

1.2. Argumentos del Apelante:

1.2.1. Mediante escrito de cinco de mayo de dos mil nueve (folio 1748), el [REDACTED] representada por su apoderada judicial doctora Julia Alejandrina Soria de Febres, impugna el auto materia de grado sustentando su recurso básicamente en los siguientes argumentos:

- El proceso se baso en el hecho de que no se solicito autorización escrita de la demandante y no se le dio la consejería adecuada ordenada por ley, contraviniendo la norma aplicable, así como los resultados no se pusieron en conocimiento de la actora, sino hasta después del alumbramiento de su hija el treinta de julio de dos mil nueve.
- Que en la apelada se ha efectuado una inadecuada valoración de los hechos, pruebas y actuados que obran, en primer termino por que se atribuye la responsabilidad extracontractual en forma genérica y se dispone el pago solidario a favor de todos los demandantes, sin establecer y precisar las razones o motivos por los cuales se considera como afectada por el daño mortal a la menor [REDACTED], ya que no existe en todo el tenor de la sentencia un argumento o referencia respecto al supuesto daño moral del cual habría sido victima esta ultima, ya que a la fecha de la supuesta afectación moral la citada menor era neonata sin capacidad de dilucidar o inferir la supuesta situación de afectación con las conductas ilícitas que constituye el sustento principal de la atribución de la responsabilidad contractual con los demandados.
- No se ha tomado en consideración el Informe Psicológico de fecha cinco de octubre de mil novecientos noventa y nueve y el Informe médico de fecha nueve de octubre de mil novecientos noventa y nueve que ha determinado que la paciente [REDACTED], tiene tendencia depresiva, situación que ha predispueto su estado de inestabilidad emocional, moral y afectiva y que el Juzgado atribuye erróneamente su representada la total responsabilidad.
- Si bien se ha incurrido en omisión de que la demandante suscriba el formato de consejería y autorización, sin embargo el Juzgado no valoró los informes que señalan que si tuvo la consejería adecuada y acepto

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil



someterse a los exámenes en forma voluntaria. Y de las pruebas realizadas se ha permitido determinar que los pacientes no eran portadores de la enfermedad.

- Que el consentimiento no puede constituirse en un factor determinante para concluir que su ausencia es causal de daño moral, por lo que la autorización escrita deviene en intrascendente puesto que existiendo un fin primordial de preservar la vida y la salud de la madre gestante y del concebido por nacer, su autorización devenía en obligatoria y por el contrario los análisis de descarte realizados bajo las circunstancias expuestas tenían un fin preventivo antes que lesivo.
- No se ha tomado en cuenta que la apelante acreditó oportunamente que la demandante varió su domicilio procesal y no comunicó dicha circunstancia por lo que fue la propia demandante quien dificultó la notificación del resultado de los exámenes realizados, además, está acreditado que los demandantes tuvieron oportuno conocimiento de los resultados de los exámenes practicados y que si bien presentaban estado de afectación espiritual, afectivo y moral, dicho estado obedecía al estado de incertidumbre de no tener un resultado definitivo que desvirtúe la probable infección del VIH/SIDA.
- Que en el año mil novecientos noventa y nueve se pensaba que el único medio de contagio del SIDA era la vida sexual promiscua, argumento que ha sido asimilado como fundamento en la sentencia, afirmación que carece de veracidad ya que los conocimientos acerca de la forma de transmisión del VIH no han variado significativamente de mil novecientos noventa y nueve a la fecha, incurriéndose en la apelada en una deficiente evaluación de los hechos.

1.2.2. Mediante escrito de seis de mayo de dos mil nueve (folio 1768), José Camero Abarca, abogado de [REDACTED] por derecho propio y en representación de la menor [REDACTED] y apoderado de [REDACTED], impugna la resolución

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil



materia de grado sustentando su recurso básicamente en los siguientes argumentos:

