

Enrique Varsi Rospigliosi

Derecho Médico Peruano





Enrique Varsi Rospigliosi
Lima, 1964

Abogado, Universidad de Lima, 1991.
Magister en Derecho Civil y Comercial,
Universidad Nacional Mayor de San
Marcos, 1996. Doctor en Derecho,
Universidad Nacional Mayor de San
Marcos, 1998. Especialista en bioética,
Pontificia Universidad Católica de Chile y
Universidad de Lima, 2003.

Cargos profesionales

Profesor Principal de la Universidad de
Lima. Profesor Ordinario Auxiliar de la
Universidad Nacional Mayor de San
Marcos.

Representante del Perú ante el Comité
Intergubernamental de Bioética de la
UNESCO. Miembro del Consejo Nacional
de Bioética del Perú.

Miembro de la Comisión encargada de
elaborar la ley de enmiendas al Código
Civil. Miembro de la Comisión Consultiva
de Derecho Civil - Familia, Colegio de
Abogados de Lima. Miembro de la
Comisión de Estudio de Derecho
Genético, Colegio de Abogados de Lima.

Distinciones

Profesor Honorario de la Universidad
Particular de Chiclayo (Lambayeque),
Universidad Particular Inca Garcilaso de la
Vega (Lima), Universidad Privada San
Pedro de Chimbote (Ancash), Universidad
Andina Néstor Cáceres Velásquez (Juliaca),
Universidad Nacional de San Agustín
(Arequipa).

Reconocimiento por el aporte científico,
jurídico, institucional, ético y cultural al
Derecho médico y a los derechos
humanos en América, American
Association of Legal Medicine Health
(ALM).

Enrique Varsi Rospigliosi

*Profesor de la
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
y de la Universidad de Lima*

Derecho Médico Peruano

**DOCTRINA, LEGISLACIÓN
& JURISPRUDENCIA**

**Segunda edición
actualizada, ampliada y revisada**



Primera edición en español: Lima, 2001.

Primera edición en inglés: *Medical Law*. Supplement 33. October. International Encyclopædia of Laws, Kluwer Law International, The Hague, 2003.

Segunda edición en español: Lima, 2006.

348.54

VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique 1964

Derecho médico peruano / Enrique Varsí Rospigliosi, 2ª edición, Lima, Editorial Grijley, 2006

xxx + 418 pp.; 17.3 x 24.5 cm.

ISBN: 9972-04-061-5; Depósito Legal: 2005-7080

Incluye: Bibliografía
Índice analítico

1. Derecho médico, 2. Bioética, 3. Relación médico paciente, 4. Consentimiento informado, 5. Acto médico, 6. Negligencia médica, 7. Responsabilidad médica.

© 2006, Enrique Varsí Rospigliosi

© 2006, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

**Hecho el depósito legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2005-7080**

ISBN 9972-04-061-5

Esta obra ha sido actualizada con el Sistema Peruano de Información Jurídica – © SPIJ Perú,
Ministerio de Justicia, 2004.

Diseño de carátula, diagramación y cuidado de la edición: Fiorella Lari Rincón
Fotografía: Ugo Lari Rincón

Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

LIMA

Jr. Lampa 1221 - Cercado de Lima

Tlf: (51-1) 427-3147

Telefax: (51-1) 427-6038

grijley@terra.com.pe

Jr. Azángaro 1077 - Cercado de Lima

Tlf: (51-1) 321-0258

libreria_grijley@speedy.com.pe

TRUJILLO

Jr. Pizarro 540

Telefax: (044) 471640 / Celular: (044)929 1831

grijley_trujillo@speedy.com.pe

CHICLAYO

San José 1067

Tlf.: (074) 204146

AREQUIPA

Santa Martha 304 - Of. 103

Tlf.: (054) 288 379 / Celular: (054) 929 6700

A Augusto Ferrero por su amistad, consejos y enseñanzas de vida que se condensan en aquella frase que rueda en cada uno mis pasos, cansados o ligeros: lo más hermoso de la vida es compartir.

ASIS

Claudia Cecilia

Nació el 24 de agosto

La Paula Acosta

Nació el 9 de abril de

con estudios de

ASISTENTES DE INVESTIGACIÓN PARA LA PRIMERA EDICIÓN

María del Rosario Rodríguez-Cadilla

Nació el 08 de octubre de 1970, estudió en la Universidad de Lima (Bachiller, Abogado), autora del Libro *Derecho Genético. Técnicas de reproducción humana asistida su trascendencia jurídica en el Perú* (Lima, San Marcos, 1997). Es autora de diversos artículos especializados en diarios y revistas. Expositora en eventos académicos.

Celia Esther Giglio Basto

Nació el 02 de octubre de 1973, estudió en la Universidad de Lima (Bachiller, Abogado) con estudios de especialización en Derecho de la Empresa en la Università Commerciale Luigi Bocconi, en Milán, Italia. Especialista en Derecho Médico. Es autora de diversos artículos especializados en diarios y revistas. Expositora en eventos académicos.

Erika Céspedes Suzuki

Nació el 22 de noviembre de 1978, estudió en la Universidad San Martín de Porres (Bachiller, Médico Cirujano). Bachiller en Derecho y Ciencia Política en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en antropología y genética forense, Universidad de Granada, España. Conciliadora especialista en salud. Es autora de diversos artículos especializados en diarios y revistas. Expositora en eventos académicos.

