

A bronze statue of Lady Justice, blindfolded and holding scales, set against a dark background.

# REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

**RESPONSABILIDAD CIVIL E INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS -  
BIOÉTICA Y NUEVAS TENDENCIAS**

A photograph of the ruins of a Roman amphitheater, showing a series of arches and columns made of weathered stone.

**DIRECTOR/EDITOR**  
Gerardo F. Ludeña  
González

**DIAGRAMADOR**  
Alan A. Agreda Ortiz

**Revista de derecho civil elaborada con participación de los alumnos de la asignatura de responsabilidad civil (A4TI) turno mañana y sustentandos de informe de investigación de la Escuela de derecho de la filial Lima norte de la Universidad César Vallejo**

**Colaboradores de la revista**

**Gerardo Ludeña Manco  
ORCID: (0000-0001-6557-5225)**

**Manuel Francisco Rodríguez Ludeña  
ORCID: (0000-0002-4461-0199)**

**Violeta María De Piérola García  
ORCID: (0000-0002-8075-0340)**

# REVISTA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

REVISTA ELECTRONICA:  
RESPONSABILIDAD CIVIL e INDEMNIZACIÓN  
DE DAÑOS Y PERJUICIOS – BIOETICA y NUEVAS TENDENCIAS.  
*Año 01 - N° 01 – Diciembre 2020*

*Director/ Editor*

*Gerardo Francisco Ludeña González*

*Jr. Callao nro. 290. Ayacucho*

*gludenag@ucv.edu.pe*

*Diagramador:*

*Alan Andree Agreda Ortiz*

*Riva Agüero Nro. 580 Urbanización Palermo. Trujillo. Perú*

HECHO EL DEPOSITO LEGAL EN LA  
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERU N° 2021- 00081

## Presentación

La revista electrónica. RESPONSABILIDAD CIVIL e INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS - BIOETICA y NUEVAS TENDENCIAS, en su primer número y edición, conlleva el aporte de un grupo de jóvenes estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo de la asignatura de responsabilidad civil y de desarrollo de proyecto de investigación, contando además con la participación de profesiones afines a la materia en calidad de colaboradores de la revista.

Hablar de responsabilidad civil implica tratar el asunto del derecho de daños que engloba el resarcimiento o indemnización de daños y perjuicios, un tema muy interesante, extenso y que conlleva a debates respecto de su interpretación.

Este primer número contiene temas interesantes afines al título de la revista y busca la lectura agradable del lector al igual que sus comentarios.

Se ha tenido en cuenta la guía de redacción APA y la estructura modélica de un ensayo de investigación a partir de un enfoque cualitativo.

La presente edición advierte la oportunidad de renovar nuestro compromiso con la difusión de la cultura jurídica, buscando incentivar al público lector el interés acerca del tema haciendo incapié respecto de la importancia que conlleva hablar de responsabilidad civil, permitiendo discernir si una conducta dañosa puede ser motivo de resarcimiento.

Como director, autor y editor confío en que este primer número sea del agrado del lector y en especial de quien tiene vocación por conocer aún más respecto de la responsabilidad civil.

Gerardo Ludeña

## Prologo

La revista electrónica. RESPONSABILIDAD CIVIL e INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS – BIOETICA y NUEVAS TENDENCIAS, en su primer número y edición, estuvo destinado, principalmente, a compartir los avances alcanzados y los productos desarrollados como resultado de las actividades de investigación formativa en la asignatura de responsabilidad civil de la Universidad César Vallejo de la sede Lima norte, así como de un grupo de estudiantes de la asignatura de desarrollo de proyecto de investigación, afines al tema, además de la participación de profesionales afines en calidad de colaboradores de la revista.

En este primer número de la revista electrónica, se encuentran 15 ensayos en extenso, con la participación de alumnos de la asignatura de responsabilidad civil y profesionales colaboradores. De esta manera, la Universidad César Vallejo, continúa su incansable labor de fortalecer las actividades de investigación, desarrollo e innovación, dando así cumplimiento a su visión y misión plasmadas en el Plan de Desarrollo Institucional. La Universidad está convencida que para lograr los estándares de calidad en investigación formativa y de fin de carrera, es vital que dentro de la Institución se desarrollen actividades para la creación, preservación y divulgación del conocimiento.

Esta revista electrónica bajo la dirección del suscrito, busca materializar el esfuerzo de jóvenes estudiantes habidos de los cambios consustanciales que requiere el derecho desde la perspectiva de la responsabilidad civil y de la reparación civil en favor del justiciable, como aporte brindado hacia la comunidad educativa, siendo por su naturaleza digital, de distribución gratuita para poder llegar a la mayor cantidad de ciudadanos interesado(as) en el contexto desarrollado.

El editor.

# ÍNDICE

## Presentación Prologo

LA PERDIDA DE CHANCE Y EL VALOR ECONOMICO DE LA PROBABILIDAD DE VIDA O CURACION PERDIDA. UN ANÁLISIS DE LAS NUEVAS TENDENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

GERARDO FRANCISCO LUDEÑA GONZÁLEZ .....1

ANALISIS ECONOMICO DEL COSTO DEL DAÑO Y LA "VÍCTIMA", EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

VIOLETA M. DE PIEROLA GARCIA / MUÑOZ TAFUR, JUDISSA JUDITH / VIDAL PAROY, JUAN EDUARDO / BETEL PERALTA GALVEZ / ESMERALDA BARZOLA HUAMÁN .....11

LA IDENTIDAD PROPIA DE LA BIOETICA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

ACUÑA NAVAL, LIZETTE STEFANY / BALDEÓN CASTILLO, DANIEL PAULINO / FIESTAS LIZANA ALLINSON/ LAVADO SOVERO PATRICIA .....20

APLICACIÓN DE LA BIOETICA Y SU IMPORTANTE RELEVANCIA EN EL SISTEMA JURIDICO PERUANO

AGREDA ORTIZ ALAN / MARTINEZ VIRABAL NOE ALEXIS / TORRES ROMERO VICTORIA / VASQUEZ SALAS LUZ FIORELLA / QUIROZ ALIAGA ROBERT.....27

ACOTANDO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS MÉDICA

ASTO MARINO, ROBER / BORDA CRUZ, ESTELA / CAMPOS PINEDO, MAYRA LUCIA GORDILLO RIVERA, LUIS / PEREZ BALDIN, NATALI / QUINTEROS TELLO, DONNA ELIZABETH / YPARRAGUIRRE AGUILAR, MAYTHE.....34

RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA EN ACCIDENTES VEHICULARES

CHACON CHAUCA EDUARDO / CHAMORRO YARIN MICHEL / CUADROS DIAZ YAKELIN SUSAN / GUTIERREZ RAMOS EVELIN ESTEFANI / ROJAS CHAUPIS ANGELICA VICTORIA / VEGA TERRONES MARITZA.....39

EXTERNALIDADES NEGATIVAS Y RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA GENERADAS EN HOSPITALES DE LIMA, POR DEFICIENTE GESTIÓN DE LA PANDEMIA COVID-19

JHOSELIN DE LOS MILAGROS MEOÑO CALDERON / GERARDO LUDEÑA MANCO / MANUEL FRANCISCO RODRÍGUEZ LUDEÑA.....45

LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA EN ACCIDENTES TRÁNSITO EN EL CASO BRUNITO

MÁXIMO LÓPEZ RICSE.....54

LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA OBRA DE CERVANTES

GERARDO FRANCISCO LUDEÑA GONZÁLEZ .....59

ANÁLISIS AL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA Y LA NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN A PROPÓSITO DE LOS CASOS EN EL PERÚ

SANCHEZ ZEGARRA, JEAN CARLOS.....66

# ÍNDICE

|  |     |
|--|-----|
| LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN TIEMPOS DE COVID- 19.<br>ZAVALA CASTILLO, FIORELLA MERCEDES .....   | 76  |
| DAÑO GENÉTICO Y RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LA BIOÉTICA<br>SEDANO FASABI ESPERANZA / LUDEÑA MONTES NICOLE / HUAMAN CALDERON<br>RENZO .....  | 81  |
| EL QUANTUM INDEMNIZATORIO EN ACCIDENTES DE TRÁNSITO POR DAÑO A LA<br>PERSONA Y AL PROYECTO DE VIDA<br>SOTOMAYOR RIVERO, JULIO.....   | 87  |
| EL SISTEMA DE JUSTICIA Y LA CORRUPCIÓN DEL PODER JUDICIAL A TRAVÉS DE<br>LOS TIEMPOS DESDE LOS OIDORES (JUECES) DE LA REAL AUDIENCIA DE LIMA.<br>GERARDO FRANCISCO LUDEÑA GONZÁLEZ/ MOISES ESTEBAN ROSARIO LIVIAS<br>..... | 97  |
| RETOS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LAS AULAS UNIVERSITARIAS HACIA<br>EL 2021. “CÓMO HACER UNA TESIS Y NO ENVEJECER EN EL INTENTO.<br>GERARDO FRANCISCO LUDEÑA GONZÁLEZ .....  | 103 |



# LA PERDIDA DE CHANCE Y EL VALOR ECONOMICO DE LA PROBABILIDAD DE VIDA O CURACION PERDIDA. UN ANÁLISIS DE LAS NUEVAS TENDENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

GERARDO F. LUDEÑA GONZALEZ

## RESUMEN

El Derecho no puede permanecer indiferente frente a cualquier supuesto en que una persona sufra injustamente un perjuicio.

A partir del análisis económico del derecho y de las bondades del teorema de Coase se vislumbra una perspectiva dotada de un importante carácter instrumental incluso para quienes desde el punto de vista ideológico no consideran al sistema liberal como el mejor.

Ello contribuye a que los Abogados tomen conciencia que las decisiones legales generan y alivian una serie de costos y beneficios en la sociedad. Como sugirió Calabresi si bien no debe agotarse la idea de justicia en procura de evitar el desperdicio, tampoco se debe olvidar que desperdiciar es injusto. El análisis económico del derecho nos hace recordar que vivimos en el mundo donde los recursos son escasos y que por tanto es parte de nuestra misión tratar que las necesidades humanas sean satisfechas de la mejor manera posible<sup>1</sup>

"Como el Derecho moderno ya no mira del lado del autor del daño, sino del lado de la víctima, congruentemente, han sido adoptadas diversas soluciones favorables a la situación del damnificado"<sup>2</sup>.

Hoy el sistema de responsabilidad civil es un sistema de internalizar externalidades. Ahora bien, el mismo inconveniente que en algún momento significó para la víctima la prueba de la culpa del responsable, hoy en día puede darse respecto a la prueba de la relación de causalidad.

Desde una aproximación funcionalista al sistema de responsabilidad civil, se busca definir que función específica es desarrollada por la relación de causalidad<sup>3</sup>, lo cual significa definir cual es el efecto económico y social perseguido a través de hacer responsable de un daño a aquel que lo causó y no a cualquier otro.

---

1 Estudios de análisis económico del derecho, p. 154 Alfredo Bullard

2 Estas transformaciones en la responsabilidad civil, llevan a pensar en un nuevo principio general del derecho al que algunos llaman "pro damnato". C P Mujica, Santiago, "La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia", pp. 22 y sgtes. Ed. Arauzadi, 1987. Pamplona

3 Calabresi define como el causal-link a la relación de causalidad.

## SUMMARY

*The law cannot remain indifferent to any case in which a person unjustly suffers harm.*

*From the economic analysis of law and the benefits of the Coase theorem, a perspective endowed with an important instrumental character is glimpsed even for those who do not consider the liberal system as the best from an ideological point of view.*

*This helps lawyers to become aware that legal decisions generate and alleviate a series of costs and benefits in society. As Calabresi suggested, although the idea of justice should not be exhausted in an attempt to avoid waste, it should not be forgotten that waste is unfair. The economic analysis of law reminds us that we live in a world where resources are scarce and that therefore it is part of our mission to ensure that human needs are satisfied in the best possible way.*

*"As modern law no longer looks on the side of the perpetrator of the damage, but on the side of the victim, consistently, various solutions have been adopted favorable to the situation of the victim." Today the civil liability system is a system of internalizing externalities.*

*Now, the same inconvenience that at some point the proof of the guilt of the responsible person meant for the victim, today can occur with respect to the proof of causation.*

*From a functionalist approach to the civil liability system, it seeks to define what specific function is developed by the causal relationship, which means defining what is the economic and social effect pursued by making the person who caused it responsible for damage and not any other.*

# DESARROLLO

Desde las nuevas tendencias cabe recalcar a Guido Calabresi<sup>4</sup>, quien determina con precisión las funciones desarrolladas por el sistema de responsabilidad, organizado para minimizar los costos de los accidentes.

En el mismo sentido, Roberto Vasquez<sup>5</sup> afirma enfáticamente: "Es que frente a la aparición diaria de nuevos tipos de daños (vgr. Sida, daño ambiental, etc.) muchas veces la difícil prueba de la relación causal lleva a que de hecho se frustre la indemnización pretendida. Adviértase que en muchos casos, ni siquiera se puede recurrir a la regla de la causalidad adecuada<sup>6</sup> por cuanto tratándose de nuevos fenómenos dañinos, no existe experiencia previa como para juzgar qué es lo que acostumbra suceder según el curso natural y ordinario de las cosas".

Existe situaciones donde se percibe como los conceptos causales tradicionales comienzan a desestabilizarse en situaciones que hacen difícil que el sistema causal concebido a partir de este su concepto tradicional pueda ayudar a resolver el problema. P. Ej.: EL DS, medicamento anti-abortivo consumido hace 30 años el cual generaba efectos a las hijas de las personas que habían consumido dicho medicamento.

La situación ha generado que se haga imposible identificar al causante de la víctima. Se sabía que era el DS, se sabía que habían consumido de uno de los doce laboratorios fabricantes pero no se podía determinar de cual.

Se estableció que en el fondo existía la probabilidad del daño (haciéndose responsables a los laboratorios) a partir de un concepto causal distinto, que no va tanto a la problemática de quien causó o no el daño, sino, a la problemática de la probabilidad que haya causado el daño (concepto de daño ya ocurrido).

¿Qué importa la determinación de la probabilidad?.. hay ciertos daños cuya ocurrencia se da después, mucho después del hecho producido. P. Ej: efectos consanguíneos, contaminación, etc. (Ver estado de la cuestión N° 3).

---

4 Ello implica: (Guido Calabresi)

a Reducir el número y gravedad de los accidentes (deterrence). Desincentivar aquellas actividades potencialmente dañinas que imponen a la sociedad costos superiores a los beneficios que genera. (Calabresi lo llama "Costos Primarios". La idea es que no todo accidente debe ser evitado pues ciertas actividades generan beneficios deseables que superan el costo social que dichas actividades imponen a los demás. En cierta manera las pérdidas de vidas humanas, integridad física y daños patrimoniales son el precio que la sociedad tiene que pagar para gozar de los beneficios que estas actividades generan.

b Compensar a las víctimas. Socialmente tiene sentido si aquel llamado a compensar esta en mejor situación que la víctima para enfrentar el costo del daño. Esto se logra a través de:

b1 La difusión social del costo del daño (responde por el daño aquel que esta en mejor situación para trasladar el costo al resto de la sociedad. A través de la Ley Económica de los rendimientos decrecientes se busca afectar a los últimos soles más no a los primeros, es preferible que mil paguen uno a que uno pague mil. Esta difusión social del costo se logra a través de los seguros.

b2 Buscar aquella parte cuya solvencia económica le permita soportar el daño con menor sacrificio (que pague el que más tiene). Esta teoría es conocida en el sistema norteamericano como: Deep Pocket bolsillo profundo. Calabresi lo denomina costo secundarios.

b3 La reducción de costos administrativos del propio sistema de responsabilidad civil. Calabresi lo identifica como reducción de los costos terciarios.

5 IUS ET VERITAS pp. 83 - 89 Edic. N 14 - 1997

6 Causalidad adecuada en circunstancias normales: Lo cual significa que normalmente causaría ese tipo de daño. Conduce a consecuencias predecibles, consecuencias de conductas como efectos de un determinado daño. Sin embargo los sistemas de causalidad adecuada tiene una suerte de efecto lotería, es decir, no todas las personas que desarrollan una conducta que potencialmente puede causar el daño asumen el costo del riesgo que está generando. Es decir no todas las actividades médicas ocasionan accidente.

Lo que el sistema hace es vigilar los daños potenciales que se pudo generar con la probabilidad. Si bien la idea de la causalidad adecuada va dirigida a identificar donde deben internalizarse los costos externos que originan una actividad potencialmente generadora de daños, este sistema funciona como una lotería. No todos los que desarrollan una actividad que incrementa las posibilidades que se dé un determinado accidente responden por el daño.

La problemática de la probabilidad de vida ¿puede advertirse a partir del concepto de causalidad adecuada?. El concepto de causalidad adecuada exige la prueba de causalidad. ¿A quién debe corresponder?.. Rp. Ineludiblemente "A la víctima".

Ocurre que si la víctima no puede probar la causalidad, el efecto del desincentivo se diluirá. Precisamente en responsabilidad médica se presentan múltiples casos en los cuales van a ser sumamente difíciles demostrar cuales fueron las causas del daño.

La causalidad se complica por una secuencia compleja de muchas causas ("n" vínculos causales).

El transcurso del tiempo:

- Diluye la posibilidad de prueba, porque conforme pasa el tiempo las pruebas van desapareciendo.
- Complica el nexo causal.
- Complica la posibilidad de prueba ya que con el tiempo van desapareciendo los aspectos fácticos
- Los hospitales, las clínicas se fusionan, se liquidan, se transfieren, etc.

Romeo Casabona<sup>7</sup> advierte que la comprobación de la relación de causalidad entre el resultado dañoso y la conducta negligente es especialmente compleja cuando se trata de sectores de actividad estrechamente vinculados con el desarrollo científico o tecnológico.

Si para conseguir el comportamiento eficiente de los distintos agentes sociales deben internalizarse las externalidades, la idea de causalidad adecuada resulta insuficiente. El sistema de causalidad probabilística elimina la lotería del lado del causante del daño y crea una lotería del lado de las potenciales víctimas<sup>8</sup>.

## EN LOS ALBORES DE LA CAUSALIDAD PROBABILISTICA

Los juristas franceses sostienen que el sistema de responsabilidad objetiva debe ser tal, con todas sus consecuencias.

Es ridículo conceptualizar en el sentido de atribuir concurrencia de la culpa de la víctima.

Reproducimos la idea que en Italia existió una corriente jurisprudencial en cuya virtud, en materia de responsabilidad por culpa profesional sanitaria, y en la búsqueda del nexo causal entre la conducta del inputado y el evento, el criterio de la certeza de los efectos de la conducta puede ser sustituido por el de identificar las probabilidades y magnitudes exactas de un daño potencial.

---

7 ROMERO CASABONA, C. "Perspectivas" en "Responsabilidad penal y responsabilidad civil" citado por DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo. "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil", p. 76. Ed. Civitas, 1995. Existe hoy una tendencia considerable a afirmar que cuando es imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia. IUS ET VERITAS pag. edición N 14-1997.

8 Estudio de Análisis Económico del Derecho pag. 117 ALFREDO BULLARD

### Estado de la cuestión N° 1:

Así se declaró en la sentencia de casación (17 de enero de 1992). Se trataba de un caso en el que a una mujer que había sido atendida de un parto a través de una operación, le sobrevino meses después una infección tetánica y falleció. Sobre la base de que los peritos informantes en el juicio dejaron establecido que un correcto tratamiento habría tenido un 30% de probabilidad de éxito. A los médicos encargados se les atribuyó responsabilidad. En su recurso, la defensa de los médicos había alegado que era absurdo afirmar que en presencia de un 30% de posibilidades de supervivencia, no podía tomarse en cuenta el restante 70% de posibilidades de muerte.

(Pero la oportunidad de probabilidad de vida era la prevalente).

De Angel Yaguez<sup>9</sup> refiriéndose a esta jurisprudencia afirma que en -términos generales y en relación con el grado de probabilidad preponderante, puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho más que cuando está convencido de su realidad. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que, aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante

En definitiva Yaguez se perfila a la conceptualización de la causalidad adecuada. Del caso se advierte un período de tiempo considerable entre la actividad causante del daño y la manifestación de este último.

Conceptualizando el daño, no como la producción del accidente sino como el incremento probabilístico del cual se vislumbra de que se produzca un daño cierto por efecto del desarrollo de una actividad médica y para determinar su responsabilidad se adopta la realidad de una causalidad probabilística.

Se advierte que no interesa si se produjo o no el daño de manera cierta, y sólo se busca determinar si la actividad médica incrementó las probabilidades de que un accidente se produzca. Con ello se busca entonces internalizar aquellas externalidades que las actividades médicas potencialmente generan.

De ello se colige la responsabilidad médica en este caso (estado de la cuestión N° 1).

Mucha referencia acerca del tema se adopta de la doctrina y jurisprudencia a partir de los juristas franceses.

Genevieve Viney<sup>10</sup>, expone que hay una tendencia de los tribunales a mostrarse indulgentes en la apreciación del nexo causal. La jurista citada, dice que en su país, la jurisprudencia está dividida en dos corrientes que tienden (ambas) por distintos medios a aligerar la carga de la prueba de la relación causal entre el hecho del responsable y el daño. Algunos fallos recurren a la teoría de la causalidad virtual que autoriza a conceder una indemnización estimativa y a título de pérdida de Chance.

En otros fallos se recurre al concepto de "creación de un riesgo injustificado

---

9 DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, "Tratado de Responsabilidad Civil", p. 752, Universidad de Deusto y Ed. Civitas, Madrid 1993.

10 VINEY, Genevieve, "Traité de Droit Civil - Les Obligations: La responsabilité: conditions", p. 433 N 368. L.G.D.J. Paris 1982.

## Estado de la cuestión N 2:

El origen de esta teoría se remonta a un fallo de la Corte de Apelación de Grenoble. Los hechos fueron los siguientes: herida una persona en la muñeca, el médico practica las radiografías de la mano, no descubriendo el médico ninguna fractura, por lo que dicha persona reanuda inmediatamente sus actividades normales. Sin embargo, meses después y al manejar circunstancialmente un objeto pesado, sintió un fuerte dolor que devino en consecuencias graves. El médico consultado descubrió, al examinar las radiografías realizadas con motivo del primer accidente, que en ellas se podía ver una fractura sin desplazamiento. Sin embargo, exculpó al colega argumentando que el estado actual del paciente debe ser considerado no como la evolución normal de la herida y menos aún el resultado del error de diagnóstico y de falta de cuidados eventuales que de aquél resulta, sino más bien de un nuevo accidente producido sobre una muñeca debilitada por el primer accidente.

Por el contrario, el accidentado sostenía que el error de diagnóstico le había privado de los cuidados que normalmente son aplicados en tales casos y que si tales cuidados le hubieran sido administrados, todo permite pensar que no se hubiera visto afectado por una invalidez. El Tribunal de Grenoble concluye: El perjuicio directo causado al paciente está constituido por la pérdida de una chance de curación. La Corte de Casación consagró esta noción de la pérdida de la chance en la sentencia.

Entre los defensores de esta teoría se cita a Tunc, Boyer Chammard- Monzain y Durry.

Se advierte que no interesa si se produjo o no el daño de manera cierta

**En principio y para este caso:**

¿ podría atribuirse responsabilidad al médico desde la óptica de la causalidad adecuada?..

La pérdida de oportunidad de curación ¿Es una circunstancia normal? ¿Es una consecuencia predecible de daño?... ¿Es una consecuencia de conducta como efecto de un determinado daño?..

Considero más razonable poder internalizar y desinsentivar las externalidades de las actividades médicas potencialmente dañinas, buscando contrario sensu incentivar la profesionalización a partir de la teoría de la causalidad probabilística

LA PERDIDA DE CHANCE o pérdida de oportunidad de vida o de curación (circunstancia de responsabilidad médica), parte de la teoría de la causalidad probabilística; sólo busca determinar si la actividad médica incrementó las probalidades de daño, es decir, existen elementos que permiten implicar la relación de una actividad médica y el incremento de probabilidades de daño como consecuencia misma de la actividad. El valor económico de la probabilidad de vida o curación perdida (pérdida de Chance), es en sí un daño proveniente de la causalidad probabilística en el cual se sustenta la responsabilidad civil médica. Los requisitos causales al igual que todos los otros requisitos legales, finalmente deben justificarse en términos funcionales<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Guido Calabresi Universidad de Yale. A cerca de la causalidad y la responsabilidad extracontractual. Un ensayo en homenaje a Harry Kalven, Jr.

## HACIA UNA CAUSALIDAD PROBABILISTICA DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO

Teorías trascendentes históricamente:

### A.-La Causalidad Virtual

Aparece en la jurisprudencia de la casación Francesa la teoría de la causalidad virtual (causalité virtuelle). Esta teoría ha sido muy utilizada en materia de responsabilidad civil médica. Según sus lineamientos se hace responsable al médico de la pérdida de chance por parte del paciente. En tales casos no existe una conexión cierta y directa entre la conducta del médico y el daño sufrido por el paciente (muerte, lesiones), pero si consta que la acción y omisión del médico disminuyó las posibilidades de sobrevivir o de curarse.

### El valor económico de la probabilidad de vida o curación perdida.

Que en buena cuenta es una aproximación al sistema de causalidad probabilística por que el propio concepto de daño ha sido cambiado.

## CRONOLOGICAMENTE APRECIEMOS LA CONCEPTUACION DE LOS JURISTAS FRANCESES AL RESPECTO DE LA CAUSALIDAD VIRTUAL:

- 1 Jordano Fraga:<sup>12</sup> No se puede condenar al entero importe del daño padecido porque la relación causal con la conducta del facultativo no consta suficientemente, pero tampoco parece justo dejar al paciente sin indemnización alguna
- 2 Yzquierdo Tolsada:<sup>13</sup> Se sustituye la reparación de un daño no probado por la de un daño que no consiste en otra que en la pérdida de posibilidades de curación, no constando la relación causal entre la intervención médica y el daño efectivamente producido, pero sí que esa situación disminuyó las posibilidades de curación.

### B La Creación Injustificada de un Riesgo

Otra elaboración jurisprudencial Francesa es la conocida como de la "Creación injustificada de un riesgo". Es así que Viney afirma que uno de los procedimientos para aligerar la prueba de la causalidad, es la apreciación de las consecuencias de la creación culpable de una situación de peligro.

Según la jurista francesa Genevieve Viney, en la mayoría de estos casos es prácticamente imposible afirmar con total certidumbre que sin el hecho culposo que originó el peligro, el daño no se hubiera producido. Solamente se puede constatar que ese hecho tenía menos probabilidades a chance de producirse. A pesar de esta incertidumbre sobre la existencia de la relación causal, los tribunales admiten, entonces, muy frecuentemente, la responsabilidad apoyándose en la noción de "probabilidad o de previsibilidad objetiva", para suplir la prueba categórica y compleja del lazo de causalidad.

---

11 JORDANO FRAGA, Francisco, "Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, enero de 1985, p. 83, cita al pie N 82.

12 YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: "La responsabilidad civil del profesional liberal" p. 332, Ed. Reus, Madrid 1989.

## CRONOLÓGICAMENTE APRECIEMOS LA CONCEPTUACIÓN DE LOS JURISTAS FRANCESES AL RESPECTO:

14

1.-Jordano Fraga:

Existe una orientación jurisprudencial que, superando la doctrina de la pérdida de una probabilidad, llega más lejos en la libre valoración del nexo causal y consiguiente inversión de la carga probatoria del paciente; el médico responde del daño sufrido por el paciente en el curso del tratamiento cuando aquel daño ha ido precedido de la creación d'un risque injustifié por el facultativo.

15

2.-Alberto J. Bueres:

Reputa responsable al médico cuando el daño fue precedido de la creación de un riesgo injustificado o de la creación culposa de un estado de peligro.

### Estado de la cuestión N 3:

#### EL CASO DE UN NIÑO PROBETA

Antecedentes: Una mujer (fértil) en busca de obtener un hijo casi de manufactura y bajo control de calidad recurre a un especialista médico de una Clínica muy prestigiosa y le solicita le procure una FECUNDACION IN VITRO, escogiéndole el semen mas apropiado con las características muy peculiares que ella solicita, con lo cual, el especialista médico logra la fecundación y la anidación del pre embrión en el útero con la subsiguiente concepción y el nacimiento de un niño.

Se trata del nacimiento de un niño a través de la fecundación in vitro por un especialista médico de una prestigiosa clínica. El niño se desarrolla normalmente y adquiere la mayoría de edad. Ya como adulto (22 años) comienza a presentar cuadros muy complicados de enfermedad renal que provenía congénitamente lo cual le lleva a muchos de enfermedad y gravidez. Como consecuencia de ello fallece.

La madre de aquel muchacho demanda por PERDIDA DE CHANCE (pérdida de oportunidad de vida) al médico quien le procuró la fecundación in vitro y la implantación del pre-embrión, previo a la escogitación de gametos sexuales a su elección.

Nota:

(Cabe la aclaración que el especialista médico quien logró la fecundación in vitro escogió de un banco de semen -a su libre elección- el que consideró apropiado supuestamente conforme a la solicitud de su paciente, e incluso lo mantuvo en observación a través de un crio conservador de embriones).

En este caso la madre no tenía antecedentes de enfermedad renal, de lo que la probabilidad de enfermedad congénita estaba en el "Padre escogido", la misma que fué confirmado por los peritos.

Es más, a la edad de veinte años este muchacho ya había tenido dos hijos.

---

14 JORDANO FRAGA, Francisco, "Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico". op. cit. p. 83.

15 BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", vol. I p. 833, Ed. Hammurabi, op. citado

16 La fecundación in vitro supone la transferencia del acto de la procreación de la intimidad al laboratorio. Es el científico quien actúa y controla el proceso procreativo al quedar ahora en manos del cálculo y la razón. Ob. cit. pp. 33 La consideración jurídica del embrión in vitro. Gorki Gonzales Mantilla.

La fecundación in vitro impacta sobre la distinción entre lo natural y lo artificial que divide al mundo en dos esferas: las de las cosas que pertenece a la naturaleza y la de los productos del hombre. Ob. cit. pp. 34

El embrión in vitro es una vida humana que debe de protegerse por razones de tal, como bien jurídico tutelado en atención a su especial estado de indefensión, y en orden a su implantación y posterior desarrollo. Ob cit pp. 66

La fusión entre los gametos sexuales en el cuerpo de la mujer es el marco en que situamos la incidencia de la fecundación in vitro como determinación del inicio de la vida humana.

Ob. cit. pp. 28-29

17 Habiéndose practicado los análisis pertinentes los médicos concluyeron que se trataba de una enfermedad congénita e irreversible que se presentaba luego de un cierto periodo de vida.



INTERROGANTES:

### **1¿Aquél médico especialista es pasible de responsabilidad?**

Con justa razon, y por la pérdida de chance, es decir -en este caso- la pérdida de oportunidad de vida es atribuible como responsabilidad al médico especialista.

### **2 ¿Los hijos podrían demandar indemnización por responsabilidad civil extracontractual del médico?**

Se advierte un valor económico de la probabilidad de vida que genera un costo el cual debe trasladarse a la gente en procura de internalizar las externalidades.

En este caso, el daño recién se va a producir y luego de un período de tiempo por lo que la única manera de lograr una internalización es cambiando "la idea del daño" y "la idea de causalidad" por tanto, en lugar de tener un sistema de responsabilidad que entra en operación EX POST al daño se debe recurrir a un análisis EX ANTE.

Por la teoría de la causalidad probabilística a los hijos les corresponde ser indemnizados, se adquiera o no la enfermedad congénita.

### **CONCLUSIONES:**

Primero.- Es de advertirse un tiempo considerable entre la actividad causante del daño y la manifestación de éste último. En este caso como consecuencia del transcurso del tiempo surgen tres problemas que complican la posibilidad de una efectiva internalización de externalidades<sup>18</sup>.

a) El correr del tiempo complica las relaciones de causalidad (puede suponerse que aquella víctima abusó de sustancias que pudieron repercutir en el daño de los riñones.

b) La existencia de un largo período entre la realización de la actividad médica que causó el daño y la manifestación de este último, hace dificultoso el abundamiento y precisión en pruebas (puede ser que los archivos ya hayan desaparecido o sea imposible ubicarlos como consecuencia de una catástrofe, de la jubilación del médico, etc.).

c) Este tipo de riesgos -por los antecedentes- se vincula además a la responsabilidad de las clínicas, pero éstas como en muchos casos pudieron haber desaparecido, haberse fusionado con otras, etc.

Segundo.- El sistema de causalidad probabilística advierte dos problemas principales:

a. Muchas veces es muy costoso y hasta imposible identificar las probabilidades y magnitudes exactas del daño potencial.

b. No existe una adecuada compensación a las víctimas.

c. La teoría de la causalidad probabilística pretende dar elementos que permitan realizar un análisis EX ANTE AL DAÑO para determinar la responsabilidad ya que un análisis EX POST no puede identificar la causa específica de un daño determinado que aún no se ha producido en una víctima concreta y que tal vez podría no suceder.

d. El daño probabilístico<sup>19</sup> se considera como tal atribuyendo al daño en sí como el incremento estadístico de las probabilidades de sufrir un daño cierto por el desarrollo de una determinada actividad.

---

18 J Al respecto y con mejores elementos se amplía esta idea en la LAW AND ECONOMIC pp. 418-419 de COOTER ROBERT Y ULEN THOMAS.  
19 Estudio del análisis económico del derecho. pp. 115 y sgtes. ALFREDO BULLARD

e. A partir de un análisis ex ante de causalidad probabilística y para determinar la indemnización se tendrá presente el siguiente cálculo:

Tercero.- La fórmula objetiva de la responsabilidad civil resulta ser conforme lo manifiesta Learned Hand, en el sentido que : la magnitud del daño x la probabilidad del daño = indemnización. En tal sentido se tiene dos precisiones:

a. La teoría de la causalidad probabilística no sólo cambia el concepto de causalidad sino cambia el concepto del daño. Ya para indemnizar no tiene que haber un daño sino sólo el incremento de probabilidades de daño.

b. Como alternativa se presenta el sistema de seguro obligatorio basada en el sistema de causalidad probabilística, cuya prima puede ser calculado de la siguiente forma: Probabilidad de riesgo x magnitud del Daño = Prima. Como consecuencia, el seguro cobraría hoy en función a la probabilidad y pagaría mañana en función a la magnitud del daño.

c. El sistema de causalidad probabilística advierte una explicación de la lógica del Seguro en términos de prevención que alternativamente puede variarse a través de impuestos, o puede redistribuirse a través de labores afines en procura de compensar el daño causado.

d. La indemnización por PÉRDIDA DE CHANCE<sup>20</sup> intenta reparar el daño que se produce cuando el acto dañino ha frustrado la posibilidad de obtener una cierta ventaja patrimonial. Para ello se hace necesario la intervención de otros elementos que son inciertos para que la ventaja o ganancia frustrada hubiera sido efectivamente posible. Definitivamente este concepto -por su naturaleza- precisa de manera general un tipo de indemnización de daños patrimoniales que constituye tema aparte del presente análisis aunque es cierta su relación vinculante.

e. En materia de indemnización extrapatrimonial, el Daño moral<sup>21</sup> muy bien podría coadyuvar a provocar una compensación justa en procura de desincentivar estas lesivas actividades médicas de Frustración del proyecto de vida y de sufrimiento tanto a la víctima como a sus familiares.

---

20 Resp. Civil Extracontractual. Tomo II PUCP. Fernando de Trasegnies.

21 pp. 46 al 49.  
Resp. Civil Extracontractual. Tomo II PUCP. Fernando de Trasegnies.

# ANÁLISIS ECONOMICO DEL COSTO DEL DAÑO Y LA "VÍCTIMA", EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

VIOLETA DE PIEROLA GARCIA  
MUÑOZ TAFUR, JUDISSA JUDITH  
VIDAL PAROY, JUAN EDUARDO  
BETEL PERALTA GALVEZ  
ESMERALDA BARZOLA HUAMÁN

## RESUMEN

Desde el análisis económico, el principio básico de la responsabilidad civil es que todo aquel que cause daño debe indemnizarlo (sea por dolo o culpa), como tal, el costo del daño es que siempre hay una "víctima". Y por ende, producido el daño, éste no desaparece sólo se traslada. El traslado de un daño tiene un costo, donde el Factor de atribución para este caso como elemento definido en la Ley que se incorpora al Nexo Causal está determinado por el art. 1979 del Código Civil<sup>1</sup>.

Bajo esta perspectiva de análisis se debe considerar criterios valorativos como son , el "standard de conducta"<sup>2</sup> que permita preveer una seguridad jurídica a partir del cual va a ser posible analizar al sujeto y ver cual debe ser lo más adecuado.

Del análisis cabe colegir preguntas norteadoras :

- ¿Hay o no violación de la norma? .
- ¿Hay o no relación con la causa del Daño? .
- ¿ Cómo funcionan los Arts. 1969 y 1979 del Código Civil y si nos permite advertir el nexo causal como función de utilidad interdependiente, considerado sinónimo de externalidades.

1ra. persona = F1 = (a1, b1, c1)

2da. persona = F2 = (a2, b2, c2,d2)

F1 = Fórmulas expresadas matemáticamente que reflejan el nivel de satisfacción o sufrimiento de las personas.

c1 = Elementos determinantes.

---

1 Art. 1979 Código Civil. El dueño de un animal o aquél que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.

2 El standard de conducta debe ser el mismo (en el sentido de criterio valorativo) aplicable tanto a la víctima como para el agente.

## SUMMARY

*From the economic analysis, the basic principle of civil liability is that anyone who causes damage must compensate him (whether due to fraud or fault), as such, the cost of the damage is that there is always a "victim". And therefore, produced the damage, it does not disappear, it only moves. The transfer of damage has a cost, where the Attribution Factor for this case as an element defined in the Law that is incorporated into the Causal Nexus is determined by art. 1979 of the Civil Code.*

*From this perspective of analysis, evaluative criteria should be considered, such as the "standard of conduct" that allows foreseeing a legal certainty from which it will be possible to analyze the subject and see which should be the most appropriate.*

*Guiding questions can be drawn from the analysis:*

- Is there a violation of the rule or not? .*
- Is there or is it not related to the cause of the Damage? .*
- How do Arts. 1969 and 1979 of the Civil Code and if it allows us to notice the causal nexus as an interdependent utility function, considered synonymous with externalities.*

*1st. person =  $F1 = (a1, b1, c1)$*

*2nd. person =  $F2 = (a2, b2, c2, d2)$*

*$F1$  = Mathematically expressed formulas that reflect the level of satisfaction or suffering of people.*

*$c1$  = Determining elements.*

# DESARROLLO

Resulta determinante precisar que, la indemnización del "costo del daño" se traslada al Potencial dañador y si este fuere por ejemplo, el propietario del Caballo CAMPERO. Cabe aclarar que este "costo del daño" contiene además, el daño personal ocasionado por su consecuencia, es decir un tratamiento psicológico del Shock generado.