- Lo único que debieron acreditar los demandados para liberarse de su responsabilidad debió ser la autorización escrita de la demandante para ser sometida a la prueba de ELISA para VIH, en el acto de la toma de muestras del catorce de junio de mil novecientos noventa y nueve, que por el contrario han presentado un parte diario, el que no puede sustituir al formato de autorización escrita.
- Que no se revisaron las pruebas actuadas, tanto las ofrecidas en la demanda y las extraídas en las audiencias sucesivas de medios de prueba, mucho menos se ha considerado la prueba pericial que en forma expresa señala que el médico Ponce de León no cumplió con su función de obtener la autorización escrita y no se hizo conocer los resultados en su oportunidad.
- No se puede considerar al daño moral como un daño que no tiene mayor connotación que en el mismo momento y que no tiene consecuencias a futuro.
- La apelada en su considerando séptimo refiere que no está probado que la demandante sea portadora del VIH, sin embargo es este el sustento del daño causado a los demandantes, ya que la presente demanda es precisamente porque no siendo portadores de la enfermedad, se le privó a la menor de amamantar, a la madre de ocasionarle mastitis y daño psicológico y biológico y al padre la impotencia de sentirse traicionado por la infidelidad de parte de su cónyuge.
- Es inconcebible la presentación de medios de prueba para acreditar los daños y perjuicios, ya que la persona que no tiene trabajo no puede ofrecer ningún certificado, aspecto que además no ha sido materia de cuestionamiento por parte de los demandados. Respecto a los créditos está acreditado con las constancias de entidades financieras la existencia de préstamos a más de muchos otros créditos de personas particulares.
- Que la apelada impone un monto ridículo, y solicita que éste sea incrementado al millón de dólares americanos ya que el Estado viene

reconociendo y otorgando este tipo de indemnización a personas inocentes que aparecieron contagiadas con este mal en Centros de Salud, ya que en el presente caso, el daño es mucho mayor, porque sin ser portadores han sido señalados como tales, lo que es mucho mas grave e irreparable.

2. FUNDAMENTOS:

- 2.1. En la responsabilidad civil extracontractual el daño es consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás. Los requisitos son comunes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, que aparecen explicados en la resolución apelada.
- 2.2. Sin embargo, es conveniente señalar que una conducta es antijurídica no solo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino cuando la conducta viola el sistema jurídico, que lleva consigo el imperativo legal de indemnizar el daño causado.
- 2.3. Los demandantes pretenden el pago de indemnización por haber sido sometida la demandante a la prueba de ELISA para VIH sin su consentimiento y por haberse efectuado el evento en forma irresponsable, causándoles graves perjuicios económicos y daño moral.
- 2.4. Refiere que sus embarazos fueron complicados, habiendo perdido tres hijos, además de un óbito, esto evidencia que la actora adolecía de ciertas deficiencias en su salud, que no le permitían tener un embarazo normal, por lo que ocurrió reiteradamente a [REDACTED] pidiendo asistencia médica.
- 2.5. Es de advertir que tales antecedentes posibilitaron que [REDACTED] extremara sus cuidados con relación a ella por encontrarse una vez más embarazada, tanto más si presentaba diabetes gestacional; autorizando su tratamiento, disponiendo al efecto, un análisis preoperatorio en el que estuvo incluido la prueba de ELISA para VIH,

en resguardo de la salud de la gestante y del producto de la concepción.

- 2.6. La prueba de ELISA fue practicada en resguardo de la salud de la paciente, su hijo en gestación y de la salud pública, porque existían en las pruebas preliminares indicios razonables, que era necesario descartarlos; de no hacerlos la entidad prestataria de salud incurría en responsabilidad.
- 2.7. La prueba de detección y diagnóstico por laboratorio de las ITS-VIH, constituye un examen auxiliar, que debe ser realizada obligatoria y permanentemente en todos los establecimientos de salud, en las atenciones de mayores de quince años, que acuden por cualquier causa a los diferentes servicios y que tengan comportamiento sexuales de riesgo (Manual de Normas y Procedimientos del Programa de Control de ITC-VIH-SIDA); esta disposición se ajusta al caso de la demandante por haber tenido tres embarazos anteriores defectuosos, con pérdida del producto de la concepción.
- 2.8. No obstante, debe tenerse en cuenta que las pruebas de diagnóstico del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y las infecciones de transmisión sexual (ITS) son voluntarias y se realizan previa consejería obligatoria.
- 2.9. Conforme a la disposición contenida en el artículo 4°, inciso b) de la Ley número 26626, *“Se consideran casos de excepción a la voluntariedad: b) El de la madre gestante, a fin de proteger la vida i salud del niño por nacer cuando existe riesgo previsible de contagio o infección i para disponer las medidas o tratamientos pertinentes. En este caso es obligatoria la consejería previa”*. Esta disposición legal ha sido reproducido en el artículo 4°, inciso b) de la Ley número 28243. Estando excluida la voluntariedad de la madre gestante, la responsabilidad de la institución demandada radica únicamente en no haber sometido a la demandante a consejería previa, considerándose como factor que determina la existencia de la

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil



responsabilidad la culpa, que generó el daño, susceptible de indemnización.