ASISTENTES DE INVESTIGACIÓN PARA LA SEGUNDA EDICIÓN

Claudia Canales Torres

Nació el 24 de agosto de 1981, estudió en la Universidad de Lima (Abogado, 2005).

Liz Paola Atoche Fernández

Nació el 9 de abril de 1981, estudió en la Universidad de Lima (Bachiller, 2005), con estudios de maestría en Derecho Empresarial en la misma Universidad.

«Cuando se habían rendido a la enfermedad no hacían medicamento alguno; dejaban obrar la naturaleza y guardaban su dieta. No alcanzaron el uso común de la medicina que llaman purgadera, que es cristel, ni supieron suplicar emplastos ni unciones, sino muy pocas y de cosas muy comunes»

DE LA VEGA, Inca Garcilaso: *Comentarios reales de los Incas*, Tomo 1, Lima, Peisa, 1973, p. 123.

Un día llegó a donde Juan Haragán un hombre que había cruzado el mar oyendo que por allí vivía un gran doctor. El hombre así habló: — «En nuestra tierra el rey está muriéndose. Si alguien es capaz de sanarle, el rey le dará una gran recompensa». Entonces Juan Haragán se fue con ese hombre quien había estado esperándole, cuando llegó en la casa del Rey, éste le dijo: — «¿Seguro eres un gran doctor como dicen? ¡Tienes que decir la verdad, en caso contrario te voy a cortar la cabeza!» Juan se quedó mirando, allí estaba el Rey sobre un gran colchón, entonces replicó: — «Aquí no hay remedio que valga. Quiten de la cama este colchón y verán. Debajo ha de estar un sapo enorme, ¡mátenle!». En efecto, el sapo estaba allí lleno de sangre. — «Pártanle y verán». Le partieron con el machete por la mitad y de la barriga salió toda la sangre. Entonces dijo el doctor: — «Yo siempre digo la verdad». Después de tres días el rey recobró su salud y le dio a Juan Haragán cuatro saquillos de oro, de plata, caballos, ganado, carros, todo le quiso dar. Quitándole el letrero de madera que en el cuello llevaba escrito en letra grande decía «Yo soy el doctor Juan Haragán», le regaló uno escrito en oro.

«Historia de Juan Haragán», en: TORO MONTALVO: *Juan: Mitos y leyendas del Perú*, Lima, AFA editores S.A, 2003, pp. 445 a 447.

Palabras preliminares

Quizás siempre haya sido así, pero para lo que voy a decir no tiene mayor importancia. Creo que en estos días, en las ciudades más o menos grandes de muchos países, donde viven la mayoría de los humanos, los médicos tienen presencia y acción destacable. Cuando nacemos, cuando al vivir nos enfermamos, cuando morimos, en todo el ciclo vital suelen estar presentes los médicos. Sus consejos y actos pueden ser decisivos, de gran importancia para cada persona y cada familia. Pues no es lo mismo andar sano que tullido, tuerto que ojo vivo, con o sin prepucio, agonizar con dolor o sin él, en fin, enfrentar la vida con optimismo triunfante que con depresión silenciosa y pegadiza.

Cada uno de los actos médicos, esto es, aquellas ocasiones en las que el médico está frente al paciente, no solo personal, sino incluso ahora hasta virtualmente, tiene consecuencias físicas, psíquicas y también legales. Las leyes en esta materia han crecido, engordado mucho, tratan de materias que antes obviaban –de seguro por desconocimiento y también por algo de desidia– pero ahora no. Es imposible, por inútil, hacer un inventario de las causas que han motivado tan grande transformación en la ciencia jurídica. La revalorización de la dignidad de la persona humana, objetivo perseguido por muchas Constituciones políticas, como la nuestra, el asentamiento de la individualidad, el hedonismo –extendido en amplias capas sociales–, la derrota parcial de las visiones sobre el más allá y muchos etcéteras han hecho que valoricemos muchísimo la vida terrenal, que veamos a los actos médicos –actos intelectivos que tienen que ver con el diagnóstico y con la terapia recomendada– de una forma crítica, analítica, con una mezcla de confianza ingenua, esperanzadora y en ocasiones con suspicacia dando cabida a temores ancestrales y dejándonos influenciar por viejas historias, por leyendas anónimas de crueles matasanos.

Los actos médicos los practican y ejecutan los médicos (y a veces, creo yo, también los ayudantes, enfermeros y prácticos, pero esa es otra historia). ¿Quiénes son los médicos? Pues personas como tú o yo, hombres y mujeres, que usualmente han pasado muchas horas estudiando y observando la naturaleza, la humana y la otra. Don Pedro Lain Entralgo, en su obra «La historia clínica» define al médico como «*vir bonus medendi peritus*», esto es, como decían los antiguos «*perito en curar*». Al hacerlo algunos de esos peritos repiten fórmulas y técnicas que otros idearon y que han demostrado su eficacia en el tiempo; otros desarrollan nuevas, cuyo impacto sobre quien lo recibe es a veces desconocido; y, finalmente, otros recuperan saberes que parecían perdidos. Además de todo ello, tanto la ética como la ciencia y la experiencia exigen de los médicos que sean capaces de hablar adecuadamente de la enfermedad y con el enfermo.