La Culpa se basa principalmente en el desincentivo (es su razón de ser), a partir de una concepción del standard de Conducta determinado "en todo accidente", que considera negligente la forma como se desarrolla, hace responsables a los culpables; busca la posibilidad de renuncia a tener accidentes:

- A** Es decir, que al momento de trasladar el daño se consigue desinsentivar accidentes (reducción de costos primarios). Si yo traslado el "costo del daño" al causante del accidente puede ser que se genere incentivos para que en el futuro nuevas personas no desarrollen la conducta que ocasionó el accidente (Se trata de internalizar externalidades)
- B** De esa manera se compensa mejor a la víctima. Porque al momento de trasladar el daño, bajo ciertas circunstancias, el sufrimiento generado por el daño se reduce sea por dispersión social del costo a través de los precios o sistemas de seguros; sea por Deep Pocket (bolsillo profundo) buscando afectar los últimos soles y no los primeros (lo que sobran no lo que le falta).

## RUBRO I - CRITERIOS DE DETERMINACIÓN:

**CAUSALIDAD.-** En este caso la causalidad advertida definitivamente es atribuible a la Causalidad Adecuada. La parte que en la práctica evita los costos de manera más barata es el CHEAPEST COST AVOIDER<sup>3</sup> el que sería responsable de los costos del accidente bajo el standard de la desincentivación de mercado.

Lo que hay que buscar es un sistema que identifique qué categoría de sujetos involucrados en un accidente, está en mejor capacidad para hacer el análisis costo beneficio sobre cómo evitar el daño.

El uso de la causa SINE QUA NON además del concepto de causa adecuada sólo puede ser entendido en cuanto una de las metas de la responsabilidad extracontractual es la desincentivación de mercado, siendo que la norma Sustantiva resulta ser el Art. 1985 del Código Civil, existiendo inclusive diferencias entre ambas, causalidad adeudada y causalidad sine que non.

En relación a la causa próxima<sup>4</sup>, esta causalidad puede anexarse a la causalidad adecuada a partir de:

A) La previsibilidad como elemento a fin a la habilidad "difusora" de las pérdidas por causalidad próxima que debería ser internalizado por los actores potencialmente responsables .

B) La magnitud y naturaleza del daño, que por tener directa vinculación a la habilidad del potencialmente responsable, puede reservar un fondo para este tipo de contingencias y cubrir este tipo de pérdidas con el ingreso diario.

---

<sup>3</sup> CHEAPEST COST AVOIDER: (El más barato indicador del daño) Ob. cit. 201-204. Acerca de la causalidad y responsabilidad.. GUIDO CALABRESI. Themis.

<sup>4</sup> Causalidad próxima (p. 195. Acerca de la causalidad... Themis).

## ANÁLISIS DEL ESTUDIO DE CASO Y LA ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD

Del Estudio de caso y conforme al art. 1979 y 1985 del C.C., la denuncia civil<sup>5</sup> interpuesta por Jorge Belmonte, de conformidad con el Art. Nro 102 del Código Procesal Civil buscó señalar en juicio que existe un tercero (a quien precisamente además se le atribuyó haber tenido a su cargo el cuidado del caballo Campero) por cuya causa de negligencia en cumplir diligentemente el transporte del caballo Inquieto ocasionó el accidente, es decir el daño.

En juicio quedó demostrado que efectivamente Fernando Lucar (transportista del caballo) era el responsable al haber acreditado don Jorge Belmonte (propietario del caballo Inquieto) -con pruebas fehacientes- que el evento tuvo lugar por causa del susodicho, pero en razón de que el propietario del caballo Inquieto no adoptó las medidas necesarias al percatarse que el transportista no había llegado a la hora indicada y negligentemente autorizó el cuidado del animal para su transporte y conducción a una hora inapropiada con destino al Club Huachipa, el Juez de la Causa a partir de un análisis económico de causalidad adecuada<sup>6</sup> y de conformidad además al Art. Nro. 1,978 del Código Civil determinó por atribuir responsabilidad igualmente y en forma solidaria (conjuntamente con el transportista) al propietario del caballo don Jorge Belmonte.

Hipotéticamente, ¿sería posible argüir fractura de nexo causal por hecho determinante de tercero?, podría ocurrir buscando trasladar el costo del daño a un tercero (Fernando Lucar -transportista) quien pudo preveer, considerando -entre otros- que el factor de atribución en este caso se confunde con el nexo causal y esto a partir de la propia interpretación de la norma a través de la exposición de motivos del artículo 1979 del código civil<sup>7</sup> donde considera además la posibilidad de argüirse imprudencia de la víctima, y caso fortuito o fuerza mayor.

Hipotéticamente: ¿que sucedería si el club formula fractura del nexo causal por caso fortuito?. El Club alega que el caballo Inquieto en forma imprevisible al ver muy cerca al caballo Campero se alteró intempestivamente, saltó y se fué contra éste. Por lo que, no está obligado a reparar el daño pues fué consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor.

Debe tenerse en consideración que: "todo lo que no esté considerado como riesgo típico de una actividad normal será identificado como caso fortuito o fuerza mayor".

¿Es riesgo típico de la actividad normal del animal (caballo), el de alterarse y saltar? Consideramos que sí, ya que las actuaciones de un animal no pueden preverse. Las actuaciones de un animal advierte caracteres de imprevisibilidad en su comportamiento y en sus reacciones.

De ello se colige que no existe patrones que puedan establecer estándares de los cuales se consiga determinar cuales serían o no los riesgos, como marco previo a establecer determinante-mente un caso fortuito o fuerza mayor, por tanto se concluye que una alegación de fractura de nexo causal por caso fortuito por parte del club es infundado. Este análisis se toma a partir de una mejor conceptualización e interpretación del art. 1972 del Código Civil como: Art. 1972: ".. incluso en los casos del Art. 1970 del C.C..."

---

5 Denuncia Civil Art. 102 CPC: el demandado que considere que otra persona, además de el o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho disentido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio a fin de que se le notifique del inicio del proceso.

6 A partir de la causalidad adecuada cuya forma o función es identificar de los posibles nexos causales aquel que es causa por el cual trasladado el daño al causante se consigue incentivos para desinsentivar la conducta. ¿Cómo se hace? trasladando el costo del accidente a la persona quien podía preveer que el daño podía ocurrir, es decir trasladando el costo del daño al propietario del caballo Inquieto don Jorge Belmonte. En consecuencia, es concepto de causalidad adecuada decir aquello que en "situaciones normales", apreciables estadísticamente constituyen concepto necesario para trasladar el costo del daño. Dejando claro que en "situaciones normales" ésta contiene consecuencias esperadas, atendibles y sustancialmente adecuadas.

7 El Código se refiere a la responsabilidad noxal en cuanto al dueño de un animal que se encuentre de hecho en su posición o lo tiene a su cuidado, debe reparar el daño causado por el animal aunque se haya perdido o extraviado del poder, ya sea de quien sea el dueño o de quien lo tenga bajo su cuidado, indicando el artículo que no es responsable si el evento tuvo lugar por obra de un tercero. Aunque el Código no lo diga, igualmente es irresponsable el dueño del animal a quien tenga su guarda si el daño tuvo lugar por causa de la imprudencia

Inclusive correspondería discutir si estaría inmerso en responsabilidad el portero del club huachipa?, para resolver ese caso se tiene a la teoría de la Responsabilidad Vicaria el cual muy bien es aplicable en los perjuicios a terceros, contenido en la norma sustantiva del Art. 1981 del Código Civil, de la responsabilidad solidaria.

El empleador -por esta teoría- es el mejor y principal distribuidor del riesgo y es el mejor asegurador por 2 conceptos sustanciales.

A) Porque es capaz de obtener un seguro a tasas muy por debajo de las normales.

B) Porque es más conciente del riesgo.

La teoría de la Responsabilidad vicaria<sup>8</sup> sugiere que todos los perjuicios causados por los empleados que surgen del empleo o durante su curso originan la responsabilidad del empleador surja o no un perjuicio de una actividad beneficiosa al empleador o que fuera autorizada por éste, no importa si hubiera acontecido por voluntad o negligencia del empleado.

De ello es atendible en el estudio de caso sub asunto, que el Club HUACHIPA responde (como empleador) por el daño ocasionado por el portero del Club.

La norma sustantiva en su última parte curiosamente incorpora el término solidario que en definitiva contiene particularmente el hecho de que el principal y servidor quedan así sujetos al régimen del artículo 1983 del Código Civil.

Para nuestro estudio de caso en particular, se considera al autor (dependiente) como autor directo y al responsable civil (principal) como autor indirecto y se señala que ambos están sujetos a responsabilidad solidaria. Para aclarar esto, Fernando de Trasegnies prevee 4 combinaciones:<sup>9</sup>

- A** Que se requiera culpa en el autor directo (dependiente) y también culpa en el responsable civil (principal). Este último respondería si y sólo si ha incurrido en culpa in eligendo o en culpa in vigilando.
- B** Que se requiera culpa en el autor directo (dependiente) pero no necesariamente culpa en el responsable civil (principal). Este último responde objetivamente, a condición de que haya existido una culpa en él primero. En este caso, el principal no es un autor puesto que sus actos no son causa de nada: es un mero responsable por mandato de la ley.
- C** Que no se requiera culpa en el autor directo (dependiente), pero que el principal sólo responda por los actos de su dependiente cuando hubiere incurrido en falta de vigilancia o culpa in eligendo.
- D** Que no se requiera culpa ni en el autor directo ni en el principal" todos los daños cometidos por el dependiente serían indemnizados por el principal, sin que éste pueda exonerarse aduciendo ausencia de culpa ni de su dependiente ni de sí mismo. Es el caso de las responsabilidades objetiva integral.

Nuestro estudio de caso en particular podría ubicarse en la segunda combinación donde sólo existe culpa en el autor directo (dependiente) y donde el responsable civil (principal) no tiene la categoría de autor indirecto puesto que sus actos no son causa de nada; es un mero responsable por mandato de Ley, por tanto sólo al principal se le atribuiría la responsabilidad pero existen dudas en lo que concierne en principio:

A) A la hora de recepción del animal (ya estaban cerrados los Boxes).

B) A la habilitación en lugar inapropiado (corral de los ponies).

---

de la víctima. También hay irresponsabilidad si la producción del daño fue consecuencia de Fuerza mayor.

A fin de cuentas devendría en los mismos resultados, es decir que dos serían objetivamente los responsables (propietario del caballo y el transportista).

Ob. cit. pp. 558-559 Código Civil, Fernando Guzmán.

<sup>8</sup> Ob. cit. p. 90. Ius. et. veritas. Algunas reflexiones sobre la distribución del riesgo y la responsabilidad civil extracontractual. Guido Calabresi. Universidad de Yale. EE.UU.

<sup>9</sup> Arts. combinatoria Ob. cit. pp. 468-469. Fernando de Trasegnies. Resp. Extracontractual. Tomo I.

Que hacen preveer que sí el responsable civil (principal), es decir el dueño o responsable del Club Huachipa incurrió en culpa in eligendo o in vigilando con lo cual uno y otro son responsables del Daño con la salvedad ilógica de que quien debe pagar, que es en este caso el autor directo (dueño o responsable del Club Huachipa) puede repetir contra el otro. Conforme advierte el art. 1983 del Código Civil originando una lamentable imperfección, dando como resultado que, tanto el CLUB (a través del dueño o responsable) como el portero del club están sujetos a responsabilidad solidaria.

## **RUBRO II - CRITERIOS PARA UNA ADECUADA INDEMNIZACIÓN**

De nuestro estudio de caso se colige que, en particular las externalidades no revisten la magnitud real, el daño emergente como consecuencia directa y súbita contendrá los gastos irrogados los cuales como consecuencia del daño no tiene trascendencia; la apreciación del cuanti del lucro cesante es muy subjetiva existiendo antecedentes de la edad del caballo. No existe la probabilidad de indemnización por pérdida de chance porque existen evidencias que el caballo ya se había alejado de las competencias mucho antes; por ende tampoco generaría indemnización por renta considerando expectativas periódicas de beneficio pues no se acreditaba ya -antes de la muerte del animal- una vida productiva.

A partir de la pérdida de la cosa, se toma como referencia el valor del mercado para establecer una compensación justa. Además:

- A) ¿Cuánto se hubiera pagado por el animal en caso de comprarlo anteriormente?
- B) ¿En cuánto se estimaría el valor subjetivo que en conjunto reflejaría en el costo del animal?

En este caso el propietario del caballo Campero tiene antecedentes que incentivarán su costo por la sublimación de las cualidades del animal en una época.

La idea es establecer una indemnización prudente tomando en cuenta el valor objetivo y subjetivo del mercado porque lo que se trata es desincentivar la conducta dañosa para que los responsables sean concientes de cuánto cuesta este daño.

La indemnización in natura considera lo justo, trata de obtener un promedio real. El daño moral para nuestro estudio de caso no puede existir, en principio porque el daño moral conforme al art. Nro. 1984 del Código Civil es el daño producido a la víctima o a su familia.<sup>10</sup>

Fernando de Trasegnies, nombrado a Carlos Fernández Sessarego señala que el Daño extrapatrimonial estaría conformado por el daño moral y por el daño a la persona en sí misma estimada como un valor espiritual, psicológico e inmaterial; en cambio el daño moral habría quedado reducido al dolor de afección, pena y sufrimiento.

Regresando al estudio de caso, se advierte una reducción de expectativa de vida como consecuencia del shock de lo que se concluye que se puede tomar la variable de la indemnización por Daño a la persona en el cálculo de la indemnización más no es posible atribuir un Daño moral. En todo caso, en nuestra legislación no se prevee la indemnización punitiva (punitiva damages); definitivamente con ello sí se sobreindemniza a la víctima, pues parte de la conceptualización de buscar que la gente internalice el daño ideal que ha causado creando una externalidad.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Art. 233 del C. Civil: La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú. .

<sup>11</sup>A veces se asocia con el dolo, generando, creando incentivos para que nuevas víctimas demanden.



## HACIA UNA APROXIMACIÓN DEL CALCULO DEL DAÑO COMO SÍNTESIS DE LO EXPUESTO:

|                   |          |                            |
|-------------------|----------|----------------------------|
| Valor del Mercado | = 2,000  | Valor de indemnización     |
| Valor propio      | = 10,000 | Solicitud de S/. 1'000,000 |
| Valor subjetivo   | = 30,000 |                            |

Valor mercado = el estimado en nuestro caso.

Valor propio = el estimado en cuánto se hubiera pagado si lo ofrecían en venta.

Antecedentes de trayecto. Interés biológico-genético, etc.

Valor subjetivo = el estimado en cuánto considera la víctima atendiendo afectos valorativos

Considero previamente que el sistema se debería inclinar en base a un sistema tarifario. Para la aproximación del cálculo del daño se tendrá en cuenta las atingencias de los Arts. 1236 y 1933 del Código Civil<sup>12</sup>

|                                 |          |                             |
|---------------------------------|----------|-----------------------------|
| INDEMNIZACIÓN/DAÑO EMERGENTE    | S/.2,000 | APROXIMACIÓN INDEMNIZATORIA |
| INDEMNIZACIÓN/LUCRO CESANTE     | S/.3,000 | PROPUESTA                   |
| INDEMNIZACIÓN/PÉRDIDA DE CHANCE | S/. 0    | VALOR PROMEDIO S/.13,000    |
| INDEMNIZACIÓN/DAÑO MORAL        | S/. 0    | INDEMNIZACION S/.13,000     |
| INDEMNIZACIÓN/DAÑO A LA PERSONA | S/.3,000 |                             |
| INDEMNIZACIÓN/DAÑO COMO RENTA   | S/. 0    | IMPORTE TOTAL S/.26,000     |
| INDEMNIZACIÓN/DAÑO IN NATURA    | S/.5,000 | MAXIMO                      |
| INDEMNIZACIÓN/DAÑO PUNITIVO     | S/. 0    |                             |

### SÍNTESIS de RESULTADOS

- A** Son responsables por los daños irrogados
1. El propietario del caballo inquieto (JORGE BELMONTE)
  2. El transportista propietario del camión (FERNANDO LUCAR)
  3. El dueño o representante del Club Huachipa.
  4. El portero del Club.
- B** La respuesta a esta pregunta está ampliamente desarrollada en:
- RUBRO I = criterios de determinación.  
RUBRO II= criterios para una adecuada indemnización.
- C** En definitiva, por existir más de un responsable (4 personas), la responsabilidad en la relación interna debe distribuirse en forma solidaria conforme al art. 1983 del Código Civil con la atingencia del susodicho artículo en la parte de que puede repetirse contra los otros, si fuera el caso.

---

<sup>12</sup> Art. 1236 del C.C.: Cuando por mandato de la ley o resolución judicial deba restituirse una prestación o determinar su valor, este se calcula al que tenga el día del pago, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.  
El Juez, incluso durante el proceso de ejecución, está facultado para actualizar la pretensión dineraria, aplicando los criterios a que se refiere el artículo 1235 o cualquier otro índice que permita reajustar el monto de la obligación a valor constante. Para ello deberá tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, en resolución debidamente motivada. La actualización de valor es independiente de los que se resuelva sobre intereses".

Art. 1933 del C.C.: El acreedor no puede pedir el pago de la renta si no justifica que vive la persona en cuya cabeza se constituyó; a no ser que la vida del acreedor fue la señalada para la duración del contrato.

Un medio alternativo de proteger la titularidad es dar al que la ostenta una cuantía de dinero (un resarcimiento) determinada por un organismo del Estado. P. Ej. Un Tribunal. Si la víctima posee la titularidad, tiene derecho a que se le compense, pero no puede prohibir al ofensor dañarle tal como podría con una acción de cesación. Ob. cit. p. 120. Primera aplicación: Inmisiones. Alfredo Bullard.

- B** Lo importante es establecer un marco legal adecuado para internalizar externalidades, en nuestro caso, dependiendo si los costos de transacción son muy altos, ello igualmente dependerá de la información acerca del número de auxiliares de vuelo, número de aerolíneas, número de tabacaleras.

La Corte Suprema de EE.UU. en un caso muy parecido (de las tabacaleras) ya ha interpretado en el sentido de que: Las empresas patrimonizadas (deberán informar con mayor incidencia a lo que la ley y el Estado exige si es que el daño es mayor, en caso contrario incurrir en responsabilidad. La Corte Suprema de EE.UU. ha establecido la existencia de responsabilidad Civil por una inadecuada advertencia de riesgo en las tabacaleras.

- C** Una buena razón que justifique trasladar el costo del daño es por prevención. Resulta que el daño causado ya no se puede reducir, pero al indemnizar procuro que en el futuro no se produzcan daños iguales, es decir internalizo externalidades y las desincentivo y como tal, la responsabilidad Objetiva tiene que ver con el desincentivo principalmente cuando las premisas son unilaterales.

- D** Las Externalidades que de alguna manera tienen directa incidencia en la reducción de expectativa de vida humana aunque intuitivamente parezca mínima. A ello podríamos relacionar que existe un planteamiento un tanto oscuro de la responsabilidad objetiva de la Empresa donde inclusive bajo análisis comparado, los italianos propugnan que las empresas deben ser objetivamente responsables por compensación. Por el cheapest cost avoider se exige la responsabilidad a quien debe advertir más allá de lo que el Estado le exige si es que el Daño es mayor y de la variable de informar a los consumidores. Al respecto existe ya jurisprudencia en EE.UU. acerca de las tabacaleras.

## **EPILOGO:**

Partiendo del Optimo de Pareto: un máximo de eficiencia social sólo es obtenida cuando los costos sociales que se derivan de todas y cada una de las actividades que se realizan en el mercado sean iguales a los beneficios sociales.

Pigou, demostró -sin embargo- es posible una divergencia entre ambos: "costes o diseconomías externas"; la inconsistencia del mercado como instrumento exclusivo para alcanzar la eficiencia social.

En todo caso concluye: sería el estado quien debería intervenir para corregir tales fallos del mercado, por medio, precisamente del mecanismo coercitivo del derecho. En definitiva, nuestra legislación es justamente sobre esta crítica Pigouviana, en la cual se asienta los postulados básicos del análisis económico del Derecho. Coase trató de demostrar que los costes externos pueden ser internalizados siempre que:

- A** La asignación de recursos en cuanto a derechos y responsabilidades en el mercado, estén perfectamente delimitadas.
- B** Que los costes de transacción, es decir los costos que llevan consigo las diferentes operaciones que son necesarias para proceder a los propios intercambios sean nulas o sin relevancia.

Si estas dos condiciones no se cumplen no se podrá alcanzar la eficiencia en el mercado y entonces deberá ser el Derecho quien establezca las condiciones en que pueda efectivamente alcanzarse.

De ello se colige que el Derecho tiene una importante función desde el punto de vista de la teoría económica, en tal medida, el Derecho deberá ser evaluado exclusivamente en términos de propiciar la correcta asignación que debe llevar al equilibrio del mercado.

Este preámbulo justifica la dación del D.L. 25357 legislación, por el cual se prohíbe fumar en lugares públicos y cerrados. Del teorema de Coase es posible citar que cuando los costes de transacción son positivos, la solución eficiente ya no podría producirse con independencia de la forma jurídica elegida, pero, básicamente el criterio adoptado a partir del D.L. 25357 es para internalizar los costos de transacción que en definitiva son elevadísimos y han alcanzado un valor prohibitivo, centrándose en el obvio análisis del óptimo de Pareto.

En concreto y de los antecedentes -para nuestro caso- existe una fractura del nexo causal por imprudencia de la víctima, algunos la conocen como hecho determinante de la víctima, pero al nominarlo así ya se ha trascendido en la implicancia de establecer una suerte de factor atributivo objetivo como especie de responsabilidad objetiva por riesgo de la víctima, y en ello está implícito la teoría de la Asunción de los Riesgos.

La afirmación: "En la Fractura Causal por imprudencia de la víctima, ésta es efectivamente responsable"..., ocasiona un problema de cómo atribuir responsabilidad si todas son efectivamente responsables. Este tema de juzgar la imprudencia de la víctima en verdad es muy compleja observando doctrinariamente existen varios sistemas:

A) sistema de la Culpa Obstáculo. Que deviene del Aforismo Romano: Nadie puede obtener indemnización en función de su propia culpa.

B) sistema de la Culpa Comparativa: La cual acoge 2 teorías:

1. Teoría de "pague la mitad": Si el accidente es más de la mitad atribuible al causante entonces éste responde a la víctima y si es más de la mitad atribuible a la víctima entonces responde al causante.

2. Teoría "proporcional": Se reduce la indemnización en proporciones según las circunstancias. (Art. 1973 C.C.). La imprudencia no puede estar inmerso en la teoría proporcional

3. a partir de la teoría de la asunción del riesgo, se tiene al factor de atribución el cual es un factor de riesgo que parte del supuesto que la víctima conoce (previa evaluación) cuáles son sus capacidades para asumir el riesgo. El Cheapest Cost Avoider en la teoría de la Asunción de riesgo es determinante para establecer la responsabilidad, pero para ello se debe tener cuidado en identificarlo.

Para nuestro estudio de caso, las víctimas (auxiliares de vuelo) conocen de la vigencia del D.L. 25357, además por sus habilidades propias de su profesión son quienes mejor conocen que riesgo pueden asumir frente a un derecho prohibitivo, lo cual deviene en un inexcusable raciocinio "si tu asumes el riesgo tu eres responsable".

# LA IDENTIDAD PROPIA DE LA BIOÉTICA FRENTE A LA RESPONSABILIDAD CIVIL

ACUÑA NAVAL, LIZETTE STEFANY  
BALDEÓN CASTILLO, DANIEL PAULINO  
FIESTAS LIZANA ALLINSON  
LAVADO SOVERO PATRICIA

## INTRODUCCIÓN

En el Perú, la bioética no ha adquirido todavía identidad propia. La bioética es algo más que los problemas éticos de la práctica médica. Una de las conquistas de la bioética es que en todas las entidades de salud exista el Comité Hospitalario de Ética (CHE), mientras que entre nosotros se desea todavía que el Comité de Ética del Colegio Médico resuelva todos los problemas e igualmente que la Comisión Nacional de Lucha contra el Sida resuelva todos los problemas de esta pandemia.

La bioética es el conjunto de conocimientos científicos que estudian la transformación tecnológica de la medicina y es además la respuesta racional a los problemas morales, políticos y sociales que plantean las formas de atención a la salud humana, con la única finalidad de producir beneficio en las intervenciones biomédicas.

### INTRODUCTION

In Peru, bioethics has not yet acquired its own identity. Bioethics is about more than the ethical problems of medical practice. One of the achievements of bioethics is that in all health entities there is the Hospital Ethics Committee (CHE), while among us it is still desired that the Ethics Committee of the Medical College solve all problems and also that the National Commission of Fight against AIDS solve all the problems of this pandemic.

Bioethics is the set of scientific knowledge that studies the technological transformation of medicine and is also the rational response to the moral, political and social problems posed by the forms of human health care, with the sole purpose of producing benefit in the biomedical interventions

## **BASE LEGAL**

En el derecho a la vida y a la salud fueron plasmados como garantías constitucionales en las constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920, y 1933. Es recién con la constitución de 1979 y en la vigente de 1993, que se tratan como manera organiza y detallada en los derechos fundamentales de la persona, También se desarrollan los derechos sociales, de la seguridad social, de la salud y el bienestar, así como la educación, la ciencia y la cultura. En cada uno de estos podemos apreciar ocultos algunos principios del orden bioético como es la protección del derecho a la vida, a la integridad, protección de la madre, el niño y el anciano, el discapacitado, la protección del medio ambiente.

### **1- BIOÉTICA**

En el Perú, los derechos a la vida y a la salud fueron plasmados como garantías constitucionales de manera expresa en las Constituciones de 1856, 1860, 1867, 1920 y 1933. Recién con la Constitución de 1979 y en la vigente, de 1993, se tratan de manera orgánica y detallada los derechos fundamentales de la persona. También se desarrollan los derechos sociales, la seguridad social, la salud y el bienestar, así como la educación, la ciencia y la cultura. En cada uno de éstos podemos apreciar ocultos algunos principios de orden bioético, como es la protección del derecho a la vida, a la integridad, protección de la madre, el niño, anciano, el discapacitado, la protección del medio ambiente. Sin embargo, el avance, la definición teórica y la plasmación de los postulados bioéticos en documentos internacionales nos hace reflexionar acerca de la imperante necesidad de que un texto constitucional trate tan novedosa y actual materia.

El derecho es una de las disciplinas más directamente interpeladas por los nuevos dilemas bioéticos y a la que se reclama, a veces en forma perentoria, respuestas normativas. Desde luego que la tarea del derecho en este ámbito no es nada fácil. Cuando surgieron con más fuerza estos debates, a comienzos de los años 1980, ningún país contaba con normas jurídicas para regularlos. La insuficiencia del derecho positivo se hizo entonces patente. El paso de la ética al derecho fue, y sigue siendo, una tarea ardua.

Varios países crearon comités nacionales de ética para preparar de algún modo el camino en tal sentido. Pero la concreción legislativa fue más lenta que la reflexión de los expertos. Así, por ejemplo, en Francia, el Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la Vida fue creado en 1983, pero sólo once años después consiguió el Parlamento aprobar tres leyes vinculadas a los temas de bioética. Un fenómeno análogo se produjo en otros países, lo cual muestra la dificultad que encuentra el legislador para intervenir en estas cuestiones. El legislador teme dar respuestas que sean, o demasiado restrictivas para los científicos, o demasiado débiles para garantizar la dignidad de la persona.

La ley está principalmente destinada a garantizar la dignidad y los derechos de las personas. Ella debe fijar las bases para asegurar el respeto de cada individuo frente a los posibles abusos de las prácticas biomédicas.

Lo que busca ante todo el derecho es evitar que la sociedad humana sea regida por la ley del más fuerte. Para ello propone la justicia y la equidad como condiciones necesarias para la paz social. Pero su fin inmediato no consiste en hacer virtuosas a las personas; aun cuando, a través de sus exigencias mínimas, contribuya sin duda a esta finalidad, que es de naturaleza propiamente ética.

El derecho persigue ordenar las relaciones interhumanas, y por ello no puede hacer abstracción de lo que es el ser humano, de la verdad de su ser. Por el contrario, debe «hacer justicia a esta verdad». Ello explica por qué el derecho no es ni puede ser un conjunto de normas arbitrarias impuestas por el legislador, como el positivismo jurídico lo ha pretendido. Muy por el contrario, las leyes aspiran a garantizar el respeto de la dignidad y derechos de cada persona, y de este modo, a que la armonía reine en las relaciones sociales. Si el derecho busca institucionalizar la justicia, y la justicia tiene por definición un contenido moral, es inevitable admitir que existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral

¿Cuál es el límite preciso entre estos campos de la razón práctica que son el derecho y la ética? Es clásico señalar que una de las características típicas de lo jurídico es la alteridad. Mientras la ética se interesa (al menos primariamente) por los actos humanos en la medida en que contribuyen al perfeccionamiento moral del sujeto agente, el derecho centra su atención exclusiva en lo que concurre al bien del otro (es decir, en la justicia), y de este modo, en el bien de la sociedad en su conjunto. La principal preocupación del derecho es que los ciudadanos actúen con justicia en sus relaciones recíprocas. Ahora bien, según la definición clásica, la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, es decir, en dar a cada uno su derecho (*ius suum cuique tribuere*). Según Cicerón, este dar a cada uno lo suyo implica en última instancia reconocer a cada uno su propia dignidad. Para el jurisconsulto romano, la noción de «dignidad» integra el núcleo mismo de lo jurídico. Al momento de definir a la justicia y al derecho, reemplaza la expresión *ius suum* de la definición de Ulpiano por *suam dignitatem*<sup>52</sup>. Las nociones de *ius* y de *dignitas* son así identificadas<sup>53</sup>. Por tanto, el «respeto del derecho del otro» equivale al «respeto de su dignidad en tanto ser humano».

El rol del derecho en este campo no consiste en aceptar a ojos cerrados cualquier innovación tecnológica. Sin duda, la ley debe partir de la realidad social concreta, pero se ubica en un nivel distinto al de la sociología. El derecho «no es un instrumento técnico de ingeniería social, a sueldo de cualquier modificación de las costumbres o de las prácticas a las que debiera plegarse ineluctablemente para satisfacer todos los intereses o deseos particulares. El derecho es, por esencia y ante todo, una instancia de valoración de los hechos.

El mayor riesgo que corre el derecho frente a las prácticas biomédicas es el de abandonar su propia lógica, que es una lógica de justicia, para plegarse a una lógica de dominación de los más fuertes sobre los más débiles. Para evitar esto, el derecho debe saber distinguir bien entre ciencia y cientificismo. La ley debe garantizar el progreso de la ciencia, pero no está obligada a seguir ciegamente las desviaciones del cientificismo. Mientras la ciencia reconoce sus propios límites y se abstiene de transgredirlos, el cientificismo decreta que no hay límites y se autoproclama capaz de resolver por sí solo todos los problemas humanos. El derecho está llamado a desempeñar un papel fundamental en bioética. Se quiera o no, la tarea de conjurar los nuevos peligros para la dignidad humana recae principalmente sobre él, en razón de que la ética no tiene por sí sola la fuerza suficiente para asegurar el respeto de la persona. Es a la ley a quien incumbe la tarea de ejercer el poder político, de defender al ser humano de los abusos a que está expuesto, sobre todo en los momentos más frágiles de su existencia (al comienzo y al fin); es a la ley a quien corresponde evitar que nuestros congéneres, presentes y futuros, sean reducidos a puras relaciones de utilidad y rentabilidad.

Así tenemos que las técnicas de reproducción humana asistida nos plantean problemas legales con respecto a: ¿Quiénes serían las posibles usuarias de las técnicas?, el status jurídico del embrión “in vitro”, la filiación, la inseminación artificial, la fecundación “In vitro”, el embarazo “post mortem”, el embarazo por sustitución, los bancos de semen, la crioconservación de embriones y la investigación y experimentación sobre embriones humanos.

Como podemos percibir en nuestro derecho positivo carecemos de una normatividad que regule el avance de la genética y su influencia sobre las relaciones sociales. Si bien existen de manera dispersa algunos artículos sobre la materia, éstos son por demás insuficientes para dar efectiva protección jurídica al sujeto de derecho

En este sentido es de vital importancia contar con una legislación acorde que regule los avances de la genética en beneficio del ser humano, sobre la base de protección al embrión y a las personas que recurren a las técnicas como beneficiarias.

## **2 - DAÑO GENETICO**

El presente artículo define el daño genético como una nueva categoría de perjuicio integrada al rubro reparatorio inmaterial del daño a la salud, con miras a que sea considerado por el ordenamiento jurídico colombiano; ofrece una plataforma doctrinaria para su entendimiento.

## **3- CRIOPRESERVACIÓN**

Las células madre estén disponibles en cualquier momento y puedan ser descongeladas fácilmente para su uso en caso de necesidad, en el tratamiento de diversas enfermedades

En el caso de las células sanguíneas de cordón umbilical, ya se utilizan para tratar más de 80 enfermedades

En cuanto a las células de tejido de cordón umbilical, estas tienen un enorme potencial terapéutico y ya han sido utilizadas para combatir la EICH.

Transporte a través de las membranas durante la congelación y descongelación: Las bajas temperaturas (asociadas al aumento de la rigidez de la membrana) y la rapidez (décimas de segundo) con la que suceden los cambios osmóticos en los procesos de congelación y descongelación hacen muy difícil el movimiento de moléculas a través de la membrana mediante procesos de transporte

Los crioprotectores penetrantes: Son de bajo peso molecular y permeables a través de la membrana celular. Son utilizados: el glicerol, el dimetilsulfoxido (DMSO) y propanediol (PROH). El dimetil sulfóxido es un solvente bipolar aprótico, hidrosoluble, de bajo peso molecular; desde el descubrimiento de sus propiedades crioprotectoras por Lovelock en 1959,<sup>14</sup> el DMSO se ha usado como un crioprotector. Su acción crioprotectora se atribuye principalmente a su habilidad de prevenir acumulación excesiva de electrolitos y otras sustancias durante el proceso de congelamiento, y la formación de cristales de hielo que rompen la estructura de la membrana, su bajo peso molecular permite la entrada rápida través de la membrana celular.

Criopreservar las células madre de sangre de cordón permite tener acceso a una opción de tratamiento que presenta diversas ventajas en comparación con las fuentes alternativas – médula ósea y sangre periférica.

## **ENTRE LAS PRINCIPALES VENTAJAS SE DESTACAN**

-Mayor aceptabilidad en el grado de compatibilidad HLA entre donante y receptor.

-Menor riesgo de enfermedad injerto contra huésped (EICH), una complicación grave que puede ocurrir después de un trasplante hematopoyético.

-Disponibilidad inmediata de las células para trasplante.

-La sangre de cordón umbilical se extrae fácilmente después del nacimiento, en un proceso indoloro que no presenta ningún riesgo para la madre o el bebé.

El número de células madre extraídas puede ser inferior al necesario para un tratamiento.

El número de células madre depende del volumen de sangre existente en el cordón umbilical y, en consecuencia, es limitado. Dependiendo de la enfermedad, del peso del paciente y del grado de compatibilidad, la muestra podrá no contener células madre suficientes. Sin embargo, varios grupos de investigación están desarrollando técnicas que permiten aumentar el número de células, con el fin de superar esta limitación.

-Mayor tiempo de recuperación hematológica después del trasplante, en comparación con la médula ósea o sangre periférica.

Esta desventaja estriba en el menor número de células madre disponibles en la sangre de cordón.

## **4 - MATERIDAD SUBROGADA**

La gestación por sustitución en el Perú no está permitida pero tampoco está prohibida, en conformidad con lo dispuesto en el proyecto de Ley N° 11082 del 4 de agosto de 2004, la tendencia general es de prohibir toda forma de maternidad subrogada en este país sudamericano. A pesar de ello, lo cierto es que la subrogación uterina no está regulada por ninguna ley ni condenada por el código Penal, por lo que se hace necesaria una legislación detallada a ojos de varios expertos, ya que se estima unos 4.500 procedimientos igualmente, puesto que existe un vacío legal.

### **TIPOS:**

**TRADICIONAL:** La madre gestacional aporta también su óvulo, pero el espermatozoide proviene del padre que solicita la subrogación, o de un donante. El bebé es concebido por medio de inseminación artificial o fecundación in vitro

**GESTACIONAL:** cuando el ovulo y espermatozoide son aportados por la pareja que solicita la subrogación en estos casos una mujer embarazada no tiene ninguna relación genética con el bebé. Se le conoce como madre portadora o madre gestacional



## 5 - INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

La doctrina jurídica consultada existe casi un consenso en señalar que, las técnicas de reproducción humana asistida (TERAS), son aquellos métodos que sirven para suplir la infertilidad en los seres humanos, ofreciéndoles la esperanza de poder tener descendencia. Debemos destacar que la revolución en el ámbito mundial, en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida, se produjo con el descubrimiento de la fecundación "in vitro". Con la aparición desarrollo y perfeccionamiento de esta técnica se produjo ciertamente un cambio cualitativo en la realidad. A partir de entonces son posibles hechos sin precedentes: la fecundación del óvulo puede hacerse en un tubo de ensayo, fuera del claustro materno, cabe distinguir desde entonces entre maternidad genética y maternidad gestacional; es posible disponer de embriones alojados en una probeta, aparece la técnica de congelación de embriones y se abren las puertas a experimentos y manipulaciones sobre el ser humano desde el momento mismo de la fecundación.

## 6 - LEGISLACIÓN COMPARADA:

La legislación comparada que regula las técnicas de reproducción humana asistida en países como por ejemplo España, Suecia, Alemania, Francia, Inglaterra es a veces contradictoria. Pudiendo apreciarse dos tendencias legislativas claramente marcadas: aquella que da prevalencia al desarrollo técnico y la otra que protege a la persona humana.

En el Perú no existe un ordenamiento jurídico especializado que regule las técnicas de reproducción humana asistida, al revisar la legislación nacional encontramos artículos dispersos en diversas leyes, por ejemplo:

La Ley de propiedad industrial (Decreto Legislativo N° 823), que señala en su artículo N° 28, inciso d) que no serán patentables las invenciones sobre las materias que componen el cuerpo humano y sobre la identidad genética del mismo.

## CONCLUSIONES

-Es importante señalar que los avances científicos casi siempre se adelantan al derecho, que se demora por lo general en otorgar una solución jurídica a los problemas planteados en la praxis. Esta falta de sincronía entre la ciencia y el derecho, origina un vacío jurídico respecto de problemas concretos con repercusiones de naturaleza civil y penal.