- 2.10. La primigenia prueba de HIV, denominada de tamizaje es de *"...escrutinio general como aglutinación del LATEX, que tiene alta sensibilidad pero de baja especificidad pero es aplicable"*; esta prueba requiere de pruebas de diagnóstico confirmatorias, que tienen el propósito de *"...distinguir entre los falsos positivo y los verdaderos positivos"*; destaca la de Western IBlot e Inmunofluorescencia Indirecta. Con esa finalidad fueron enviadas las muestras al laboratorio MedLab Cantella Colichon; asimismo se envió muestras al Hospital Almenara de Lima y al Hospital Nacional del Sur de Arequipa.
- 2.11. La entrega de los resultados negativos o **positivos confirmados** es personal, salvo en el caso de menores de edad o incapacitados la entrega es al tutor; en consecuencia, no es posible la difusión de resultados por acción de la entidad de salud, como han insinuado los demandantes.
- 2.12. La notificación de casos de VIH/SIDA confirmadas es obligatoria, periódica y permanente, acto que debe ser consignado en la Ficha de Notificación Mensual de Infección VIH/SIDA (Programas Preventivo Promocionales 19.1, fojas 131). Los análisis practicados en las muestras de sangre de la demandada no han confirmado que sea portadora del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), por lo que no era necesaria ni obligatoria la notificación; en todo caso la interesada debió haber exigido a ESSALUD la entrega personal de los resultados, más no esperar ser notificada en su domicilio.

3. DECISIÓN:

Por estos fundamentos **CONFIRMARON** la sentencia de fojas mil setecientos nueve, de fecha seis de abril del dos mil nueve, en el extremo apelado que declara FUNDADA en parte la demanda de fojas cuarenta y seis, interpuesta por [REDACTED] y [REDACTED] Mendigure por derecho propio y en representación de su hija [REDACTED]

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil



██████████ contra ESSALUD Gerencia Departamental del Cusco, representado por el Gerente de la Red Asistencial del Cusco Santos Padilla Balladares y José Zea Torres, Director del Hospital Nacional del Sur Este de ESSALUD del Cusco con la pretensión de **DAÑO MORAL**. ORDENA que los demandados paguen, en forma solidaria a los demandantes la suma de **cinco mil dólares americanos o su equivalente en moneda nacional**; con lo demás que contiene; y los devolvieron. T.R. y H.S. S.S.

DUEÑAS NIÑO DE GUZMÁN.- BUSTAMANTE DEL CASTILLO.- PINEDO COA.-

Voto en discordia
Respecto al extremo que declara FUNDADA la demanda respecto de la menor Paola Milagros Matilde Caballero López, y respecto al monto de la indemnización.

FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA PARCIAL EMITIDO POR EL SEÑOR JUEZ SUPERIOR WILBER BUSTAMANTE DEL CASTILLO:

VISTO el presente proceso venido en apelación seguido por ██████████ ██████████ y ██████████ por derecho propio y en representación de su menor hija ██████████ contra EsSALUD Gerencia Departamental de Cusco, representada por el Gerente de la Red Asistencial del Cusco doctor Santos Padilla Balladares, contra el doctor José Zea Torres, Director del Hospital Nacional del Sur Este Es SALUD del Cusco; y contra ██████████, Medico Jefe de Laboratorio Clínico y Anatomía Patológica del Hospital Nacional del Sur Este del Cusco sobre Responsabilidad Extracontractual de Daños y Perjuicios y Daño Moral, con informe oral de los abogados Jose Camero Abarca y Julia Soria Delgado. Teniendo a la vista el voto emitido por el señor juez Superior Justo Abril Dueñas Niño de Guzmán, el juez superior titular de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Cusco, en el presente proceso

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil



emite el siguiente **VOTO** en **DISCORDIA PARCIAL** con los siguientes fundamentos:

Antecedentes.