Y en esa tarea, como cualquier otro hombre y mujer, es capaz de acierto, de error, de olvido y de cambio en su punto de vista inicial. Pero como su tarea tiene que ver con la vida, con la salud entonces no es igual al ejercicio de otras labores profesionales, ya que los humanos a todo lo que tiene que ver con la vida le dan una importancia superior. Entonces, los aciertos dan lugar a agradecimientos muy sentidos e inolvidables, que se repiten con reverencia en el ámbito familiar. Los olvidos son personalísimos, difíciles de detectar. Los cambios de puntos de vista pueden ser cuestionados, pero si hay aciertos son recibidos de buen modo, como expresión de sabiduría. ¿Y los errores? ¡Ah, con los errores la cosa es distinta! Porque el hombre es «*un lobo para el hombre*», además, y para colmo de males —dirán algunos— porque aparecen los abogados, quienes se defienden señalando que si no intervinieran aconsejando a damnificados o interviniendo en los procesos, entonces las compañías de seguros no cumplirían con sus obligaciones. ¡Faltaba más!

No se requiere de mucha imaginación para apreciar las numerosas conexiones que tiene la práctica médica con el Derecho. Están presentes en los mandatos constitucionales sobre políticas de salud, sobre su carácter público y sus incidencias en la vida privada, en las vinculaciones con la seguridad social y el libre acceso a las prestaciones de salud, la supervisión de servicios públicos vinculados y la protección del medio ambiente. Por cierto sin olvidar las normas tradicionales del ámbito penal y la responsabilidad civil. En medio de todo ello, médico y paciente, sujetos de esa relación que puede tener como expresión de valoración profesional tradicional un simple horario, puede dar lugar —también— a complejos procesos judiciales o arbitrales, y a millonarias reparaciones en las que están involucrados individuos y empresas.

Enrique Varsi Rospigliosi, para esta segunda edición de su clásico «Derecho Médico Peruano» realiza una labor excepcional, convirtiendo lo que fue un utilísimo Manual en un libro de consulta obligada e indispensable. Una obra que no tiene paralelo en el país y que no puede dejarse de lado por quien se interese en la materia, sea desde el campo de la Medicina o del Derecho. El joven profesor universitario realiza un examen de bibliografía y jurisprudencia nacionales que no tiene antecedentes en el área. Ello le ha servido para presentar el más acabado análisis de actos, personas e instituciones en el ámbito del riquísimo y creciente Derecho Médico. Como bien señala el autor existe una sólida alianza entre la Medicina y el Derecho, pues ambas disciplinas comparten un objetivo común: el bienestar del ser humano. No hay impedimento entonces para estudiar las conexiones entre aquellas, respetando las características de cada una, teniendo como faro su objetivo común.

Nuestro autor pasa revista a la legislación aplicable a la profesión médica, a los estudios y autorizaciones para su ejercicio; a la actividad y al acto médico propiamente dicho; a la medicina tradicional, que vuelve a adquirir nuevas valoraciones; a la práctica ilegal; a los códigos deontológico y al siempre difícil tema de las responsabilidades y la reparación de daños. Después, trata de la delicada relación médico paciente; del consentimiento informado y de sus excepciones; del secreto profesional; del derecho de quejas; de la historia clínica y los medicamentos; de los casos de menores y de enfermos mentales. Así también del aborto, práctica tan extendida y subterránea entre nosotros; de la esterilización; de los desarrollos contemporáneos en los ámbitos de las técnicas de reproducción asistida y de la clonación. Transplantes, manipulación genética, eutanasia, adecuación del sexo y el azote del SIDA son temas que no descuida. Finalmente, estudia el sistema institucional de salud, esto es, establecimientos, asociaciones gremiales y relaciones con otras profesiones vinculadas. Estos son algunos de los temas que nos hacen ver la posibilidad de numerosos conflictos y apreciar su importancia para la vida diaria de las personas.

Pues bien, este libro de Varsi Rospigliosi, compañero de afanes profesionales, con orden y claridad poco común, llama la atención por su carácter exhaustivo, por estudiar cada problema desde la perspectiva de la ley local pero también de instrumentos internacionales de aplicación imperiosa. A lo largo de sus páginas aparece el espíritu del autor, que se manifiesta con frecuencia, al ponderar equilibradamente los argumentos y poner de relieve las correcciones a las conductas ilícitas o irresponsables. A ello se suma, y esta es otra cualidad que caracteriza este trabajo

científico, su imprenta humanista al no olvidar jamás el carácter trascendente de la persona humana.

Me siento muy halagado de poder escribir unas breves palabras introductorias a esta segunda edición de un libro sin sustituto, que estoy seguro va a servir en nuestro país y en los vecinos para informar y orientar la labor profesional tanto de médicos como de abogados.

Lima, 29 de Septiembre de 2005

Baldo Kresalja Rosselló

Introducción

(a la primera edición)

El Derecho Médico es una nueva forma de estudiar jurídicamente las con secuencias del desarrollo, aplicación y práctica de las ciencias de la salud en el ser humano. Esta rama en el conocimiento jurídico viene enraizando sus conceptos dentro del cada vez más tecnificado y especializado mundo del Derecho, el que se vale de los más variados conocimientos del hombre, en este caso de la Medicina, para satisfacer los intereses sociales.