-Toda persona tiene derecho a acceder a la ciencia y a la tecnología médica ya que tiene autonomía reproductiva, derecho a la vida privada y a formar una familia. Estos derechos están ligados a los derechos civiles y políticos, derecho a la vida, a la libertad, a la privacidad, respecto a la vida familiar y a la no discriminación. Es preciso mencionar que en el Perú debería existir una Ley de Reproducción Asistida propia como ya lo tienen otros ordenamientos jurídicos.

-En términos generales la población tiene muy poco conocimiento de lo que es la maternidad subrogada (vientre de alquiler) y del beneficio que este podría brindarles a las parejas infértiles si se encontrara regulado dentro de nuestra legislación nacional

## BIBLIOGRAFIA

Roberto Andorno, "Bioética y dignidad de la persona". [pdf en línea], 1997, disponible en :  
[https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/Bioetica\\_y\\_dignidad\\_de\\_la\\_persona.pdf](https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/Bioetica_y_dignidad_de_la_persona.pdf)

Enrique Varsi Rospigliosi, 2002. Recuperado de:  
[https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-569X2002000200006](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2002000200006)

Recuperado de:  
[https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UPAO\\_836fe4e4eed2cfe5e27360477a1562ba](https://alicia.concytec.gob.pe/vufind/Record/UPAO_836fe4e4eed2cfe5e27360477a1562ba)

recuperado de:  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/20862/20574/&ved=2ahUKEwiAnIG1893tAhVzHrkGHWOxBkEQFjAGegQIFxAB&usg=AOvVaw0a5w7uMDYR9hyshsJX2jWn>

Recuperado de:  
<http://maternidadsubrogada.pe/index.php/component/tags/tag/oms&ved=2ahUKEwiAnIG1893tAhVzHrkGHWOxBkEQFjADegQLAhAB&usg=AOvVaw02BySAYnnjrS4tGd4U9Ulg>

# “APLICACIÓN DE LA BIOÉTICA Y SU IMPORTANTE RELEVANCIA EN EL SISTEMA JURIDICO PERUANO”

AGREDA ORTIZ ALAN  
MARTINEZ VIRABAL NOE ALEXIS  
QUIROZ ALIAGA ROBERT  
TORRES ROMERO VICTORIA  
VASQUEZ SALAS LUZ FIORELLA

## RESUMEN

El presente trabajo es una reflexión sobre la enseñanza de la bioética en el Perú. Por un lado, la situación de Perú en la modernidad, por otro lado, la situación de la bioética y su enseñanza en la universidad y en las facultades de medicina y cómo puede desarrollarse la enseñanza de la bioética en el Perú. Para presentar estos apuntes o fragmentos de una realidad, se ha revisado la literatura relacionada con el tema.

En los últimos tiempos, varios de los casos más relevantes en el escenario judicial latinoamericano involucraron cuestiones técnicamente complejas y socialmente sensibles, en los que ha quedado en evidencia la necesidad de recurrir a un abordaje interdisciplinario y un marco conceptual capaz de analizar elementos tales como el impacto de las nuevas tecnologías reproductivas, la inclusión social y legal de la diversidad sexual, la pluralidad de tipos familiares, los límites de la disposición del propio cuerpo, el proyecto de vida y los márgenes de autonomía para decidir sobre las condiciones de la propia muerte, entre otros, dentro del contexto del derecho internacional de los derechos humanos.

Estos temas, que se discuten hace más de veinte años (y algunos, como es el caso de las técnicas de reproducción asistida, desde la década de los ochenta) por la doctrina especializada en Bioética, han llegado a las máximas instancias judiciales de varios países latinoamericanos. Si uno pasa revista por los debates más candentes de la última década (muchos de ellos aún pendientes de resolución en el Perú) es posible constatar una creciente demanda de operadores(as) del Derecho capaces de afrontar situaciones dilemáticas vinculadas a temas como los mencionados, pero ello no pareciera tener un cabal correlato en realidades donde aún no se percibe claramente la necesidad de formar tanto a estudiantes, abogados(as) así como a jueces y juezas en el análisis y resolución de problemas que involucran a la Bioética y el Dere

## ABSTRACT

*The present work is a reflection on the teaching of bioethics in Peru. On the one hand, the situation of Peru in modernity, on the other hand, the situation of bioethics and its teaching in the university and in medical schools and how the teaching of bioethics can be developed in Peru. To present these notes or fragments of a reality, the literature related to the subject has been reviewed.*

*In recent times, several of the most relevant cases in the Latin American judicial scene have involved technically complex and socially sensitive issues, in which the need to resort to an interdisciplinary approach and a conceptual framework capable of analyzing elements such as the impact of the new reproductive technologies, the social and legal inclusion of sexual diversity, the plurality of family types, the limits of the disposition of one's own body, the life project and the margins of autonomy to decide on the conditions of one's own death, among others, within the context of international human rights law.*

*These issues, which have been discussed for more than twenty years (and some, as is the case of assisted reproduction techniques, since the eighties) by specialized doctrine in Bioethics, have reached the highest judicial instances in several countries. Latin Americans. If one reviews the hottest debates of the last decade (many of them still pending resolution in Peru), it is possible to verify a growing demand for legal operators capable of facing dilemmatic situations related to issues such as those mentioned, But this does not seem to have a correct correlation in realities where the need to train students, lawyers as well as judges in the analysis and resolution of problems that involve Bioethics and Law is not yet clearly perceived.*

## **NACIMIENTO DE LA BIOÉTICA**

Dos científicos se reconocen como pioneros de la Bioética: Leopold y Potter. En 1949, Aldo Leopold, ingeniero forestal, publicó *A Sound County Almanac, with other essays on conservation from Round River*, donde llamó la atención sobre el impacto nocivo, de la acción humana sobre el medio ambiente y la necesidad de crear una ética ambiental, llamada ecoética, que ponga de relieve las relaciones críticas que existen entre la producción tecnocientífica, la explosión demográfica y el medio natural en el marco de desarrollo. Inspirada en Leopold, surgió la bioética para constituirse en instancia crítica humanística de las ciencias biológicas y tecnologías pertinentes que manipulan los hechos vitales.

Potter en 1971 tomó la iniciativa de Leopold y lanzó por primera vez al uso científico la palabra Bioética, con su libro *Bioethics: Bridge to the future*. Dice en su proemio: "El objetivo, de este libro es contribuir al futuro de la especie humana promoviendo la formación de una nueva disciplina, la Bioética. Para construir un puente entre las ciencias y las humanidades". El neologismo Bioética fue rápidamente aprovechado por las ciencias médicas que han privilegiado su uso al análisis de todos los aspectos éticos de la salud. Potter en su libro *Global Bioethics*, en 1988, propuso que la Bioética no sea monopolizada por las ciencias médicas, recupere la intuición de Leopold, y se abra al estudio de cuanto comprometa la supervivencia de toda la "biota", para construir correctamente una cultura de la vida.

## **RELEVANCIA DE LA BIOÉTICA GLOBAL**

Radica en el conocimiento y reconocimiento del aporte que las ciencias naturales hacen a la comprensión de la vida en todas sus manifestaciones, y en el compromiso ético que dichas ciencias adquieren para la protección y el cultivo de la biósfera, dentro de una visión de sentido de la existencia. Desde esta perspectiva la Bioética global involucra la práctica médica, con ella se preocupa por una de las más importantes conflictivas y transcendentales aplicaciones técnicas del conocimiento científico; desafía al antropocentrismo ético tradicional va a una nueva propuesta epistemológica que hemos llamado Ecología humana, que trata de aproximarse a la problemática de la vida en el marco holístico de la relación hombre-sociedad-naturaleza, y desde él acercase a nuevas construcciones de sentido del saber, de las ciencias y de la historia.

El siglo XX es, entre otras cosas, el siglo de la ecología, la época en que los seres humanos se han convencido de que la naturaleza no sólo no está a su disposición para su uso y explotación sino que es necesario protegerla para evitar su destrucción

## BIOÉTICA EN EL PERÚ

Hay diversidad de conceptos sobre la enseñanza de la ética, oscilando entre los que opinan que la ética no se enseña y los que opinan que la ética médica se reduce a la deontología e incluso que la explosión de problemas de mala praxis publicitados por la prensa local se debe a la falta de enseñanza del Código de Deontología. Por tanto, los Programas de ética son dispersos y variados tanto en temas como en metodologías.

En junio de 1998, el Colegio Médico del Perú convocó la I Jornada Nacional de Enseñanza de la Ética y Bioética en el Perú con la participación del programa Regional de Bioética OPS/OMS. En esta jornada se puso de manifiesto la falta de Fundamentación de los programas y la falta de Metodología. La mayoría de las veces la ética es enseñanza como una asignatura más, sólo que más corta, que se limita a la exposición de temas, muchas veces con poca fundamentación y donde al final prima la ideología de cada expositor, con poca relevancia para el estudiante de pregrado y de postgrado, dándose el caso que hay universidades que enseñan ética sólo en pregrado mientras otras lo hacen sólo en postgrado y otras lo resumen en un curso de deontología.

En un artículo escrito por Llanos, el año 1990, a propósito de la enseñanza de la bioética en Perú, decía: "Actualmente existe un conflicto entre dos orientaciones de la ética médica: una que la hace dependiente de la bioética, y otra que la hace depender de la ética profesional.

A fines de los años sesenta, tanto en Perú como en el resto del mundo, la bioética se impartía en las cátedras de filosofía y teología. Luego, en general se tendió a integrarla en la enseñanza de la medicina, aunque en Perú se sigue dictando en las mismas cátedras, la bioética ha ido ganado terreno y ha adquirido su propia identidad. En la actualidad, constituye algo así como la filosofía de la medicina, plantea la enseñanza de la antropología médica y la epistemología médica y se difunde como una disciplina independiente. Sin embargo, en el Perú todavía no ha alcanzado este grado de reconocimiento y difusión. Este panorama apenas se ha modificado a pesar de la urgente necesidad de hacerlo.

## LA BIOÉTICA JURÍDICA

La vocación interdisciplinaria de la Bioética ha propiciado un fértil campo de estudio en diversas áreas científicas y sociales, unidas por el interés en la reflexión sobre el presente y futuro de la humanidad. Nacida formalmente en los años setenta en el contexto de la preocupación por la regulación ética de las investigaciones sobre seres humanos, hoy, al menos en Europa y América Latina, es considerada una disciplina esencial para la supervivencia humana en tanto se ocupa de las relaciones entre ética, tecnología, sociedad, equidad y desarrollo, teniendo en vista que no todo lo técnicamente posible es éticamente recomendable.

La Bioética es definida en la primera edición de la Enciclopedia de Bioética editada por Warren Reich (1978) como "el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales". Luego, en la edición de 1995 será definido como "... el estudio sistemático de las decisiones morales -incluyendo visiones, decisiones conductas y políticas morales- de las ciencias de la vida y la atención a la salud, empleando una variedad de metodologías éticas en un contexto ético. Las dimensiones morales que se examinan en la bioética están evolucionando constantemente, pero tienden a focalizarse en algunas cuestiones mayores: ¿Qué es o debe ser la visión moral de uno (o de la sociedad)? ¿Qué clase de persona debería ser uno (o debería ser la sociedad)? ¿Qué debe hacerse en situaciones específicas? ¿Cómo nos encontramos armoniosamente?".

La Bioética, integrada por las voces *bíos*, del griego, „vida humana” y *ethiké* denota así no solo un campo particular de investigación, la intersección de la ética y las ciencias de la vida, sino también una disciplina académica, una fuerza política en los estudios de medicina, biología y medio ambiente y una perspectiva cultural. Expresa, de alguna manera, el dilema moderno entre la libertad individual y la responsabilidad social. Se caracteriza por ser un campo en formación, de abordaje interdisciplinario, eminentemente práctico.

Hoy se acepta que la Bioética nace de una triple raíz:

- A. La defensa de los derechos humanos en la postguerra mundial y el movimiento por los derechos civiles en los Estados Unidos, ambos en su relación con la medicina y la salud;
- B. El poderío y la ambigüedad moral del poderío del desarrollo científico tecnológico para la supervivencia de la especie humana y el bienestar de las personas;
- C. Los problemas de justicia en los sistemas de salud.

La preocupación por la defensa de la dignidad humana y los derechos fundamentales en relación con la Bioética ha sido recogida por la comunidad internacional y plasmada en un importante documento de UNESCO: la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos, promulgada en octubre del año 2005, siendo la primera vez en la historia de la bioética que los Estados Miembros se comprometían, y comprometían con ello a la comunidad internacional, a respetar y aplicar principios fundamentales de la bioética reunidos en un texto único, reconociendo así la necesidad de que la sensibilidad moral y la reflexión ética sean partes integrantes del proceso de desarrollo tecnológico y científico, trabajando en la elaboración de nuevos enfoques de responsabilidad social. Habida cuenta las complejidades propias de la disciplina, la doctrina ha propuesto a grandes rasgos campos de trabajo de la bioética, complementarios entre sí, teniendo cada una de ellas su propia metodología y puntos de interés: Bioética Teórica, Bioética Clínica, Bioética Jurídica, Bioética Cultural, Bioética Social y Bioética Política.

Se han propuestos diferentes términos para definir la esfera de confluencia entre la Bioética y el Derecho: “bioderechos”, “biojurídica” “la respuesta del derecho al surgimiento de los problemas de la bioética”, etcétera. En lo personal, nos parece acertada la delimitación conceptual que realiza Tinat al respecto, prefiriendo a éstos la denominación “bioética jurídica”, como un término que permite conservar la mención explícita al *ethos*, en la medida en que en el análisis sobre las cuestiones involucradas “la ética debe presidir el debate”.

La Bioética Jurídica ha sido definida como “la rama de la bioética que se ocupa de la regulación jurídica y las proyecciones y aplicaciones jurídicas de las problemáticas bioéticas, constituyendo al mismo tiempo una reflexión crítica sobre las crecientes y fecundas relaciones entre la bioética y el derecho a escalas nacional, regional e internacional”.

Ésta suele centrar su interés en la racionalidad de las decisiones colectivas en áreas en la que confluyen la salud pública, los derechos humanos y la regulación de los avances científicos. En definitiva, tal como describe el autor reseñado, la Bioética Jurídica apunta a la resolución y regulación de los temas y problemas bioéticos que conllevan el imperativo de garantizar la tutela de la dignidad humana y los derechos fundamentales puestos en discusión por el avance de la ciencia. No se agota entonces, ni tiene por objeto, transformarse en una nueva rama del Derecho o devenir en una mecánica regulación de actividades de las ciencias de la salud.

Así, la bioética jurídica permite dar cuenta de una bioética normativa (regulación constitucional y legal de problemas bioéticos); de la bioética jurisprudencial (resoluciones judiciales de conflictos bioéticos) y de un campo de estudio y reflexión de las relaciones entre la Bioética y el Derecho; todas estas situaciones sin duda complejas e interesantes las cuales ameritan un abordaje más exhaustivo en un estudio posterior. Mencionaremos entonces una serie no taxativa de decisiones jurisprudenciales, algunas de las cuales mencionan expresamente sus principios y otros que podrían haberse beneficiado con el auxilio de la bioética jurídica.

### CONCLUSIONES

Cada vez más, los operadores del derecho deben lidiar con los desafíos que el desarrollo de la tecnología y las nuevas maneras de entender las relaciones interpersonales y los procesos sociales imponen a nuestra sociedad.

Es preciso contar, además de con una formación “estrictamente jurídica” adecuada y actualizada, con una reflexión ética interdisciplinaria y pluralista, que derive en propuestas reguladoras representativas del consenso social y respetuosas de la dignidad humana. Los principios de responsabilidad, vulnerabilidad, respeto por las personas, beneficencia, solidaridad e identidad, entre otros, deben tenerse en consideración al momento de decidir cuestiones complejas y delicadas.

La Bioética, aunque disciplina joven, está cobrando importancia en América Latina.

Con esta breve recopilación hemos intentado demostrar cómo el que hacer jurídico actual exige de los diferentes operadores/as del Derecho una formación al menos básica, de nivel informativo, en bioética jurídica, ya que temas complejos como los mencionados requieren el manejo de métodos y categorías propias de la disciplina bioética en el marco de los derechos humanos.

Hasta ahora, el principal acento formativo ha sido puesto en los profesionales de la salud, sin pretender incidir de manera directa en la formación de abogados/as y magistrados/as. Los primeros son imprescindibles para poder orientar el desarrollo legislativo y facilitar la puesta en marcha de políticas públicas respetuosas de los derechos humanos y acorde a nuestros tiempos. Y ¿qué duda cabe del rol esencial de los jueces? Esperemos entonces que paulatinamente se abran espacios adecuados para propiciar la formación en bioética de jóvenes profesionales, pero también se brinde a abogados/as, jueces y juezas acceso a una valiosa herramienta de trabajo.

En el Perú, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha asumido el desafío de formar abogados/as en bioética jurídica, a partir de la cátedra de pregrado, pero también, de un espacio institucional abierto y proyectado a la sociedad como es el Observatorio de Bioética y Derecho de la Facultad de Derecho. Quienes participamos de este espacio, lo hacemos convencidos en que amén de las fructíferas y complejas relaciones entre Bioética y Derecho, lo que la Bioética puede recordarle al Derecho es el respeto por otro, que es un sujeto moral autónomo, ese otro diverso y distinto que sin embargo es idéntico a mí mismo.



## BIBLIOGRAFIA

- Valdés E.(2014) Daño genético, definición y doctrina a la luz del bioderecho. Revista de Derecho público. 2 - 3. Bogotá, Colombia
- Campos E. (2008) La manipulación genética en nuestro ordenamiento jurídico peruano. Piura, Perú
- Varsi R. (1994) "Bases del derecho genético". En: El Peruano. Sección B, Derecho Civil. Lima, Perú.
- Código Civil (1984) "Ministerio de Justicia y Derechs Humanos" Lima-Perú
- Código de Niños y Adolescente (2000) "Ministerio de Justicia y Derechs Humanos" Lima-Perú
- Ley General de Salud (1997) Lima-Perú
- Rubio. C "Las reglas del amor en probetas del laboratorio por marcial rubio"(1996) Pontificia Universidad Católica dl Perú. Lima-Perú

# ACOTANDO A LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR MALA PRAXIS MÉDICA

ASTO MARINO, ROBER  
BORDA CRUZ, ESTELA  
CAMPOS PINEDO, MAYRA LUCIA  
GORDILLO RIVERA LUIS  
PEREZ BALDIN, NATALI  
QUINTEROS TELLO, DONNA ELIZABETH  
YPARRAGUIRRE AGUILAR, MAYTHE

## RESUMEN

Hoy en día la medicina viene experimentando grandes avances, producto en gran medida del desarrollo de la ciencia y la tecnología, que hace la vida del hombre más favorable a su entorno.

Esto incide en la calidad de vida. El principal actor de estos avances es el médico, a quien le debemos la posibilidad de que la vida del hombre se alargue. Pero cuando la vida y la salud se ve afectada negativamente por factores vinculados a la medicina y al uso de la tecnología médica, consideramos al médico como el principal responsable, aun cuando no siempre haya sido el causante de la impericia, falta de diligencia o imprudencia, si lo hubo.

Dentro de esta relación médico-paciente, por lo general, el paciente siempre ha sido una voz pasiva; aceptando calladamente lo que el médico decida por él. Esta situación ha cambiado a partir del progresivo reconocimiento de los derechos humanos, que empezó a principios del siglo XX y terminó consolidándose a mediados del mismo siglo. Ahora, dentro de la relación médico-paciente, el papel de la voluntad de este último viene concitando gran interés y preponderancia, dando paso del tradicional paternalismo médico donde el médico determinaba por sí solo que era lo mejor para el paciente-, al modelo de participación activa del paciente, como parte del reconocimiento de los derechos a la dignidad y a la libre autodeterminación.

En tal sentido, consideramos que la participación activa del paciente en la toma de decisiones que involucre todo lo relacionado a su enfermedad y al tratamiento propuesto para su recuperación, va a incidir favorablemente en la disminución de actos considerados como mala praxis médica; dado que al plasmarse positivamente el derecho que tiene el paciente de ser informado por el médico de todo lo que le atañe a su salud, éste va a poder dar su consentimiento de manera informada, voluntaria y consciente, aceptando los riesgos y beneficios que el procedimiento terapéutico recomendado le ofrece.

## ABSTRACT

*Nowadays medicine has been experiencing great advances, a product largely of the development of science and technology, which makes man's life more favorable to his environment. This affects the quality of life. The main actor in these advances is the doctor, to whom we owe the possibility that the life of man is lengthened. But when life and health is negatively affected by factors related to medicine and the use of medical technology, we consider the doctor the main responsible, even when it was not always the cause of the lack of skill, lack of diligence or recklessness. , if there was.*

*Within this doctor-patient relationship, in general, the patient has always been a passive voice; quietly accepting what the doctor decides for him. This situation has changed since the progressive recognition of human rights, which began at the beginning of the 20th century and ended up being consolidated in the middle of the same century. Now, within the doctor-patient relationship, the role of the will of the latter has been arousing great interest and preponderance, giving way to the traditional medical paternalism where the doctor determined by himself what was best for the patient - to the model of active participation of the patient, as part of the recognition of the rights to dignity and self-determination.*

*In this sense, we consider that the active participation of the patient in decision-making that involves everything related to his illness and the treatment proposed for his recovery, will favorably affect the reduction of acts considered as medical malpractice; given that by positively expressing the right of the patient to be informed by the doctor of everything that concerns his health, he will be able to give his consent in an informed, voluntary and conscious way, accepting the risks and benefits that the procedure recommended therapeutic offers.*

## **DESARROLLO**

La responsabilidad civil médica constituye un supuesto de particular importancia dentro de la responsabilidad civil en general y específicamente, de la responsabilidad profesional, cuya existencia, como una institución o figura jurídica independiente de la responsabilidad en general, no resulta pacífica.

Pocas actividades se ofrecen tan delicadas y exigentes en su ejercicio diario como la médica. Su acentuado carácter social y, en consecuencia, su proyección ilimitada sobre el entorno humano que insistentemente le requiere, suscita a menudo reacciones ante supuestas irregularidades o fallos en su aplicación práctica.

La profesión médica tiene mucho de tecnicismo, pero también buena parte de adivinación y de riesgo. La vida, la salud, la integridad física, son bienes inapreciables, pero el hombre, inexorablemente, se encamina hacia un fin de extinción y de muerte. Junto a enfermedades tradicionales, patologías de recientes aparición ponen al profesional en trance de improvisaciones no exentas de un indudable índice de riesgo. Es que no se puede negar que la Medicina es en la actualidad una de las actividades más expuestas al riesgo de acciones de indemnización por perjuicios. Son múltiples las causas de este notable aumento de demandas por responsabilidad civil contra médicos y establecimientos prestadores de salud.

En primer lugar, no es que ahora los médicos actúen con mayor negligencia que años atrás, sino que han perdido la histórica inmunidad de la que gozaban y, en mérito a la cual sólo estaban sometidos a las reglas de la ética profesional o a su conciencia y en caso de quebrantarlas simplemente se limitaban a la censura social. Los objetivos del presente trabajo es informar el tema de la responsabilidad civil médica, así como brindar en un único ensayo las bases legales en el ámbito jurídico de la responsabilidad profesional del médico y por último si se puede indemnizar a un paciente con graves daños ocurridos en un accidente imprevisible, consecuencia de un estado médico justificado y perfectamente ejecutado, es una posición perfectamente defendible en nombre de la solidaridad, siempre que quede perfectamente aclarada la fuerza mayor que produjo dicho accidente.

De esta forma, el “derecho a la información” y el “consentimiento informado” se presentan como dos caras de una misma moneda que resultan necesarias e indispensable para que el médico y el paciente puedan actuar dentro de lo permisible.

### **ANALISIS DE ESTUDIO DE CASO: CAS. N° 1318 – 2016 HUANCVELICA**

Esta casación sobre indemnización por Daños y Perjuicios, encontramos dos temas relevantes la primera es que los importes ordenados a pagar ya no son de alguna forma ridículos, sino que corresponden a sumas elevadas, y la segunda que el establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se le ocasionaron al paciente.

Así mismo, la Sala Suprema considera que por concepto de daño moral la demandada debe pagar el monto de S/.800,000.00. Por tanto, el monto indemnizatorio se establece de la siguiente forma S/.10,000.00 por concepto de daño emergente, S/.200,000.00 por concepto de lucro cesante, S/. 800,000.00 por concepto de daño moral, teniendo un total de S/.1'010,000.00."

Aquí es importante mencionar que tanto los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades según se manifiesta, agregando el artículo 48° que indica: El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente.

Por otro lado, se manifiesta que desde aquella fecha a la actualidad su pene ha dejado de funcionar como tal, no pasa la orina, tampoco el semen, no puede satisfacer sus necesidades sexuales, eyacular, no tiene erección, no cumple con sus deberes de esposo para su cónyuge ni puede engendrar hijos.

Además de todo ello, la atrofia a su órgano ha incidido que no pueda trabajar como conductor de vehículos, que es y ha sido su oficio desde la edad de 18 años de edad. Finalmente, respecto del daño moral señala que se siente emocionalmente débil, angustiado, ansioso y constantemente sujeto a la depresión, con baja autoestima, pues cada vez que la orina excede la talla vesical sale un olor fétido.

También, se evidencia mediante el Informe de Auditoría Médica N° 05-CAM-RA-HVCA-Essalud 2008, el cual tiene calidad de prueba pre constituido, se determinó que los médicos que lo intervinieron incurrieron en negligencia médica.

Por ello, no hay controversia sobre que estamos ante un caso de responsabilidad contractual y que el demandante ha sufrido un daño que debe ser indemnizado, por los daños ocurridos cumpliendo con todos los requisitos por concepto de daño emergente, lucro cesante y daño moral como se ha mencionado anteriormente.

## CONCLUSIONES

- 1 En el caso peruano, ya lo hemos señalado, el problema central se presenta como un caso de responsabilidad civil contractual, como referente a sobre qué espaldas recae la carga de probar. De acuerdo con nuestro artículo 1330 del Código Civil recaerá sobre el paciente dañado, lo cual considero injusto. Así el artículo 1330 establece: “La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento, parcial, tardío o defectuoso”.
- 2 El problema central cuando se presenta a la responsabilidad médica como un caso de responsabilidad civil contractual, es el referente a la carga de probar. De acuerdo con nuestro artículo 1330 del Código Civil recaerá sobre el paciente dañado.
- 3 Los daños médicos no solamente corresponden al dolo o a la culpa de los dependientes de la estructura sanitaria, sino también a la falta de capacidad organizativa de la propia estructura, lo que amplía el radio de acción para exigir el resarcimiento. Entonces una negligencia médica por mala praxis, generará un daño en la víctima, observando que existe la relación causa-efecto, y tomando en cuenta los demás elementos fundamentales para determinar la responsabilidad, a partir de ello el responsable del daño tiene la obligación de resarcir e indemnizar las consecuencias de sus acciones.

- 4 La mala praxis médica muchas veces se ve influenciada por la falta de comunicación del médico con el paciente de su estado de salud; ya con ello se puede evitar muchos actos considerados como mala praxis médica.
- 5 Es necesario fomentar una prevención respecto de la responsabilidad profesional y evitar incurrir en algún hecho ilícito, a través de las permanentes capacitaciones del personal que labora en el servicio de su salud, no solo conocimientos de su profesión, sino también respecto del área legal, que puedan tener relación con su trabajo, en cuanto a sus derechos y obligaciones derivadas del ejercicio de su profesión.

## REFERENCIAS

Cárdenas, C (1992) “La Responsabilidad Civil de los Profesionales”, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas; Lima, Vol. 49; p. 325.

De Trazegnies, F. (2001) “La responsabilidad extracontractual”; Tomo I; 7° Edición; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú; p. 518.

Pazos, J. (2007) “Responsabilidad de los Profesionales. Responsabilidad relativa a problemas técnicos de especial dificultad”. En Código Civil Comentado. Tomo IX; Gaceta Jurídica; p. 159.

# RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA EN ACCIDENTES VEHICULARES

CHACON CHAUCA EDUARDO  
CHAMORRO YARIN MICHEL  
CUADROS DIAZ YAKELIN SUSAN  
GUTIERREZ RAMOS EVELIN ESTEFANI  
ROJAS CHAUPIS ANGELICA VICTORIA  
VEGA TERRONES MARITZA.A

## RESUMEN

La mortalidad por accidentes se ha convertido en uno de los problemas prioritarios de salud en el mundo. A medida que disminuyen las causas de muerte debidas a situaciones carenciales o infecciosas, los accidentes emergen como un factor de muerte, discapacidad y enfermedad que requiere ser reducido y evitado. Entendemos por accidentes a las lesiones no intencionales que originan daños a las personas y que ocurren en forma brusca o imprevista. Las variables de acuerdo a sexo, edad, sitio y tipo de accidente, lugar de las lesiones, gravedad, conducta médica.

Surge términos como la responsabilidad civil en accidentes de tránsito como consecuencia del daño provocado que busca reparar el daño que ha causado mediante el pago de una indemnización de perjuicios, por otra parte, la responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual, asimismo, veremos elementos de la responsabilidad civil, antijuricidad, daños como; daño patrimonial, daño emergente, daño extrapatrimonial, daño moral, daño a la persona.

El accidente de tránsito constituye un elemento determinante en la existencia del daño. Se sabe con claridad que los accidentes de tránsito aumentan de acuerdo a la edad.

## ABSTRACT

*Mortality from accidents has become one of the priority health problems in the world. As the causes of death due to deficiency or infectious situations decrease, accidents emerge as a factor of death, disability and illness that needs to be reduced and avoided. Accidents are understood as unintentional injuries that cause damage to people and that occur suddenly or unexpectedly. The variables according to sex, age, site and type of accident, place of injuries, severity, medical conduct.*

*Terms such as civil liability in traffic accidents arise as a consequence of the damage caused that seeks to repair the damage that has been caused by paying compensation for damages, on the other hand, civil liability can be contractual or extra-contractual, likewise, we will see elements of civil liability, unlawfulness, damages such as; Property damage, consequential damage, non-pecuniary damage, moral damage, damage to the person.*

*The traffic accident constitutes a determining element in the existence of the damage. It is clearly known that traffic accidents increase according to age.*

## DESARROLLO

Muchos tratadistas, al analizar el tema de la responsabilidad, comienzan sus estudios definiendo o expresando lo que se entiende por la noción de responsabilidad civil, y la mayoría de ellos concuerda en señalar que La responsabilidad civil consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario, (normalmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios).

La responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los 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 resultado de una conducta sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de responsabilidad civil contractual. Por el contrario cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de o causar daño al otro nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual.

Según Bustamante Alsina la Responsabilidad Civil, es definida como “el conjunto de las consecuencias jurídicas a las que los particulares se someten por el hecho de haber asumido una situación jurídica pasiva sea de forma voluntaria o por efectos de la ley”.

Entre los elementos de la responsabilidad civil cabe comentar respecto a la Antijuricidad o conducta antijurídica, es cuando contraviene una norma prohibitiva, y 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.

Según Mosset Iturraspe, la antijuricidad tiene las siguientes especies:

A) Antijuricidad formal: considera que un daño es injusto cuando es producto de la violación de una norma jurídica imperativa o prohibitiva.

B) Antijuricidad material: se llega a este estadio, cuando se comprende que el derecho no se agota en la legalidad. Cuando se integra al ordenamiento jurídico o plexo normativo, dando cabida a las otras fuentes del derecho, a las buenas costumbres, la moral social, y los principios generales del derecho.

C) Antijuricidad subjetiva: Se encuentra en la culpa. Las culpas o los errores de conducta no aparecen, claro está tipificados, son los jueces los encargados de juzgar de acuerdo con modelos de conducta por ellos construidos.

D) Daño Causado: En sentido amplio, se entiende por daño 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, se convierte justamente en derecho subjetivo, esto es un derecho en el sentido formal y técnico de la expresión.



Respecto del daño, en la doctrina existe unanimidad que puede ser de dos clases:

**Daño patrimonial:** Es aquel que recae sobre el patrimonio sea directamente en las cosas o bienes que lo componen sean indirectamente como consecuencia o reflejo de un daño causado a la persona misma en sus derechos o facultades. Esta a su vez comprende:

i) Daño emergente.- Pérdida patrimonial efectivamente sufrida

ii) Lucro cesante.- Ganancia frustrada o dejada de percibir,

b) Daño extrapatrimonial: Son las lesiones a los daños de dicha naturaleza, como en el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y por ende merecedores de la tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral, del mismo modo, las lesiones a la integridad física de la persona, a su integridad psicológica y a sus proyectos de vida.

**Relación o nexo de causalidad:** Es la relación o vínculo que debe existir entre el hecho y el correspondiente daño, si no hay nexo de causalidad no surge la responsabilidad civil, porque el daño no puede imputarse a que ejecuto el hecho. Para los partidarios de la teoría subjetivista que consagra la culpa como elemento determinante de la responsabilidad, el nexo de causalidad debe darse entre la culpa y el daño.

El problema jurídico de la conexión causal consiste en determinar, de conformidad a ley, cuando o con qué criterio un resultado debe ser atribuido a una persona determinada.

d) Factores de atribución: Se entiende como factor de atribución de la responsabilidad civil al "justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño de la víctima al sujeto responsable. Son aquellos que finalmente determinan la existencia de la responsabilidad civil, una vez que se han presentado, en un supuesto concreto de un conflicto social, los requisitos antes mencionados de la antijuricidad, el daño producido y la relación de causalidad. El factor de atribución depende del tipo de responsabilidad: En la responsabilidad contractual, es la culpa, clasificado en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo. En la responsabilidad extracontractual, son la culpa y el riesgo creado, clasificado en: el dolo: Si la culpa, el riesgo creado. Estos dos factores de atribución se encuentran consagrados independientemente en los artículos 1969" y 1970" respectivamente.

En cuanto a la responsabilidad civil es un mecanismo de tutela resarcitoria que se origina como producto del menoscabo de un interés legalmente protegido. Por otro lado, los hechos de tránsito, sean estos debido a la responsabilidad por riesgo, caso fortuito o fuerza mayor, por hecho determinante de tercero o imprudencia de la víctima, con daños materiales o lesiones a la persona humana; son susceptibles de ser comprendidos por el derecho para esclarecer debidamente si es menester la obligación de resarcimiento o la indemnización de parte del agente causante hacia la víctima, o, por el contrario, de la aseguradora, quien responderá solidariamente hasta el monto pactado.

Para tales efectos, se debe tener muy en cuenta las normas contenidas en nuestro Código Civil, la ley de contrato de seguro, las pólizas de seguros, las normas de tránsito y aquellas normas que regulan el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT).

**Responsabilidad civil objetiva: el automóvil como bien riesgoso**

En este punto, señalamos que la responsabilidad por riesgo se entiende como una variante de la responsabilidad objetiva. Ambas se asemejan en que pueden prescindir de la voluntad o la conciencia del agente; sin embargo, difiere una de otra en tanto que la responsabilidad objetiva requiere la probanza del vínculo causal entre agente y daño y la responsabilidad por riesgo precisa que el daño haya sido causado mediante el uso de un bien o la ejecución de una actividad riesgosa.

Asimismo, los hechos de tránsito, con perjuicios materiales o personales, son ocasionados en mérito del uso de máquinas (automóviles) imperfectas, manipulados por seres humanos con un control limitado de los mismos a la hora de trasladarse por las vías públicas como indica la siguiente ejecutoria suprema:

Por el solo hecho de haberse encontrado el vehículo automotor en movimiento o en su uso ordinario, constituye este un peligro potencial; es criterio aceptado y reconocido uniformemente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que se entiende por actividades peligrosas aquellas realizadas por medio de transporte.

Por otro lado, debemos señalar que el artículo 29 de la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, Ley 27181, ratifica el criterio objetivo como factor de atribución en un hecho de tránsito, de la siguiente manera:

La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio, son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.

Cabe indicar que esta norma, a su vez, señala asertivamente la responsabilidad solidaria del conductor, del propietario y del prestador del servicio, lo cual constituye mecanismos oportunos para precisar a quiénes se podría demandar.

No está de más recordar que la responsabilidad civil tiene elementos indispensables para su determinación o juicio de responsabilidad, que son: la antijuridicidad, la relación de causalidad, la certeza del daño el factor de atribución y la imputabilidad.

Al respecto de la exclusión o liberación de la responsabilidad civil, el artículo 1972 del Código Civil señala lo siguiente:

En los casos del artículo 1979 (responsabilidad por riesgo), el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

De la citada norma, se advierte que, si concurren las circunstancias del caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero o la imprudencia de la víctima en un hecho de tránsito, estaríamos frente a una causa ajena, o, sencillamente, frente a una ausencia de nexo causal.

a) El caso fortuito y fuerza mayor

En general, se entiende el caso fortuito como aquel hecho ocurrido por cuestiones relacionadas a eventos naturales, mientras que la fuerza mayor se relaciona con eventos ajenos producidos por la autoridad o terceros.

El artículo 1315 del Código Civil recoge estas figuras de forma conjunta: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”

En relación al caso fortuito, la Corte Suprema considera que:

(...) el caso fortuito debe entenderse como un acontecimiento extraordinario, imprevisible e irresistible producido por el hombre y para calificarlo como tal se trata de un hecho que no puede preverse, o que previsto no puede evitarse, no debiendo ser una previsibilidad exacta y precisa sino por el contrario conocida por el hombre común para el caso concreto” y que “(...) no se puede calificar el desperfecto de la motonave como un caso fortuito, extraordinario, imprevisible e irresistible.

#### b) Hecho determinante de tercero

En un hecho de tránsito se presume que existe culpabilidad virtual del agente, en la medida que el hecho responde al ejercicio de una actividad riesgosa y que la responsabilidad es objetiva.

Sin embargo, cabe realizarnos la siguiente pregunta: ¿qué pasaría si el hecho de tránsito verdaderamente no corresponde a la causa inicial del agente sino a la causa de un tercero? La respuesta en este caso nos da el artículo 1979 del Código Civil, por haberse configurado una “fractura del nexo causal”, justamente, por hecho determinante de tercero. Al respecto, una jurisprudencia colombiana aclara mejor el panorama:

En relación al hecho determinante de tercero, entendemos que resulta indispensable para que surta efectos jurídicos exonerativos de responsabilidad, debe tener el carácter de irresistible e imprevisible puesto que, de lograrse demostrar que el agente de la causa inicial estuvo en capacidad de prever y/o evitar el hecho, sí se le podrá imputar la causa en virtud de estar ejerciendo una actividad riesgosa y del deber genérico de no causar daño a nadie.

#### c) Hecho determinante de la víctima

Pues bien, respecto a la “fractura del nexo causal”, aun cuando haya certeza de un daño, puede darse el caso, por otro lado, que el daño no corresponda a la causa inicial del agente sino a causa ajena, correspondiente a la propia víctima.