1. De acuerdo a la demanda interpuesta por [REDACTED], [REDACTED], ambos por derecho propio y en representación de su menor hija [REDACTED], interponen demanda por responsabilidad extrancontractual de daños y perjuicios y daño moral, a efectos de que la entidad demandada, pague una suma no menor de un millón de dólares americanos, argumentando lo siguiente:
 - 1.1. En el mes de junio de 1999, cuando se encontraba embarazada de su Hija [REDACTED] y luego de concurrir a su control de embarazo se le dice que presentaba “diabetes gestacional”, por lo que se le indica que debía ser sometida a un análisis pre operatorio y que sin que prestara su autorización se había dispuesto el análisis referido a la prueba de ELISA para VIH.
 - 1.2. Que en un acto de irresponsabilidad y sin hacerles conocer, sin cumplir con las normas legales complementarias, confunden las muestras, arrojando un resultado positivo.
 - 1.3. Que sin hacerles conocer el primer resultado de *motu proprio* ESSALUD y los demandados remitieron muestras que le correspondían a Laboratorios de Arequipa y Lima para los análisis correspondientes de la prueba de Western Blott.
 - 1.4. Que la entidad demandada y sus funcionarios demandados no pueden argumentar que no fue posible ubicar su domicilio para efectos de seguimiento, por cuanto el demandante laboró para dicha entidad y tenía incluso teléfonos de referencia. Asimismo la demandante en su filiación ha señalado dirección domiciliaria.
 - 1.5. Que en el mes de julio de 1999, cuando se internó para desembarazar a su hija, ha sido víctima de un vejamen a la condición humana, arranchándola a su menor hija sin explicación alguna. Luego se les señalan que la demandante era portadora del VIH.
 - 1.6. Que este hecho generó problemas en su estabilidad familiar, generando recelo, desconfianza incertidumbre de infidelidad y destruyeron su relación matrimonial, llegando incluso al punto de buscar la autoeliminación de ambos recurrentes. Consideran que en julio de 1999, la cultura informativa señalaba que la causa del SIDA era la vida sexual promiscua.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil



- 1.7. La depresión de la demandante, en su condición de parturienta, caló mucho mas. Asimismo se le privo el derecho de amamantar a su hija. Asimismo presento mastitis.
- 1.8. Luego de 05 meses de que hayan sufrido por la negligencia punible del demandado [REDACTED], responsable del Laboratorio del Hospital, quien pese a que las muestras ya había residido resueltas en Lima y Arequipa, aún el 13 de agosto, no se les hizo conocer.
- 1.9. Que como consecuencia de estos hechos, se le informó a su centro de trabajo, donde fue sujeta de discriminación, por el personal de la Sede Regional de Educación.
2. El demandado [REDACTED], en su contestación de la demanda (folios 168) argumenta lo siguiente:
 - 2.1. [REDACTED] autorizó para la realización de los análisis correspondientes.
 - 2.2. Que se le ha tomado no solo exámenes para ELISA VIH, sino también exámenes de orina y otros.
 - 2.3. En cuanto a la supuesta crisis emocional y anímica, de acuerdo al informe de la psicóloga tratante se tiene que la demandante tiene una tendencia a divulgar su estado de salud.
 - 2.4. Que el laboratorio que es jefaturado por el recurrente, no actúa por cuanta propia, se somete al análisis y exámenes auxiliares solicitados o peticionados por médicos tratantes.
 - 2.5. Que en este sentido, el 13 de junio de 1999, se inicio con la primera prueba de VIH, cuyo resultado da reactivo. Lo que les indico la necesidad de una prueba de comprobación la que da por resultado indeterminado (comprobación consistente en la prueba de Western Blot para VIH), comprobación realizada por la misma muestra.
 - 2.6. Que para el control la paciente no fue ubicada, porque señala diversos domicilios.
 - 2.7. Que la paciente recién es ubicada para desembarazar, oportunidad en que se le toma una nueva muestra que es separada en dos partes, una es remitida a la ciudad de Lima (hospital almenara) y otra a la Ciudad de Arequipa, en la que corre su correspondiente firma. Esta nueva toma involucra a la esposa y la hija recién nacida.
 - 2.8. Que en el caso se ha seguido el manual de normas. Y los resultados posteriores han sido negativos.
3. ESSALUD (folios 585) absuelve negativamente la demanda, señalando lo siguiente:

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil



- 3.1. Que no se cumplen con los supuestos de la responsabilidad extracontractual.
- 3.2. Que no ha existido confusión de muestras.
- 3.3. Que las muestras, fueron extraídas bajo su consentimiento.