Si partiéramos de conceptos básicos como el que vida, integridad y salud son la base de la ciencia biomédica y que el Derecho no es ajeno a esta tríada del ser humano —que no es otra cosa que su aspecto sicosomático—, nos daremos cuenta que existe una lógica relación, una coincidencia, en la sustancia de estas ciencias. Es más, actualmente se viene prestando especial atención en el aspecto jurídico de la biomedicina, lo que se aprecia claramente en el Derecho comparado con la cada vez mayor normatividad, jurisprudencia e instituciones encaminadas en establecer los parámetros jurídicos del denominado Derecho Médico. Sin duda, como un nuevo tipo de Derecho merece lineamientos y principios seguros pero que no han de ser sólo jurídicos, sino también médicos y bioéticos.

Surge en este contexto una alianza jurídico institucional moderna: Medicina y Derecho, que se hace cada vez más sólida, pues comparten una misma esencia, el bienestar de la vida humana, de allí que estas dos disciplinas técnicamente distintas pero dogmáticamente similares hayan encontrado un punto estructural de coincidencia presentándose como un tipo natural de Derecho.

Más que un desarrollo profundo de las instituciones propias en las que se estructura el Derecho Médico, este trabajo presenta de una manera esquemática las bases, situaciones y elementos necesarios para de-

terminar de una manera concreta las relaciones jurídicas esenciales del Derecho Médico.

El desarrollo de esta investigación surge de la invitación hecha al autor por la *International Encyclopaedia of Laws* (Kluwer Law International - Universidad Católica de Lovaina, Facultad de Derecho), cuyo editor de la sección de Derecho Médico es el profesor Herman Nys de la Universidad de Lovaina, a efectos de estudiar el ámbito peruano de este nuevo tipo de Derecho y que la misma sea parte de la sección *Medical Law*, sumando este trabajo a otros países ya participantes como Australia, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, España, Francia, Holanda, Irlanda, Sudáfrica, Suiza, entre otros. La realización íntegra de este trabajo logró concretarse gracias al apoyo académico de la Universidad de Lima y esta edición en español es una muestra más de la confianza de mi *alma mater*.

Es importante señalar que la *International Encyclopaedia of Laws* (<http://www.kluwerlaw.com>) se presenta como la obra de Derecho comparado más actualizada y moderna que existe actualmente, al estudiar 19 áreas del Derecho y compilar el tratamiento legal de cada una de ellas en los demás países del mundo, para lo cual encargan dicho trabajo a un experto en la materia.

La investigación está dividida en una parte introductoria general y tres partes técnicas. Debe advertirse que el trabajo está exclusivamente centrado en la determinación del ámbito jurídico del Derecho Médico en el Perú por lo que las fuentes de consulta son sólo nacionales. Nunca fue la intención de esta obra abarcar otras realidades. No se ha querido ampliar o complementar el estudio con otros sistemas jurídicos (a pesar de haber sido revisados e infinidad de veces citados, pero luego eliminados por la dispersión que generaba), de allí que la bibliografía y, sobre todo, citas de referencia sean de autores peruanos. Sólo en casos especiales se ha realizado la confrontación y ampliación con principios teóricos del Derecho Médico comparado y con fuentes de consulta extranjera.

La estructura teórica es la siguiente:

La parte introductoria presenta los lineamientos generales del Perú (geográficos, sociales, políticos, económicos, estadísticos), y es que para comprender la *praxis* médica así como otra profesión de la salud debemos conocer la realidad general de nuestro país. Es así que la primera parte presenta los aspectos de Geografía, composición cultural, sistema político, población y estadística de vida. En una segunda parte se presenta la descripción general del sistema de cuidado de salud, que viene a ser un repaso histórico político de la relación Estado – Salud. Así se analizan las formas especiales del cuidado de la salud, tales como la salud

mental, la salud del joven, la maternidad e infancia y el servicio médico escolar. Por otro lado se presenta de una manera clara y ordenada la dispersa y asistemática legislación en materia de salud (nacional e internacional), así como el estudio y presentación de los organismos que se encargan del cuidado de salud para concluir con la financiación del Estado en este rubro. Esta parte introductoria concluye con la presentación de los fundamentos básicos de la teoría jurídica del Derecho Médico, estableciéndose una aproximación a su definición, características y fuentes de este tipo de Derecho.

Entrando al desarrollo teórico de la especialidad, la Parte I de la investigación trata de *La profesión médica*. En un primer capítulo se detalla todo lo referente a *La educación y al ejercicio de la actividad médica*. De esta manera se estudia el acceso a la carrera médica, la formación de los médicos, la educación médica de pre grado (internado, titulación médica y el servicio rural y urbano marginal de salud, SERUMS), la educación médica de post grado profesional (especialidad y la subespecialidad), así como el post grado académico (maestría y doctorado). Es importante señalar que la educación, sobre todo la de pre grado, es muy especial dado que si la comparamos con otros países los alumnos están en una relación directa con el paciente, situación ésta que no es muy usual en otros lugares por la garantía directa de los derechos del paciente y por la teoría de la responsabilidad civil existente. El tema de los recursos humanos es tratado como un tema medular en el sentido que los profesionales de la medicina representan el recurso humano fundamental y directo para la protección de la salud, de allí que su actuar profesional y el ejercicio práctico de su quehacer sean estrictamente cautelados a través de los procesos de autorización, como es el caso de la Colegiación, de los actos médicos y de la especialidades de los médicos.