Puede ilustrarnos mejor el siguiente ejemplo: Un peatón denominado Z, dispuesto a suicidarse, se arroja intempestivamente hacia las llantas de un vehículo automotor en movimiento conducido por la carretera Panamericana por el chofer B, quedando sin vida en la vía pública. Este hecho será determinante para la producción del daño, lo cual quiere decir que la imprudencia de Z no concurre con la causa inicial de B, sino que más bien produce y determina objetivamente el resultado. Por lo tanto, el conductor B quedará liberado de toda responsabilidad, en el sentido que no existe nexo causal de parte del agente con la víctima, al haberse procurado el resultado por un hecho determinante de parte de este último en perjuicio propio.

#### d) Concausa

Esta figura refiere el caso en que la conducta de la víctima coadyuva a la producción del resultado por su actuar imprudente, en una situación de concurrencia de causas. El artículo 1973 del Código Civil, al respecto señala: “Si la imprudencia solo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias”. Esto quiere decir que el agente no será responsable totalmente del resultado, puesto que se comparte la causa inicial con la causa contributiva de la víctima.

La responsabilidad civil que surge del accidente de tránsito es objetiva, sin causa, conocida en el derecho anglosajón como responsabilidad estricta (strictliability). No se fundamenta en los criterios valorativos de la conducta como en la responsabilidad subjetiva. Siendo la imputación sin culpa, el criterio por el cual se le imputa responsabilidad a un agente respecto a un daño, con el simple hecho de comprobarse ciertos supuestos fácticos junto con la norma (que a priori sanciona), sin requerirse de la valoración de la conducta del agente. Dentro de este criterio, los causantes del accidente responderán por el solo hecho de haber ocasionado el daño, sin entrar a juzgar si su comportamiento fue diligente o no.

Sin embargo, hay también casos en los cuales sin haberse ocasionado daño, existe la obligación de indemnizar. Ese es el caso en el cual una persona que se encuentra en estado de ebriedad conduce su vehículo, lo hace sin ocasionar accidente alguno y respetando las reglas de tránsito durante la conducción que realiza, pero llegando a su domicilio es intervenido en un operativo de rutina efectuado por la policía; de manera que al ser sometido al examen del alcoholemia se detecta que ha conducido en estado de ebriedad; por lo que se le sanciona al conductor no por haber ocasionado daño alguno, sino por el hecho de haber infringido la regla de haber conducido en estado de ebriedad por encontrarse así contemplado en la norma, hallándose en ese supuesto el daño subsumido en lo establecido en la violación de dicha norma.

La responsabilidad también se presume en el caso de “un conductor que carezca de prioridad de paso o que cometió una infracción relacionada con la producción del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder a otro conductor, que aun respetando las disposiciones, pero pudiendo evitar el accidente, no lo hizo” (artículo 273).

## CONCLUSIONES

- 1 Existe diferencia semántica con relevancia jurídica entre los términos “accidentes de tránsito” y “hechos de tránsito”, siendo su correcta denominación, en este tipo de hechos, el segundo término. El accidente de tránsito, en todo caso, puede ser una calificación posterior del hecho de tránsito.
- 2 La sociedad demanda para su progreso determinadas actividades riesgosas, que acarrear la posible producción de daños materiales y personales, como es el caso de los siniestros producidos por hechos de tránsito.
- 3 La responsabilidad por riesgo es una variante de la responsabilidad objetiva, siendo así que el esquema tradicional causante-victima en un hecho de tránsito requiere una óptica social más que particular, en virtud de la distribución social del riesgo.
- 4 La distribución social del costo derivado de hechos de tránsito no está amparada únicamente en la imputación que determina el juicio de responsabilidad civil; también se encuentra amparada dentro de un subsistema de seguros obligatorios, además de otros seguros facultativos relacionados a la actividad del transporte, el mismo que podría ser perfeccionado, en aras de una indemnización integral.

# EXTERNALIDADES NEGATIVAS Y RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA GENERADAS EN HOSPITALES DE LIMA, POR DEFICIENTE GESTIÓN DE LA PANDEMIA COVID-19

Jhoselin de los Milagros Meoño Calderon  
ORCID: (0000-0002-5281-0107)

Gerardo Ludeña Manco  
ORCID: (0000-0001-6557-5225)

Manuel Francisco Rodríguez Ludeña  
ORCID: (0000-0002-4461-0199)

## RESUMEN

En enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote de una nueva enfermedad coronavírica en la ciudad de Wuhan, provincia de Hubei, en China. La OMS la ha declarado como una pandemia. Una pandemia implica una transmisión sostenida, eficaz y continua de la enfermedad de forma simultánea en más de tres regiones geográficas distintas. Aunque ya estemos en esa fase, eso no es sinónimo de muerte, pues el término no hace referencia a la letalidad del patógeno sino a su transmisibilidad y extensión geográfica.

Por primera vez en la historia estamos viviendo una epidemia a tiempo real: todos los medios de comunicación, varias veces al día, todos los días, en todo el planeta, hablan del coronavirus. Seguimos el goteo de cada uno de los casos en directo.

Estamos ante un nuevo tipo de coronavirus llamado SARS-CoV-2. La enfermedad que causa se llama COVID-19. Por ello resulta ser más indicado hablar de COVID-19 en vez de coronavirus.

En el Perú frente a una falta de política de salud notoria y advertida desde años atrás sobreviene hoy la pandemia generando Externalidades y responsabilidad civil a pacientes y usuarios que acuden a los Hospitales en razón y como consecuencia de una deficiente Gestión de la pandemia COVID-19.

El presente ensayo, que es de actualidad busca precisamente advertir las Externalidades y la responsabilidad civil generadas en agravio de pacientes y usuarios en los Hospitales por deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19, así como advertir las implicancias que tiene el Estado frente a la falta de políticas de salud en el país la cual deviene en Externalidades y la Responsabilidad Civil generadas a los pacientes y usuarios como consecuencia de una deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19.

Bajo este contexto, la presente investigación queda cabalmente justificada debido a que es básica y teórica, así como el objetivo general, esta explícitamente determinado en base al problema general y consiste en: Determinar Cuáles son las Externalidades y responsabilidad civil generadas en los Hospitales por deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19, analizando las implicancias tiene el Estado frente a las Externalidades y la Responsabilidad Civil originadas por deficiente aplicación de políticas públicas de salud.

## ABSTRACT

*In January 2020, the World Health Organization (WHO) declared the outbreak of a new coronavirus disease in the city of Wuhan, Hubei province, China. The WHO has declared it a pandemic. A pandemic implies a sustained, efficient and continuous transmission of the disease simultaneously in more than three different geographical regions. Although we are already in that phase, this is not synonymous with death, since the term does not refer to the lethality of the pathogen but to its transmissibility and geographical extension.*

*For the first time in history we are experiencing an epidemic in real time: all the media, several times a day, every day, all over the planet, talk about the coronavirus. We follow the drip of each of the cases live.*

*We are facing a new type of coronavirus called SARS-CoV-2. The disease it causes is called COVID-19. Therefore, it is more appropriate to talk about COVID-19 instead of coronavirus.*

*In Peru, in the face of a lack of notorious health policy and warned for years ago, the pandemic occurs today, generating Externalities and civil liability to patients and users who go to Hospitals due to and as a consequence of poor Management of the COVID-19 pandemic .*

*The present essay, which is current, precisely seeks to warn the Externalities and civil liability generated to the detriment of patients and users in Hospitals due to poor management of the pandemic caused by the COVID-19 virus, as well as to warn the implications that the State has Faced with the lack of health policies in the country, which results in Externalities and Civil Liability generated to patients and users as a result of poor management of the pandemic caused by the COVID-19 virus.*

*Under this context, this research is fully justified because it is basic and theoretical, as well as the general objective, it is explicitly determined based on the general problem and consists of: Determining which are the Externalities and civil liability generated in the Hospitals due to deficient Management of the pandemic caused by the COVID-19 virus, analyzing the implications the State has for Externalities and Civil Liability caused by poor application of public health policies*

## METODOLOGÍA

El presente ensayo se gestó sobre el enfoque cualitativo con el objeto de especificar y estimar en referencia a las técnicas en este caso las entrevistas que se realizaran con preguntas abiertas (Gómez, 2016, p. 82).

Frente a ese mismo concepto se refirió y aseguró que el enfoque cualitativo nos ayudó a distinguir aquella importancia difusión de las premisas que se aplicaron en el presente trabajo, igualmente nos da a conocer si se tomó en cuenta o no aquellos puntos referenciales propuestos o las aspiraciones que se dan a conocer, del mismo modo precisó la sostenibilidad o insostenibilidad de las premisas abarcadas.

Del mismo modo, es de inducción analítica, en tanto que “trató de verificar teorías y proposiciones mediante las investigaciones de carácter cualitativo, lo cual buscó dar explicaciones, no comprobación por el número, por la estadística del surgimiento de fenómenos (Santos, 2008, p. 174). Pues logró conseguir respuestas de un estudio a través de análisis “de datos y explicaciones de concretos fenómenos sociales” (Ortiz, 2004, p. 86).

Contiene al método naturalista que se encuentra confinado a hacia la realidad problemática la cual coincidió de igual forma con un análisis sistemático y de interpretación de todo el ordenamiento jurídico con el propósito de tratar de equiparar puntos de vista de acuerdo a la localización de procesos.

| OBJETIVOS   | CATEGORIZACIÓN  | SUB CATEGORIA                              | ÍTEM (PREGUNTAS)  |
|---|---|--|---|
| Determinar Cuáles son las Externalidades y responsabilidad civil generadas en los Hospitales por deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19.   | Criterios frente a Externalidades y responsabilidad civil generadas en los Hospitales por deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19.  | Responsabilidad civil Contractual objetiva | ¿Cuáles son las Externalidades y responsabilidad civil generadas en los Hospitales por deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19?   |
| Determinar qué criterios advierte el Estado a través del ministerio de salud, frente a las Externalidades y la Responsabilidad Civil generadas en los hospitales a los pacientes y usuarios frente a una deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19. | Criterios de resarcimiento e indemnización civil a favor de pacientes y usuarios afectados en los hospitales como consecuencia de una deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19 | Responsabilidad extracontractual           | ¿Qué criterios advierte el Estado a través del ministerio de salud, frente a las Externalidades y la Responsabilidad Civil generadas en los hospitales a los pacientes y usuarios frente a una deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19? |

| OBJETIVOS  | CATEGORIZACIÓN   | SUB CATEGORIA  | ÍTEM (PREGUNTAS)  |
|--|--|--|---|
| <p>Analizar si existe tutela resarcitoria por indemnización civil a favor de pacientes y usuarios afectados en los hospitales como consecuencia de una deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19</p> <p>Analizar las implicancias que tiene el Estado frente a las Externalidades y la Responsabilidad Civil originadas por deficiente aplicación de políticas públicas de salud en el país.</p> | <p>Criterios que advierte el Estado a través del ministerio de salud, frente a las Externalidades y la Responsabilidad Civil generadas en los hospitales a los pacientes y usuarios frente a una deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19</p> <p>Implicancias del Estado frente a la falta de políticas de salud en el país la cual deviene en Externalidades y la Responsabilidad Civil.</p> | <p>Criterios de interpretación normativa en La Responsabilidad Civil</p> <p>Análisis de jurisprudencias</p> <p>Análisis de derechos constitucionales conculcados</p> | <p>¿Qué derechos fundamentales tienen que ver con la Responsabilidad Civil por la vulneración del derecho a la salud de los pacientes y usuarios afectados en los hospitales como consecuencia de una deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19?</p> <p>¿Existe coherencia de criterios por parte del Estado frente a Externalidades y la Responsabilidad Civil generadas en los establecimientos de Salud a partir de una deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19?</p> <p>¿Qué indemnización civil correspondería a favor de los pacientes y usuarios afectados en los hospitales como consecuencia de una deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19?</p> <p>¿Resulta necesario estandarizar criterios de interpretación normativa en cuanto a Externalidades y la Responsabilidad Civil generadas en los establecimientos de Salud a partir de una deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19?</p> <p>¿Indique Ud. que análisis tiene respecto de derechos constitucionales conculcados en el tema de las Externalidades y responsabilidad civil generada en los Hospitales por deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19?</p> |



**Proceso de triangulación de datos en relación con los criterios seleccionados de las categorías y sub categorías. Análisis e interpretación de técnicas.**

| Estudio de caso   | Análisis documental   | Criterios seleccionados del Análisis e interpretación de las entrevistas a partir de las categorías y subcategorías   |
|---|---|---|
| <p>Falta de atención por parte de miembros de centro hospitalario: “Hospital Amazónico de Yarinacocha”: En el pico más alto de la pandemia el excongresista Glider Usuña acudió al centro hospitalario Amazónico de Yarinacocha, con presuntos síntomas de covid-19, a pesar que al momento de realizarle la prueba rápida en su hospital de origen, “Hospital Regional de Pucallpa”, saliendo como resultado negativo, él se encontraba con dificultades para respirar, al momento de llegar le negaron el ingreso a dicho nosocomio con la presunta excusa de que ya no había oxígeno y que las personas aisladas ya cuentan con su propia reserva de oxígeno, que debería regresar a su hospital de origen para que pueda ser atendido, Usuña se dirigió al hospital de Essalud de Pucallpa donde finalmente falleció, asimismo la Diresa de Ucayali, dio por confirmada la muerte por neumonía atípica a causa de covid-19.</p> | <p>Es importante señalar que a pesar que existe una normativa que expresa claramente que se deben asegurar suministros de productos necesarios durante el estado de emergencia sanitaria, esto no se ha tomado en cuenta en este caso, pues se le ha negado la asistencia a una persona encontrándose en peligro su vida lo cual ha devenido de la defunción de esta, Susalud se encuentra hasta ahora en la plena investigación para cual tipo de sanciones a los agentes involucrado en esta negligencia.</p> | <p>De acuerdo a las entrevistas aplicadas se da a conocer que tan importante es señalar que a pesar de que existe una normativa la cual menciona que el Estado como garante de proteger la vida y la salud de las personas, establece medidas para asegurar que continúen las acciones de prevención, control, diagnóstico y tratamiento del covid-19, hasta la fecha existen varios casos sobre de defunciones de muchos pacientes, por la falta de suministros que son necesarios en este estado de emergencia sanitaria.</p> <p>La ley general de salud hace mención que todas las personas tienen derecho a recibir atención oportuna en cualquier establecimiento de salud en cuanto su vida se encuentre en un estado de grave peligro, en este caso se ha incumplido esta norma en referencia que se ha obviado ese punto importante en que no se necesita acudir a un centro hospitalario de preferencia de las personas sino que encontrándose en peligro su vida todos los entes hospitalarios tienen el deber de recibirlos para que pueda mejorar su salud.</p> |

**Proceso de triangulación de datos en relación con los criterios seleccionados de las categorías y sub categorías. Análisis e interpretación de técnicas.**

| Estudio de caso   | Análisis documental   | Criterios seleccionados del Análisis e interpretación de las entrevistas a partir de las categorías y subcategorías  |
|---|---|--|
| <p>Falta de atención por parte de miembros de centro hospitalario de Essalud: “Hospital Luis Heysen Incháustegui”: Al momento de que el señor Víctor fue ingresado al centro hospitalario Luis Heysen Incháustegui, hubieron una serie de negligencias por parte de miembros del hospital, a pesar que los familiares intentaron con mucho esfuerzo brindarles oxígeno y medicamentos por la escases que ya había en dicho nosocomio, no se le atendió adecuadamente, el señor se comunicaba mediante su teléfono celular directamente con su esposa, diciéndole “que no le daban ni agua”, días después les dieron la mala noticia que el paciente había fallecido, con el dolor tan grande ingresaron a sacar sus pertenencias observando en su mesita del lado que las medicinas se encontraban intactas y no se encontraba el balón de oxígeno que ellos mismos habían adquirido.</p> | <p>Se puede observar que el Estado no ha sido capaz de enfrentar esta pandemia como se ha querido, la defunción de este paciente es el caso de muchos y en peores condiciones, existe una gran impotencia que a pesar que se han brindado normas para que se apliquen, han hecho caso omiso a estas, poniendo en peligro la salud de muchas personas, son casos que se deben investigar con mucha preocupación pues el dolor que sienten los familiares de los pacientes es muy profundo.</p> | <p>Si bien es cierto que se tiene pleno conocimiento que nuestra constitución nos otorga nuestros derechos, como este caso el derecho a la salud se ha visto plenamente vulnerado, ya que el hecho de que exista una omisión de sus funciones por parte del personal médico o cualquier acto de negligencia que devenga de lo que se dejó de hacer. Una parte de carga de culpa la tiene el estado por no dar soporte frente a la falta de políticas de salud que existe en este sector, por la gran falta de inversión que existe, por la mala gestión que se ha visto desde hace muchos años atrás y que acarreado que muchos de nuestros ciudadanos continúen hasta la fecha sufriendo por esta devastadora enfermedad, sufriendo en cada pasillo por falta de camillas, por falta de oxígeno, es hora de que esa situación cambie y que el estado mire con lupa todo las deficiencias que existen en dicho sector.</p> |

**Corolario:** Es de suma importancia que el estudio tomado parte de toda la situación que se ve en el día a día, la población hasta ahora está sumamente preocupada, porque existe un porcentaje enorme de defunciones que se continúan dando por este virus del covid-19 y más aun a pesar que ya existe un tratamiento para evitar la propagación de este letal virus, que no mide distinción alguna, pero que ha demostrado que llega sin prever cualquier medida de contingencia sanitaria y que frente a eso no se puede llegar a nada.

El estado es aquel que debe empezar a cambiar dicho sector desde plantear nuevas políticas de salud, así como la aplicación de estas, los médicos se han topado con una dura realidad, al no tener conocimiento de algún tratamiento oportuno el cual ha devenido el sufrimiento de muchas personas.

Es necesario que se fomenten ciertas medidas de prevención más drásticas, si bien es cierto ya existen, pero no parecen suficientes, en el momento en que se tuvo conocimiento puesto que los países desarrollados ya venían batallando con este virus, muchos países tomaron diferentes políticas de salud para que así no se siga expandiendo este virus, que es más que claro se ha tenido una transmisión muy continua, es así que el gobierno al no tener claro la magnitud de esta situación no tomo las medidas acertadas para que se pueda evitar lo que en estos momentos estamos viviendo, nuestros médicos y enfermeras tienen una lucha a diario por brindar una mejora a sus pacientes pero no pueden porque no cuentan con la indumentaria necesaria para poder controlarla.

Por otro lado, los participantes han concluido que es muy necesario y urgente poder estandarizar ciertos criterios, analizarlos y unificarlos sobre una buena interpretación frente a los miles de casos que se han dado, así como promover el cambio en el sector salud para que así se evite y continúe la vulneración se ciertos derechos fundamentales, no solo en este estado de emergencia sino a un largo plazo, para que así continúe la seguridad social nuestro país.

### **Discusión y análisis de constructos**

Es un estudio de enfoque cualitativo y tiene un estudio de caso el fallecimiento del Ex congresista Ushiñahua y desde el aspecto legal busca identificar cual es el resarcimiento y la indemnización civil que corresponde a favor de pacientes y usuarios afectados en los hospitales como consecuencia de una deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19, ello implica un análisis de responsabilidad civil contractual en el entorno hospitalario y extracontractual de parte del Estado, que con la ayuda de artículos científicos y textos se establecerá los criterios de dilucidaciones respecto del asunto

**Constructo I** – En relación al objetivo general y de la información adquirida, se ha llegado a argumentar que los entrevistados en el presente informe de investigación y con respecto al objetivo general antes planteado, determinar:

- 1 En relación a la valoración de criterios que advierte el Estado a través del ministerio de salud frente a las Externalidades y la responsabilidad civil generadas en agravio de pacientes y usuarios en los Hospitales por deficiente Gestión de la pandemia causada por el virus COVID-19, el Estado ha advertido de manera tardía aquellas deficiencias que tiene el ministerio de salud para poder enfrentar esta pandemia del covid-19.
- 2 Es necesario mencionar que es el Estado como garante de la protección de la salud de las personas no ha cumplido con desarrollar dicha mención ya que con la realidad que estamos viviendo y que se ha visto reflejada en estos últimos días no ha tenido una buena gestión frente a esta pandemia por la falta de inversión en dicho sector.

- 3 Frente a esto se han entablado una serie de denuncias por los medios de comunicación tanto a los que se encuentran en la cabeza del gobierno como a los que se encuentran en el primer escalón frente a la batalla continua del covid-19, situaciones que se ven día a día en nuestro país.

**Constructo 2** – Respecto a los objetivos específicos, y con el uso de las entrevistas, así como el análisis de fuente documental para el trabajo de campo, los antecedentes, el marco teórico y todo lo planteado en el presente informe de investigación, se ha determinado que la mayor parte de los entrevistados destacaron que:

- 1 Nuestra Constitución es aquella ley fundamental, en la cual rigen las normas de nuestro país, nos brinda una serie de derechos y están creados para poder mantener el orden de una comunidad, ya que es la que establece y constituye aquellas normas que rigen una sociedad, en este estado de emergencia sanitaria se han vulnerado una serie de derechos fundamentales que la misma Carta Magna establece, como son el derecho a la salud, el derecho a la vida, a no ser discriminados, se han visto muchas situaciones en muchas regiones de nuestro país las cuales hasta la fecha no han tenido una medida resarcitoria ya que no se han tocado los puntos referenciales en como muchos de los pacientes contagiados con el covid-19 han perdido la vida por falta de medicamentos, por falta de medicina así como falta de una planta de oxígeno que logre ayudar a aquellos pacientes más vulnerables.
- 2 Debe resultar necesario implementar algunas medidas resarcitorias para aquellos pacientes y usuarios que se han visto afectados frente a la vulneración de sus derechos, tanto para ellos mismos como para sus familiares que han perdido la batalla frente a este virus, se debe delimitar criterios para una buena interpretación de las normas, ya que en esta situación los miles de casos que se han dado tienen diferentes contextos, y es el Estado quien debe estar en la primera línea de participación frente a nuevas medidas para poder garantizar que se cumplan como debería de ser.

**Constructo 3** – Habiendo usado las técnicas de análisis de las entrevistas, así como análisis de fuente documental de acuerdo al trabajo de campo, los antecedentes, marco teórico y todo lo planteado en el presente informe de investigación, se ha tenido que los entrevistados determinaron que:

- 1 Esta pandemia que ha surgido tanto a nivel nacional así como mundial, ha determinado muchos cambios, en el mundo, algunos países desarrollados han sabido sobresalir de esta pandemia, otros como el nuestro, que no ha garantizado la salud de las personas, porque no se han determinado ciertas medidas de prevención frente al alto contagio que ha devenido en todas las personas, una deficiencia frente a estos contagios resulta ser la no prevención de las personas al no guardar el debido distanciamiento ya que se encontraban en la necesidad de salir a obtener recursos económicos para poder solventarse.
- 2 Este Estado carece de muchas políticas de prevención, políticas normativas, no solo en el sector salud, sino en los diferentes sectores del país, es por eso que hasta ahora existen muchas deficiencias, falta de compromiso, falta de actuar de nuestras autoridades, que permitan querer cambiar el sistema de todo este gobierno más aun en el sector salud, puesto que todas las regiones y más en las regiones de escasos recursos donde falta la presencia de autoridades, presencia de políticas de salud, hasta la actualidad son sectores que vienen sufriendo y más aun con esta devastadora pandemia.

## CONCLUSIONES

- 1 El Estado como ente garante de la vida y la salud de las personas no ha logrado solucionar los duros problemas que se está acarreado esta pandemia, desde gobiernos anteriores se han visto deficiencias, el sufrimiento de muchas personas a las cuales hasta ahora el sistema de salud no ha llegado a sus regiones o a las ciudades más alejadas del país y esa situación está repercutiendo lastimosamente en la actualidad, existen médicos, enfermeras que no han podido luchar por obtener un tratamiento para sus pacientes contagiados por el covid-19.
- 2 La segunda conclusión obtenida, se da acotando que las faltas de políticas de salud que se han brindado son muy deficientes, puesto que no se ha logrado enmendar los errores que desde años atrás vienen perjudicado todo el sistema de salud, y con la aparición de esta pandemia del covid-19, el sector se ha encontrado sumamente vulnerado puesto que la falta de indumentaria para los médicos, la falta de medicamentos que puedan llegar a brindar un tratamiento a los pacientes contagiados con el virus ha sido negada para ellos, puesto que los procedimientos de adquisición han sido muy burocráticos más en un estado de emergencia sanitaria.
- 3 Como tercera conclusión, tenemos que las normativas que se han dado en todo el estado de emergencia, no han logrado mejorar la situación del país, ya que el Estado ha actuado de manera tardía, frente a la lucha contra la pandemia, es por eso que tenemos el resultado de tantas muertes en nuestro país, el dolor que hasta ahora las familias no pueden evitar por la pérdida de sus seres queridos, más aún que eran la cabeza del hogar, están viviendo una situación bastante impactante ya que se deben reponer para poder continuar con su vidas, y los estragos que va dejar esta pandemia del covid-19.

## RECOMENDACIONES

**Primera.** – Es el Estado quien debe empezar a priorizar que la vida y salud de las personas son lo más importante, debe empezar a ver la realidad del país, y optar por mejorar los sistemas tanto de salud como de los demás sectores que también llegan a tener relación con las deficiencias que se han suscitado en esta pandemia, así como hacer un mea culpa y tratar de controlar la situación del país, que vuelva el bien común y que como sociedad tengamos más conciencia frente a esta crisis sanitaria.

**Segunda:** Se deben implementar políticas de salud más eficientes, donde ayuden a mejorar el sistema de dicho sector, para que así nuestro país surja y se emprenda el crecimiento tanto de la medicina, como de la investigación ya que existen muchos profesionales que pueden ayudar a mejorar a sus pacientes con algún tratamiento que quizás hasta la fecha aún no tiene cura, es importante que el Estado brinde esas políticas de salud para que nosotros los peruanos nos sintamos seguros de que al asistir a un centro hospitalario, se nos atiendan con las debidas medidas, con la debida eficacia, con la debida responsabilidad.

**Tercera:** Las normativas que surgieron en este estado de emergencia sanitaria no han sido del todo eficientes, ya que si bien es cierto se han dado, pero de manera tardía, han tratado de mitigar los efectos que esta pandemia está dejando, pero con resultados deficientes, es deber del Estado velar para que estas normas puedan tener mucho más valor del que ahora tienen, el no poder aplicarlas, debe generar la sanción administrativa de los responsables para que así resulten viables.

## REFERENCIAS

- Arias, O. (2012). El proyecto de investigación. (6ta ed.). Venezuela: Editorial Episteme.
- Bernal, C.A. (2016). Metodología de la investigación. Bogotá, Colombia: Pearson.
- Bernal, J. (2010). El delito de impago de pensiones. Bosch editor, Barcelona.
- Camps, M.; Samón, I.; Perdomo J, y Calvo, S. (2016). “A propósito de una enfermedad viral llamada ébola” Universidad de Ciencias Médicas. Guantánamo: Cuba.
- Cabezas, E., Andrade, D. y Torres, J. (2018), Introducción a la metodológica de la investigación científica. Recuperado de URI: <http://repositorio.espe.edu.ec/jspui/bitstream/21000/15424/1/Introduccion%20a%20la%20Metodologia%20de%20la%20investigacion%20cientific a.pdf>
- Denzin, M. (2014). Diseño de Proyectos en la investigación Cualitativa. Fondo Medellín, Colombia. Editorial Universidad EAFIT.
- Domínguez, L. y Amador-Bedolla, C. (2020) “El origen de COVID-19: lo que se sabe, lo que se supone y (muy poquito) sobre las teorías de complot”. Unam: México.
- Fernández, G. (2019) “Introducción a la responsabilidad civil”. Pontificia universidad católica del Perú: Lima.
- García, J (2015). “La responsabilidad civil médica en el Perú. Aspectos básicos”. Perú: Universidad Nacional de Piura.
- García, G. (2020) “La crisis del COVID-19 y su incidencia sobre el régimen jurídico de la seguridad y salud en el trabajo” Barcelona: España.
- Gómez, S. (2016). Metodología de la Investigación. Talnepantla, México: Red Tercer Milenio.
- Guillén, C. (2020). “Prevención y COVID-19, la enfermedad producida por SARS-CoV-2, un nuevo coronavirus”. Madrid: España.
- Hardy, A. y Roveló, J. (2014). “Moral, ética y bioética. Un punto de vista práctico”. México: Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca.
- Hernández Sampiere, R., Fernández, C. y Baptista, P. (2014). Metodológica de la Investigación (9° ed.). Mexico: McGraw-Hill.
- Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, M. P. (2016). Metodología de la investigación. México, D.F: Interamericana editores.
- Huang, X.; Wei, F.; Hu, L.; Wen, L.; Chen, K. (2020). “Epidemiology and Clinical Characteristics of COVID-19”. China.
- Jawerth, N. (2020) “Detección del virus de la COVID-19 mediante la RT-PCR en tiempo real”. Oficina de Información al Público y Comunicación del OIEA.
- Kamps, B. y Hoffmann (2020). “Covid Reference” Alemania: Steinhäuser Verlag
- Kerlinger, F. (2012) Investigación del comportamiento (9va. ed.). México: Mc Graw-Hill.
- Monje, C.A. (2011). Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa, guía didáctica. Neiva, Colombia: Universidad Surcolombiana
- Muñoz, C. (2016). Como elaborar y asesorar una investigación de tesis. Naucalpan de Juárez, México: Pearson.
- Nespereira, J. (2014) “Estrategias discursivas en la comunicación de crisis sanitarias (retórica y teoría de la argumentación): el caso de la gripe A en 2009”. España: Universidad de Valladolid.

## REFERENCIAS

- Ñaupas, M. (2014). Metodología crítica de la investigación lógica, procedimientos y técnicas. Distrito Federal, México: Cecsca.
- Ortiz, D. (2006) “La responsabilidad civil y la culpa del médico”. España: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Pacheco, A. y Cruz, M. (2006). Metodología crítica de la investigación, procedimientos y técnicas. Distrito Federal, México: Cecsca.
- Padua, J. (2018). Técnicas de investigación aplicadas a las ciencias sociales. Recuperado de [https://scholar.google.com.pe/scholar?hl=es&as\\_sdt=0%2C5&as\\_ylo=2018&q=tecnicas+de+recoleccion+de+datos+de++investigacion+cientifica&btnG=](https://scholar.google.com.pe/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&as_ylo=2018&q=tecnicas+de+recoleccion+de+datos+de++investigacion+cientifica&btnG=)
- Parodi, C. (2020, 10 de abril) “Externalidades y COVID-19”, Gestión.
- Ramos, C. (2016). Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento. Lima, Perú: Grijley.
- Rodríguez, M. (2016). “Concepto y alcance de la Responsabilidad Objetiva”. Colombia: Universidad de los Andes.
- Sabino, C. (2013). El proceso de la investigación. Caracas: Editorial Panapo.
- Sánchez-David, C. (2008) La muerte negra "el avance de la peste". Facultad de Medicina, Universidad del Bosque: Bogotá, D.C.
- Santoro, V. (2017) “La persona y el Estado como agentes de responsabilidad para la producción de sociedades saludables: análisis temático desde la perspectiva de profesionales de la salud en Cataluña”: España.
- Schopf, A. (2019) Funciones, intereses protegidos y daños en la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Revista de Derecho Privado.
- Soler, L. (2005) “La culpa en el ámbito de la responsabilidad civil médica Estado jurisprudencial y modalidades de manifestación”. España.
- Tapia, T. (2005) “Responsabilidad civil médica de los establecimientos de salud”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Austral de Chile.
- Urrejola, S. (2011) “El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil”. Chile: Universidad Diego Portales.
- Valderrama, V. (2015). Metodología de la investigación. (8° ed.). Perú. Editorial San Marcos.
- Villasante, M. (2020). “Una nueva pandemia en el mundo globalizado: el coronavirus CoV-2 y su expansión internacional”.

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL OBJETIVA EN ACCIDENTES TRÁNSITO EN EL CASO BRUNITO

MÁXIMO LÓPEZ RICSE

## RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad analizar La Responsabilidad Civil Objetiva en el Caso Brunito, caso emblemático en el país por el fallo de la Corte Suprema de declarar infundada la Casación interpuesta por Ferrocarril Central Andina S.A. y Ferrovías Central Andina S.A. y obligarlos a indemnizar a la madre del menor con una alta suma de dinero. La aplicación del artículo 1970 del Código Civil Peruano fue la base sustentaría de la resolución, sin ponderar la fractura causal por no existir causa adecuada, por lo cual, faltando un elemento concurrente, no se existe la Responsabilidad Civil Objetiva. De allí la importancia del trabajo de la Comisión de Trabajo del Anteproyecto de Reforma del Código Civil, que respecto al artículo en debate mejora sustantivamente la situación de los demandados cuando actúan con diligencia y preventivamente.

Palabras claves: Responsabilidad Civil Objetiva – Casación – Fractura Causal – Causa Adecuada – Indemnizar.

## ABSTRACT:

The purpose of this article is to analyze Objective Civil Liability in the Brunets Case, an emblematic case in the country due to Supreme Court's ruling to declare unfounded the Cassation filed by Ferrocarril Central Andina S.A. and Ferrovías Central Andina S.A. and oblige them to compensate the minor's mother with a large sum of money. The application of article 1970 of the Peruvian Civil Code was the basis for the resolution, without considering the causal fracture because there was no adequate cause, therefore, lacking a concurrent element, there is no Objective Civil Liability. Hence the importance of the work of the Work Commission of the Civil Code Reform Draft, which with respect to the article under discussion substantially improves the situation of the defendants when they act diligently and preventively.

Keywords: Objective Civil Liability – Cassation – Causal Fracture – Adequate Cause – Indemnify.



**Sumario: 1. Responsabilidad Civil Objetiva. 1.1. Concepto. 1.2. Responsabilidad Civil Extracontractual. 1.3. Responsabilidad Civil Objetiva en Accidentes de Tránsito. 2. Responsabilidad Civil Objetiva en el Caso Brunito. 2.1. Fundamento de hecho. 2.2. Petitorio de la demanda. 2.3. Desarrollo del proceso. 2.4. El art. 1970 del CCP como sustento de la sentencia. 2.5. Anteproyecto de reforma del art. 1970 del CCP. 3. Conclusiones.**

## **1. Responsabilidad civil.**

### **1.1. Concepto**

Entendiendo a la responsabilidad civil como la obligación de indemnizar el daño causado a otra persona en sus bienes patrimoniales o a su persona, es una figura que protege a los ciudadanos y en nuestro ordenamiento jurídico se clasifica en responsabilidad civil contractual y extracontractual. Asimismo define “la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación de particulares”<sup>1</sup>. La finalidad principal es reparar el daño si es posible a su estado ulterior al daño, de no ser posible indemnizar a la víctima al cien por ciento del daño causado. “Como institución del derecho privado es un sistema de reglas orientado hacia el restablecimiento de un statu quo preexistente, alterado en sentido negativo por un evento dañoso”<sup>2</sup>. Manifiesta que la responsabilidad civil es un litigio entre particulares producto de un daño, sustentado en las normas jurídicas.

### **1.2. Responsabilidad Civil Extracontractual**

“Cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, entonces nos encontramos en el ámbito de la denominada responsabilidad civil extracontractual”<sup>3</sup>. En la responsabilidad civil extracontractual no hay relación entre el dañado y el causante.

### **1.3. Responsabilidad civil objetiva en accidentes de tránsito.**

“En la responsabilidad objetiva es irrelevante la culpa con la que se haya actuado, pues lo relevante es determinar si debe trasladarse el peso del daño al agente que usó o realizó actividad riesgosa o peligrosa”<sup>4</sup>.

“La responsabilidad civil objetiva o por riesgo en accidentes de tránsito admite dos causas para eximirse; culpa de la víctima o fuerza mayor”<sup>5</sup>. En nuestro país también contamos con ambos artículos en el art. 1972 que en su parte final señala imprudencia de quien padece el daño y el art. 1315 el segundo.

## **2. Responsabilidad civil objetiva en el caso Brunito**

### **2.1. Fundamento de hecho.**

El 27 de Julio del 2010 fue atropellado Bruno Hernán Rodríguez Rojas de 11 años de edad en la localidad de Santa Clara (Vitarte), por el tren N° 1001 de propiedad de Ferrocarril Central Andino S.A. produciéndole su deceso instantáneo, el niño se perdió cuando se encontraba de paseo con su madre en la Plaza de Armas de Lima, quién realizó la denuncia en la comisaría de San Andrés.

---

<sup>1</sup> Taboada Córdova, Lizardo, Elementos de la Responsabilidad Civil, Editorial Grijley, Lima, 2013, p.33.

<sup>2</sup> León Hilario, Leysser, Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, Academia de la Magistratura, Lima, 2016, p. 32.

<sup>3</sup> Taboada Córdova, Lizardo, p.34.

<sup>4</sup> Sumilla de la Casación N° 1714 - 2018 - Lima.

<sup>5</sup> García Chamon-Cervera, Enrique, La Responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor: especial consideración al daño y su reparación, (tesis), España, Universidad de Alicante, 2015, p. 10.

<sup>6</sup> Taboada Córdova, Lizardo, p. 75.

<sup>7</sup> León Hilario, Leysser, p. 62.

## 2.2. Petitorio de la demanda.

El petitorio de la demanda en primera instancia es de ciento cincuenta mil millones de soles (S/150,000,000,000.00) por daño moral, entendiendo “como lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un dolor o aflicción o sufrimiento en la misma”<sup>6</sup>. “Pero daño moral ha significado históricamente mucho más que pena o dolor como sentimiento. En los primeros años del siglo XVIII, los autores españoles se referían a los daños “morales” como daños “sociales”, es decir, a aquellos que causaban agravio, antes que a la víctima, a la sociedad o a la “moral social”<sup>7</sup>. (León 62) y cincuenta y tres mil soles (S/53,000.00) por daño emergente, demanda realizada por Geraldine Rojas Loyola contra Ferrocarril Central Andina S.A. y Ferrovías Central Andina S.A., si entendemos “que el petitorio es el núcleo de la pretensión se quiere dar a entender que el petitorio es la sintetización de la cosa demandada, es la concretización de la pretensión, de esa declaración de voluntad por la cual se exige la subordinación del interés ajeno al nuestro”<sup>8</sup>.

No se cumple con la definición por lo exorbitante de la suma y sin ningún sustento legal y/o económico, además la indemnización no tiene por finalidad enriquecer al demandante como se observa en presente petitorio.

## 2.3. Desarrollo del proceso.

En primera instancia declaran infundada la demanda.

En segunda instancia declaran fundada en parte reformándola a la suma de ocho mil quinientos nuevos soles (S/8,500.00) por concepto de daño emergente y ochocientos mil nuevos soles (S/800,000.00) por concepto de daño moral, con costos y costas del proceso.