4. Fundamentos:

4.1. El 20 de junio de 1996, se ha publicado la Ley 26626 (modificada posteriormente por la Ley 28243 del 01-06-2004) por el que se declara de interés nacional la lucha contra la infección del virus VIH¹.

4.2. En este contexto, ESSALUD, ha elaborado un protocolo del programa SIDA en el que en que, entre otros se señala:

(...)

12.4. Todas las gestantes que sean atendidas en la institución deberán recibir consejería y evaluación serológica para VIH, previa autorización de la gestante.

(...)

19.1. La notificación de casos VIH/SIDA y de las personas VIH que pasen a la condición de SID, es una acción OBLIGATORIA, PERIODICA Y PERMANENTE, para lo cual se ha creado una "Ficha de Notificación Mensual de Infección VIH/SIDA" la misma que se debe llenar en su totalidad las instrucciones adjuntas (Anexo 1.A).

19.2. La notificación de casos es mensual y se enviará a la OFICINA DE EPIDEMIOLOGIA o a la Dirección del Centro Asistencial para la transferencia correspondiente a la Sub Gerencia de Epidemiología de la Gerencia Central de Producción de Servicios de Salud, a través de las instancias correspondientes de cada Órgano Desconcentrado.

¹ En este contexto, se ha expedido el reglamento aprobado por el D.S. 004-97-SA, que entre otros prescribe que: "Las disposiciones establecidas en la Ley y el presente Reglamento son de aplicación obligatoria en los establecimientos públicos y privados."

Artículo 11°.-

Las pruebas diagnósticas de infección por VIH sólo podrán realizarse luego de consejería y autorización escrita de la persona.

Artículo 12°.-

Exceptúase de la obligación de obtener consentimiento para realizar la prueba diagnóstica de infección por VIH en los casos siguientes:

- a. Donantes de sangre o sus componentes, de células, de tejidos o de órganos;
- b. Fuentes de sangre potencialmente contaminada, involucradas en accidentes por exposición percutánea, durante la atención de salud; y,
- c. Otros casos que se aprobarán por Resolución Ministerial.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil



- 4.3. De modo preliminar, aún cuando en el caso, no es necesario observar exquisiteces doctrinarias, elaboradas por un autor u otro sobre puntos que no han sido puestas en cuestión por las partes, debemos considerar que a partir de la afirmación de la demandante y de la contestación de la demanda, se observa los aspectos esenciales de la responsabilidad civil, regulado por el artículo 1969 del C.C. y desarrollada por nuestra doctrina:
- a) Que la demandante fue informada y tratada como portadora del VIH, sin la realización previa de consejería como establecen las normas al respecto. Asimismo no se le puso en conocimiento oportunamente de este hecho (Antijuridicidad).
 - b) Que esta ausencia de consejería y de conocimiento oportuno del hecho, fue producto de la negligencia de la demandada (la culpa como factor de atribución).
 - c) Que como consecuencia de esta ausencia de consejería y del tardío informe de una enfermedad del que no eran portadores, sufrieron moralmente.
- 4.4. En este contexto, en función de lo actuado en el expediente debo establecer que el daño moral, esta vinculado a dos supuestos:
- a) Ausencia de consejería.
 - b) Ausencia de seguimiento y comunicación a los demandados para la realización oportuna de una nueva prueba respecto del VIH.
- 4.5. La ausencia de consejería, no ha sido un supuesto negado por los demandados, por lo que al no ser un hecho controvertido, debemos señalar que en el caso no se ha observado lo dispuesto por la Ley 26626 y su reglamento. En todo caso, no se puede alegar cuestiones nuevas en la apelación, como señala ESSALUD, quien en el caso manifiesta que se le hizo consejería mediante unas enfermeras. En este contexto, el argumento deviene en una cuestión nueva, planteada fuera del estadio oportuno, por lo que debe ser rechazado en función del *brocardo juridico* "*pendente apellatione, nihil innovetur*".
- 4.6. En este mismo sentido, respecto a la ausencia de seguimiento y comunicación a los demandados para la realización oportuna de una nueva prueba respecto del VIH, debo determinar que el demandado [REDACTED], manifiesta que la paciente no fue ubicada (porque señala diversos domicilios) y en este sentido la paciente recién es ubicada con motivo de haberse internado al Hospital para desembarazar.