El segundo capítulo estudia *La práctica médica* partiendo de que la medicina es una actividad de servicio para satisfacer necesidades sociales, lo que implica que la profesión médica tiene un objetivo específico: la salvaguarda de la salud, un agente: que es el médico; un beneficiario directo: el hombre; y un beneficiario indirecto: la sociedad. Ésta nos hace concluir que es imprescindible establecer el correcto actuar del profesional de la salud, es decir, la diligencia desplegada y el resultado producido (*Lex artis*). La teoría del acto médico, que tiene todo un planteamiento orgánico en el derecho comparado, es desarrollada en el sentido que el acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de su profesión médica, entendiéndose por tales actos el diagnóstico, la terapéutica y el pronóstico que realiza el médico. No debemos olvidar, y así se plantea en la investigación, que éticamente el

acto médico incluye los cargos de directivo, autoridad, funcionario, docente, asistente, terapeuta, investigador, consultor, autor y demás, lo que implica que todo aquel que tiene una relación con el servicio de salud está capacitado —en otras palabras— legitimado para realizar actos médicos y como tal de responder por ellos. Asimismo, se presentan las formas típicas de la medicina en nuestro medio, como es el caso de la medicina tradicional, que es heredada de nuestros ancestros incaicos y la medicina tropical, dado que la incidencia de enfermedades tropicales a nivel nacional es muy alta, aproximadamente un 75 por ciento, de allí que sea importante estudiar las enfermedades tropicales transmisibles de nuestro país y las que estén en relación al mundo.

En un tercer capítulo se trata de la *Práctica ilegal de la medicina*, que se determina cuando quien la realiza carece de título profesional o cuando teniendo dicho título no se ha colegiado. Ésto nos encamina a presentar una visión general, pero detallada en lo necesario, de las consecuencias jurídicas penales de estas conductas, analizándose los delitos por la actividad médica como el ejercicio ilegal del arte sanitario (curanderismo) y el ejercicio abusivo de la medicina (charlatanismo), así como otros tipos penales (expendio irregular de medicamentos y falsedad ideológica en certificados médicos). No se puede soslayar el hecho que el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú también establece sanciones especiales por el ejercicio ilegal de la medicina, sancionando con la expulsión de dicho ente gremial al médico que transgreda sus normas. El resultado es que el Colegio Médico puede llegar a imponer una sanción que tiene el mismo contenido que una pena expresamente recogida en el Código Penal, cual es la inhabilitación.

En el cuarto capítulo se esquematiza el *Control sobre la práctica médica*, partiendo del principio que la profesión médica se ejercita de conformidad con las leyes vigentes, sean éstas, especiales como generales. Esta parte de la investigación se centra en un tema que ha quitado el sueño a muchos autores y ha ensalzado una rica jurisprudencia —fundamentalmente en el derecho comparado—, nos referimos a la responsabilidad profesional del médico, que es tratada desde una óptica general, es decir, como responsabilidad civil, penal y disciplinaria. Ha de tenerse en cuenta que en nuestro medio legal la responsabilidad del médico y de los profesionales de la salud, sobre todo la civil, no cuenta con normas expresas, sino que se desarrolla dentro de una estructura general, la considerada en el Código civil. Merece consideración, tratar el tema de la determinación de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil del médico (es decir, si es contractual o extracontractual), así como tam-

bién reseñar la responsabilidad accesorio, la indirecta, la ocasionada por medio de los artefactos o utensilios y la responsabilidad derivada por los actos del personal. Otro aspecto esencial que tiene la atención durante la investigación fue el aspecto de la organización gremial de los médicos, el cual es desarrollado dentro de la teoría de la Orden médica. En ésta, se presenta el bosquejo organizativo del Colegio Médico del Perú y de la Federación Médica Peruana y se concluye con la presentación y estudio del Código de ética y deontología y del Comité de vigilancia y ética deontológico, como puntales orientadores de la conducta y quehacer del médico.

La Parte II se refiere a *La relación médico - paciente*, contemplando las relaciones jurídicas que se presentan en cada caso, como contrato de asistencia médica, los derechos y obligaciones tanto del médico como del paciente y la historia clínica. Es de consideración especial en la investigación la denominada relación médico - paciente en términos específicos, en la cual se estudian estas relaciones médicas especiales que se suscitan con el paciente menor de edad, con el enfermo mental y con el paciente en etapa terminal. Dado el tecnicismo, aplicación y constante desarrollo de la medicina, han ido surgiendo determinadas actividades médicas específicas, como es el caso del aborto, esterilización, técnicas de reproducción asistida, diagnóstico pre natal, intervenciones psiquirúrgicas, trasplante de órganos, experimentos en seres humanos, manipulación genética, eutanasia, adecuación de sexo y el Síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), las cuales son estudiadas en su esencia jurídica a efectos de presentar la normatividad y tratativa en el medio nacional.