La Corte Suprema no caso el recurso de casación presentado por las empresas mencionadas.

## 2.4. El art. 1970 del CCP como sustento de la sentencia.

“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”<sup>9</sup>. Teniendo como premisa que el tren es un bien riesgoso y taxativamente señala que si se causa daño a otro – muerte de Brunito - se tiene que reparar sí o sí. El análisis de la culpa es irrelevante, por lo cual no se tuvo en cuenta si el conductor actuó con la debida diligencia o tomó las precauciones debidas.

De aquí podemos afirmar que el Juez de la segunda instancia y la Corte Suprema realizaron una interpretación literal de la norma, y con visos de uso abusivo de la ley, imposibilitando una defensa adecuada, toda vez que no valoraron otros puntos controvertidos como la imprudencia de quien padece el daño, señalado en el art. 1972 del CCP – Imprudencia del derecho a la reparación, con la cual se hubiera establecido la fractura causal, “debemos señalar que esta se configura cada vez que en un determinado supuesto se presenta un conflicto entre dos conductas o causas sobre la realización de un daño, que será resultado de una de dichas conductas. En este sentido, en todo supuesto de fractura causal una de las conductas o causas habrá producido o causado el daño y la otra no habrá llegado a causarlo justamente por haber sido consecuencia de la otra conducta”<sup>10</sup>.

Por lo cual no existió una causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido como lo señala el art.1985 del CCP en la parte final del primer párrafo. Entendiendo por causalidad adecuada “en el sentido que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar”<sup>11</sup>. Con claridad podemos establecer que dichos presupuestos no se dan en el caso que nos atañe y, como lo señala la doctrina y la Casación 3470 – 2015 Lima Norte, son necesarios el concurso de cuatro elementos; antijuricidad, factor de atribución, nexo causal o relación de causalidad y el daño, bastando tan sólo que falte cualesquiera de ellos, no existe Responsabilidad Civil en cualquiera de sus dos formas: contractual o extracontractual.

---

8 Grández Odiaga, José del Carmen, Los Requisitos de la demanda, Revista Jurídica de Cajamarca

9 Código Civil, Jurista Editores, Lima, 2018, p.273.

10 Taboada Córdova, Lizardo, p.101.

Asimismo no se tuvo en consideración una demanda contra el conductor como autor directo del accidente y ser sujeto de responsabilidad solidaria, enmarcado en el art. 1981 del CCP, con la cual el quantum de la indemnización por daño moral hubiera sido menor; el tema de la cuantificación del daño moral no es fácil de transformarlo en monto dinerario, toda vez que el art. 1984 señala que se indemniza considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o su familia, “ que se traduce en el sentido que el monto indemnizatorio por daño moral deberá estar de acuerdo con el grado de sufrimiento producido en la víctima y la manera como ese sufrimiento se ha manifestado en la situación de la víctima y su familia en general”<sup>12</sup>. Es una norma muy genérica y utilizada indistintamente por los jueces optando unas veces por sumas altísimas y otras demasiadas irrisorias.

## **2.5. Anteproyecto de reforma del art. 1970.**

Artículo 1970.- Responsabilidad objetiva

Aquel que mediante una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo, salvo que se pruebe que se adoptaron las medidas idóneas para prevenir el daño.<sup>13</sup>

Es muy importante la modificación ya que deja de lado el bien riesgoso o peligroso, conceptuando sólidamente que un bien por sí mismo no tiene capacidad de causar daño y, que el daño se produce por la actividad ejercida sobre el bien o los resultados de esta, en esa línea iguala a la responsabilidad objetiva con la subjetiva, respecto a la prevención para evitar un daño, para que el causante quede libre de responsabilidad por fractura causal.

El presente artículo forma parte del Anteproyecto de Reforma del Código Civil, realizado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil presidido por el Dr. Gastón Fernández Cruz y presentado al Ministerio de Justicia en abril del 2019, esperando hasta la actualidad su dación por el Congreso de la República para la modificación del Código Civil y su entrada en vigencia, para mejorar la seguridad jurídica de las personas naturales y jurídicas, teniendo en cuenta que la realidad avanza con mayor celeridad de acuerdo a los cambios sociales, políticos, económicos y principalmente tecnológicos, es necesaria la proyectada modificación en tanto que nuestro Código Civil está vigente 36 años y los artículos citados quedaron obsoletos y es necesario mejorarlos para adecuarlos a nuestra actual realidad.

## **3.3 CONCLUSIONES**

- 3.1** La Responsabilidad Civil Objetiva, aplicada en forma directa a cualquier caso es contraria a los intereses de los demandados, no dando oportunidad alguna de defensa en razón que no evalúa la culpa en ninguno de sus elementos. Es drástica y contraproducente.
- 3.2** Respecto a la cuantificación del daño moral, como se solicitó en el presente caso, exorbitantemente, no tenemos indicadores o estándares generales que orienten a los jueces para determinarlos y ubiquen a los demandantes y sus abogados en un plano real y no con la finalidad de enriquecimiento.
- 3.3** Es de vital importancia la modificación del art. 1970 del CCP propuesto por la Comisión de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil presidido por el Dr. Gastón Fernández Cruz, la cual elimina el bien riesgoso o peligroso y pondera la diligencia y prevención del causante.
- 3.4** En general la motivación de los Jueces para resolver el Caso Brunito – caso mediático – argumentaron el citado art. 1970 del CCP, dejando de lado el art. 1981 referida a la responsabilidad vicaria y el art. 1972 con la cual procedía la fractura causal y se rompía la demanda por Responsabilidad Civil por no contar con sus cuatro elementos necesarios. La resolución del caso debe valorar con equidad y hacer uso responsable del Derecho y no un uso abusivo.

---

<sup>11</sup> Taboada Córdova, Lizardo, p. 97.

<sup>12</sup> Ibid; p, 79.

<sup>13</sup> Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil, Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano, Lima, 2019, p. 278.

## REFERENCIAS

Taboada, L. (2013) Elementos de la Responsabilidad Civil, Editorial Grijley, Lima .

León, L. (2016) Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, Academia de la Magistratura, Lima.  
Código Civil (2018) Jurista Editores, Lima.

Grández, J. (2020) Los Requisitos de la demanda, Revista Jurídica de Cajamarca.  
<https://www.derechoycambiosocial.com/RJC/REVISTA5/demanda.htm#:~:text=Al%20decir%20que%20el%20petitorio,del%20inter%C3%A9s%20ajeno%20al%20nuestro.>

Grupo de Trabajo (2019) Revisión y Mejora del Código Civil, Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano, Lima  
[https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Reforma-al-C%C3%B3digo-Civil-Peruano-Legis.pe\\_.pdf?fbclid=IwAR35kM\\_4DKRclgil0kf123aZW XvH46IcvMOZsFGIq3O2PdXTInrSmIq\\_xF0](https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/08/Anteproyecto-de-Reforma-al-C%C3%B3digo-Civil-Peruano-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR35kM_4DKRclgil0kf123aZW XvH46IcvMOZsFGIq3O2PdXTInrSmIq_xF0)

García Ch.-Cervera, E. (2015) La Responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor. Especial consideración al daño y su reparación, (tesis), España, Universidad de Alicante.  
file:///C:/Users/F/Documents/INVESTIGACIÓN/tesis\_garcia-chamon\_cervera.pdf

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA OBRA DE CERVANTES

GERARDO FRANCISCO LUDEÑA GONZÁLEZ

## RESUMEN

El sentido del ensayo busca relevar la máxima de Baltasar Gracián "enseñar deleitando", todo ello con la particularidad de comentar el derecho de daños y la responsabilidad civil desde la obra del Manco de Lepanto, cuyos aspectos jurídicos son relevantes estudiarlos, extractando de algunos pasajes de la novela. Es por tanto un trabajo interdisciplinario, que relaciona al derecho civil en cuanto al derecho de daños y la responsabilidad civil, con la historia del derecho, la literatura española, el derecho inhilo y su dinámica, frente al cambio social.

A lo largo del relato del presente ensayo, se puede observar que el llamado (por él mismo) "caballero valeroso de la Mancha" tiene a la justicia como ilusión, es así que se aventura decir: "somos brazos de la Justicia de Dios sobre la Tierra" todo con la ilusión e inspiración de agrandar a la doncella más hermosa - la emperatriz de la Mancha, la sin par Dulcinea del Toboso, viéndose inmiscuido en una serie de aventuras, que generaron daños y Responsabilidad Civil a partir de las aventuras que don Quijote (capítulo IV) donde - entre otros- violentamente y sin provocación alguna ataca a diligentes mercaderes de seda con la responsabilidad civil que se hubiera podido promover ante tal hecho.

## ABSTRACT

*The meaning of the essay seeks to highlight the maxim of Baltasar Gracián "teaching delight", all with the particularity of commenting on the law of damages and civil liability from the work of Manco de Lepanto, whose legal aspects are relevant to study, extracting from some passages of the novel. It is therefore an interdisciplinary work, which relates to civil law regarding the law of damages and civil liability, with the history of law, Spanish literature, inhilo law and its dynamics, in the face of social change.*

*Throughout the account of this essay, it can be observed that the so-called (by himself) "valiant knight of La Mancha" has justice as an illusion, that is how he ventures to say: "we are arms of God's Justice over the Earth" all with the illusion and inspiration to please the most beautiful maiden - the Empress of La Mancha, the unparalleled Dulcinea del Toboso, seeing herself involved in a series of adventures, which generated damages and Civil Liability from the adventures that Don Quixote (chapter IV) where - among others - violently and without any provocation he attacks diligent silk merchants with the civil liability that could have been promoted in the face of such fact.*

## DESARROLLO

### La justicia como ilusión:

Ni Don Miguel de Cervantes ni tampoco, Cide Hamete Benengeli, ni aun el cabal y sobrio –aunque ficticio– Don Alonso Quijano, jamás le atribuyeron a Don Quijote la calidad de campeón de la Justicia; y en cuanto al mismísimo caballero, lo más que, entre sus interminables majaderías y engreimientos, llegó a decir sobre su papel en este asunto es “somos brazos de la Justicia de Dios sobre la Tierra”. Esa es toda la evidencia, en este caso, que nos puede permitir un argumento.

Según las propias palabras del caballero valeroso de la Mancha –como él mismo se describe a lo largo de toda la obra– en su famoso discurso a los cabreros (cap. XI): en la Edad de Oro, “la Justicia se estaba en sus propios términos, sin que la osasen turbar ni ofender los de favor y los del interés, que tanto ahora la menoscaban, turban y persiguen” (cap. XI).

Más adelante redondea el concepto al expresar que: “somos ministros de Dios en la tierra, y brazos por quien se ejecuta en ella su justicia” (cap. XIII).

La justicia –queda sobrentendido– es el leit motiv – o el pretexto, – de sus andanzas y aventuras. Sus consejos a Sancho, en este punto son los más bellos de toda la literatura universal de ficción (caps. XLII y XLIII).

Sin duda, lo más difícil para un Juez es discernir las prioridades éticas en los conflictos, de ahí se tiene la sustentación de tesis en el examen para optar por el título de juez honoris causa de la ínsula barataria; la presentación por escrito de los hechos y razonamientos que anteceden, y cuya lectura han tenido, además de la generosidad, la oportunidad de comentar una historia anecdótica, una conjetura suelta o una mera hipótesis, y ser sometida sin temores como una tesis que mereció el título de Magistrado Judicial Honorario de la imaginaria y ficticia –pero no ilusoria– Ínsula Barataria. En la justicia y las leyes, debemos vivir más cerca de la claridad de Don Sancho Panza; y más lejos de las ilusiones manipuladas y de los sueños herrumbrosos de Don Quijote de la Mancha.

Del dicho al hecho, conforme el examen sub limine, y “considerando en frío, imparcialmente” como hubiera dicho César Vallejo – los hechos relativos al procesado en mención. Alonso Quijano, alias “Don Quijote”, alias “El Caballero de la Triste Figura”, también conocido como “El Flaco de Argamansilla de Alba”, de 54 años de edad, soltero, natural de la Mancha, que no bebe alcohol, no consume drogas, ni fuma, es protagonista de los siguientes hechos: con la arrogancia y prepotencia propias de un “señorito”, bien terrateniente e ilustrado, ocioso la mayor parte del año y descuidado con la administración de su hacienda, al punto de empeñarla o malbaratarla para solventar gastos extravagantes (cap. I) –rasgos que, dicho sea de paso, jamás exhibe ante duques ni, hay que reconocerlo, tampoco ante mujeres de cualquier linaje que sean–:

Veamos algunas de sus hazañas:

a) Ataca violentamente, y sin provocación alguna, y causa lesiones serias a humildes arrieros (cap. III), a diligentes mercaderes en seda (cap. IV), a pacíficos frailes de San Benito (cap. VIII), un pintoresco y malgeniado vizcaíno al que le hace echar sangre por las narices, por la boca y por los ojos, hasta hacerlo caer en tierra (cap. VIII); unos arrieros yanguéses con los que quizás podría haber surgido un conflicto genuino, pero no serio, lo hacen reaccionar violenta y desproporcionadamente y, sin siquiera tratar de arreglar el asunto, arremete contra ellos sin más (cap. XV); participa en riñas y escándalos en el hospedaje que lo acoge (cap. XVI).

que se contaban once sacerdotes, y da en tierra, malherido, con un deudo, apalea a todos los demás, le quiebra la pierna a otro y, mientras tanto, su cómplice desvalija una acémila de repuesto que traía el cortejo, bien abastecida de cosas de comer (cap. XIX);

Asalta y roba a mano armada a un barbero itinerante al que despoja de su bacía para afeitar (cap. XXI); sin invitación, y sin que nadie se lo pida, arre-mete contra el comisario y guardias que conducen a unos avezados delincuentes sentenciados, causando que el comisario caiga malherido, los guardias huyan alarmados, y los delincuentes escapen (cap. XXIII), siendo posible que éstos últimos lograsen cruzar la frontera, y alcanzaran total impunidad, en una época en la que no existía extradición, Corte Penal Internacional, ni Corte Internacional de Justicia a quien quejarse.

b) Continuando, en el sector comercial incumple con los pagos a los que está obligado por alimentación, alojamiento y cuidado de su cabalgadura (caps. II, III).

c) Causa impunemente daños apreciables a la propiedad ajena, tales como molinos de viento (cap. VIII), odres de vino (cap. XXXV), teatro de marionetas y otros más

d) En el campo laboral, se entromete en una disputa entre un labrador y el pastor que aquel había contratado para cuidar de sus ovejas, lo que resulta en serio perjuicio para el pobre pastor (cap. IV); con fantasías convence a otro labrador vecino suyo, hombre de bien, pero no muy inteligente, para que entre a su servicio, deje a su mujer e hijos, sin darles previo aviso (cap. VII), y en repetidas ocasiones lo expone, innecesaria e injustificadamente, a situaciones de peligro grave, sin que nunca lo remunere.

e) En el área civil, específicamente en sus obligaciones familiares, descuida irresponsablemente a su única sobrina, menor de edad y que estaba a su cuidado, a quien la abandona sorpresivamente y deja con la servidumbre por tiempo indeterminado, sin dar aviso previo o posterior. (Caps. II, VII).

f) Del capítulo IV de la obra del “ingenioso hidalgo don Quijote de la Mancha” y para el análisis del derecho de daños se describe escenas del capítulo IV: “De lo que le sucedió a nuestro Caballero cuando salió de la venta”, dejándose entrever como sujetos a Don Quijote – Víctima; al Mozo – como Potencial dañador y a Seis Mercaderes – como Responsables solidarios.

¡Vaya imagen de la Justicia! Y sin embargo – quizás por ser hidalgo – si la excusa es que Don Quijote estaba loco – de lo que no hay prueba– ¿por qué, entonces, tomamos tan en serio sus hermosos y sonoros discursos?.. ¿ Quizás porque hablaba

---

“... En esto, llegó a un camino que en cuatro se dividía, y luego se le vino a la imaginación las encrucijadas donde los caballeros andantes se ponían a pensar cuál camino de aquellos tomarían, y, por imitarlos, estuvo un rato quedo; y, al cabo de haberlo muy bien pensado, soltó la rienda a Rocinante, dejando a la voluntad del rocín la suya, el cual siguió su primer intento, que fue el irse camino de su caballeriza.

Y, habiendo andado como dos millas, descubrió don Quijote un grande tropel de gente, que, como después se supo, eran unos mercaderes toledanos que iban a comprar seda a Murcia. Eran seis, y venían con sus quitasoles, con otros cuatro criados a caballo y tres mozos de mulas a pie. Apenas los divisó don Quijote, cuando se imaginó ser cosa de nueva aventura; y, por imitar en todo cuanto a él le parecía posible los pasos que había leído en sus libros, le pareció venir allí de molde uno que pensaba hacer. Y así, con gentil continente y denuedo, se afirmó bien en los estribos, apretó la lanza, llegó la adarga al pecho, y, puesto en la mitad del camino, estuvo esperando que aquellos caballeros andantes llegasen, que ya él por tales los tenía y juzgaba; y, cuando llegaron a trecho que se pudieron ver y oír, levantó don Quijote la voz, y con ademán arrogante dijo:

-Todo el mundo se tenga, si todo el mundo no confiesa que no hay en el mundo todo doncella más hermosa que la emperatriz de la Mancha, la sin par Dulcinea del Toboso.

Paráronse los mercaderes al son de estas razones, y a ver la extraña figura del que las decía; y, por la figura y por las razones, luego echaron de ver la locura de su dueño; mas quisieron ver despacio en qué paraba aquella confesión que se les pedía, y uno de ellos, que era un poco burlón y muy mucho discreto, le dijo:

-Señor caballero, nosotros no conocemos quién sea esa buena señora que decís; mostrádnosla: que si ella fuere de tanta hermosura como significáis, de buena gana y sin apremio alguno confesaremos la verdad que por parte vuestra nos es pedida.

-Si os la mostrara -replicó don Quijote-, ¿qué hiciérais vosotros en confesar una verdad tan notoria? La importancia está en que sin verla lo habéis de creer, confesar, afirmar, jurar y defender; donde no, conmigo sois en batalla, gente descomunal y soberbia. Que, ahora vengáis uno a uno, como pide la orden de caballería, ora todos juntos, como es costumbre y mala usanza de los de vuestra ralea, aquí os aguardo y espero, confiado en la razón que de mi parte tengo.

-Señor caballero -replicó el mercader-, suplico a vuestra merced, en nombre de todos estos príncipes que aquí estamos, que, porque no encarguemos nuestras conciencias confesando una cosa por nosotros jamás vista ni oída, y más siendo tan en perjuicio de las emperatrices y reinas del Alcarria y Extremadura, que vuestra merced sea servido de mostrarnos algún retrato de esa señora, aunque sea tamaño como un grano de trigo; que por el hilo se sacará el ovillo, y quedaremos con esto satisfechos y seguros, y vuestra merced quedará contento y pagado; y aun creo que estamos ya tan de su parte que, aunque su retrato nos muestre que es tuerta de un ojo y que del otro le mana bermellón y piedra azufre, con todo eso, por complacer a vuestra merced, diremos en su favor todo lo que quisiere.

-No le mana, canalla infame -respondió don Quijote, encendido en cólera-; no le mana, digo, eso que decís, sino ámbar y algalia entre algodones; y no es tuerta ni corcovada, sino más derecha que un huso de Guadarrama. Pero vosotros pagaréis la grande blasfemia que habéis dicho contra tamaña beldad como es la de mi señora.

Y, en diciendo esto, arremetió con la lanza baja contra el que lo había dicho, con tanta furia y enojo que, si la buena suerte no hiciera que en la mitad del camino tropezara y cayera Rocinante, lo pasara mal el atrevido mercader. Cayó Rocinante, y fue rodando su amo una buena pieza por el campo; y, queriéndose levantar, jamás pudo: tal embarazo le causaban la lanza, adarga, espuelas y celada, con el peso de las antiguas armas. Y, entretanto que pugnaba por levantarse y no podía, estaba diciendo:

-¡Non huyáis, gente cobarde; gente cautiva, atended!; que no por culpa mía, sino de mi caballo, estoy aquí tendido.

Un mozo de mulas de los que allí venían, que no debía de ser muy bien intencionado, oyendo decir al pobre caído tantas arrogancias, no lo pudo sufrir sin darle la respuesta en las costillas. Y, llegándose a él, tomó la lanza, y, después de haberla hecho pedazos, con uno de ellos comenzó a dar a nuestro don Quijote tantos palos que, a despecho y pesar de sus armas, le molió como cibera. Dábanle voces sus amos que gallardo, tan alborozado por verse ya armado caballero, que el gozo le reventaba no le diese tanto y que le dejase, pero estaba ya el mozo picado y no quiso dejar el juego hasta envidiar todo el resto de su cólera; y, acudiendo por los demás trozos de la lanza, los acabó de deshacer sobre el miserable caído, que, con toda aquella tempestad de palos que sobre él vía, no cerraba la boca, amenazando al cielo y a la tierra, y a los malandrines, que tal le parecían.

Cansóse el mozo, y los mercaderes siguieron su camino, llevando qué contar en todo él del pobre apaleado. El cual, después que se vio solo, tornó a probar si podía levantarse; pero si no lo pudo hacer cuando sano y bueno, ¿cómo lo haría molido y casi deshecho? Y aún se tenía por dichoso, pareciéndole que aquélla era propia desgracia de caballeros andantes, y toda la atribuía a la falta de su caballo, y no era posible levantarse, según tenía brumado todo el cuerpo.

bonito y era “ palabreador” ?. Eso gusta mucho a la gente. Otros grandes personajes clásicos de la literatura en nuestro idioma, como Don Juan o la Celestina, son también, como él, manipuladores de ilusiones, por su propia cuenta y cada uno en su propio estilo. Por contraste, los grandes personajes de la literatura inglesa clásica contemporánea al Quijote, como Hamlet, Romeo o aun el descontroladamente ambicioso Macbeth, tienen una obsesión desmedida con hechos y realidades problemáticas. Sus dilemas no oscilan entre ilusiones y realidades sino entre prioridades y trágicos conflictos éticos.

Algunos apuntes podrían aclarar un poco lo que pasa. Comienzan con lo que, con toda probabilidad, es la primera mención escrita de la justicia, en el prólogo del Código de Hammurabi (1,800 años antes de la Era Común) en cuya columna V, verso 10, dice: “Cuando (el Dios) Marduk me hubo encargado de administrar justicia a las gentes y de enseñar al país el buen camino, entonces difundí en el lenguaje del país la ley y la justicia, y de este modo fomenté el bienestar de las gentes”.

El significado que tiene para Hammurabi la Justicia, siguiendo al pie de la letra el consejo del Dios Marduk, queda mucho más en claro cuando, a partir de uno de los primeros artículos del Código —el 15 para ser exacto— se comienza a fijar las reglas que regulan la esclavitud humana; a partir del artículo 38 se consigna las normas que confirman la inferioridad de la mujer respecto al hombre; del mismo modo que, a partir del artículo 141, y en especial en los artículos 144 al 146 se trata de la situación específica por la que en el libro del Génesis en la Biblia atravesaron Abraham, Sarah y Hagar, los dos primeros de los cuales eran naturales del mismo reino que Hammurabi, y en que la tercera salió injustamente perjudicada. Los artículos 170 y 171 consagran, asimismo, las desigualdades entre los hijos, que en la Biblia afectan particularmente a Ismael respecto de Isaac, ya que perdió su parte en la herencia paterna a favor del segundo. Hay muchos ejemplos más, pero creo que para ser la primera mención a la Justicia no está mal, y nos va dando una idea aproximada de lo que se trata en realidad este asunto de la Justicia.

En cuanto al concepto de Justicia en las leyes de Moisés, también es curioso tomar nota de que no bien se consigna el texto de los diez mandamientos, dictados por la divinidad, de inmediato, en el capítulo siguiente, se regula acerca de la esclavitud; y en el resto de los otros libros del Torah o Pentateuco, quedan consagradas justicieramente no sólo la desigualdad de la mujer frente al hombre, sino también la del extranjero frente al pueblo de Israel, y otras más, entre muchas cosas buenas que dan felicidad genuina. En la India, la Justicia de los Vedas confirmada por las leyes de Manu, da vigencia plena al original sistema de castas y China fue, posiblemente, el primer país en establecer un sistema de diferencias y jerarquías sociales, bajo la protección del concepto de justicia, pero algo lejos de Lao-Tse y Confucio.

El Corán, dictado al profeta Mahoma por Dios a través del arcángel Gabriel, confirma todas las desigualdades mencionadas, y otras más que añade por su cuenta y riesgo. En otra línea, diferente pero sobre lo mismo, la del pensamiento filosófico libre, racional y metódico de Platón y de Aristóteles, ninguno de ellos se sintió particularmente perturbado por la esclavitud con la que se codeaban en la stoa, los mercados o las calles de Atenas y que, por lo menos Aristóteles en alguna ocasión, consideró que era parte natural del orden de las cosas.

Cuando el pueblo de Don Quijote llegó a nuestra América, junto con los espléndidos y claros principios políticos, éticos y jurídicos de Francisco de Victoria, y los, en ciertos aspectos contradictorios, de Bartolomé de Las Casas, legaron también la conducta ambigua de Hernando de Luque, el desatino estúpido de Valverde y la desfachatada hipocresía de La Gasca, el primer



magistrado importante del Sistema de Justicia colonial español en el Perú, alias “¡El Pacificador!”. En cuanto se refiere al Norte de América, ni Washington, ni aun Jefferson en la brillante Declaración de Independencia de 1877, parecieron haber pensado mucho, ni haberse preocupado por las consecuencias que hubiera podido tener lo que escribían, si se ejecutaba en la práctica de inmediato. Ambos eran propietarios de muchos esclavos y continuaron siéndolo hasta su muerte. Con demasiada frecuencia, cuando se enarbola la bandera de la Justicia en el mundo, alguien inocente sale perjudicado y paga los platos rotos.

La historia del concepto de Justicia como ilusión manipulada tiene increíbles escenarios que resultan inquietantes y desvelan al habitante anónimo común y desprotegido de todos los tiempos.

Esta Justicia tornasolada y confusa fue denunciada repetidas veces por diversos profetas del Antiguo Testamento como Isaías o Ezequiel, por reyes como David y Salomón, y quedó desbaratada éticamente, en el caso judicial de la mujer adúltera citado en el evangelio de San Juan (8,3-11).

Más tarde su apóstol Pablo (Hebreos 10) resumió la experiencia en estas palabras que todavía hoy tienen estremecedora vigencia: “La ley es sólo una sombra [...] y no la realidad”.

### **1. De los hechos ocurridos circunscritos en el derecho de daños, se tiene que:**

El Quijote vio a lo lejos que venían 6 mercaderes con sus quitasoles con 4 criados a caballo y 3 mozos de mulas a pie, entonces espero que se acercaran y cuando estuvo cerca Don Quijote dijo: todo el mundo se detenga, y pidió que todos digan que no hay en el mundo doncella más hermosa que la emperatriz de la Mancha, la sin par Dulcinea del Toboso. Entonces los mercaderes le dijeron que nunca la habían visto ni oído hablar de ella y pidieron que muestre un retrato de ella, y aunque su retrato les muestre que es tuerta de un ojo, y que del otro le mana bermellón y piedra azufre, con todo eso, por complacerlo, dirán todo lo que quisiere. Hecho que motivo la cólera de Don Quijote que arremetió contra quien había dicho eso, sin embargo, rocinante se tropezó y cayó el Quijote rodando por el suelo, sin poder levantarse debido a la lanza y los accesorios antiguos que llevaba puesto, no obstante ello desde el suelo decía a los mercaderes, no huyáis gente cobarde, ante ello un mozo de mulas se le acercó a él y tomo la lanza y lo hizo pedazos y con los pedazos golpeaba con tal furia a don Quijote, pese a que su amo le decía que no lo golpee tanto y que lo dejase, pero el Quijote no dejaba de amenazarlos decir que el cielo y la tierra los castigara, luego dejaron al Quijote en el suelo y los mercaderes siguieron su camino, pensando el Quijote que ello era consecuencia normal de los caballeros andantes

**2. De la estructura de la responsabilidad civil,** se tiene a la Antijuricidad, en la cual es perceptible una conducta típica de responsabilidad extracontractual, producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás conforme el artículo 1969 del código civil y del artículo 121 del Código Penal Peruano como es el de no causar daño físico a la persona.

Del Daño, se reconoce el daño ocasionado a don Quijote por un mozo, quien al golpear a la víctima salvajemente le causa serias lesiones a vista y paciencia de sus patronos en este caso los mercaderes. Por lo que dentro de los daños ocasionados se describe un daño objetivo absoluto a raíz del daño sufrido por las lesiones. Se describe un Daño Subjetivo, considerando al Daño existencial, pues se afecta no solo la salud de la víctima, sino también en el daño psíquico sufrido por éste, ya que su imagen de valentía y heroicidad ha sido afectada notablemente, siendo objeto de burla que trasciende por los alrededores. Un Daño Emergente, debido a que el Quijote a consecuencia de los golpes (hechos dañosos) que recibió con los pedazo de la lanza le producirán padecimientos físicos, y necesitara de asistencia medica así como medicamentos, lo cual le originaran un gasto futuro cierto y por ende amparable por el derecho.

Del Daño a la Persona respecto a su proyecto de vida, se dañó al Homo Faber por el producto de tal golpiza dada tanto por los mozos y los mercaderes la víctima ha sido afectada en órganos internos que no le permitía ponerse en pie y que a la larga ocasionará serios problemas a la salud, teniendo en cuenta más aún la condición física del mismo.

Del Daño biológico, se afectó la parte somática de la víctima, pues ocasionó serios problemas a órganos internos que afectan su salud actual y posterior.

Del Daño moral, teniendo en cuenta la frustración que produjeron a la víctima, a quien cortaron su aspiración de heroicidad además de la cual, había sido vejado.

Del nexo causal, se detecta la conducta antijurídica por parte del mozo y de los mercaderes al propinarle los golpes a don Quijote y causarle serias lesiones físicas, siendo estos hechos la relación causal adecuada del daño y el efecto de las lesiones ocasionadas deliberadamente a este personaje. La cual se encuadra en lo establecido en el Art. 1985 CC en materia de responsabilidad civil extracontractual conocida también como responsabilidad aquiliana la cual acoge la teoría de la causa adecuada y en inejecución de obligaciones se asumiría la teoría de causa próxima (del art. 1321 CC).

### **3. De la función diádica de la responsabilidad civil se tiene:**

La función Retributiva, en procura de la satisfacción de la víctima en este caso “don Quijote”.

La función de Equivalencia, establecida por la afectación Patrimonial de los dañadores (Mercaderes, mozos y obreros) en forma solidaria para compensar a la víctima, guardando correspondencia con el daño causado.

La función Redistributiva, advertida en el peso económico soportado por la víctima a consecuencia del daño causado debe ser trasladada a los causantes, para efectuar una distribución de costos; pues debido a las lesiones causadas don Quijote tendrá que gastar para medicarse para que las heridas sean sanadas. Así mismo para la compensación- a partir de la Teoría del Cheapet Cost Avoider- tratándose de una responsabilidad solidaria, los que están en mejor condición de asumir el costo del traslado del daño son los mercaderes de seda, quienes también ocasionaron las lesiones juntamente con sus ayudantes (obreros y mozos).

**4. De la función sistémica** de la responsabilidad civil, considerando en forma general a cómo se puede apoyar en la solución de conflictos; ya sea desincentivando los daños para lograr la eficiencia social o compensando a la víctima los mismos, se advierte:

Desincentivación.- Costos

Costos Primarios.- Desincentivación con fines preventivos, internalizando la externalidad para buscar mejor nivel de eficiencia en el traslado del costo del daño que en el presente caso hubiera sido que una persona hubiera estado adelante de la expedición para prevenir alguna contingencia respecto a algún asalto o agravio a ésta por parte de personas de mal vivir y en este caso de una persona un poco desequilibrada que casi ocasiona daños corporales a los mercaderes.

Compensación. Costos Secundarios.-

Referido a la compensación de la víctima, aplicando para ello el cheapest cost avoider que nos ayudará a medir la eficiencia para indemnizar a la víctima que como se mencionó precedentemente los costos podrían ser asumidos por los mercaderes quienes tienen mejor condición de asumir el traslado del costo del daño producido por sus dependientes.

**5. Del factor de atribución, el Art. 1969 señala** “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”. Para este efecto cabe aclarar el concepto de dolo que en el sentido lato significa una idea de mala fe, malicia, fraude, daño. Por ello entendemos como dolo a la voluntad o el ánimo deliberado de la persona del causar el daño (Artículo 1318° del C.C.). Y culpa es cuando el daño ha sido realizado sin voluntad de causarlo, y que sin embargo se realizó por negligencia, descuido, imprudencia, impericia.

Del análisis sub materia se funda sobre la noción del factor de atribución subjetivo, pues los hechos se constituyen sobre la culpa del autor por el ánimo deliberado de causar daño a la víctima cuando el mozo golpea al Quijote con los pedazos de su lanza, y continúa golpeándolo pese a que su amo le mandaba detenerse. Sin embargo, en este caso existe una relación de dependencia por tanto al mercader le es aplicable el Artículo 1981° del C.C. En cuanto a la responsabilidad tenemos asimismo una responsabilidad de dependientes, toda vez que el mozo estaba bajo las ordenes del mercader, resultando aplicable en este caso la Teoría Diádica del Cheapest Cost Avoider, dado que el mercader estaba en mejor condición de asumir el costo del traslado del daño.

## CONCLUSIONES

- 1 Entre la Justicia de el Quijote y la de Don Sancho, hay la misma distancia descomunal que entre la autoridad del poder y la autoridad del servicio, que las originan respectivamente; igual que entre los prejuicios y las opiniones que, respectivamente, permiten una u otra; así como entre las ilusiones vacías y los intereses legítimos, que nos confunden y desorientan cuando no podemos distinguir unas de otros; entre las apariencias y realidades que nos extravían cuando, por nuestro atolondramiento, precipitación o injustificada impaciencia, no podemos identificarlas y reconocerlas entre tanto ruido y alboroto.
- 2 En la justicia y las leyes, debemos vivir más cerca de la claridad de Don Sancho Panza; y más lejos de las ilusiones manipuladas y de los sueños herrumbrosos de Don Quijote de la Mancha. Lo interesante del asunto es que la auténtica imagen de la Justicia en serio sí está presente en la obra de Cervantes. Está en Sancho Panza, ejemplo y espejo de señores Jueces, en sus muchos y sabios fallos desde la austera sala de audiencia de la Ínsula Barataria (caps. XLV, XLIX y LI). La Ínsula Barataria, con el Magistrado Don Sancho Panza de la Mancha, es para Don Miguel de Cervantes su Arcadia individual, su República personal, su propia Ciudad de Dios y su Utopía irrenunciable. Pero, sobre todo, es su antorcha encendida e inextinguible, que en síntesis prácticamente lo ponen de igual a igual con Salomón, Harum-al-Raschid, Lord Mansfield, Lord Denning, entre otros.
- 3 A lo largo del relato del presente ensayo, se puede observar que el llamado (por él mismo) “caballero valeroso de la Mancha” tiene a la justicia como ilusión, es así que se aventura decir: “somos brazos de la Justicia de Dios sobre la Tierra” todo con la ilusión e inspiración de agradar a la doncella más hermosa - la emperatriz de la Mancha, la sin par Dulcinea del Toboso, viéndose inmiscuido en una serie de aventuras, las cuales sirvieron para el presente ensayo como pautas para describir algunas pinceladas respecto del derecho de daños y la “Responsabilidad Civil” a partir de las aventuras que don Quijote (capítulo IV) donde violentamente y sin provocación alguna ataca a diligentes mercaderes de seda con la responsabilidad civil que se hubiera podido promover ante tal hecho.

# ANÁLISIS AL CONTRATO DE MATERNIDAD SUBROGADA Y LA NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN A PROPÓSITO DE LOS CASOS EN EL PERÚ

Sanchez Zegarra, Jean Carlos  
(ORCID 0000-0001-5566-5673)

## RESUMEN

En las últimas décadas se ha producido un notable avance en el mundo científico, especialmente en el campo de las técnicas de reproducción asistidas, estos avances han permitido que miles de mujeres que padecían problemas de fertilidad hayan podido cumplir su más anhelado deseo, ser madres. Asimismo, ha permitido que millones de niños nazcan con la ayuda de estas nuevas tecnologías.

El contrato de maternidad subrogada ha permitido atribuirle el carácter de padres legales a aquellas parejas con problemas de fertilidad que recurren a estas técnicas y a la ayuda de una madre gestante, a la luz de estos casos diversos estados se han visto en la necesidad de regular este tipo de contratos con un marco legal que los permita o los prohíba.

En ese orden de idea, en nuestro presente informe se ha logrado analizar la validez del contrato de maternidad subrogada y como podría regularse esta figura contractual a la luz de los casos en nuestro país.

La metodología aplicada para la elaboración del presente informe se basó principalmente en la recolección de datos de vital importancia para realizar un exhaustivo análisis del tema propuesto, para ello una de las principales técnicas empleadas fueron las entrevistas a distintos expertos en la materia entre los que destacan magistrados y especialistas del Poder Judicial y reconocidos abogados en esta rama del derecho a nivel nacional. Además, del análisis de fuente documental de la diversa doctrina y jurisprudencia a nivel nacional e internacional; además, del estudio de caso de los conflictos más emblemáticos en nuestro país del tema en mención y del análisis comparado con otras legislaciones que regulan este tipo contractual.

**Palabras claves:** Contrato de maternidad subrogada, Técnicas de reproducción asistidas, Madre gestante, investigación preliminar.