- 4.7. La demandada ESSALUD, en su escrito de contestación a la demanda no se pronuncia al respecto.
- 4.8. Inciden en el caso, las consecuencias que un hecho como este tuvo con el alumbramiento (no se le permitió el amamantamiento de la recién nacida, etc.)
- 4.9. En este contexto, se ha puesto en cuestión el daño moral. En la perspectiva de Zanoni debemos señalar:
“Para que pueda hablar de daño moral no basta la lesión a cualquier sentimiento, pues deberá tratarse de un sentimiento considerado *socialmente digno y legítimo, es decir aprobado por la conciencia social, en el sentido de la opinión común predominante en una determinada sociedad en un momento histórico determinado y por ende considerado digno de tutela legal*”²
- 4.10. De esta manera, “el derecho no resarce cualquier dolor, humillación, aflicción o padecimiento, sino aquellos que sean consecuencia de la privación de un bien jurídico sobre el cual el dolorido, humillado, padeciente o afligido tenía un interés reconocido jurídicamente”³
- 4.11. Bajo este contexto, cuando se pretende una indemnización por daño moral, son dos los supuestos que están en cuestión:
a) La Acreditación.
b) La cuantificación del resarcimiento.
- 4.12. Sobre el primer supuesto, es decir, sobre la acreditación del daño moral, es fácil advertir las dificultades que esta acreditación puede traer consigo. Al cabo, su propia denominación “daño moral” esta ligeramente alejada de los terrenos de la ética, como disciplina que estudia la moral y se ubica más bien en campo de la “lesión a los sentimientos”⁴. De este modo, solo la lesión a los sentimientos acordes a los valores morales de una sociedad determinada, pueden ser resarcidos⁵.

² Ibidem. p. 64-65.

³ ZANNONI, Eduardo. *El daño en la responsabilidad Civil*. Editorial ASTREA. 3º edición. Bs. As. 2005. p. 153

⁴ Sobre el significado de sentimiento el Diccionario de la real Academia Española, señala lo siguiente:

- Estado afectivo del ánimo producido por causas que lo impresionan vivamente.
- Estado del ánimo afligido por un suceso triste o doloroso.

⁵ Taboada, señala al respecto “El daño Moral es pues la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerada socialmente legítimo.”

- 4.13. En este escenario, debemos establecer, si efectivamente los demandantes, como consecuencia de los hechos descritos, han sufrido esta aflicción en sus sentimientos.
- 4.14. Como premisa, debemos establecer, la dificultad que implica acreditar este hecho y las propias lecturas que se puede obtener el informe psicológico presentado por los demandantes. En este sentido, inclusive un informe psicológico que pudiera dar cuenta del estado anímico de la demandante, como el que obra a folios 24, debido a las distintas personalidades que ostentan las personas, no sería, sino una prueba referencial, sujeta al “es probable” o “puede ser”, en el que inclusive puede ser cuestionada la causalidad. Ciertamente, no existan patrones objetivos para medir las aflicciones o congojas que pueda sufrir una persona. Es decir, no existen “aflicciómetros” o criterios únicos para medir el dolor o la angustia. Por lo demás, la distancia temporal entre la cercanía o lejanía al hecho que produce la aflicción, tiene mucha importancia en el caso.
- 4.15. De este modo, nuestra propia jurisprudencia, ha relegado la carga probatoria, en los supuestos del sufrimiento de una persona como consecuencia de la muerte de un ser querido⁶.
- 4.16. El hecho es que existe una experiencia personal (la del juez y de las partes), que con una dosis de empatía, nos dan cuenta del dolor o la aflicción innecesaria que sufre una persona en ciertas circunstancias. De este modo, resulta poco viable e innecesario, en ciertas situaciones, exigir a las partes, por el prurito de una formalidad o actividad probatoria insensata, que tengan que acreditar su sufrimiento con medios probatorios regulados por el Código Procesal Civil.
- 4.17. En este mismo sentido, debemos señalar que los estados de tristeza, padecimiento, aflicción inclusive depresión (que no este vinculado a trastornos orgánicos), tiene un periodo de duración. Así por ejemplo, es distinta en intensidad de la tristeza o aflicción que uno sufre apenas luego de producido un hecho causante (la muerte de un ser querido