Por último, en la Parte III se estudia *El médico en relación con el sistema de salud*, analizando fundamentalmente las instituciones y entes que se encargan de brindar los servicios de asesoría, perfeccionamiento y cuidado de la salud, como es el caso de las asociaciones (Colegio Médico del Perú y Federación Médica Peruana) y las asociaciones científicas (Sociedades Médicas y Academia Nacional de Medicina); asimismo, los establecimientos de cuidado de la salud públicos (o dependientes del Estado como el hospital, centro de salud y puesto de salud) y los centros de salud privados, que desarrollan sus funciones a través de consultorios médicos particulares, policlínico, centro médico, clínicas, entre otros. No se descuida en este estudio las relaciones jurídicas que existen entre los colegas de la salud (odontólogo, químico farmacéutico, obstetrix, enfermero, médico veterinario, biólogo, sicólogo, nutricionista, ingeniero sanitario, asistente social, tecnólogo médico; así como los técnicos y auxiliares de salud (paramédico y auxiliares en

el área de la salud) y la regulación de sus deberes profesionales. Finalmente, la obra concluye con un análisis de la relación con otras instituciones de salud, como es el caso de los centros de prevención, el seguro de salud en términos muy concretos.

A efectos de facilitar la revisión directa y rápida, este manual cuenta con un índice temático para agilizar las consultas, tomando en cuenta que la materia es extensa y sólo se quiere dejar planteados lineamientos para la profundización de cada tema. En suma, partiendo de una estructura general y pasando por los aspectos especiales se llega a establecer las aristas jurídicas que dirigen y canalizan el Derecho Médico en el Perú, que es la esencia de esta obra.

Finalmente debemos decir que el Derecho Médico se presenta como un instrumento de vanguardia frente a los retos que nos depara las ciencias de la salud, operando como un parámetro y a la vez como propulsor de los progresos biomédicos. Esperemos dejar con el presente libro una contribución en este novedoso tema y que sirva –más que de sustento– de pauta para futuras obras sobre la materia, las que deben considerar el principio que tanto el Derecho y como la Medicina están orientados en la búsqueda de un mismo ideal natural, el bienestar integral del hombre.

Enrique Varsi Rospigliosi

Lima, verano del 2001

Palabras del autor a la segunda edición

En 1997, comenzamos a estudiar el Derecho Médico en el Perú. La investigación reflejó un trabajo paciente y delicado. Recopilar información, ordenar los datos y estudiar las nuevas instituciones acaparó buena parte de mi tiempo. Tropezamos en el camino con varios obstáculos: falta de bibliografía nacional especializada, poca jurisprudencia, carencia de uniformidad y de criterios en materia legal, terminología nueva y técnica, etc. Todo esto fue compensado con los deseos de escribir algo novedoso, de aportar a la teoría nacional. Los colaboradores y el apoyo institucional no faltaron.

En el 2001 la Universidad de Lima publicó la primera edición de esta obra con el nombre *Derecho Médico Peruano*. Sencilla, esquemática, especialmente informativa. Trató de fijar los parámetros y directrices de esta nueva rama del Derecho que venía desarrollándose exitosamente y con ingentes seguidores en la doctrina comparada.

2003 es el año en que, actualizada y reordenada, se publica la obra en idioma inglés bajo el título «Medical Law (Perú)», en el Suplemento N° 33 de la *International Encyclopaedia of Law* (Kluwer Law Internacional The Hague, The Netherlands, October 2003, 192 pp.).

En el 2005 entregamos esta nueva edición renovada y reordenada en su integridad. Fue trabajada en un medio académico, ahora sí, interesado por su desarrollo lo que ha facilitado el replanteamiento de muchas instituciones, la referencia a casuística variada y a la fructífera confrontación de criterios y pensamientos entre autores que vienen forjando la doctrina local. Concientes que en el primer trabajo no contamos con suficiente bibliografía –o de tiempo para hallarla–, en esta edición hemos complementado el estudio con fuentes nuevas (regresando a la búsqueda de materiales anteriores al 2001) y actualizadas en importantes áreas como la antropología, ciencias de la salud, historia, medicina, sociología y también, en aspectos jurídicos.

Esta edición cuenta con el auspicio del Estudio Duany & Kresalja abogados, de la Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico - SIDEME, de la Sociedad Peruana de Derecho Médico - SODEME, así como de todos y cada uno de sus integrantes, a quienes doy sinceras gracias por la confianza. Ello representa un compromiso firme, noble y leal que asumo en beneficio del desarrollo de nuestro Derecho Médico.

Enrique Varsi Rospigliosi
La Encantada de Villa, Chorrillos
Verano del 2005

Prólogo

Me hace un honor inmerecido el Profesor Enrique Varsi Rospigliosi al considerar que unas palabras mías pueden constituir un digno pórtico para el libro que el lector tiene en sus manos. Seguramente sólo mi amistad con el autor y el interés que ambos dispensamos por la materia objeto del presente estudio me habilitan para firmar estas líneas.

El título de esta monografía es muy ambicioso, pero atinado. Salvo error por mi parte, no hay ningún tema importante sobre el Derecho Médico Peruano que no halle el oportuno tratamiento en el libro de Enrique Varsi, con referencia suficiente a la doctrina en la materia y certero análisis de la legislación peruana.