## ABSTRACT

*In the last decades there has been a remarkable advance in the scientific world, especially in the field of assisted reproductive techniques, these advances have allowed thousands of women who suffered from fertility problems to have been able to fulfill their most longed-for wish, to be mothers. It has also allowed millions of children to be born with the help of these new technologies.*

*The surrogate motherhood contract has allowed those couples with fertility problems who resort to these techniques and the help of a surrogate mother to be attributed the status of legal parents, in light of these cases, various states have found it necessary to regulate this type of contracts with a legal framework that allows or prohibits them.*

*In that order of idea, in our present report the validity of the surrogacy contract has been analyzed and how this contractual figure could be regulated in light of the cases in our country.*

*The methodology applied for the preparation of this report was based mainly on the collection of data of vital importance to carry out an exhaustive analysis of the proposed topic, for this one of the main techniques used were interviews with different experts in the field, among which stand out magistrates and specialists of the Judicial Power and recognized lawyers in this branch of law nationwide. In addition, the documentary source analysis of the diverse doctrine and jurisprudence at the national and international level; in addition, the case study of the most emblematic conflicts in our country on the subject in question and the analysis compared with other laws that regulate this type of contract.*

**Keywords:** *Surrogacy contract, Assisted reproductive techniques, Pregnant mother, preliminary investigation.*

## INTRODUCCIÓN

La presente investigación no tiene por objetivo alimentar el ya amplio debate existente sobre el contrato de maternidad subrogada, todo lo contrario, pretende entender la verdadera naturaleza del mismo y como es que esta figura contractual tan polémica podría regularse en un país como el nuestro (si es que acaso pudiese hacerse). El contrato de maternidad subrogada, a pesar de su no regulación, es una figura cada vez más común dentro de nuestra sociedad y es quizás uno de los temas más controversiales de nuestro tiempo, dicha figura contractual se encuentra regulada en algunos países del mundo como Estados Unidos, Ucrania, Sudáfrica, México, entre otros. En el Perú, como suele suceder en muchos casos, no existe una norma específica que regule este tipo contractual; no obstante, a pesar de que este tipo contractual no se encuentra contemplado en nuestro ordenamiento jurídico en nuestro país se vienen celebrando este tipo de contratos en algunas clínicas privadas, pues es innegable la práctica de esta figura contractual muchas veces clandestinamente en distintas partes de nuestro país por personas o parejas que sufren de problemas de fertilidad, según De la Fuente (2017) “La maternidad subrogada es una práctica existente en nuestro país, y si bien no disponemos de una legislación sobre la reproducción asistida, hay numerosos centros médicos privados que ofrecen esta posibilidad” (p.9). Asimismo, al no existir un cuerpo normativo para este tipo contractual las clínicas privadas tienen una suerte de auto regulación.

Hace unas décadas, la posibilidad de procrear un nuevo ser mediante técnicas de procreación asistida quizás para mucho podía resultar no más allá de un cuento de ciencia ficción, sin embargo, la ciencia nos ha demostrado todo lo contrario, y es que la ciencia en los últimos años ha avanzado de manera inimaginable en todo el mundo y nuestro país no es ajeno a estas innovaciones, por esta razón es imperativo la presencia del derecho en estos avances tecnológicos mediante la regulación de una norma que permita dilucidar futuros conflictos u acontecimientos que puedan surgir a raíz de estos avances tecnológicos en nuestra sociedad, mayor razón, si es que estos nuevos métodos innovadores tienen como resultado la creación de un nuevo ser, sujeto de derecho y máxima prioridad de todo estado de derecho, sobre estas nuevas invenciones de la tecnología y su incidencia en nuestra sociedad, Cárdenas (2015) nos dice lo siguiente “Lo importante, no está tanto en la innovación tecnológica en sí, sino en cómo saberla aprovechar debidamente, cómo incorporarla en nuestras vidas sin terminar siendo dominados por ella ” (p.13). Por tal motivo es indispensable regular esta nueva figura contractual, que si bien es cierto tuvo un origen en Estado Unidos, hoy en día ya es practicada en el Perú, para hacer un correcto uso de esas invenciones tecnológicas y evitar vulneraciones de derecho en nuestra sociedad, además, es prácticamente imposible pensar que en un mundo globalizado como el nuestro las personas que no tienen la capacidad de procrear no recurran a estas nuevas invenciones científicas y a esta figura contractual, puesto que, el mayor deseo de estas personas es el de procrear un nuevo ser para formar una familia o, para algunos, realizarse como personas.

A nivel nacional, nuestra legislación no regula el contrato de maternidad subrogada, sin embargo, la Ley General de Salud, en adelante LGS, en su art. 7 nos hace una breve aproximación a la regulación de las técnicas de reproducción asistida, en adelante TERAS, dicho artículo nos señala que toda persona tiene derecho a acudir a las TERAS para subsanar su infertilidad siempre y cuando la condición de madre gestante y madre genética recaigan en una sola persona, es decir, regula la aplicación de las TERAS en una mujer o pareja, mas no cuando entra una tercera persona (una madre gestante) en el acto gestacional, es decir no regula el contrato de maternidad subrogada pero hace alusión a esta figura. Por otra parte, el Poder Judicial ha sido enfático en los últimos años al manifestar que, si bien el contrato de maternidad subrogada no está regulado en nuestro país, esta figura no se encuentra prohibida; asimismo, en el art. 30 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú se nos señala que un médico no debe prestar servicios para contratos de maternidad subrogada cuando se tiene fines lucrativos.

Asimismo, en el año 2016, la Sala Civil de la Corte Superior de Lima tuvo a su cargo un nuevo caso de maternidad subrogada, en esta ocasión el problema radicaba entre los padres y una entidad pública, en este caso se solicitaba a la Sala que ordenara al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) que inscribiera al menor como su hijo debido a que esta entidad se había negado rotundamente a inscribir al niño como hijo de los padres contratantes debido a la falta de regulación que existe sobre el tema, finalmente el Poder Judicial ordeno a la entidad de registro que inscriba al menor como hijo de la pareja en base a ciertos derechos de la mujer y del niño.

El último caso emblemático ocurrido en nuestro país sucedió en el año 2018, fue el de una pareja chilena, la cual contrató con una mujer para que esta lleve a sus dos hijos en su vientre, al nacer los dos pequeños e intentar volver a Chile con ellos, la pareja fue arrestada por cometer el presunto delito de tráfico de menores, por tal motivo la pareja enfrentó una prisión preventiva la cual posteriormente fue revocada vía apelación, los niños fueron entregados a la pareja chilena puesto que tenían el mismo ADN que el padre chileno y los niños pudieron ser reconocidos como sus hijos, pero no sin antes pasar por toda una odisea para que esto ocurriera.

A la luz de estos casos, queda demostrada la falta de una legislación específica sobre el tema y los diversos conflictos que esto ha ocasionado, al existir un vacío legal sobre la maternidad subrogada en nuestro país, es inevitable que estos casos terminen siendo resueltos por el Poder Judicial utilizando para ello la jurisprudencia que hasta el momento se ha formado sobre estos casos y algunos principios fundamentales del derecho, produciendo innecesariamente problemas e incertidumbre a las personas que recurren a estos contratos para formar una familia, sin contar además, con la carga adicional que podría producir este tipo de casos a las salas y juzgados del Poder Judicial.

Como se puede apreciar, en nuestro ordenamiento jurídico no existen disposiciones respecto a esta figura contractual materia de nuestro estudio, solo una limitación del derecho del uso de las TERAS como lo ha señalado la LGS, asimismo, una limitación a nivel de la ética médica contemplado en el código del Colegio Médico del Perú cuando se tiene un ánimo lucrativo, no obstante, no existe una norma expresa sobre este tema que prohíba o regule eficazmente este tipo contractual, en consecuencia, la ausencia de una norma de esta categoría ha ocasionado el poder visualizar casos como los mencionados en el Poder Judicial e incluso provocando en uno de ellos una prisión preventiva completamente injustificada.

Como se ha señalado anteriormente, esta práctica no solo es frecuente en nuestro país, sino en diversas partes del mundo en los que tampoco se encuentra regulado ya sea en países de nuestra región o de otro continente, a causa de esto no se tiene una fuente oficial de la cantidad de nacidos por medio de este tipo contractual debido a la reserva que mantienen estas clínicas, sin embargo, se estima que son miles de bebés los que nacen al año bajo esta modalidad.

El contrato de maternidad subrogada es una figura contractual muy controversial, puesto que algunos autores sostienen que hasta 6 personas podrían reclamar su derecho sobre el recién nacido, hasta el momento, el tema sobre quien tendría realmente el derecho sobre él bebe es muy controversial, al margen de este conflicto que aún se vislumbra en nuestra comunidad, también existen quienes mantienen la postura que un concebido no puede ser objeto de la prestación de un contrato, pues estamos hablando de un futuro sujeto de derecho, dicha calidad jurídica está reconocida en nuestra legislación peruana, específicamente en nuestro código civil.

Otros autores más extremistas afirman que esta figura podría alentar el tráfico de personas, en específico de las mujeres o recién nacidos, teorías y posturas como estas serán analizadas durante el desarrollo de esta investigación, claro está, que es posible que pueda producirse dicha situación si es que un estado, en este caso el Perú, no regula correctamente esta figura contractual y por el contrario desconoce la práctica de este tipo de contratos dentro de su territorio, en tal supuesto es posible que las personas que desean procrear con estas técnicas recurran a clínicas u otros centros informales que no actúen acorde a ley, en palabras de Bease (2019) “Los acuerdos de maternidad subrogada requieren una regulación meticulosa para proteger los derechos e intereses de todas las partes involucradas” (p.4). A raíz de todo lo mencionado es que radica la importancia y la necesidad de una regulación de esta figura contractual en nuestro país.

El contrato de maternidad es considerado como un contrato más en los países en donde se encuentra regulado y es que en el ámbito internacional existen posturas que avalan este tipo contractual y otras, más conservadoras, que consideran que algo tan importante como la vida de un nuevo ser humano no debería ser objeto de un contrato como si fuera una mercancía, para adoptar una postura correcta y sobre todo acorde a derecho, es necesario recurrir a la legislación comparada, la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional, asimismo, analizar los tratados en los que nuestro país es signatario así como también los tratados internacional de la Unión Europea para efectuar un análisis sobre la decisión que adoptaron los países del primer mundo en donde en su mayoría no se encuentra permitida, salvo ciertas excepciones.

## METODOLOGÍA

La presente investigación se elaboró bajo el enfoque cualitativo, con el objetivo de describir y evaluar bajo distintas técnicas que se mencionarán en esta etapa de la investigación, las herramientas que a continuación se describirán nos sirvieron para examinar rigurosamente la información que fue adquirida en la recolección de datos.

### 3.1. Tipo y Diseño de Investigación

La presente investigación es de tipo básica, y tiene como diseño estudio de caso y teoría fundamentada, asimismo, teniendo como finalidad el producir un aporte teórico novedoso el cual debe dar una solución a una problemática, ya sea esta de característica natural o social, esto debido a que tiene como objetivo principal estandarizar, mejorar y afinar los resultados para ellos se utiliza distintas fuentes del derecho así como producción científica y jurídica de distintos autores reconocidos, reconociendo su debida creación, con el objetivo que obtener información para el planteamiento supuestos y posibles resultados opciones para incorporarlas en nuestro ordenamiento jurídico.

Además, nuestra investigación posee un nivel descriptivo exploratorio, esto quiere decir que se describe la problemática abordada por medio de una triangulación de datos y de esta manera construir una teoría fundamentada debido a la poca interpretación jurídica sobre el tema.

| OBJETIVOS  | CATEGORIZACIÓN  | SUB CATEGORIA  | ÍTEMS (PREGUNTAS)  |
|--|---|--|--|
| Determinar qué tipo de regulación se requiere implementar respecto al contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú | Posible regulación para implementar respecto del contrato de maternidad subrogada a la luz de los recientes casos en el Perú      | Vacío legal sobre el contrato de maternidad subrogada en el Perú | ¿Cuál es su opinión sobre la falta de regulación respecto al contrato de maternidad subrogada en nuestro país?   |
| Analizar cuáles son los problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú   | Problemas producidos por el vacío legal respecto del contrato de maternidad subrogada en el Perú                                  | Derecho Comparado en el contrato de maternidad subrogada         | ¿Cuál es su opinión respecto de regular o implementar el contrato de maternidad subrogada frente a la necesidad de una legislación a la luz de los recientes casos en el Perú? |
| Determinar si existe una vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada   | Posible vulneración de los derechos fundamentales de la madre gestante en la celebración de los contratos de maternidad subrogada | La jurisprudencia como fuente del derecho                        | ¿Considera usted que debería permitirse o prohibirse el contrato de maternidad subrogada? ¿Por qué?  |



| OBJETIVOS   | CATEGORIZACIÓN  | SUB CATEGORIA  | ÍTEMS (PREGUNTAS)   |
|---|---|--|---|
| <p>Determinar la validez del contrato de maternidad subrogada según nuestro ordenamiento jurídico</p> | <p>La validez del contrato de maternidad subrogada según la legislación peruana</p> | <p>La aplicación del interés superior del niño en los casos de maternidad subrogada</p> <p>La dignidad de la madre gestante en los contratos de maternidad subrogada</p> <p>Los derechos fundamentales en los contratos de maternidad subrogada</p> <p>Los requisitos de validez del art. 140 del Código Civil</p> <p>La autonomía privada de la libertad en los contratos de maternidad subrogada</p> <p>La controversia del objeto en el contrato de maternidad s ubrogada</p> | <p>De qué forma se ha regulado el contrato de maternidad subrogada en el plano internacional?</p> <p>¿Cuáles considera usted son las principales consecuencias que genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p> <p>¿Cuáles considera usted son las principales consecuencias que genera la falta de regulación del contrato de maternidad subrogada en nuestro país?</p> <p>¿Qué casos emblemáticos o jurisprudencia se tiene sobre el contrato de maternidad subrogada en nuestro país y cómo se resolvieron?</p> <p>Cómo considera usted que se deben resolver los conflictos de los contratos de maternidad subrogada en nuestro país?</p> <p>¿Considera que se vulnera la dignidad de la madre gestante en el contrato de maternidad subrogada?</p> <p>¿Qué derechos fundamentales se manifiesta en cada una de las partes del contrato de maternidad subrogada?</p> <p>¿Considera usted que se vulnera algún derecho fundamental en los contratos de maternidad subrogada?</p> <p>¿Debería permitirse una libre autonomía en este tipo contractual o el estado debería fijar ciertos parámetros?</p> <p>¿Según su opinión cual sería el objeto jurídico en los contratos de maternidad subrogada?</p> |

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

**Constructo 1** Con respecto a nuestro objetivo general y de la información recolectada, se ha llegado a evidenciar que los entrevistados para el presente trabajo de investigación y en relación al objetivo general antes señalado, consideran:

- 1 Que nuestro país necesita de una legislación que regule la maternidad subrogada y si bien parte de la doctrina alega que la ley general de salud prohíbe este contrato, esto no es así, asimismo sería recomendable que se modifique dicha ley a fin de evitar discordancia entre la doctrina de nuestro país.
- 2 Nuestro país debe adoptar una legislación similar a la que han adoptado países como Estados Unidos, México (Estado de Tabasco) y Ucrania, pues son un ejemplo en lo que refiere a la implementación de la maternidad subrogada, sin embargo, es necesario también señalar que se debe tomar en cuenta la realidad de la sociedad peruana, pues no se puede pretender incorporar una ley textualmente sin antes estudiarla y evaluar sus posibles efectos mediante un análisis económico del derecho y sus posibles externalidades.
- 3 Finalmente, la legislación que regule este contrato debe garantizar la autonomía privada de la libertad, pues las partes deben de decidir cómo quieren autorregularse en el marco de su esfera privada, por lo cual el estado solo debe limitarse a implementar los requisitos especiales y los supuestos en los cuales habría algún conflicto y como debería resolverse, si de forma general a lo que se haría en un contrato cualquiera o de forma especial conforme al principio del interés superior del niño, en la presente investigación hemos analizado este último principio y reconocemos la importancia de este en este tipo contractual, por ello consideramos que esta última es la mejor opción.

**Constructo 2**, Respecto al objetivo específico primero, habiendo utilizado las técnicas de análisis de las entrevistas, además del análisis de fuente documental y todo lo abordado en la presente investigación, se ha determinado con respecto al primer objetivo específico que, la mayoría de los entrevistados tuvieron a bien manifestar que:

- 1 Que, se ha generado una gran cantidad de problemas en nuestro país debido al vacío legal que existe, como el caso de la pareja chilena y las casaciones sobre maternidad subrogada que tenemos en nuestro país, y posiblemente se generen nuevos casos pues el último proyecto de ley sobre esta materia se dio luego de que la pareja chilena mencionada afrontara una prisión preventiva, pero desde su archivamiento no se ha vuelto a tocar el tema hasta la actualidad.
- 2 En nuestro país el Poder Judicial ha visto diversos casos derivados de estos contratos, en los que las partes piden ser reconocidos como padres legales ante las instancias judiciales, precisamente la casación 4323-2010 Lima es una de ella que llegó ante la Corte Suprema, en la cual se pedía que ordenen al RENIEC reconocer a la madre contratante como madre legal, justicia que se logró alcanzar.
- 3 La Corte Suprema ha desarrollado la casación 563-2011 Lima la cual implementa el principio de interés superior del niño para resolver los conflictos de maternidad subrogada en nuestro país, pues al margen de la posición que tengan las partes el juez debe de elegir lo que sea mejor para el bebé.

### **Constructo 3.**

Respecto al segundo objetivo específico, los entrevistados dieron un sólido punto de vista el cual se resume de la siguiente manera:

- 1 Los entrevistado consideraron que este contrato no genera una vulneración a la dignidad de la madre gestante, pues ella hace uso de su derecho a la libertad para celebrar este contrato y por el contrario este contrato evita que se vulnere la dignidad de la pareja que no puede concebir hijos por sí misma, pues los ayuda a desarrollarse como personas y la construcción de una familia.
- 2 Este contrato no vulnera ningún derecho de las partes o de la sociedad en general, por el contrario, es un mecanismo mediante el cual pueden ejercer efectivamente los derechos que se han desarrollado en esta investigación y que los entrevistados han mencionado.
- 3 Este contrato como cualquier también tiene por objeto satisfacer necesidades, pues eso es lo que busca todo contrato, satisface las necesidades de una o ambas partes, dependiendo cuales sean las prestaciones a las que se obliguen las partes, por esta razón es necesaria una autonomía privada en este contrato, ya que con esto serán las partes quienes decidan cuáles son sus intereses y como las pueden satisfacer.

### **Constructo 4.**

Finalmente, para nuestro último objetivo específico, los entrevistados fueron enfáticos en señalar lo siguiente:

- 1 El contrato de maternidad subrogada cumple con los requisitos de validez exigidos por el art. 140 del Código Civil, y no se contraviene ninguno de ellos como lo señala parte de la doctrina, además, al no existir una norma que prohíba este contrato estaría ante un contrato completamente valido y eficaz.
- 2 Se entiende por objeto de contrato a la prestación, y en este caso la prestación es la capacidad reproductora y gestacional de la madre gestante y no el niño como lo señala parte de la doctrina, de esta forma el objeto es jurídicamente posible, razón por la cual puede celebrarse un contrato de esta naturaleza en nuestro país.
- 3 Consideramos necesario implementar requisitos especiales en una eventual legislación sobre este contrato, por ejemplo, el motivo humanitario que deben tener las partes, pues esta fue la concepción inicial de este contrato y la cual debería seguir existiendo hasta la fecha, eso quiere decir que solo se podría usar este contrato en determinadas situaciones y no en cualquier momento como se viene realizando en determinados lugares.
- 4 Como ya se ha señalado anteriormente, es necesaria respetar la autonomía privada de la voluntad de las partes, por lo cual el estado debe a libre elección de las partes decidir si desean celebrar este contrato a título oneroso o gratuito, pues el universo de personas que quisieran ser padres mediante este contrato abarcaran enormemente al universo de mujeres que estarían dispuestas a prestar su capacidad de reproducción de forma gratuita.

## CONCLUSIONES

- 1 Existe una necesidad imperativa de una legislación que regule el contrato de maternidad subrogada en nuestro país, es por ello que desde esta investigación proponemos una legislación que regule este tipo contractual y que este pueda ser celebrado de la forma más conveniente para las partes, es decir, que sean las partes que decidan si se realizará a título gratuito u oneroso y las reglas que regirán dicho contrato.
- 2 Este vacío legal que hasta la fecha existe en nuestro país ha dejado graves consecuencias las cuales van desde largos e interminables batallas judiciales entre las partes, contra entidades públicas y hasta errores judiciales con consecuencia de prisión preventiva, siendo perjudicados en gran medida la parte contratante de este convenio privado, pero más aún, siendo los más afectados los menores quienes estarán en una posición de incertidumbre y zozobra jurídica, situaciones que deben culminar con la propuesta legislativa presentada en la presente investigación.
- 3 Los fundamentos sobre una posible vulneración a la dignidad de la madre gestante por parte de un sector de la doctrina adversa al contrato de maternidad subrogada carecen de fundamentos, pues en este contrato la madre gestante manifiesta su intención de celebrar este contrato de forma libre y consiente, inspirada únicamente en un motivo humanitario, ayudar a la parte contratante a concebir el hijo que la naturaleza les negó.

## RECOMENDACIONES

1. Implementar una legislación que regule el contrato de maternidad subrogada como una ley especial la cual contemple los requisitos especiales, la formalidad de su celebración y los posibles conflictos derivados de este contrato y sus respectivas soluciones en virtud del principio del interés superior del niño, o en su defecto, que se incorpore al Código Civil en el libro de los contratos.

2. En ese mismo sentido, tener una legislación que reconozca y regule este tipo contractual ayudará a evitar futuros conflictos y problemas que ya hemos desarrollado a lo largo de nuestro informe, asimismo, brindar una mayor información sobre este contrato en especial a los miembros del Poder Judicial, Ministerio Público, RENIEC y las Redes de Salud a nivel nacional para que se familiaricen con este contrato y reconozcan la validez del mismo.

3. Incorporar como requisito especial el “factor humanitario” entre los demás desarrollados en nuestro informe, pues este requisito cobra vital importancia en este tipo contractual, toda vez que la razón de ser de este contrato es el ánimo altruista de ayudar a las personas que quieren tener un hijo y no pueden por causas naturales o padecen de alguna enfermedad por la cual no deberían procrear de forma natural. Así mismo, regular los requisitos, como la necesidad de que la madre gestante (madre contratada) tenga la capacidad reproductiva y gestacional, ya que esta es indispensable para la prestación y, que la madre o padres contratantes tengan problemas de fertilidad o que tengan alguna enfermedad susceptible de ser transmitida a sus hijos motivo por el cual no debería procrear de forma natural

## REFERENCIAS

### REFERENCIAS

- Aspiroz, J. (2017). El contrato de alquiler de vientres, la ley, la posición del Tribunal Supremo y de la UE, las posiciones parlamentarias. Madrid, España.
- Banda, A. (1998). Dignidad de la persona y reproducción humana asistida. Revista Jurídica. Universidad de Valdivia. Chile.
- Bernal, C. (2017). Metodología de la investigación. Universidad de La Sabana, Bogotá, Colombia.
- Bullard, A. (1995). Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual. Revista IUS ET VERITAS, 5(10), 51-64. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15475>
- Bustamante, G. (2017). La contratación de la Maternidad Subrogada en las clínicas de Fertilización de Lima Metropolitana en el año 2016. Universidad César Vallejo, Lima, Perú.
- Burstein, A. (2013). Los derechos del embrión in vitro frente a la paternidad: ilegitimidad de las técnicas de reproducción asistida extrauterinas. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú.
- Chávez, G. (2009). Derecho Genético. Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote. Ancash, Perú.
- Delgado, A. (2019). Análisis de la maternidad subrogada desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional (tesis de pregrado). Universidad de Piura, Lima, Perú.
- Gamarra, J. (2018). Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia (tesis de maestría). Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Arequipa, Perú.
- González, B. (2015). Maternidad subrogada, realidad actual, problemas y posibles soluciones. Universidad Miguel Hernández, Madrid, España.
- Gutiérrez, L. (2016). Restitución del Derecho natural de ser padres: necesidad de legislar la maternidad subrogada homóloga en el Perú. Universidad César Vallejo, Trujillo, Perú.
- Meike, S. (2001). Maternidad subrogada: ética y justicia legal. National Reference Center for Bioethics Literature. Estados Unidos.
- Ramos, C. (2007). Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento., Lima, Perú. Editorial: Gaceta Jurídica
- Saavedra, A. (2018). El uso de las TERAS y el derecho a la reproducción (tesis de pregrado). Universidad de Piura.
- Yáñez, A. (2013). Propuesta de contrato de maternidad subrogada elaborado según los principios de la legislación civil ecuatoriana. Universidad de las Américas, Quito, Ecuador.
- Varsi, E. (1995). Derecho genético: principios generales. Lima, Perú. Editorial: Normas Legales.
-

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN TIEMPOS DE COVID- 19.

ZAVALA CASTILLO, FIORELLA MERCEDES

## RESUMEN

En los primeros meses del año en curso muchos países fueron azotados por una pandemia llamada Covid- 19. Como ningún país se esperaba esta terrible y trágica situación, millones de personas han muerto y otras tantas se encuentran enfermas. El coronavirus no distingue raza, sexo, edad o situación económica, razón por la cual, puede atacar a cualquier persona.

Las medidas restrictivas que se han tomado en relación a esta nueva enfermedad han impactado de forma directa en varios sectores del derecho, tales como el derecho laboral, tributario, financiero, administrativo, societario, etc, pero, en definitiva, el sector que más desafíos ha tenido y tiene que afrontar es el sector salud ¿Por qué? Una respuesta rápida y sencilla es que ahora la praxis médica se encuentra limitada no sólo por los impedimentos de los recursos, sino también por la ignorancia o la insuficiente información que se tiene sobre este nuevo virus.

En este contexto, el tema de la responsabilidad civil médica ha tomado mucha notabilidad; ya que la insolencia de recursos y el embrollo propio de la enfermedad que estamos enfrentando ha traído consigo el aumento de denuncias por negligencia médica contra los profesionales y los establecimientos de salud.

El objetivo de este trabajo es dejar en claro lo que significa la responsabilidad civil médica enfocándola al contexto que estamos viviendo actualmente, para así poder saber hasta qué punto es responsable el médico por la praxis que esté llevando a cabo en estas circunstancias, de modo que puede responder él o el establecimiento médico por un daño causado. Dicho de otra forma, trataré de determinar los posibles supuestos en los que los médicos o establecimientos de salud incurrirían en un caso de responsabilidad civil dentro de este contexto del covid-19.

La razón de esta investigación es tratar de entender qué tipo de responsabilidad tienen los médicos en esta particular situación.

## ABSTRACT

*In the first months of this year, many countries were hit by a pandemic called Covid-19. As no country expected this terrible and tragic situation, millions of people have died and many others are ill. The coronavirus does not distinguish race, sex, age or economic situation, which is why it can attack anyone.*

*The restrictive measures that have been taken in relation to this new disease have had a direct impact on various sectors of law, such as labor, tax, financial, administrative, corporate law, etc., but, ultimately, the sector that most challenges has had and has to face is the health sector. Why? A quick and simple answer is that medical practice is now limited not only by resource constraints, but also by ignorance or insufficient information on this new virus.*

*In this context, the issue of medical civil liability has become very notable; since the insolvency of resources and the muddle of the disease that we are facing has brought with it an increase in complaints of medical negligence against professionals and health establishments.*

*The objective of this work is to make clear what medical liability means by focusing it on the context we are currently experiencing, in order to know to what extent the doctor is responsible for the practice that is being carried out in these circumstances, so that he or the medical establishment can answer for damage caused. In other words, I will try to determine the possible cases in which doctors or health establishments would incur in a civil liability case within this context of covid-19.*

*The reason for this research is to try to understand what kind of responsibility doctors have in this particular situation.*

## DESARROLLO

La responsabilidad civil médica es aquella obligación que tienen los médicos de reparar las consecuencias de los actos u omisiones que hayan cometido en el ejercicio de su profesión. Pero para hablar más de este tema creo necesario referirme brevemente a los elementos que conforman la responsabilidad civil, puesto que esta engloba a todas las obligaciones de resarcir un daño causado por un incumplimiento contractual o por el incumplimiento del deber genérico de no causar daño a nadie, así pues, tenemos a la antijuricidad, que es aquella conducta contraria a lo que dispone el ordenamiento jurídico, el orden público y las buenas costumbres. El daño, que es causado por un acto ilícito y puede ser patrimonial (daño emergente y lucro cesante) o extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona).

La causalidad, que se refiere al nexo causal entre la persona que resulta ser el responsable y el daño producido. Y, por último, pero no menos importante, tenemos al factor de atribución definido como las razones que permiten asignarle responsabilidad a la persona, pueden ser de dos tipos, subjetiva (referida a la voluntad de una de las partes de causar daño a otro a razón de dolo o culpa) y objetiva (no se quiso causar daño, pero igual se hizo, aquí la culpa se deja a un lado y se evalúa el riesgo creado).

Por lo antes mencionado, queda claro que la responsabilidad civil es aquella institución por la cual la persona responsable de causar un daño, sea por acción u omisión, tiene la obligación de repararle dichos daños y perjuicios a quien se los causó. De esta manera, la responsabilidad civil médica se relaciona con el tema de la mala praxis médica, que viene a ser el acto antijurídico en el que incurre un médico y que, producto de ello, se genera un daño a la salud o vida del paciente, generando la obligación de resarcir dicho daño. Teniendo esto perfectamente entendido nos surge la siguiente pregunta ¿Cuál es la responsabilidad civil médica en tiempos de Covid- 19? Ya que al ser este un contexto sin precedentes se debe conocer qué responsabilidad asumen tanto los médicos como los establecimientos de salud ante una mala praxis en plena pandemia.

Para responder la pregunta antes planteada, es menester que primero determine la naturaleza de la responsabilidad civil médica, para ello es importante explicar si esta se encuentra en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual; ya que ambos sistemas son muy diferentes en varios aspectos. Por un lado, la responsabilidad contractual se genera por el incumplimiento de un deber establecido previamente en una “relación jurídica obligatoria”; por ello, nuestro Código Civil lo regula bajo la denominación “inejecución de obligaciones” y establece que el deudor no será responsable de la inejecución de la obligación si ha actuado con la diligencia ordinaria requerida. Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual surge como consecuencia del incumplimiento del deber genérico de no causar daño a otro. Esta institución se encuentra regulado en el Código Civil y establece que aquel que causa daño a otro con dolo o culpa tiene la obligación de indemnizarlo.

Ahora bien, comúnmente vemos que la relación médico-paciente no surge producto de un contrato previo entre las partes; sin embargo, cuando una persona acude al médico con el propósito que le brinde un servicio de atención, de manera tácita y verbal, celebran un contrato (por lo general un contrato de locación de servicios), mediante el cual, el médico se obliga a brindar su servicio con diligencia y probidad; y el paciente, en contraprestación, se obliga al pago de sus honorarios.

Según la doctrina mayoritaria se considera que, por regla general, la naturaleza de la responsabilidad civil médica es contractual. No obstante, existen diversas situaciones donde la responsabilidad del médico puede recaer en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Por ejemplo; en el caso de los servicios que se les brinda a los pacientes que ingresan inconscientes por emergencia, siempre que no haya representación legal o voluntaria.

En virtud de lo antes expuesto, se puede definir a la responsabilidad civil médica como la inejecución a razón de dolo o culpa de las obligaciones nacidas en virtud de una relación contractual (tácita o explícita) entre el médico y su paciente, surgiendo la obligación de indemnizar. Sin embargo, excepcionalmente, habrá casos en que la responsabilidad médica está en el ámbito de lo extracontractual; por ello, es necesario que el juzgador analice muy bien cada caso en concreto para una correcta aplicación de las normas.



Por lo expresado en las líneas precedentes, queda reflejado que la naturaleza de la responsabilidad médica es compleja y para determinarla no solo basta identificar si nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual; si no también se debe determinar si el médico o el establecimiento sanitario han asumido una obligación de medios o resultados.

En relación a esta última línea, se está ante una obligación de medios, cuando el deudor se obliga a actuar de manera prudente y diligente en aras de lograr un resultado, pero sin garantizarlo. Es decir, el deudor no responderá en caso no llegue al resultado, solo en caso se verifique que éste no haya actuado con la diligencia requerida. Por tanto, podemos decir que, en este supuesto, nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva; dado que el incumplimiento será imputado cuando el deudor incurra en dolo o culpa.

Por el contrario, en una obligación de resultados, el deudor se obliga a lograr un resultado determinado, sin importar si ha actuado con diligencia o no; por tanto, la única manera de deslindar su responsabilidad será demostrando una causa objetiva de fuerza mayor o caso fortuito. En este caso, estamos frente a una responsabilidad objetiva.

En atención a lo señalado, la doctrina mayoritaria coincide en señalar que, en principio, los médicos asumen obligaciones de medios pues, aunque el objetivo o fin de todo médico es curar a un enfermo, aquel no puede asegurar un resultado, debido a los factores de riesgos que influyen en su actividad; pero sí puede comprometerse a actuar con diligencia, conforme a la *lex artis*, y aplicar todos sus conocimientos posibles para llegar al resultado deseado. Cabe recalcar que existen determinados supuestos donde de manera excepcional el médico podría asumir una obligación de resultados, como es el caso, por ejemplo, de las intervenciones odontológicas, las cirugías estéticas, ligaduras de trompas o vasectomía, implante de cabello, análisis clínicos u otras de intervención de fácil realización donde la ciencia médica ha alcanzado prácticamente la seguridad del éxito y la estadística suministra índices muy altos de probabilidad de eficacia. En estos casos el médico será responsable si no cumple con el resultado comprometido y esto coincide con lo pronunciado por la Corte Suprema de la República en la Casación N° 1258-2013-Lima:

*Por lo demás, es necesario precisar a esta parte impugnante que la naturaleza de las obligaciones derivadas de la prestación médica no es de resultado, sino de medios (salvo casos muy excepcionales en donde, por ejemplo, un cirujano estético se compromete a un cierto resultado específico), por lo que es insuficiente imputar al profesional o técnico responsabilidad por el solo hecho de no curar al paciente o no haberle salvado la vida, sino que se debe acreditar que no le ha prodigado los cuidados propios de la ciencia y pericia que su atención y tratamiento particular requerían.*

Habiéndome referido a la responsabilidad del médico, es menester que también trate la responsabilidad civil de los establecimientos de salud, así pues, según la Ley General de Salud, Ley N° 26842, la estructura sanitaria asume una responsabilidad objetiva y solidaria por los daños o perjuicios ocasionados por su personal de salud dependiente. Ello es así por el simple hecho de mantener un vínculo de dependencia con el autor directo del daño.

Por tanto, la persona perjudicada tendrá frente a sí la posibilidad de demandar por los daños ocasionados al médico o a la clínica por separado o de manera conjunta, entendiéndose que, una vez obtenida la indemnización por parte de uno de ellos, ya no podrá repetir contra el otro. Por otro lado, la responsabilidad de la estructura sanitaria será objetiva y exclusiva cuando esta no haya dispuesto los medios para evitarlo; por ejemplo, en el caso de que el paciente sufra un daño por la deficiencia en la organización de la prestación sanitaria, por el mal estado de su infraestructura o materiales o por la falta de higiene.

Un primer reto al que se enfrenta la responsabilidad civil médica frente al Covid -19 y, como ya lo he expresado con anterioridad, es el desconocimiento de esta nueva enfermedad, sobre todo en relación a su diagnóstico y tratamiento que a la fecha sigue siendo incierto y muy variable. Por ello, ahora más que nunca no se puede exigir que los profesionales de salud cumplan con un resultado en específico; por lo que su obligación será únicamente de medios, en el cual estos se comprometen a actuar con diligencia, conforme a sus conocimientos y la *lex artis*. Y ¿qué significa actuar acorde a la *lex artis*?

La lex artis médica o ley del arte del médico es un concepto difícil de establecer, pero que se puede entender como el conjunto de normas o criterios de carácter valorativo que permiten que el accionar del médico se realice conforme a lo que dicta la ciencia médica y sus avances. En virtud de ello, podemos decir que la lex artis médica está conformada por los protocolos o tratados médicos, las guías o lineamientos de manejo, literatura médica e incluso los congresos médicos. Un punto importante para hablar de la lex artis es que se supone que es necesario que este haya superado la prueba del tiempo para demostrar su efectividad; sin embargo, al encontrarnos ante un virus nuevo, como es el Covid-19, sin muchos conocimientos respecto de su comportamiento y evolución, se vuelve más complicado que el acto médico sea eficaz para el tratamiento de esta enfermedad.

En nuestro país, desde que se declaró el estado de emergencia, el MINSA ha comunicado una serie de protocolos, guías y lineamientos para la prevención, diagnóstico y tratamiento de los casos Covid-19; sin embargo, a medida que la ciencia médica ha ido adquiriendo mayor conocimiento respecto a esta enfermedad, estas normativas se han ido modificando constantemente. Por tanto, en el contexto de la Covid-19, un médico será imputable de responsabilidad civil en caso su actuación no se ajuste a los protocolos médicos establecidos y a la literatura médica que se encuentra en constante actualización. Por ello, es importante que el médico, para actuar conforme a la lex artis, debe estar en continua preparación y actualización de sus conocimientos.

Otro reto que la responsabilidad médico-sanitaria ha tenido que afrontar está relacionado con el vertiginoso aumento de la demanda médica y la escasez de recursos con los que cuentan los establecimientos de salud, tanto públicos como privados, para hacer frente a esta pandemia. Razón por la cual, acudir a uno de estos centros de salud y no poder recibir la atención solicitada; ya sea por no haber disponibilidad de camas o porque, en el caso, de los establecimientos privados solicitaban el pago previo de una exorbitante suma de dinero para poder acceder a su servicio, es una realidad cruel y latente.

Sobre esta situación, se debe señalar que la Ley N° 27604, Ley que modifica la Ley General de Salud, establece que toda persona tiene el derecho de recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médica de emergencia, estando los establecimientos de salud a prestar dicha atención, mientras subsista el estado de grave riesgo para la salud y vida. En ese sentido, los centros de salud, sobre todo privado, que hayan, en este contexto, denegado la atención de un paciente en estado de gravedad, por el motivo de no contar con un seguro o por no haber efectuado un pago previo, incurriría en una responsabilidad objetiva y exclusiva; porque claramente estarían atentando contra el derecho a la vida y salud de las personas.

## CONCLUSIONES

- 1 Se recalca que la responsabilidad civil médica, debe ser siempre determinada en cada caso en concreto y tomando en consideración las limitaciones propias del actual contexto; ya que, la exorbitante demanda que han tenido que enfrentar estos establecimientos de salud ha generado que hayan superado su capacidad de atención.
- 2 El desconocimiento de esta nueva enfermedad causada por el coronavirus ha sido uno de los principales retos que han tenido y tienen que afrontar los profesionales de la salud; ya que sus labores lo han desarrollado en base a protocolos o lineamientos inciertos y variables, haciéndolos propensos a varias denuncias por negligencia médica. Sin embargo, es imprescindible señalar y recalcar que hoy más que nunca los médicos, asumen una responsabilidad de medios; ya que no pueden garantizar ningún resultado; por lo que su responsabilidad debe ser juzgada en base a las particularidades de cada caso en concreto, tomando en consideración la disponibilidad de los recursos, la complejidad de la realidad y las circunstancias específicas del paciente.

## REFERENCIAS

Casación N° 1258-2013-Lima.

Código Civil Peruano.

García, C. (2015). La responsabilidad civil médica en el Perú. Aspectos básicos.

Ley N° 26842 - Ley General de Salud.

Taboada, L. (2000). Responsabilidad civil extracontractual.

Valdivia, C. (2018). Responsabilidad civil médica por mala praxis médica.