En TABOADA CORDAVA, Lizardo. Op. Cit. P. 66

⁶ Señala Taboada al respecto: “Así la jurisprudencia peruano ha optado por presumir que en caso de fallecimiento de una persona, el cónyuge y los hijos sufren necesariamente un daño moral”
En: TABOADA CORDOVA, Lizardo. Op. Cit. p. 67

por ejemplo), que el sufrimiento que puede causarle este mismo hecho, meses después.⁷

- 4.18. En este sentido, en el caso debe destacar dos hechos que influyeron en el dolor o la aflicción de los demandantes.
- a) La ausencia de consejería que hubiera mitigado la aflicción de los demandantes
 - b) La ausencia de seguimiento de los demandantes, que hubiera impedido o disminuido el dolor de la madre, al retirársele a su hija recién nacida, en la medida que hubiera permitido un examen oportuno sobre las muestras.

- 4.19 Debemos ser concientes y razonables también que esta aflicción de la que fueron víctimas los padres de la menor [REDACTED], no afectó a esta última. Siendo una recién nacida y no tener mayor comprensión de los hechos, no pudo sufrir aflicción alguna al respecto y por tanto no pudo ser víctima de daño moral alguno.

Sobre el monto de la reparación

- 4.20. Destaca Zavala de Gonzáles⁸ “así como el daño patrimonial es un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, el daño moral es el perjuicio susceptible de apreciación desde la óptica del *entendimiento, de la sensibilidad o de la voluntad de la persona*”.
- 4.21. Este hecho ciertamente está vinculado al entorno social de la demandante y a su propia proyección existencial. En este sentido señala Zanoni:
- “Desde luego que las lesiones “duelen” o “afectan” físicamente al lesionado, pero no es solo su “cuerpo” el que sufre, sino la proyección existencial de la persona “a partir” o “desde” su cuerpo que lo muestran –aunque fuera solo temporariamente- mutilado, herido o minusválido.”*⁹
- 4.22. Finalmente, no debemos perder de vista que la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, otorgan esta indemnización sin el

⁷ Jorge Luis Borges, en un relato relativo a la memoria, nos puede ilustrar este hecho. Podemos interpretar a partir de este relato, que el dolor que sufre una persona, por ejemplo, al momento de conocer el fallecimiento de un ser querido, no será el mismo dolor que siente una semana o un mes después. Es probable que en el primer caso le cause una conmoción mayor o un desmayo. Al paso del tiempo la intensidad será menor.

⁸ Citado por ZANNONI Eduardo A.. *Op cit. P. 155.*

⁹ ZANNONI Eduardo A. *Op cit. p. 156.*

rigor probatorio que son aplicables a otras pretensiones, en cuyo caso estas sumas se dejan libradas a la equidad del juzgador, sin la presencia de elementos objetivos que acredite este hecho y sin que este hecho suponga una suerte de albedrío del juzgador¹⁰.

- 4.23. Debo entender que el otorgamiento de la indemnización, la discreción (en función a la equidad), es un elemento que no puede dejarse de al margen. Sin embargo, considero que la suma impuesta por el aquo por concepto de reparación civil, debe ser incrementada.
- 4.24. En este sentido, optar por un incremento en la proporción que sugiere el demandante-apelante, resulta desproporcional, en cuanto:
- El daño moral tuvo una breve duración temporal, de manera que concluyó con la realización del nuevo análisis.
 - No dejó secuelas permanentes.
- 4.25. En este contexto es necesario además realizar la siguiente disquisición. Es preciso, establecer diferencias entre la aflicción del demandado [REDACTED] y de la demandante [REDACTED].
- 4.26. En este sentido, debido a la especial circunstancia de [REDACTED] [REDACTED], quien al momento de los hechos se encontraba en situación de parturiente, la crisis puerperal que acompaña a este estado, la especial relación madre hija, hizo que la mayor aflicción tuviera que recaer sobre ella.