El Derecho médico constituye en la actualidad una disciplina con su propia idiosincrasia, que ha alcanzado un enorme desarrollo, consustancial con la trascendencia que al derecho a la salud se le otorga en todos los Estados.

La medicina ha experimentado en los últimos años un destacado nivel científico, impensable hace tan sólo unas décadas, hasta el extremo que la sociedad pierde la conciencia, en no pocas ocasiones, de que se trata de una ciencia inexacta, en la que no se puede, o al menos no se debe, garantizar la obtención de un resultado, precisamente por el alca inherente a todo acto médico, incluso en aquellos que son propios de la medicina voluntaria, de los que la cirugía estética es el paradigma habitual.

El incremento del índice de éxito en los tratamientos actuales, con la consiguiente generación de mayores expectativas en los pacientes, unido a la cultura del bienestar imperante en la sociedad actual, conduce a soportar mal el fracaso, a la no aceptación de la desventura, lo que propicia un incremento exponencial de las reclamaciones por responsabilidad médica.

Es evidente que nuestros contemporáneos han abandonado, con carácter general, la tradicional actitud de resignación ante el hecho de los errores e imprudencias que puedan cometer los médicos.

Difícilmente serían sostenibles, en el momento actual, las célebres palabras de Gregorio Marañón al señalar que *«el enfermo debe aceptar un margen de inconvenientes y peligros derivados de los errores de la Medicina y del médico mismo como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma»*

El médico se halla obligado a prestar sus servicios con una diligencia de máximo esfuerzo, poniendo a disposición del paciente todos los medios existentes, conforme al estado de la ciencia médica, para intentar su curación (obligación de medios o actividad), sin que sea dable exigirle la obtención de un resultado concreto, dada la incidencia en su actuar de múltiples factores, endógenos y exógenos, que pueden truncar el fin que se persigue.

Por otra parte, en la práctica médica no cabe invocar la teoría del riesgo, aplicable en otros ámbitos, por cuanto el proceder del médico se hace en beneficio único del propio paciente, enfrentándose al riesgo que todo proceso patológico conlleva.

A pesar de las últimas tendencias objetivadoras de la responsabilidad civil, la culpa continúa constituyendo un elemento fundamental a la hora de analizar los casos de responsabilidad civil del médico, sin perjuicio de la consolidación de distintos instrumentos doctrinales, con el único fin de suavizar o dulcificar el rigor de las exigencias probatorias.

También en materia de prueba de la relación de causalidad se han ido consagrando distintas teorías, desde la tradicional de la causalidad adecuada a las más modernas como la pérdida de oportunidad o la de la probabilidad estadística, que adquieren en el ámbito médico sus propias peculiaridades, en base a las notas características de los actos sanitarios.

El Derecho Médico Peruano no es ajeno a todas estas cuestiones, que son analizadas con especial acierto por el profesor Varsi a lo largo de su excelente tratado, que se convertirá por su valía y brillantez, sin duda alguna, en una referencia obligada para todos los estudiosos de esta apasionante disciplina.

La presente obra de Enrique Varsi alcanza las altas cotas a las que el autor ya nos tiene acostumbrados, fruto de su envidiable formación jurídica. Los abogados que lean este libro con la atención que merece, defenderán mejor sus casos de responsabilidad médica, y no sólo médica, y los decidirán mejor los Jueces que así lo hagan. Por su parte, los médicos

encontrarán en este valioso trabajo una útil herramienta para conocer en profundidad los aspectos jurídicos de su quehacer diario.

Julio César Galán Cortés

Abogado y Médico

Doctor en Derecho y Doctor en Medicina

Presidente fundador de la

Sociedad Iberoamericana de Derecho Médico

Lista de abreviaturas

Arts.	Artículos
Cas.	Casación
CC.	Código Civil
CEDCMP.	Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú
CMP.	Colegio Médico del Perú
CNA.	Código de los Niños y Adolescentes
Const.	Constitución
CP.	Código Penal
CPC.	Código Procesal Civil
DLeg.	Decreto Legislativo
Dley	Decreto Ley
DOEP.	Diario Oficial El Peruano
DS.	Decreto Supremo
ESSALUD	Seguro Social de Salud
Exp.	Expediente
FMP.	Federación Médica Peruana
Inc.	Inciso
IPSS.	Instituto Peruano de Seguridad Social
L.	Ley
LGSalud	Ley General de Salud

LTM.	Ley de Trabajo Médico
OMS.	Organización Mundial de la Salud
Res.	Resolución
RLeg.	Resolución Legislativa
RM.	Resolución Ministerial
RS.	Resolución Suprema
t. / ts.	tomos / tomo

INTRODUCCIÓN GENERAL

§ 1. Descripción general del sistema de cuidado de la salud 1

I. Revisión del sistema de cuidado de la salud 2

El Estado asumió la obligación de brindar el servicio de salud a partir de los años sesenta. Es la época en que la salud se institucionaliza como servicio social. Se deja de lado el binomio tradicional salud-enfermedad (recuperación) y se empieza a aplicar la relación salud-servicio (asistencia, prevención y rehabilitación). En el Perú nunca hubo un Estado benefactor en el área de salud por falta de recursos económicos. La crisis fiscal afectó seriamente los recursos de este sector, basta decir que entre 1985 y 1990 los gastos *per capita* del Ministerio de Salud (MINSA) descendieron en un 50 por ciento. Es a partir de 1990 que los hospitales estatales comenzaron a captar más recursos propios a través de tarifas especiales que llegaron a constituir el 65 por ciento de sus ingresos.