# DAÑO GENÉTICO Y RESPONSABILIDAD CIVIL FRENTE A LA BIOÉTICA

SEDANO FASABI ESPERANZA  
LUDEÑA MONTES NICOLE  
HUAMAN CALDERON RENZO

## RESUMEN

El tema de la bioética es de suma importancia. La Declaración Universal de la Unesco nos menciona sobre el genoma humano y los Derechos Humanos de 1997 promueven e invita a las naciones a educar en bioética a la sociedad en todos sus niveles.

La bioética se define como “la conciencia de la ciencias médicas y biológicas, como una práctica dinámica, racional, y reguladora de los valores éticos y deontológicos con la característica de ser multidisciplinaria y que tiene como objetivo la preservación de la dignidad humana en sus diversas expresiones”.

Le corresponde a la bioética, como disciplina, una unidad pragmática determinada por un conjunto abierto de problemas prácticos nuevos (no sólo éticos, sino morales y políticos, la Bioética arrastra desde su constitución la confusión con la bio moral y, por tanto, con la biopolítica) que giran en torno a la vida orgánica de los hombres y de los animales, y por un conjunto, también abierto, de resoluciones consensuadas por las instituciones competentes, desde los comités asistenciales de los hospitales hasta las comisiones nacionales o internacionales que suscriben algunas de las citadas resoluciones o convenios. ( Bueno, 1999)

Los países industrializados son los que lideran, en la mayoría de los casos, programas genéticos con la finalidad, entre otros, de beneficiar al hombre. Para ello, utilizan animales donde probar los experimentos, observando y comprobando los efectos que causan ciertas sustancias químicas o delicadas cirugías. Como prueba de eso, el mundo fue testigo de la clonación de una oveja, lo que provocó que la población se preguntara ¿hasta dónde podía llegar el hombre en su afán por “beneficiar al hombre?”.

El ensayo busca mostrar la estrecha relación que existe entre los principios éticos y las prácticas biomédicas en que las personas puedan ver afectada no solo su integridad física sino también su dignidad inherente, aun cuando tales prácticas presuntamente estén dirigidas a lograr un desarrollo científico que finalmente redunde en beneficio de toda la especie humana.

## ABSTRACT

*The subject of bioethics is of utmost importance. The Unesco Universal Declaration mentions us about the human genome and Human Rights of 1997 promote and invite nations to educate society in bioethics at all levels.*

*Bioethics is defined as "the consciousness of medical and biological sciences, as a dynamic, rational, and regulatory practice of ethical and deontological values with the characteristic of being multidisciplinary and whose objective is the preservation of human dignity in its various expressions".*

*Bioethics, as a discipline, is responsible for a pragmatic unit determined by an open set of new practical problems (not only ethical, but moral and political, Bioethics drags from its constitution the confusion with the bio-moral and, therefore, with the biopolitics) that revolve around the organic life of men and animals, and by a set, also open, of resolutions agreed upon by the competent institutions, from the hospital care committees to the national or international commissions signed by some of the aforementioned resolutions or agreements. (Well, 1999)*

*Industrialized countries are the ones that lead, in most cases, genetic programs with the aim, among others, of benefiting man. To do this, they use animals to test experiments, observing and verifying the effects caused by certain chemical substances or delicate surgeries. As proof of that, the world witnessed the cloning of a sheep, which caused the population to wonder how far could man go in his quest to "benefit man?"*

*The essay seeks to show the close relationship that exists between ethical principles and biomedical practices in which people can be affected not only their physical integrity but also their inherent dignity, even when such practices are presumably aimed at achieving a scientific development that ultimately results for the benefit of the entire human species.*

## DESARROLLO

Hoy día es común escuchar acerca de experimentos genéticos u operaciones que pueden cambiar la vida de las personas. La lectura del genoma humano ha puesto sobre el tapete serios cuestionamientos que van desde la fascinación hasta las controversias. Para algunos, es la soñada cura a las enfermedades, mientras que para otros significa el enfrentamiento directo de la ciencia, la moral y el Derecho.

Sin embargo, la comunidad internacional a través de la ONU y en especial la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió el 28 de abril de 1999 la Resolución No. 63, denominada “Los Derechos Humanos y la Bioética”. Por su parte, la Conferencia General de la UNESCO aprobó dos resoluciones en su trigésima sesión (del 26/10 al 17/11 de 1999) referidas a las “Orientaciones para la puesta en marcha de la Declaración Universal del Genoma Humano y los Derechos Humanos” (vigésima novena resolución c/17) y las “Relaciones entre la Bioética y los Derechos del Niño”

Por otro lado (Brussino, s.f.) nos menciona que:

*Una primera aproximación -que podríamos llamar periférica a la bioética, como conjunto de temas atravesado por el cuestionamiento a la idea del avance tecnocientífico como progreso lineal de la humanidad. Esta forma de hacer bioética es más bien teórica y se inscribe en la visión crítica de la ciencia y la técnica.*

### Características de la bioética

*La bioética pretende atender tales necesidades, a través de métodos de resolución de problemas éticos con los siguientes requisitos básicos: ética civil, ética pluralista, ética autónoma, ética racional y más allá del convencionalismo.*

**Ética civil:** *las personas tienen derecho a que su libertad de conciencia sea respetada, las instituciones sociales están obligadas a establecer los mínimos morales exigibles a todos, pero no podrán fijarse de acuerdo con mandatos de las morales religiosas, sino desde criterios seculares, civiles o racionales.*

**Ética pluralista:** *es pertinente la aceptación de la diversidad de enfoques y posturas, una acción es inmoral cuando el beneficio de alguno se consigue mediante el perjuicio de otros. El pluralismo es la condición de posibilidad de la ética.*

**Ética autónoma:** *el criterio de moralidad no puede ser otro que el propio hombre, la razón humana se constituye en norma de moralidad inapelable.*

**Ética racional:** *la racionalidad humana tiene siempre un carácter abierto, con un momento principalista y otra consecuencialista. La razón ética se desarrolla a ese doble nivel.*

**Más allá del convencionalismo:** *la bioética moderna aspira a ir más allá de los convencionalismos morales y tener carácter universal. La razón ética aspira al establecimiento de leyes universales, abiertas a un proceso de continua revisión.*

*Otras características que giran en torno a la bioética son:*

- **Multidisciplinar:** intenta reunir en el debate a las diferentes áreas de conocimiento implicadas en la problemática, siendo las más importantes las biociencias (y sus tecnologías), la filosofía (principalmente la ética) y el derecho.
- **Plural y laica:** proponiendo el debate y huyendo de soluciones dogmáticas.
- **Civil y social:** en el respeto a los derechos del ciudadano y a su servicio y al del interés general.
- **Formativa-informativa:** debe proporcionar los conocimientos necesarios a la ciudadanía para que el debate social no sea contaminado por informaciones alarmistas o dogmáticas.
- **Prejurídica y metajurídica:** aunque a pesar de ello precisa del bioderecho.
- **Universal:** aunque queda claro que es un ideal quimérico.

Los objetivos más importantes son, por tanto, proporcionar foros de debate, de reflexión y de orientación práctica para la posterior toma de posturas normativas. El respeto y la adecuación a los acuerdos y declaraciones bioéticos, a las Constituciones de los Estados democráticos y a los derechos humanos constituyen el marco de referencia adecuado para la posterior aplicación de las normas jurídicas que rijan la actuación de las biotecnologías, ya sea aplicando el derecho existente o adoptando nuevas decisiones de carácter legislativo

### **Macrobioética.**

Es la ética médica propiamente dicha y comprende la relación terapéutica y la atención de salud. El título preliminar de la Ley General de Salud declara que la salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. Por lo que la protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla

Ante el avance descomunal de la ciencia médica; ante la ambigüedad y vacíos legales, para regular las conductas de los especialistas en genética la bioética surge como herramienta, cuyos postulados nos ayudan a resolver problemas derivados de la aplicación de las técnicas de manipulación genética en los humanos. La bioética como disciplina se encargará de fijar los patrones esenciales para la correcta aplicación de la medicina y la biología en los vivos.

Entiéndase entonces que la bioética es una respuesta racional, lógica y equitativa frente a la aplicación, poder y eficacia de la biomedicina. La bioética es una rama de la ética se encarga de los problemas generados por la aplicación y ejercicio de la biomedicina.

El comportamiento se puede definir como “cualquier reacción a cualquier estímulo”, incluyendo, por tanto, desde los simples tropismos y taxias hasta los reflejos, instintos, aprendizaje, inteligencia y conciencia, pudiendo admitirse como regla general la existencia de una correlación positiva entre el grado de complejidad de la pauta de comportamiento de los seres vivos y su posición en la escala evolutiva. El ser humano tiene tres singularidades que le diferencian de cualquier otro ser vivo: es sujeto culto, sujeto religioso y sujeto ético. El ser humano, como consecuencia del proceso evolutivo, ha adquirido la capacidad genética de utilizar el lenguaje simbólico - sujeto culto -, estar abierto a la trascendencia al interrogarse por el origen y el destino del hombre y el sentido de su vida - sujeto religioso - y ser capaz de hacer juicios de valor, distinguir el bien del mal y optar libremente por uno u otro - sujeto ético-.

Tenemos la convicción que sólo es posible encontrar el sentido del derecho y, por consiguiente, de todas y cada una de las instituciones jurídicas, si conocemos más y mejor al ser humano.

### **Derecho Genético en el Código Civil**

Mediante la Ley N° 27048, promulgada el 31 diciembre de 1998 y publicada el 06 de enero de 1999 se modifican diversos artículos del código civil referidos a la declaración de paternidad y maternidad. Es importante tener presente el Artículo 363° del C.C. así mismo el artículo 402°.

El derecho es creado por el hombre para el hombre. Por ello, es poco lo que podamos aprehender en cuanto al significado del “daño a la persona” y, más específicamente del daño al “proyecto de vida”, si no indagamos sobre el ser del hombre. En ausencia de tal indagación, consideramos que el tratamiento del tema carecería de un adecuado sustento en la realidad, por lo que pecaría de superficial e inconsistente. Un estudio que ofrece esta falencia es aquel que se desenvuelve tan sólo en el nivel de la dogmática jurídica.

Evidentemente, no hay daño sin consecuencias, en atención a la calidad ontológica del ente que sufre las consecuencias del daño puede diferenciarse claramente dos tipos de daños: uno que podemos designar como subjetivo (o “daño a la persona”) y otro que denominamos objetivo (o daño a las “cosas”). El daño subjetivo es el que incide sobre el sujeto de Derecho, que no es otro que el ser humano. Se le conoce generalmente bajo la denominación de “daño a la persona”. De ahí que pueda utilizarse, indistintamente, las expresiones de “daño subjetivo” o “daño a la persona”. Ambas apuntan al ser humano. A un ser humano que se despliega existencialmente en un proceso ininterrumpido desde su concepción hasta su muerte. El daño objetivo, por el contrario, es aquel que recae sobre lo que no es el ser humano, es decir, sobre los entes que se hallan en el mundo, que son los objetos conocidos y utilizados por el hombre. (Rubinzal, 1996)

En un segundo plano, cabe distinguir otras dos categorías de daños, ya no en función de la naturaleza misma del ente dañado, sino en cuanto a las consecuencias o perjuicios derivados del evento dañoso. Estas consecuencias pueden ser resarcidas en dinero cuando la naturaleza del ente lo permite, es decir, cuando es dable que dichas consecuencias se cuantifiquen dinerariamente, en forma directa e inmediata o, en su defecto, cuando el objeto dañado puede ser sustituido por otro similar. De ahí que se designe a este daño como daño patrimonial o extra personal, como debería llamársele para dar preeminencia a la persona.

De otro lado, atendiendo a la calidad ontológica del ente dañado, existen casos en que no es posible otorgar a la víctima una indemnización directa e inmediata en dinero como consecuencia del daño sufrido. La naturaleza misma del ente dañado no lo permite. En esta peculiar situación la reparación no posee el carácter compensatorio que tiene cuando se trata del daño objetivo, sino que ella será meramente satisfactiva.

En otros términos, en ciertos tipos de daños al ser humano -concebido o persona natural- .es del todo impracticable fijar una indemnización en dinero a título compensatorio, desde que nos encontramos frente a aspectos del ser humano que no tienen una traducción directa e inmediata en dinero. Ello, en cuanto no están en el comercio de los hombres, no son objeto del tráfico comercial. En este último caso, nos hallamos ante un daño que solemos denominar, indistintamente, como daño “no patrimonial”, extrapatrimonial o, mejor aún, “personal”  
Un aspecto que debemos destacar como premisa fundamental de nuestro estudio es que todos los nuevos tipos de daños indemnizables que se vienen presentando en la doctrina, siendo algunos de ellos objeto de regulación específica en la legislación comparada, no requieren ser regulados expresa y específicamente en legislación especial alguna para que deban ser jurídicamente indemnizados.

Ello es consecuencia de que la responsabilidad civil, a diferencia de la responsabilidad penal, no se sustenta en el principio de legalidad o de la tipicidad legal, sino en el principio del daño antijurídico que hemos explicado anteriormente. Por ello se entiende que el daño antijurídico, puede ser típico o atípico. Más aún pensamos que la mayor parte de daños jurídicamente indemnizables son atípicos, pues no se encuentran específicamente previstos en un supuesto de hecho jurídico. En tal sentido el artículo 1969° del Código Civil peruano con una fórmula amplia y genérica señala que aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizado y, por su parte, el artículo 1970° establece que 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 reparado.

Esta premisa conceptual es fundamental en nuestro estudio justamente por tratarse el daño genético de un daño injusto atípico, que no requiere para ser relevante e indemnizable jurídicamente el que se encuentre previsto específicamente en un supuesto de hecho jurídico, subsumiéndose perfectamente en alguna de las dos normas genéricas antes mencionadas. Un aspecto que debemos destacar como premisa fundamental de nuestro estudio es que todos los nuevos tipos de daños indemnizables que se vienen presentando en la doctrina, siendo algunos de ellos objeto de regulación específica en la legislación comparada, no requieren ser regulados expresa y específicamente en legislación especial alguna para que deban ser jurídicamente indemnizados.

## CONCLUSIONES

- 1 La bioética es la ciencia que se encarga de estudiar las relaciones de la ética con la vida, con los procedimientos y políticas vinculadas con la esencia vital y los márgenes en los cuales deben desarrollarse.
- 2 Se sustenta en la influencia de la medicina y biología en la evolución del hombre, de manera tal que podemos decir que busca mantener, explicar y canalizar la correcta relación entre el hombre, la naturaleza y las técnicas biomédicas.
- 3 El interés de la bioética se centra en las consecuencias de las prácticas de los bioprofesionales, fomentando el respeto por la vida, la integridad de las especies y la protección de la humanidad.
- 4 La denominación “daño genético” no es unívoca y admite una pluralidad de formas que requieren tratamiento jurídico diferencial, exigiendo, además, la revisión de categorías jurídicas importantes.

## REFERENCIAS

Brussino, S. (2020). Bioética, racionalidad y principios de realidad. Recuperado el 01 de diciembre de 2020, de Alcazaba: <http://alcazaba.unex.es/~mgarcia/doctrina2.htm>

Bueno, G. (1999). Principios y reglas de una Bioética Materialista. Basilisco, 61-72.

Varsi Rospligiosi, E. (1997). Derecho Genético. Perú: Normas Legales S.A.

Rubinza. (1996). Precisiones preliminares sobre el daño a la persona. Derecho, Universidad Católica, Lima, 177.



# EL QUANTUM INDEMNIZATORIO EN ACCIDENTES DE TRÁNSITO POR DAÑO A LA PERSONA Y AL PROYECTO DE VIDA

SOTOMAYOR RIVERO, JULIO  
<https://orcid.org/00000003134>

## RESUMEN

En el presente informe, está basado en la investigación de la problemática relacionada a la calificación del quantum indemnizatorio por daño a la persona y a su proyecto de vida por accidentes de tránsito, donde tiene como lugar de estudio el distrito de los Olivos en el año 2020, cabe mencionar que dicha controversia parte de la mala aplicación del artículo 1332° del código civil de la cual se expresa si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa, es por eso que en su oportunidad se propone posibles soluciones a la ambigüedad de la norma, como establecer estándares de criterios de valoración respectivos a las indemnizaciones, además de establecer una tabla de clasificación de daños en concordancia a sus reparaciones, así como también, proponer una doble calidad de agente a los operadores de derecho competentes respecto a las indemnizaciones, es por ello que, se analizará tanto normas legislativas relacionadas a las indemnizaciones tanto en aspectos patrimoniales como extrapatrimoniales, además de analizar las posibles soluciones en base a la presentación de nuestro marco teórico, asimismo de abarcar determinados estudios de caso, para poder así justificar la existencia de una reforma o modificación del artículo mencionado.

En este sentido en el presente informe, hemos determinado que no se ha estado aplicando correctamente los criterios de valoración respecto a las indemnizaciones, ya que, existen una gran cantidad de procesos homogéneos con resultados distintos cuando de resarcimiento se trata, porque a su vez se ha evidenciado que se requiere una modificación del presente artículo, para que así, los operadores de justicia emitan fallos igualitarios, para concretar la justicia igualitaria y así delimitar aspectos valorativos susceptibles al resarcimientos.

La metodología de este informe es de enfoque cualitativo, de tipo básica, con diseño de estudio de caso y fenomenológico, asimismo la información recabada ha sido recopilada empleándose la triangulación de datos, que comprende la recolección de datos, la entrevista y el análisis documental de los cuales se concluyó y se recomendó conforme a las formalidades.

**Palabras claves:** Indemnización, daño a la persona, criterio de valoración, accidente de tránsito.

## ABSTRACT

*This report is based on the investigation of the problem related to the qualification of the compensation quantum for damage to the person and his life project due to traffic accidents, where the district of Los Olivos is studied in 2020, It is worth mentioning that said controversy stems from the misapplication of article 1332 ° of the civil code, which states that if the compensation for the damage could not be proven in its precise amount, the judge must set it with a fair assessment, that is why in its Opportunity proposes possible solutions to the ambiguity of the norm, such as establishing standards of criteria for the correct assessment of compensation, in addition to establishing a classification table of damages in accordance with their repairs, as well as proposing a double quality of agent to the competent law operators regarding compensation, which is why both legislative regulations related to as i Compensation in both financial and non-financial aspects, in addition to analyzing possible solutions based on the presentation of our theoretical framework, as well as covering certain case studies, in order to justify the existence of a reform or modification of the aforementioned article.*

*In this sense, in this report, we have determined that the assessment criteria regarding compensation have not been correctly applied, since there are a large number of homogeneous processes with different results when it comes to compensation, because in turn it is It will show that a reform or modification of this article is required, so that justice operators issue egalitarian rulings, to specify egalitarian justice and thus delimit value aspects susceptible to compensation.*

*The methodology of this report is of a qualitative approach, of a basic type, with a case study and phenomenological design, as well as the information collected using triangulation of data, which includes data collection, interviews and documentary analysis, of which it was concluded and recommended according to the formalities*

**Keywords:** *Compensation, harm to person, endpoint, traffic accident*

## INTRODUCCIÓN

En pleno siglo XXI podemos observar una realidad relevante relacionado a los accidentes de tránsito, pues se conoce por lo general que día a día las personas sufren accidentes de tránsito en la vía pública ocasionando lesiones leves o graves, inclusivamente hasta la muerte y este problema radica en la irresponsabilidad de los conductores, que por querer ganarle al tiempo, ocasionan accidentes a los peatones, donde ellos son los mayores perjudicados, puesto que son los que sufren el accidente, es de ahí donde parte la premisa, donde hubo un accidente, quien es el responsable de ello, la ley protege al desamparado a la persona a la cual se le ha vulnerado su derecho, pues éste ha sufrido los percances de la irresponsabilidad del conductor.

Siguiendo con ello la responsabilidad o Responsibility, es un término latín con el concepto de responder ante un hecho generador de la persona misma, también procede del latín responsum, que, emanada de una obligación de comprometerse, a ello se aprecia una relevación jurídica vinculada a la acción que contraviene el orden jurídico, puesto que el accidentar a una persona con un bien riesgoso o peligroso, provocaría un accionar punible ante la ley, Como manifiesta AGUILAR (1957). La responsabilidad está relacionada con la personalidad en virtud de que no habría sanción, ni indemnización, si no habría una persona a quien exigirle el resarcimiento (p. 38). Es por ello que cuando sucede el hecho se busca un responsable que cumpla con la obligación de reparar el daño al vulnerado, asimismo el autor Contreras (2012). Por su parte la responsabilidad civil y el daño son inseparables, ya que sin la existencia de un daño indebido que alguien sufra no se podría plantear la responsabilidad de indemnizarlo (p.4).

Cuando hablamos de la responsabilidad civil, hacemos mención también a una posible indemnización o reparación civil, y esta es a virtud de la magnitud del daño a la persona, puesto que, cuando se habla de esta figura, también se habla de lo que comprende la indemnización y está se ve reflejada en el código civil, que subsume el lucro cesante, el daño emergente y el daño a la persona manifestado en el código civil artículo 1985.

Pero la naturaleza de la pretensión de la responsabilidad y por el ende de la reparación va más allá de los confines que se les atribuye, pues encontramos la primera problemática y es que cuando hablamos del daño a la persona, también subsumimos el daño moral, la que es en teoría el daño psicomotriz que recibe sujeto pasivo del hecho, es decir el que sufre el accidente, de acuerdo a Valenzuela (2016) citando la RAE “[...] conceptualiza al accidente como suceso o acción eventual y el daño del cual debe ocurrir en forma involuntaria” (p. 101). Consecuentemente al daño al proyecto de vida como daño común cuando de accidente de tránsito se trata, es por ello, que en base la presente investigación buscar estandarizar, establecer un quantum indemnizatorio por daño a la persona. Pues bien está idea busca conceptualizar los estándares relacionados al daño a la persona cuando estos daños no pueden ser probados en un monto preciso, o inclusivamente establecer una doble calidad del agente juzgador, o en su defecto, establecer una tabla de clasificación de daños causados por montos indemnizatorios, a ello Taboada (2018) cuando hay daño sin existencia de relación jurídica, el daño es resultado del deber jurídico de no dañar a otro (p.34). Por otro lado, la jurisprudencia española respecto al daño moral lo define como un daño moral puro, considera que los daños no patrimoniales son daños morales puros por qué no hay una afectación económica valuable, pero existe perturbación del sujeto, con esto nos referimos que indirectamente hay una alteración económica del sujeto pasivo, ya que su recuperación mental con llevaría un gasto económico, del cual no sería justo que él lo acarreará.

Es por ello que esta investigación busca participar en contextos profundos viendo realidades en la actualidad buscando respuestas de las que el ordenamiento jurídico debe enfatizar, puesto que es el órgano jurisdiccional que ofrece tutela a las personas, viéndolo desde una perspectiva teórica practica y solucionando posibles conflictos respecto a la cuantificación de monto indemnizatorio.

## METODOLOGÍA

De acuerdo a la metodología, la investigación que se ha presentado es de tipo básica, que a la vez se desarrolló un estudio de caso a través del enfoque cualitativo, cuya finalidad sirvió para “componer y determinar, bajo técnicas de entrevistas con preguntas abiertas semi estructuradas” (Gómez 2016, p. 82), empleándose fuentes de derecho, principios, doctrina, jurisprudencia y todo lo que se incluye en los artículos científicos, tales como las revistas anexadas con sus referencias, para los resultados.

Asimismo, el diseño de enfoque cualitativo desarrollado cumplió con la finalidad de determinar los presupuestos del presente trabajo de investigación, que a su vez sirvió para delimitar las categorías presentadas. De esa manera, el informe presentado se encuentra sustentado descriptivamente, ya que busco descubrir problemas basadas de elementos necesarios, analizando y ejecutando con un arduo interés investigativo, de ello el autor Valderrama menciona que, el tipo cualitativo posee por finalidad ejecutar estudio en la realidad social en el mundo, con los pareceres, las experiencias y las conveniencias (Valderrama, 2013, pp. 239- 240).

| OBJETIVOS   | CATEGORIZACIÓN   | SUB CATEGORIA   | ÍTEMS (PREGUNTAS)  |
|---|--|---|--|
| <p>Objetivo General</p> <p>Determinar cómo se califica el Quantum indemnizatorio por daño a la persona y a su proyecto de vida por accidentes de tránsito, Los Olivos, 2020</p> <p>Objetivo Especifico I</p> <p>Identificar como se da la valorización del resarcimiento cuando la magnitud del daño no puede ser probado por monto preciso en los accidentes de tránsito, Los Olivos, 2020</p> <p>Especifico 2</p> <p>Determinar que comprende el daño al proyecto de vida en los accidentes de tránsito, Los Olivos, 2020</p> | <p>Criterios respecto al quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil.</p> <p>Daño al Proyecto de Vida por accidentes de tránsito en Los Olivos 2020</p> | <p>Daño Patrimonial</p> <p>Daño a la persona y Daño Moral</p> | <p>¿Cómo se resuelve la valorización del resarcimiento en los procesos de responsabilidad civil por daño a la persona?</p> <p>¿El quantum indemnizatorio cumple con resarcir el daño a la persona en su total integridad siendo este que soporta el perjuicio?</p> <p>¿Es necesario sólo una relación contractual para que surta efecto un resarcimiento</p> <p>¿Qué Comprende una indemnización por daño a la persona en perjuicio a su proyecto de vida en la responsabilidad Civil?</p> <p>¿Cómo se interpreta el artículo 1332 del C.C. respecto a la valorización resarcitoria por daño moral?</p> <p>¿Cuál es su opinión respecto a la aplicación de la valorización del resarcimiento cuando el monto no puede ser probado?</p> |

| OBJETIVOS | CATEGORIZACIÓN | SUB CATEGORIA                 | ÍTEMS (PREGUNTAS)  |
|-----------|----------------|-------------------------------|--|
|           |                | <p>Ámbito Doctrinal</p>       | <p>¿Cómo se pronuncia la Corte Interamericana sobre los derechos humanos en virtud al proyecto de vida?</p> <p>¿De qué manera afecta al proyecto de vida un accidente de tránsito por daño a la persona en la responsabilidad civil?</p> <p>¿Qué es el daño a la psicomotriz a nivel doctrinal?</p> <p>¿Es lo mismo reparación civil que resarcimiento?</p>  |
|           |                | <p>Ámbito Jurisprudencial</p> | <p>¿Se considera un mayor grado de afectación si es que la persona muere y de esta dependían otras personas para su subsistencia?</p> <p>¿Qué derechos son reconocidos al afectado si este recibe lesiones leves, graves o la muerte?</p> <p>¿Es posible accionar en la vía civil a pesar de que el procedimiento se persigue de oficio en la vía penal?</p> <p>¿Según la corte interamericana de derechos humanos como se cuantifica el daño causado a una persona en un accidente de tránsito?</p> |

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

### Proceso de Triangulación de datos en relación con los criterios seleccionados de las categorías y subcategorías. Análisis e interpretación de técnicas.

| Estudio de caso   | Análisis documental   | Criterios seleccionados del Análisis e interpretación de las entrevistas a partir de las categorías y subcategorías  |
|---|---|--|
| <p>Casación N° 1714-2018-Lima de la Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Transitoria, donde declararon infundados los recursos de casación interpuesto por las demandadas Ferrovías Central Andina Sociedad Anónima y Ferrocarril Central Andino Sociedad Anónima, mediante escritos obrantes a páginas mil ochocientos setenta y seis y mil ochocientos veintiocho, respectivamente; consecuencia no casaron, en consecuencia al caso Brunito en Julio del 2010 donde un pequeño de 11 años Bruno Rodríguez Rojas quien tenía autismo e hipersensibilidad auditiva se perdió en el centro de Lima, donde al siguiente el menor fue encontrado muerto producto de un atropellamiento, así mismo, ante lo acontecido en Julio de 2012 la madre del menor interpuso una demanda de indemnización por daños y perjuicios ante los mencionados a fin que se pague la Suma de S/. 150, 000 por concepto de reparación civil y 53,000 concepto de daño moral.</p> | <p>Siguiendo la línea normativa de nuestro Código Civil peruano en su artículo 1332° que nos indica, si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa y la ley de tránsito Ley N° 27181 en sus articulados.</p>  | <p>En las entrevistas realizadas queda presente y claro que las interrogantes interpuestas buscaban establecer criterios sobre el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual por accidentes de tránsito, así mismo se tomó en cuenta la interpretación del manifiesto tanto de la normatividad vigente como del aspecto empírico de los entrevistados, con la finalidad de interpretar a través de las categorías y subcategorías para la obtención de resultados óptimos al presente informe de investigación de tiene carácter de establecer criterios de cuantificación.</p> |
| <p>Casación N° 928-2016 de la Corte Suprema de Justicia de la República Sala Civil Permanente, Lambayeque, donde se constituye que por mandato constitucional el Estado ofrezca mecanismo o elementos para proteger y preservar la integridad física de las personas, lo que se subsume el resarcimiento ante daños conforme la constitución política del Perú.</p>   | <p>La problemática deviene de la carencia de la existencia de criterios de valoración respecto a las indemnizaciones, puesto que no se aplica una correcta aplicación de las misma es por ello que existen procesos homogéneos con resultados distintos, es por eso misma que se busca determinar la calificación del quantum indemnizatorio por daño a la persona y a su proyecto de vida por accidentes de tránsito</p> | <p>Las sentencias emitidas por los magistrados en los procesos civil respecto a la responsabilidad civil extracontractual por accidentes de tránsito, muchas veces no son las correctos cuando de indemnizaciones se trata, puesto que mayormente sólo consideran los daños externos que lo que comprende básicamente los daños patrimoniales, mientras que los daños extrapatrimoniales son un poco dejado de lado cuando de cuantificación se a de tratar; es por ello que en la responsabilidad civil se tiene que demostrar fehacientemente la existencia del daño.</p>                              |

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

**Proceso de Triangulación de datos en relación con los criterios seleccionados de las categorías y subcategorías. Análisis e interpretación de técnicas.**

| <b>Estudio de caso</b>   | <b>Análisis documental</b>   | <b>Criterios seleccionados del Análisis e interpretación de las entrevistas a partir de las categorías y subcategorías</b>  |
|--|--|---|
| Casación 365-2014 Cajamarca, donde nos indica que la indemnización de daños y perjuicios. Se efectúa actividades de consumidor directo de petróleo Diesel sin las autorizaciones correspondientes genera ante la existencia de daño de responsabilidad objetiva, por el uso de bien riesgoso (art. 1970).<br>Cajamarca | Aquel 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 art. 1970 C.C. | Cuando de una actividad riesgosa o peligrosa se trata, inmediatamente nos direccionamos al claro ejemplo de un accidente de tránsito, para los cuales se tiene que identificar los factores o decir los elementos de la responsabilidad, para configurar a un responsable cual cuya finalidad es indemnizar al perjudicado del accidente si su accionar de este, no se encuentra regulado dentro del art. 1972 del C.c. que nos menciona improcedencia del derecho a la reparación. |

### COLORARIO:

Desde que se dio comienzo al presente informe de investigación nos enfocamos con el objetivo general el cual era “determinar cómo se califica el quantum indemnizatorio por daño a la persona y a su proyecto de vida por accidentes de tránsito en los Olivos 2020”, para eso las entrevistas presentadas a los entrevistados cumplieron su finalidad, el cual era esclarecer los problemas relacionados con el supuesto, donde hemos obtenido un resultado válido a través de las preguntas planteadas, desde su experiencia ¿Cómo se resuelve la valorización del resarcimiento en los procesos de responsabilidad civil por daño a la persona?, para ello el abogado Ataucusi Siesquen, Juan Jymy, nos comentó que respecto a los accidentes de tránsito en la responsabilidad civil se prosigue la carga de la prueba, para luego cotejar con el seguro de accidentes de tránsito, asimismo resalta que el daño producido es resarcido por completo, sólo cuando la persona queda ilesa, puesto que los bienes materias (bienes patrimoniales) son objeto de reparación.

Por otro lado, cuando la persona fallece tiene una ascendencia total que cubre el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), pero de las cuales no se puede decir que este es resarcido por completo, ya que la vida humana es incuantificable y no tiene una estimación valoradora, en su defecto se busca mitigar esa pérdida con una indemnización.

## **DISCUSIÓN Y ANÁLISIS DE CONSTRUCTOS**

**Constructo 1 – Con respecto al objetivo general y de la información recuperada, se ha llegado a obtener e identificar los siguientes presupuestos que se consideran importantes:**

- 1** Respecto a determinar como se califica el quantum indemnizatorio por daño a la persona y a su proyecto de vida por accidentes de tránsito en el distrito de los Olivos, que en materia penal la reparación civil por accidentes de tránsito es criticada, es por ello que es recomendable acudir a fuero civil a efectos de incrementar el monto indemnizatorio o llegar a un acuerdo que recoja los mismos conceptos.
- 2** Cabe aclarar que en el aspecto penal lastimosamente por más daño e inclusivamente la muerte que se haya generado en un accidente de tránsito, la capacidad económica del imputado, siempre será la atenuante para reducir el monto de la reparación civil.
- 3** Cabe señalar que, para que la figura de la responsabilidad civil surta sus efectos procesalmente debe de haber la existencia del daño como lo rige el código Civil en sus articulados ya sea de carácter subjetivo y objetivo art. 1969 y 1970, ya que sin la existencia del daño patrimonial o extrapatrimonialmente no habría nada que reparar y por lo tanto no habría nada que pedir.
- 4** Sin embargo, el proyecto de vida es considerado un idealismo lo que se subsume del daño a la persona a efectos de la obtención de una indemnización, es por ello que cuando se habla de una valoración equitativa esta debe tener los presupuestos del principio de equidad.

**Constructo 2 – Respecto al objetivo específico primero, habiendo empleado técnicas de análisis de las entrevistas realizadas a los expertos, además de la aplicación de la fuente documental totalmente validada, así como los antecedentes, marco teórico, y los instrumentos abordados en el respectivo informe de investigación, se determinó según la mayoría de los entrevistados señalando:**

- 1** La valoración equitativa hoy en día por la humanización del derecho se ha tenido a bien comprenderlo como un concepto adicional y derecho derivado de éste al daño al proyecto de vida, lo que involucra daños inmateriales. La indemnización comprende daños patrimoniales y extrapatrimoniales los cuales son el lucro cesante como las ganancias dejadas de percibir, el daño emergente como la magnitud del daño provocado, daño a la persona y el daño moral, como daños subjetivos derivados de la realización de un acto dañoso.
- 2** En nuestro país no poseemos una tabla de clasificación de daños, como en otros ordenamientos jurídico, sin embargo, la Ley 27181 coadyuva estableciendo los reglamentos internos, así como la responsabilidad civil y seguros obligatorios si de accidentes de trata. Respecto a cómo el proyecto de vida se ve afectado por un accidente de tránsito, esta dependerá del tipo de daño causado, es decir, por las lesiones de las cuales pueden ser leves, graves, ya sea psicológico o físico y de los cuales tiempo que tarde la recuperación.



**Constructo 3 – Respecto al objetivo específico número dos y habiendo analizado y conceptualizado los constructos anteriores de vinientes del objetivo general como constructo uno y del objetivo específico uno como constructo dos, nos toca conceptualizar como constructo final las entrevistas realizadas a los expertos y de las cuales obtuvimos:**

- 1 El daño al proyecto de vida en los accidentes de tránsito es un concepto dentro de la indemnización por daños, el cual es denominado como daño a los causahabientes, así mismo le corresponde la indemnización por accidente de (SOAT) el cual cubre la indemnización por muerte, gastos y sepelio y gastos médicos a nivel judicial, a nivel penal le corresponde la reparación civil, la cual doctrina y jurisprudencia involucra el daño evento y daño consecuencia. Sin embargo, a nivel judicial, en materia civil el proceso de indemnización por daños y perjuicios se clasifica en daño patrimonial, como daño emergente y lucro cesante y como daño extra patrimonial, daño a la persona y el daño moral, el cual se clasifica como daño al proyecto de vida, daño bilógico, daño a la salud o bienestar, daño psíquico y daño a los causahabientes.
- 2 Es posible accionar en la vía civil a pesar que el procedimiento se persiga de oficio en la vía penal, así como la casación 928-2016-Lambayeque, de los cuales se subsume que se ordene al causante y/o responsable de la acción dañosa mitigar los daños y efectos colaterales, como podría ser un accidente de tránsito y de las consecuencias del mismo, como es el daño a la persona, su moral, estado de ánimo, incapacidad, proyecto de vida, entre otras que están subsumidas en la persona misma.

## **CONCLUSIONES**

- 1 La indemnización comprende tanto daños patrimoniales de los cuales son el lucro cesante, daño emergente y daños extrapatrimoniales como daño a la persona y daño moral de los cuales el proyecto de vida esta subsumido en los daños extrapatrimoniales como un idealismo a la planificación de su vida, que a virtud de ello sólo refleja resarcimiento en base a la jurisprudencia, más no como un quinto elemento resarcitorio, ya de esta se subsume el daño a la persona, como una reparación para mitigar la pérdida patrimonial o extrapatrimonial que pudo haber ocurrido en un accidente de tránsito, utilizando así los cuatro tipos de elementos para calificar el quantum indemnizatorio en caso de la responsabilidad civil extracontractual.
- 2 La valoración equitativa en el resarcimiento contiene un término genérico cuando la magnitud del daño no puede ser probado, ya que dificulta su probanza, para ello los juzgados deberán observar las conclusiones del IV pleno jurisdiccional nacional civil y procesal civil, por lo que pueden recurrir a sus máximas experiencias, sino también a la aplicación de los sucedáneos de los medios probatorios por lo cual pueden usar indicios, presunciones legales y judiciales, además de observar la conducta de las partes y recurrir si así lo desea a pruebas de oficio, lo que conllevara a la interposición de una indemnización relativamente idónea.
- 3 El daño al proyecto de vida en los accidentes comprende el mismo daño a la persona, es decir los elementos para fijar una indemnización, no pueden ser otras de las cuales están tipificadas en la ley, por lo general existen petitorios que buscan resarcimiento al proyecto de vida en la figura del daño a la persona, asimismo cumplir la misma finalidad el cual es recibir una indemnización equitativa de acuerdo al daño sufrido.