Sobre la responsabilidad de [REDACTED].

- 4.27. Considerando los supuestos que causaron el daño moral y la relación de causalidad, el colegiado debe establecer:
- Los exámenes de laboratorio, no fueron realizados por iniciativa de [REDACTED].
 - No se ha acreditado que el demandado [REDACTED] tuviera la obligación de efectuar la consejería establecida por el protocolo.
 - No se ha acreditado que [REDACTED], tuviera la obligación del seguimiento a los demandantes (posibles portadores del VIH).

¹⁰ Ver por ejemplo el caso *Silveira da Mota vs. Portugal* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o los diversos precedentes de la Corte Interamericana.

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil



- d) No se ha acreditado negligencia alguna de [REDACTED] respecto a los hechos causantes del daño moral.

Por estas consideraciones:

El voto en discordia parcial es porque se **CONFIRME** la sentencia en la parte que declara **FUNDADA LA DEMANDA** por **daño moral** contra ESSALUD, Gerencia Departamental del Cusco, a favor únicamente de [REDACTED] y [REDACTED].

Se **REVOQUE** el extremo que declara **FUNDADA** la demanda respecto de la menor [REDACTED], representada por sus padres y **REFORMÁNDOLA** se declare **INFUNDADA** la demanda por daño moral respecto de la menor.

SE INCREMENTE el monto de US \$ 5,000 dólares a **US15,000 dólares** el **monto indemnizatorio** a favor de los demandantes, en la siguiente proporción:

US \$ 10,000 dólares a favor de [REDACTED].

US\$ 5,000.00 dólares a favor de [REDACTED].

QUISPE ÁLVAREZ
Adhesión al voto en
discordia parcial

BUSTAMANTE DEL CASTILLO
Voto en discordia parcial

PIMENTEL PERALTA
Adhesión al voto en
discordia parcial

FUNDAMENTOS DEL VOTO DE ADHESIÓN, AL VOTO EN DISCORDIA PARCIAL, DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR CARLOS QUISPE ÁLVAREZ:

El Juez Superior que suscribe, se adhiere in extenso a los fundamentos de hecho y de derecho del voto en discordia del señor Juez Superior doctor Wilber Bustamante del Castillo (folio 1948).

Demás está decir que los requisitos de la pretensión indemnizatoria, derivado de responsabilidad extra contractual demandada, han sido debidamente cumplidos en el desarrollo de este proceso: A la demandante se

Corte Superior de Justicia de Cusco
Primera Sala Civil



le ha sometido a un tratamiento para cuyo hecho se requería: la asistencia de un equipo técnico (consejería) que no se la ha brindado, y su autorización o consentimiento, que no se le ha solicitado.- Lo expuesto, sin duda revela una conducta negligente de la demandada, hecho con el que se le ha producido grave daño moral.- Obviamente que este daño, no debe ser considerado en sus efectos actuales, sino para los futuros, habida cuenta que la lesión a un bien inmaterial, no es posible advertirlo ya mismo.

El monto de la indemnización civil opinada por el señor Juez Superior discordante, considera el suscrito que es ponderado y razonable.

Por las razones expuestas y las que aparecen en el voto en discordia parcial: **MI VOTO DE ADHESIÓN** es porque se **CONFIRME** la sentencia apelada de fojas mil setecientos nueve, su fecha seis de abril del año en curso, de fojas mil setecientos nueve, en la parte que declara FUNDADA la demanda por daño moral contra Essalud, Gerencia Departamental del Cusco, a favor únicamente de [REDACTED] y [REDACTED], e INFUNDADA la demanda respecto de la menor [REDACTED], representada por sus padres.

Se incremente el monto de US. \$5,000.00, a US\$.15,000.00, dólares a ser distribuido en la forma siguiente: US\$10,000.00 dólares a favor de [REDACTED] y US\$5,000.00 dólares a favor de [REDACTED].

Cusco, 27 de noviembre de 2009

CARLOS QUISPE ÁLVAREZ
JUEZ SUPERIOR TITULAR
SEGUNDA SALA CIVIL