hasta el momento de la reforma, los esfuerzos de la jurisprudencia administrativa y civil han sido considerados insuficientes, no obstante haber aplicado medios diversos (teoría del riesgo, obligación de seguridad de resultado, etc.) para hacer viable la reparación de los daños sufridos por los pacientes, admitiendo en ciertos casos la posibilidad de que la estructura sanitaria pública repare los daños resultantes de accidentes terapéuticos independientemente de la existencia de una culpa médica probada.

La ley francesa introduce un sistema de indemnización colectiva de los que vienen a llamarse accidentes terapéuticos (álea terapéutica) más graves y cuyas disposiciones hoy forman parte del Código de la Salud Pública. Se trata de un sistema de indemnización autónomo, porque no depende absolutamente de la institución de la responsabilidad civil, y colectivo, porque se realiza sobre la base de fondos provenientes de la colectividad nacional. De esta manera se cubren daños no provenientes de una culpa médica.

Es decir, el modelo francés sobre la tutela de las víctimas de daños provenientes de una prestación de salud puede esquematizarse de la siguiente manera:

- 1) Responsabilidad civil a la luz del Código Civil para los supuestos de daños provenientes de una culpa médica.
- 2) Indemnización colectiva –seguridad social– para aquellos daños considerados como accidentes médicos, los derivados de una afección iatrógena y los derivados de infección contraída en el establecimiento de salud.

Estas categorías de daños serán cubiertas por un fondo público que indemnizará estos tipos de daños a título de solidaridad nacional.

Así, el modelo francés, por un lado, ha reconocido el espacio tradicional ocupado por la responsabilidad civil para los daños derivados de culpa médica y, por otro, ha abierto un nuevo espacio claramente situado en el terreno de la seguridad social para aquellos daños que indefectiblemente se producen en ocasión de las prestaciones de salud y no hallan su causa en una conducta negligente del médico que intervino.

---

<sup>1</sup> Cabe señalar que la experiencia estadounidense presenta matices muy peculiares conforme se desprende de su evolución histórica, donde se presenta a un sistema de reparación de daños –o sea– equivalente a la responsabilidad extracontractual que actúa permanentemente ligado al sistema de seguros, no por imposición del estado sino por exigencia del propio mercado de prestación de servicios médicos. Todo lo cual es objeto de análisis en otra sección, en una investigación que realizamos y pudimos constatar que hoy la experiencia de la *Medical Malpractice* estadounidense afronta una nueva y tal vez la más grave de las crisis en esta materia, por lo cual, nos basamos con claridad referencialmente en esta oportunidad.

Se ha llegado pues, a un punto de una clara convivencia de la tradicional institución de la responsabilidad civil y la necesaria seguridad social, a través de mecanismos concretos como pueden ser los fondos de indemnización automática o los conocidos seguros obligatorios de responsabilidad civil para los establecimientos de salud como ha sido introducido en el modelo francés. De allí que hoy se pueda hablar siguiendo este modelo, de una dualidad de regímenes de indemnización, donde se tienen daños que se indemnizan a título de culpa médica y aquellos –álea terapéutica– que serán cubiertos a título de solidaridad nacional.

En última instancia, los daños generados por culpa, pero que además no cumplen con el requisito de la gravedad a los fines de la cobertura social, pueden ser cubiertos por el seguro-paciente (*first party insurance*). Por lo que se ha tratado de favorecer la cobertura total de los denominados “daños médicos”.

Sin duda, la reforma francesa ha introducido una solución que plantea un equilibrio de intereses. Por un lado, ante los que fomentaba ya la doctrina en esta experiencia europea, se trata de no frustrar los objetivos de la investigación médica con sanciones excesivas y desproporcionadas que obliguen a una medicina defensiva –caso más patente el de la experiencia de la *Medical Malpractice* estadounidense– y por otro lado, de garantizar una eficaz reparación integral de los daños sufridos por el paciente.

Esta solución se coloca en buena parte en línea a los avances emprendidos hace ya algunas décadas por sistemas de origen escandinavo y neozelandés que han venido a conocerse como los llamados sistemas “no fault”, es decir, sistemas basados en fondos de indemnización automática.

En conclusión: la orientación emprendida por la experiencia comparada, concretamente la creativa jurisprudencia en sistemas de la familia romano-germánica, en materia de responsabilidad médica, respecto de la cual bastante lejos se encuentran las resoluciones de los jueces peruanos, a lo que tendríamos que dedicar varias sesiones de análisis, orientación jurisprudencial que se ha caracterizado, en su afán de reparar los daños sufridos por los pacientes, por sobrepasar los límites o fronteras de la responsabilidad civil como institución tradicional, tal como lo hemos referido a grandes pinceladas, a todo lo cual, se suma el surgimiento de respuestas de responsabilidad “no fault”, también fugazmente referidas, todo ello pues, nos advierte de la urgente necesidad de replantear el sistema de tutela de las víctimas de “daños médicos”. En ese sentido no debemos insistir en librar el problema solo y exclusivamente a la institución de la responsabilidad civil, a través de la cual se pretenda atender las múltiples demandas de reparación de daños, sea mediante la extensión de las fronteras de la responsabilidad civil (flexibilizando o sobrepasando sus presupuestos fundamentales, como el nexo de causalidad por ejemplo) o mediante la incitación al litigio a través de mecanismos aseguradores de la responsabilidad por culpa, que por la naturaleza misma de estos, de cómo operan, no llegan a ofrecer una respuesta directa y alentadora para las pobres víctimas de este tipo de daños –los pacientes.

Dicho todo lo cual, y concretamente a cuanto concierne al contexto peruano, en que frente a las dificultades que encuentra la jurisprudencia nacional para dar una respuesta satisfactoria a las expectativas de los pacientes que llegan a ser además víctimas de “daños médicos”, sorprende la ligereza del legislador nacional al pretender introducir mecanismos aseguradores obligatorios, esto en el 2004, y recientemente en este año en la forma de un fondo llamado “Fondo de riesgo del ejercicio profesional de responsabilidad médica”, gestados en la Comisión de Defensa del Consumidor del Congreso, para cubrir los daños generados por “negligencias médicas”.

Estos proyectos de ley, el primero de ellos pasado al archivo, el último en cambio aún sujeto a debate, no velan sino el desconocimiento pleno de la realidad de las condiciones en que se realizan las prestaciones de salud en el Perú y, peor aún, se trata de propuestas que lejos de terminar favoreciendo a las víctimas de estos daños, desarticulan el sistema de la responsabilidad civil vigente.

Concluyo citando una frase del profesor Francesco Busnelli, a propósito de una Conferencia en la Universidad de Lima sobre "la experiencia europea en el seguro médico obligatorio" que decía:

*"la innovación se impone. Pero ella no debe ser una revolución porque corre el riesgo de discontinuar el sistema"*. Personalmente, agregaría con respecto al sistema jurídico peruano, que es necesario construir el sistema de responsabilidad civil médica.