## RECOMENDACIONES

- 1 El código civil se aplica de forma ordenada y señala lo que comprende una indemnización constituyéndose de cuatro elementos en la responsabilidad civil extracontractual, señalando así mismo la cuantificación equitativa cuando la magnitud del daño no puede ser probado por monto fijo, pero deja al aire ciertos criterios, a pesar de la aplicación de criterios como el IV pleno jurisdiccional nacional civil y procesal civil de las cuales jurisprudencia vinculante entre otros, es por ello que se recomendaría una tabla de clasificación de daños tanto patrimoniales como extra patrimoniales, como lo aplican en otras legislaciones, para que así coadyuve a la interposición de indemnizaciones justa, tanto como para el causante como para el perjudicado de la acción dañosa.
- 2 Para la interposición de una indemnización con valoración equitativa, sería idóneo que el agente juzgador poseyera una preparación en el aspecto de la psicología, es decir que poseyera una doble calidad de agente, ya que, en la realidad social, los jueces interponen montos indemnizatorios validándose más en el daño físico y dejando de lado el aspecto psicológico, que es algo fundamental para que una persona se reincorpore a la sociedad
- 3 Para obtener un mejor criterio referido a la reparación por daño a la persona y al proyecto de vida, se debe acogerse a los principios de humanidad, es decir comprender tanto los aspectos materiales, como los aspectos inmateriales que están protegidos por nuestra constitución política del país, ya que cuando se trata de accidentes de tránsito y nace la figura de la responsabilidad civil, este debe tener un enfoque cualitativo, como interés superior del accidentado y de sus congéneres dependientes a él para efectos de una indemnización equitativa.

## REFERENCIAS

- Abanto, T. (26 de mayo del 2013). Jurisprudencia Civil Patrimonial y del Consumo. Recuperado de: [http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/125/2014/09/2013052608\\_rjp\\_dialogo\\_155\\_-\\_civil\\_-\\_pat.pdf](http://blog.pucp.edu.pe/blog/wp-content/uploads/sites/125/2014/09/2013052608_rjp_dialogo_155_-_civil_-_pat.pdf)
- Espinoza, J. (2019). Responsabilidad civil por accidentes de tránsito. Instituto Pacifico S.A.C
- Fernández, C. (2019). Introducción a la Responsabilidad Civil Lecciones universitarias: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo editorial Lima: Perú.
- Aguilar, D. (1957). Tratado de la responsabilidad Civil (Trad. de Juan Agustín Moyano e Ignacio Moyano), México, Editorial José M. (Reza Salehi, Mohammad Razavi, Rasool, & Younes) Cajica, Jr., t. I I, 1957.
- Rodríguez, (2005). Procesos y Fundamentos de la investigación científica. Recuperado de: <http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/12498/1/Procesos-y-FundamentosDeLaInvestigacionCientifica.pdf>
- Rodríguez, J. (2013). Análisis jurídico de la póliza de seguro obligatorio de accidentes de tránsito (SOAT) referente al pago de indemnización y a la normativa legal. (Tesis de grado para la obtención del título de abogado de los Tribunales y Juzgados). Recuperado de: <https://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/238/1/T-UIDE-0223.pdf>
- Parra, L. (mayo, 2017). La responsabilidad civil en los hechos de tránsito. Instituto de investigaciones jurídicas. Recuperado de: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11265/13231>
- Pereyra, T. (agosto 2017). Responsabilidad Civil Derivada de accidentes de tránsito. Pasión por el Derecho. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/responsabilidad-civil-accidentes-transito/>
- Vidal Ramírez, F. (2001). La Responsabilidad Civil. Derecho PUCP, (54), 389-399. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6527>
- Rivera, D. (2 de julio del 2019). Valoran daño al proyecto de vida para imponer reparación civil a inimputable que mató a estudiante [Exp. 1247-2018]. Recuperado de: <https://lpderecho.pe/valoran-dano-proyecto-vida-imponer-reparacion-civil-inimputable-mato-estudiante-exp-1247-2018/>
- Rangel, D. (2015). El daño a la persona en materia de responsabilidad civil extracontractual. Especial referencia a los daños derivados de la responsabilidad civil familiar. Recuperado de: [https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2684/DER\\_042.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2684/DER_042.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

# El sistema de Justicia y la corrupción del Poder judicial a través de los tiempos .. Desde los oidores (jueces) de la Real Audiencia de Lima.

Gerardo Francisco Ludeña González  
Correo: [gludenag@ucv.edu.pe](mailto:gludenag@ucv.edu.pe)  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4433-9471>  
Filiación: Universidad César Vallejo

MOISES ESTEBAN ROSARIO LIVIAS



## RESUMEN

La presente investigación resulta sugerente, siendo más de Historia procesal del derecho que de ciencia jurídica, como tal no está dirigido únicamente a abogados, sin embargo para quienes queremos estudiar mejor esta disciplina jurídica, el presente tema contiene ciertamente aspectos esclarecedores de cómo la Corrupción nació en el seno del poder Judicial a través de los oidores (jueces) de la Real Audiencia de Lima . El caso emblemático del Juez Hinostroza (el hermanito) y lo señalado en la presente ponencia, nos brinda una prospección interesante de hechos y personajes claves entre jueces y justicia , a partir del sistema colonial, en el que la corrupción tuvo un rol protagónico y central a lo largo de varios siglos (Perú decimonónico) hasta la actualidad en nuestro país.

El caso emblemático del Juez Hinostroza (el hermanito) y lo señalado en la publicación del libro de Quiróz (2013) : Historia de la corrupción en el Perú , nos brinda una prospección interesante a hechos y personajes claves a lo largo de varios siglos.

El tema preponderante que surge del análisis es el de jueces y justicia, su origen - lo sitúa Quiróz (2013), en el sistema colonial, en el que “la corrupción tuvo un rol central” (p. 126).

## ABSTRACT

*This research is suggestive, being more of a procedural history of law than of legal science, as such it is not directed solely at lawyers, however for those of us who want to study this legal discipline better, this topic certainly contains enlightening aspects of how Corruption was born within the Judicial power through the oidores (judges) of the Royal Court of Lima. The emblematic case of Judge Hinostroza (the little brother) and what is indicated in this presentation, provides us with an interesting survey of facts and key figures between judges and justice, starting from the colonial system, in which corruption played a leading and central role over several centuries (nineteenth-century Peru) to the present in our country.*

*The emblematic case of Judge Hinostroza (the little brother) and what was pointed out in the publication of Quiroz's book (2013): History of corruption in Peru, provides us with an interesting prospect of key events and characters over several centuries.*

*The predominant theme that emerges from the analysis is that of judges and justice, its origin - Quiroz (2013) places it, in the colonial system, in which "corruption played a central role" (p. 126).*

## DESARROLLO

Al respecto es interesante identificar que el semillero de corrupción del poder judicial colonial se inicia en 1687 con la venta y negociación del cargo de oidor de la Audiencia, mecanismo para proveer cargos públicos que se había iniciado en el virreinato peruano en 1633, y cuando la práctica de venta de cargos fue abolida, en 1812 ya era tarde, pues la venalidad en el acceso a cargos públicos se había contagiado de corrupción extrema, como era previsible, a su ejercicio. En 1809 un informante a las autoridades metropolitanas reportaba desde Lima que "los jueces, oficiales de hacienda y miembros del cabildo se beneficiaban personalmente de sus cargos por medio de injusticias y daños al común debido al cohecho, vicio y otras granjerías" (Lord 2003, p. 120).

Durante la colonia, "Varios virreyes participaron del cohecho al recibir sobornos abierta o encubiertamente por [...] decidir e imponer sentencias judiciales sesgadas" (Lord, 2003, p. 72).

En 1747, Machado de Chaves atribuyó la decadencia del Perú "al envejecimiento y deterioro de las instituciones coloniales", incluida la justicia, sobre la que escribió: "mutuados a un dictamen virreyes y oidores, es lo mismo que unirse los lobos y los canes a devorar un rebaño porque el principal pastor se halla lejos" (Quiróz, 2013, p. 75).

En ese escenario se inauguró –ya entonces– la práctica de poner precio a los indultos: “los virreyes concedían indultos el día de su santo o de su cumpleaños, a una tasa acostumbrada de hasta cuatro mil pesos.” (Quiróz, 2013, p. 76) Los “juicios de residencia”, que esperaban a los altos funcionarios coloniales al terminar el desempeño de su cargo, no contuvieron el mal.

Es sin duda uno de los rasgos acusados de la sociedad colonial la ingente profusión normativa, gran cantidad de cédulas y ordenanzas y por ende, los grandes compiladores fueron los asesores legales de los virreyes Gaspar de Escalona y Agüero y Diego de León Pinelo, sin embargo cabe puntualizar que la compilación de estas normas no fue un asunto erudito. Aunque la argumentación legal en las cortes judiciales era polifónica --ya que era una suma de ingredientes muy diversos como el Derecho Civil, el Natural y las consideraciones morales-- la utilización de las normas como privilegios de invocación fueron manipuladas ya sea por la estrategia de los abogados leguleyos litigantes o por los magistrados de la época. De la par de este escenario –de acuerdo a los testimonios de sus protagonistas-- existía una visible litigiosidad, es decir, un uso extendido y sobre abultado de ejercicio jurisdiccional en el sistema judicial. Así, las Audiencias, los corregimientos y los cabildos estaban atosigados atendiendo pleytos. En suma, la litigiosidad fue una marcada característica de la sociedad colonial, resultado de una sociedad juridizada en que los derechos debían dirimirse en las cortes judiciales y en el que la intervención de los profesionales era central

Según los acreditados testigos de la época Jorge Juan y Antonio Ulloa, a quienes glosa Quiróz (2013), “al finalizar su mandato, los corregidores y otras autoridades locales, incluidos los virreyes, simplemente sobornaban al juez encargado de la tradicional averiguación oficial, para evitar el castigo efectivo” (p. 68). Desde luego, el trámite era fácilmente absuelto: “Los jueces designados oficialmente favorecían al funcionario investigado o formaban parte del mismo círculo de patronazgo e intereses. La mayoría de las veces, los residenciados eran absueltos o reprendidos levemente por los jueces de residencia mediante tecnicismos procesales, la prescripción o el rechazo arbitrario de las evidencias” (p. 69).

Cabe advertir, por otro lado, que Los virreyes fueron grandes legisladores a tal punto que el virrey Toledo, por ejemplo, fue considerado como el ‘solón’ del virreinato, otros ejemplos notables, aunque menores a Toledo naturalmente, fueron Luis de Velasco y el conde de Chinchón, ambos en el siglo XVII. Sin embargo, la legislación de Toledo siguió siendo central a tal punto que Tomás de Ballesteros se encargó de compilarla en un proyecto de cuatro tomos de reales cédulas y ordenanzas.

Los cambios ocurridos por la colonización supusieron la expansión del sistema legal castellano al Nuevo Mundo. Una de cuyas características fue el uso de las cortes judiciales y la producción normativa regia, la que fue remplazando la tradición foral (aunque no la eliminó). Pero esto no supuso una expansión mecánica, naturalmente. Hubo un proceso de apropiación y también de manipulación del sistema legal. El litigio fue la expresión de esta cultura legalista y a su vez la existencia de normas eran privilegios que las partes utilizaban masivamente. Evidentemente en este proceso jugaron varios factores. Por un lado el cúmulo de ideas de la tradición legal y la existencia de una comunidad de profesionales que brindaban consejos legales. La normativa tenía también sentido. Era utilizada como un sistema de privilegios y de derechos.

Resulta interesante mencionar, como lo refiere Nieto (1989) que a comienzos del ochocientos, Juan Antonio de Iza Zamácola (1804) sacerdote español, reportaba que en Lima había 57 abogados y se sorprendía de que en América hubiera “ más doctores que en Salamanca y más abogados que en Madrid”. Tales prácticas, como sabemos, gozan de flagrante actualidad. Y desde ya con la República se enquistó preferente la herencia colonial: “Las conexiones establecidas entre los caudillos militares, la administración estatal y los compinches privados definieron los círculos de patronazgo después de la independencia.” (p. 145). En verdad era un caos de corrupción extrema ciertamente contrastada con un espíritu turbulento, instigador de revoluciones, propias de la época, al respecto González Prada (1850)

señalaba :“todos nuestros doctores pertenecen a la Unión Católica , a la adoración perpetua y a la archicofradía de nuestra señora del Rosario y los poquísimos que aciertan a emanciparse del yugo religioso disimulan su emancipación como una enfermedad venérea, dejan al clérigo hacer con tal de que el clérigo les deje vivir y medrar ”; además de su consejo prudente y en tono festivo que indicaba que los leguleyos hicieran grabar en su placa este agregado :“frecuentamos sacramentos” con la atingencia como refiere Herzog (1993):“que cuando había ya un pacto debajo de la manga antes del juicio entre abogado y oidor se estilaba al iniciar la sesión de la real audiencia mencionar a plena luz y sin tapujos que las leyes se acatan pero no se cumplen” (pp. 143-163). al mismo estilo del hermanito que parece que muy bien le quedó la herencia de la administración de justicia virreinal.

En rigor, la litigiosidad como la normatividad eran arsenales para las diversas estrategias de los actores de la época, existiendo múltiples denuncias de desorden y quejas que se daban en los propios archivos del virrey, con evidencias que un caso podía retomarse más de una vez por la carencia de controles sobre ellos. Estos elementos mostraron el paisaje de la cultura legal de la región. Las leyes no eran solamente un patrimonio de erudición. Como decisión del virrey, la ley tenía sutilezas. Su carácter casuístico le permitía esa condición de privilegio y por tanto de un haz de reconocimiento de facultades. En varios casos judiciales, los actores históricos citaban las normas que les amparaban. No era algo frecuente en el siglo XVI pero se hizo más evidente en el siglo XVII. Las normas establecían privilegios que las partes utilizaban para mejorar su posición y conseguir el respeto y la defensa de sus derechos enmarcados en actos de corrupción.

Bajo este contexto, a partir de mediados del siglo XIX, la enseñanza universitaria de la época también se infectó de corrupción, así Echenique emitió un nuevo Reglamento de Grados para la Universidad de San Marcos, y Castilla en 1855, un Reglamento de Instrucción Pública a fin de combatir la corrupción existente pues antes no era raro que muchos jóvenes se graduasen de bachilleres o de doctores a los 16 años, tal como describe Manuel Atanasio Fuentes, citado por García (1947):

*[...] graduarse muy joven, es gracia que en Lima se concedió a muchos jóvenes sin ser unos genios. Yo fui bachiller en Filosofía y en Cánones a los 16 años, y lejos de aducirlo como mérito, lo confieso con rubor. Va a Ud., ver por qué: al mismo tiempo que estudiaba la Física, el Sr. Dr. don José Manuel Tirado, me enseñaba Derecho; así fue que a mediados del año 1836, me gradué de bachiller de Filosofía y en Cánones... y en los cuatro Derechos ante catedráticos de la universidad, presididos por don Bartolomé Herrera... Hasta para los alumnos de 12 a 14 años, la Medicina y el Derecho eran una mamada; dos tomos de Heinecio; dos pequeños Manuales del Abogado Americano, y unos cuadernos manuscritos de Derecho Canónico, y cataperiquito, hecho fraile, a la práctica y a recibirse [...].*

Hechos de significancia se sumaron en este período de mediados del siglo XIX, en la llamada era del guano que hizo posible un boom fiscal de base endeble y corta duración, conforme reitera Quiróz (2013) “Las redes de corrupción enlazaban a ministros, parlamentarios, jueces y hombres de negocios, así como a ciertos abogados que actuaban como intermediarios claves.” (p. 195). Pero la judicatura ya tenía asignado un papel menor; por ejemplo, con ocasión del crucial litigio en torno al contrato Dreyfus, que adjudicó en exclusividad la comercialización del fertilizante a un empresario francés, “El Ejecutivo redobló su campaña en defensa del contrato y simplemente desautorizó al poder judicial, colocando la decisión final en manos del legislativo”, donde, sobornos mediante, el contrato fue aprobado (p. 210). No obstante, el poder judicial no era inmune a tales incentivos: “El encargado de negocios francés [en 1869] apuntaba a que los jueces de la Corte Suprema sucumbieron a los sobornos de Dreyfus o los de sus contrincantes” (p. 211, nota 48). Dos años después, en 1871, fue motivo de escándalo la adquisición de barcos de guerra estadounidenses, que había sido “supervisada por el juez Mariano Álvarez (a quien se acusó de haberse beneficiado personalmente con la transacción)” (pp. 219-220). Para el periodo que va entre 1860 y 1883, Quiroz concluye: “Parlamentarios y jueces, juntamente con las autoridades del ejecutivo, participaron de modo más amplio en el tráfico de influencias y corruptela” (p. 238).

Quiróz (2013) afirma que: “tanto el ejecutivo como las autoridades legislativas y judiciales subordinadas favorecían el incremento de los abusos” (p. 157); y que, durante los gobiernos de Agustín Gamarra (1829-1833 y 1839-1841), “las instituciones judiciales, las garantes en última instancia de los negocios y contratos justos, tampoco eran de confiar: ‘Ciertamente, en ningún país de la cristiandad está la pureza judicial menos por encima de toda sospecha como en el Perú, y en ninguno puede tenerse menos confianza en la integridad de los magistrados’” (p. 166). Como corolario de esta época, en 1857 el cónsul general de Inglaterra en el Perú fue asesinado en su casa, y era vox populi el comentario que: “los asesinatos tal vez nunca sean descubiertos, puesto que, gracias a la negligencia de la policía y la mala administración de la ley en el Perú, los más atroces criminales a menudo escapan a la justicia.” (p. 185).

Luego de la derrota peruana en la Guerra del Pacífico (1879-1883), se erigió la voz de Manuel González Prada contra la corrupción. Su dedo acusador también recayó sobre la judicatura, el país intentaba reorganizarse y, para ello, atraer capitales extranjeros pero la inseguridad jurídica era tan latente que no existía inversión pública pues la mayoría de empresarios extranjeros en especial británicos se quejaban que ‘la administración de justicia [...] había pasado a ser indigna de dicho nombre’, según relato de la época (p. 247), inclusive Quiroz (2013) observa que “los argumentos de la defensa de los procesados en estos casos fueron muy parecidos a los usados por virreyes y funcionarios coloniales cuando enfrentaron a sus supuestos ‘enemigos’ y acusadores partidarios en los denominados juicios de residencia 2.” (p. 439).

Cabe entonces señalar a decir de Rubio (1992) que, primordialmente, la obligación de conducirse rectamente era la esencia moral y ética, de enorme profundidad establecida para los actos del profesional del derecho, sin embargo desde Las Siete Partidas hasta las Leyes de Indias, podría pensarse en la existencia de “arreglos” que truncaron la causa de residencia desde la actuación del juez y no del demandante que, tercamente trató de conseguir se le escuchara e hiciera justicia por los agravios recibidos.

Solo para citar un estudio de caso al respecto, De Trasegnies (1992) refiere a don Tiburcio de Espinoza, de este personaje se declaró terminado el proceso, disponiéndose no se vuelve a saber, perdiendo su rastro para esta historia y para la posteridad, quedando sólo con el nombre de alguien que no consiguió la restitución de sus derechos ni la justicia que persiguió. Sabido es que la corrupción a nivel estatal no es cosa de nuestros tiempos solamente sino que vive con nosotros desde que somos hombres.

Respecto del estudio de caso, citando metodológicamente a Arazamendi, L. (2014), siendo Tiburcio de Espinoza, “persona miserable”, a tenor de la legislación indiana, al menos desde 1667 en que quedó, para usar sus propias palabras, “destruido”, estaba protegido por la acción fiscal que podía iniciar, en su nombre, capítulos o demandas sobre agravios recibidos de los oficiales del Rey, entre ellos los corregidores, para los que solamente debía dar la información que se le requiriese. De ser cierta la información, la Corona debía enviar a un juez o pesquisador para indagar y resolver el caso. ¿Por qué no usó de esta protección el demandante y prefirió esperar al juicio de residencia que, como era usual, debía instruirse al término del plazo de ejercicio del corregidor García de Ocampo? No lo sabemos.

Existirá control social, cuando se haya diseñado un sistema más justo de distribución de los ingresos y se deje tiempo a los ciudadanos para dedicar a esa actividad, sino la “lucha contra la corrupción”, será una tarea interminable, subjetiva (Ramos, 1996.p.56)

### **Epílogo.-**

El epílogo de esta historia lamentable es algo más deshonrosa, el Poder Judicial peruano en estos últimos tiempos ha sido marco de evidentes protagonismos de extrema corrupción y que luego de mirar esta historia ignominiosa de la justicia peruana no queda más que confirmar la dura realidad y el gran reto de cambio en adelante buscando que los jueces demuestren ser capaces de enfrentar el cáncer de la corrupción.

Adoptar la actitud de rechazar la corrupción es algo más que solo condenarla y juzgar a los corruptos. Y es que el gran peligro para adoptar medidas anticorrupción es que deben ser decididas por los mismos a quienes posiblemente se les va a aplicar.

## REFERENCIAS

- Abanto, T. (26 de mayo del 2013). Jurisprudencia Civil Patrimonial y del Consumo. Recuperado de: [http://Arazamendi, L. \(2014\). Guia metodológica de la investigación jurídica. Adrus.](http://Arazamendi, L. (2014). Guia metodológica de la investigación jurídica. Adrus.)
- De Trasegnies, F. (1992) La idea de Derecho en el Perú Republicano del siglo XIX. PUCP.Fondo editorial
- Herzog, T. 1993 .The Recopilación de Indias and Its Discourse. The Spanish Monarchy, the Indies and the Seventeenth Century”, *Ius Commune*.vol.20.
- Nieto.(1989) La obra de Juan Antonio de Iza Zamácola. Bilbao, Caja de Ahorros Vizcaína
- Quiroz, A. (2013) La justicia a través de los tiempos. Instituto de Estudios Peruanos, Instituto de Defensa Legal.
- Quiroz, A. (2013) La justicia a través de los tiempos. Instituto de Estudios Peruanos, Instituto de Defensa Legal.
- Ramos, C. (1996) Codificación, tecnología y post modernidad, la muerte de un paradigma. I ra edición
- Rubio, M. (1992) Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX. Universidad del museo social argentino .Bs.As.



## Retos de la investigación jurídica en las aulas universitarias hacia el 2021. "Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento".

Challenges of legal research in university classrooms towards 2021.  
"How to do a thesis and not grow old trying".

Filiación: Universidad César Vallejo - Lima, Perú.  
Dr. Gerardo Francisco Ludeña González  
Universidad César Vallejo. Lima Perú  
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4433-9471>  
gludenag@ucv.edu.pe

### RESUMEN

Las transformaciones de las ciencias socio jurídicas en los países de América Central y América Latina en los últimos tres o cuatro lustros han implicado dimensiones tecnológicas y generacionales y se han sucedido en el marco de mayores incidencias de unas políticas de ciencia y tecnología abiertamente productivistas y del posicionamiento del modelo gerencial de la universidad-empresa.

A lo largo del último medio siglo nuestra producción intelectual también refleja distintas modas analíticas y metodológicas sin apartarse por ello de la preocupación central de ampliar nuestra comprensión de los fenómenos americanos sui géneris.

La formación académica en derecho de las aulas universitarias, la atenta lectura de expedientes judiciales - a despecho de quienes creen que son fríos testimonios de incidencias procesales inútiles - constituyen una verdadera inspiración a partir de la interacción de sociedad y derecho, donde las sociedades se juridizan. La administración de justicia, las organizaciones civiles y ciudadanas, los grupos de estudio de opinión pública y los sistemas informativos, son ejemplos de instancias donde tiene lugar esta operación de observación, reflexión y mediación, constituyendo retos de la investigación jurídica en las aulas universitarias hacia el 2021 y a la par resultados concretos de "Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento".

En esa perspectiva, Rodolfo Stavenhagen plantea renovar el compromiso de la investigación por el análisis y explicación de la emergente realidad social americana. Se trata de nuevos problemas emergentes en los procesos que por su naturaleza se colocan en referencia a los desempeños y puntos de vista de los protagonistas involucrados los mismos que repercuten en el ciudadano de a pie que añora Justicia en muchos eventos de la realidad social.

**Palabras claves:** retos, investigación jurídica, transformación, sociedad juridizada, formación académica, predictibilidad, Justicia.

## ABSTRACT

*The transformations of the socio-legal sciences in the countries of Central America and Latin America in the last three or four decades have implied technological and generational dimensions and have occurred within the framework of greater incidents of openly productivist science and technology policies and positioning of the managerial model of the university-company.*

*Throughout the last half century our intellectual production also reflects different analytical and methodological fashions without departing from the central concern of expanding our understanding of American sui generis phenomena.*

*The academic training in law in university classrooms, the careful reading of judicial files - in spite of those who believe that they are cold testimonies of useless procedural incidents - constitute a true inspiration from the interaction of society and law, where societies are legalized. The administration of justice, civil and citizen organizations, public opinion study groups and information systems are examples of instances where this operation of observation, reflection and mediation takes place, constituting challenges of legal research in university classrooms towards in 2021 and at the same time concrete results of "How to do a thesis and not get old trying".*

*In this perspective, Rodolfo Stavenhagen proposes to renew the commitment of research to the analysis and explanation of the emerging American social reality. These are new emerging problems in the processes that by their nature are placed in reference to the performances and points of view of the protagonists involved, which have repercussions on the ordinary citizen who longs for Justice in many events of social reality.*

*Keywords: challenges, legal research, transformation, legal society, academic training, predictability, Justice.*

.

## Introducción

La transmisión del conocimiento es una realidad que rebasa las fronteras nacionales e institucionales, y que estimula la investigación; de ahí que para la universidad implica estar trascendentalmente conectada a través de las aulas universitarias con su producción a escala mundial.

En este sentido, la universidad está cambiando hacia un espacio donde circulan flujos de conocimiento provenientes de diversos orígenes, que son aprovechados para elaborar conocimiento propio (Delanty, 2017). La universidad es la única institución social que puede desempeñar este papel de recibir, procesar y producir conocimiento pertinente, al mismo tiempo, para el campo científico y para la sociedad en su conjunto.

Con más y mejor investigación, la Universidad se constituye en un actor central en la sociedad. De Generación de conocimiento, capital humano y capacidad tecnológica. Estos son los tres elementos indispensables para conseguir más altos niveles de bienestar. La combinación de estos elementos supone que los resultados de la investigación se orienten a resolver los problemas del entorno social y jurídico con miras a impulsar el desarrollo tecnológico local y la innovación. Por ende, el Incremento de las actividades de investigación y de la formación de investigadores resulta ser uno de los grandes desafíos para las universidades americanas en el corto plazo, como es, formar investigadores, mejorar el nivel de las investigaciones, tener acercamiento a la realidad a partir de estudio de casos, cualificar mejor la discusión de los resultados hacia mejores planteamientos conclusorios y de recomendaciones o propuestas de innovación y cambio, los cuales redundará en el ciudadano de a pie que está latente de justicia difícilmente lograda en los últimos tiempos pues la enseñanza en las aulas universitaria de las facultades de Derecho se circunscriben en asignaturas de derecho mas no de Justicia, en contraposición a la realidad social.

A partir de ello se puede afirmar que, el modelo de investigación socio jurídico se fundamenta en el rescate de la rigurosidad epistemológica. Pablo Gonzales Casanova lo denomina "Las nuevas ciencias". Binimelis (2015) citando a Boaventura de Sousa lo nombra como "posmodernismo de oposición", siguiendo las huellas de Immanuel Wallerstein (2004), quién señala: "lo que es esencial poner de relieve en los estudios de la complejidad es que de ningún modo rechazan el análisis científico, sólo el determinismo newtoniano positivista " (p.194).

Las ciencias sociales y jurídicas tienen un carácter reflexivo, es decir, que el conocimiento social, en principio, de cuenta de la realidad y, a la vez, influye en la misma. Cabe mencionar a Gonzales: señala que las ciencias sociales son "reflexiones para la acción" (2004:88)

Maturana (1997), plantea que nuestro acontecer forma parte del dominio de existencia en el cual conservamos la organización y adaptación (p.169).

En ambos autores la reflexividad tiene una importancia central en las ciencias sociales. Definen que la teoría social que no sea capaz de tomar en consideración la influencia de los cambios que introduce en la sociedad, se auto contradice.

Para Coleman (1990) la teoría no sólo tiene que tener consistencia lógica sino, que además, se le tiene que exigir consistencia reflexiva. (p.75)

Cierto es que los investigadores necesitamos de la articulación de enfoques teóricos, métodos y técnicas de investigación con compromiso social que den cuenta de las demandas de entornos sociales cada vez más precarios y de creciente violencia de género, desigualdad económica y desatención del justiciable.

La especialización de los acercamientos socio jurídicos emerge de la observación, de reflexividad y de formas de mediación frente a la marcada tendencia hacia la hiperlexia que estuvo asentada inclusive prácticamente en toda la mitad del siglo XIX hacia adelante, significación que fue acuñada por Bayliss Manning, en los años 1970s en los Estados Unidos, como un concepto socio-jurídico para aludir al incremento 'irracional' de juicios y leyes, para entender cómo y por qué las sociedades se juridizan y cómo y en qué circunstancias los acercamientos socio jurídicos emergen e interactúan en respuesta a esta condición. De esta manera cabría elucubrar respecto de la hiperlexia, lo que refiere Schuck (1992): "El derecho no es ex nihilo, no se crea, se descubre a través de los hechos donde las cuestiones fácticas son jurígenas" (pp. 1 - 52), es decir, se condiciona a la práctica legal, sirviendo dentro de la complejidad legal, a descifrar algunas causas y consecuencias jurídicas a partir de los hechos de la realidad, para atender la necesidad de reconocimiento y operación de la observación, de reflexividad y de formas de mediación desde el contexto de cultura jurídica, postura sustentada por Lawrens Fuitman, profesor de la Universidad de Stanford a partir de inicios de los años 70, cuya significación es análoga a la cultura política y cultura cívica de democracia y de participación.

El derecho siempre resulta ser un instrumento utilísimo para el conocimiento de una determinada civilización, debido a que engloba una de las manifestaciones culturales más complejas y de primer orden conforme lo menciona Weber, en el entendido de un sistema jurídico frente a tres grandes elementos: las normas, los roles de los profesionales y operadores del derecho y como tercer elemento, la cultura jurídica, cuya formación compete a la Universidad que se constituye en un actor central en la sociedad. De Generación de conocimiento, capital humano y capacidad tecnológica, de la mano con el concepto útil para entender el rol del estado (de sus agentes normativos) y la forma cómo el arsenal legal (leyes, doctrinas, costumbres) es interpretado socialmente. En tal sentido, uno de los desafíos de mayor calado lo constituye la inclusión de las ciencias socio jurídicas en la política científica.

Para Kaplan (2017) éste es resultado de las relaciones entre las ciencias y el Estado, las funciones que este asume y los poderes que ejerce respecto a la primera, se condensan y culminan en la política científica. Esta engloba el conjunto de intervenciones, decisiones y actividades de los poderes coexistentes en una sociedad y época dada.



Consideramos que en los países de América Central y América Latina, el desarrollo institucional de las ciencias socio jurídicas, está condicionado a las estructuras organizativas y las relaciones con la política científica, conforme hace alusión Hernández (2016). De igual modo, se encuentra relacionado a los factores externos, como la crisis económica, el predominio de las corporaciones multinacionales y a la constitución de actores institucionales regionales en el diseño y ejecución de investigaciones, producción de conocimiento, elaboración de diagnósticos, evaluaciones y la formulación de opciones, siendo preponderante la inclusión de las universidades a través de las aulas universitarias

## Métodos

La metodología aplicada parte del enfoque cualitativo descriptivo inductivo, siendo esta naturalista y fenomenológica, teniendo como propósito el de describir y evaluar bajo técnicas como la observación, análisis de fuentes documentales y entrevistas. (Ramos, 2016, p. 82).

La presente investigación, de tipo básica, enfoca como resultado, el desarrollo de una teoría fundamentada, como refiere Strauss & Corbin, (2015), a partir de un análisis de estudio de caso, transaccional basado en la observación.

Los investigadores hemos observado a través de las técnicas como se ha manifestado y como se presentan los datos teniendo como propósito, generar un conocimiento encaminado a explicar la realidad, tanto natural como social (Corbetta, 2007, p.44) con categoría fenomenológica, es decir, de un diseño fenomenológico pues, su propósito fundamental fue el de optimizar resultados a partir del derecho praxeológico en su desarrollo conforme lo confirma Alf Ross. (Rodríguez, 2010, p. 22).

Debe tenerse presente que la presente investigación ostenta un nivel descriptivo exploratorio, dado que describe la problemática a través de una triangulación de datos conforme refiere Denzin (2014) para así brindar una teoría fundamentada por existir marcada carencia de interpretación jurídica. (pp. 645–672).

## Resultados y Discusión

**Primero.-** Es perceptible, del estudio de caso bajo síntesis inductivo reflexiva, criterios importantes extensible a las aulas universitarias respecto de la reingeniería de predictibilidad en el despacho judicial & Crisis del Poder Judicial, precisando que, frente a la crisis Institucional del poder Judicial de los últimos tiempos resulta imprescindible replantear criterios de administración de justicia centrados en la eficiencia de gestión del despacho judicial a partir del know how de todo abogado obtenido en las aulas universitarias en cuanto a la enseñanza del derecho; ello implica criterio de interpretación homologada y homogenizada a partir del sistema jurídico romano germánico por el cual estandarizar procesos resulta viable además que establecer predictibilidad de resultados en los procesos es factible, en tal sentido y bajo estos criterios de reingeniería del despacho Judicial el justiciable tendrá criterios claros de cuáles serán los resultados del proceso, si acude al Poder Judicial, ello implica automáticamente minimización de trámites innecesarios, y predictibilidad para conocer cuáles serán los resultados y de ello se obtendría lo que hoy constituye lo más preponderante, combatir la corrupción institucionalizada del poder Judicial.

**Segundo.-** La administración de justicia, las organizaciones civiles y ciudadanas, los grupos de estudio de opinión pública y los sistemas informativos, son ejemplos de instancias donde tiene lugar esta operación de observación, reflexión y mediación, constituyendo retos de la investigación jurídica en las aulas universitarias hacia el 2021. Es perceptible del estudio de caso bajo síntesis inductivo reflexiva extensible a las aulas universitarias ahondar en resultados concretos de “Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento”. En esa perspectiva, la investigación cualitativa y la mixta cumplen un rol preponderante, estamos en el camino de plantear una clara renovación de compromiso de la investigación desde el análisis y explicación de la emergente realidad social, y como se reitera lo dicho por Stavenhagen (2016), en la tratativa de nuevos problemas emergentes en los procesos que por su naturaleza se colocan en referencia a los desempeños y puntos de vista de los protagonistas involucrados, en tal sentido, la metodología aunada a una guía de productos académicos a la par de la prosecución de soluciones a los conflictos sociales, constituye una inspiración fundada en determinar tiempos y plazos de investigación, niveles y técnicas que permitan ubicar el contexto con soluciones pragmáticas y viables

emergentes, como parte de las transformaciones de las ciencias socio jurídicas en los países de América Central y América Latina con proyección vívida hacia dimensiones tecnológicas y generacionales sin apartarse por ello de la preocupación central de ampliar nuestra comprensión de los fenómenos americanos sui generis, al compás de modas analíticas y metodológicas, en el marco de mayores incidencias de unas políticas de ciencia y tecnología abiertamente productivistas y del posicionamiento del modelo gerencial de la universidad-empresa infundiendo eficiencia, innovación como retos de los últimos tiempos.

En resumen ello implicará estudios concretos de investigación, definición explícita de las unidades de estudio, de sus categorías y categorización, uso de técnicas apropiadas, prevalencia de estudios de casos, diseño de teoría fundamentada y fenomenológica triangulación de datos que permita sintetizar las expectativas del marco teórico con el análisis de campo a la par de análisis comparado, sistemático y normativo en la búsqueda de aportes de lege ferenda que guarden significación y prevalencia, siendo compromiso de la Universidad participar en las propuestas de proyectos de ley en las instancias afines, en proyectos sostenibles y de impacto, en extensión a la comunidad al servicio de la sociedad más vulnerable, en la producción de artículos científicos, incorporando cada vez más a la Universidad con el justiciable de a pie.

## CONCLUSIONES

- 1 Resulta imprescindible considerar retos en la investigación jurídica de las aulas universitarias hacia el 2021.
- 2 Resulta necesario definir parámetros prevalentes de investigaciones con aportes precisos y de marcados alcances sociales
- 3 Constituye retos de la Universidad el promover investigaciones pragmáticas con metodología activa y moderna.
- 4 La formación académica en derecho de las aulas universitarias debe advertir pleno compromiso de interactuar con la sociedad.
- 5 La administración de justicia, las organizaciones civiles y ciudadanas, los grupos de estudio de opinión pública y los sistemas informativos, son ejemplos de instancias donde tiene lugar las técnicas de observación, reflexión y mediación, constituyendo retos de la investigación jurídica en las aulas universitarias hacia el 2021 y a la par resultados concretos de “Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento”.
- 6 La predictibilidad resulta necesaria para hacer frente a los nuevos problemas emergentes en los procesos que por su naturaleza se colocan en referencia a los desempeños y puntos de vista de los protagonistas involucrados los mismos que repercuten en el ciudadano de a pie que ahora Justicia en muchos eventos de la realidad social.

## REFERENCIAS

Binimelis, H (2015) Sociedad, epistemología y metodología en Boaventura de Sousa Santos. Edición nro.39 - Barranquilla. Colombia.

Coleman, J (1990) La epistemología de la investigación social en América Latina. Desarrollos en el siglo XXI

Corbetta, P. (2007). Metodología y técnicas de investigación. Italia: McGraw Hill

Delanty, G (2017) Challenging Knowledge: The University in the Knowledge Society. Convergencia vol.24 no.75 Toluca

Denzin (2014) El uso de la triangulación en la investigación cualitativa. Vol. 41, No. 5. Fontana, A. y Frey, JH Manual de investigación cualitativa (2ª ed., Thousand Oaks, CA: Sage

Hernández, R., Fernández, C., y Batista, P. (2016). Metodología de la Investigación. México: Interamericana editores.

Kaplan, M (2017) Estado y globalización Sistema: revista de ciencias sociales, ISSN 0210-0223, N° 164, pp. 13-42

Maturana, H (1997) El pensamiento filosófico. La autopoiesis como fundamento de la ciencia The philosophical thinking. Edición nro.31 - Santiago. Chile.

Ramos, C. (2016). Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento. Grijley.

Rodríguez, M. (2010). Métodos de investigación: Diseño de proyectos y desarrollo de tesis en ciencias administrativas, organizacionales y sociales. México: Editorial Pandora.

Schuck, P. (1992): Complejidad legal, causas, consecuencias y curas. Duke Law Journal .

Strauss & Corbin, (2015) La teoría fundamentada (Grounded Theory), metodología cualitativa de investigación científica. Revista científica Scielo. Print version ISSN 1657-6276. Edición nro.39 - Barranquilla. Colombia.

Stavenhagen, R (2016) El desarrollo a propósito del pensamiento. Estudios del Desarrollo Social vol.4 no.3 La Habana. MSc. Elizabeth Cabalé Miranda, Dr. Gabriel Rodríguez Pérez de Agreda. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Cuba.

Wallerstein, I (2004) los dilemas del espacio abierto. Revista internacional de ciencias sociales. vol.56 no.182 Universidad de Yale. USA.