El gasto en salud *per capita* promedio correspondiente al período 1995-2000 fue de US\$ 102.8, cifra que es superior a la registrada en el año 2000 (US\$ 99), pero ampliamente inferior a las observadas por países de la región, tales como Brasil (US\$ 267), Venezuela (US\$ 233) y Colombia (US\$ 186). El MINSA sigue siendo el sector que compromete la mayor proporción del gasto (24.7 por ciento), seguido muy de cerca por la seguridad social, que llega a efectuar un 24.6 por ciento del gasto en salud total.

El acceso gratuito a la salud es un derecho humano reconocido por la legislación nacional. La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos¹ nos ha presentado cifras reveladoras, y de alguna manera de

¹ Informe Anual 2003, «Año de avances y retrocesos en la vigencia de los derechos humanos», <http://www.dhperu.org> (30 de agosto de 2004).

reflexión, considerando que el Perú incumple el principio de progresividad de este derecho, en la medida que en los últimos tres años el gasto estatal por habitante en materia de salud ha decrecido (en el 2001, se presupuestó 95 soles por habitante; en el 2002, 88 y 2003, sólo 278²). Respecto al presupuesto del sector Salud en el 2003, este fue de 2'170,285 nuevos soles, lo que significó un recorte del 7,4 por ciento respecto del asignado en el 2002.

Sin embargo, no se han generado cambios cualitativos, por el contrario, se ha producido un efecto negativo en los usuarios de menores recursos. Pese a esto, las estadísticas muestran un aumento de la demanda por hospitales públicos.

A lo largo de los últimos años se han incrementado los recursos humanos en el sector Salud. En 1980 se contaba con 7.2 médicos y 5.8 enfermeras por cada 10,000 habitantes, mientras que en 1991 el número se eleva a 10.5 médicos y 7.5 enfermeras. En 1992 y 1996, respectivamente, se realizaron el I y II Censo de infraestructura sanitaria y recursos del sector salud³, los que permitieron observar que el incremento continuaba. En 1992 se contaba con 16,433 médicos y 11,101 enfermeras. En 1996, con 24,708 médicos y 16,139 enfermeras. El número de obstetrices y odontólogos en 1992 era de 2,306 y 1,385, respectivamente, mientras que en 1996 era de 5,105 y 2,622, respectivamente. Sin embargo, la estratificación de los profesionales de la salud es inadecuada, una muestra de esto es que en 1996 en el departamento de Madre de Dios había 73 médicos para una población de 76,597 personas, mientras que en Cajamarca había 331 médicos para 1'337,813 personas y en Lima, 13,141 médicos para una población de 6'738,285 personas.

De acuerdo al II Censo de infraestructura sanitaria y recursos del sector salud, este sector contaba con 7,306 establecimientos, de los que 472 correspondían a hospitales, 1,849 a centros de salud y 4,868 a puestos de salud. Hasta 1992, la tendencia era la expansión de hospitales y centros de salud, siendo revertidas posteriormente por el 'Pro-

² FRANCKE, Pedro y otros: *Análisis independiente del presupuesto público 2003 en el sector Salud*, Lima, octubre de 2003, p. 6.

³ Este es el medio más importante para obtener información estadística sobre los recursos humanos y físicos que existen en el sector Salud del país, permitiendo actualizar el inventario, equipamiento y mantenimiento de los establecimientos de salud que brinden servicio a la población.

grama de salud básica para todos' y el 'Programa de administración compartida del MINSA', fomentados por el Estado. El sub-sector público contaba con 6,373 establecimientos de salud: el MINSA tenía 5,933, el IPSS (hoy ESSALUD) tenía 282 y la Sanidad de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú tenía 158. El sub-sector no público o privado contaba con 689 establecimientos.

El MINSA se encarga de la atención sanitaria en la mayoría de provincias y distritos del país, la seguridad social (ESSALUD) y los servicios de salud privados tan sólo se circunscriben a las grandes ciudades ubicadas en las capitales de departamentos. La red privada tiene el 80 por ciento de su oferta en Lima y Callao y sólo el 20 por ciento en las capitales de departamento.

El sector Salud contaba en 1980 con 166 camas por cada 100,000 habitantes (una cama por cada 602 habitantes), cifra que en 1996 fue de 179 camas por cada 100,000 (una cama por cada 558 habitantes). En 1992 se contaba con un total de 26,392 camas, de las cuales el 81.4 por ciento correspondía al sub-sector público. Si bien el promedio nacional de cama/habitante es de una cama por cada 835 personas, hay sectores de la población que poseen una cama por cada 1,852 habitantes. En Lima hay una cama por cada 666 habitantes, mientras que en el interior del país hay una cama por cada 1,250 habitantes. El II Censo de infraestructura sanitaria y recursos del sector Salud determinó que el sector Salud cuenta actualmente con 42,864 camas para una población aproximada de 23'946,779 habitantes.

Después de este II Censo, el MINSA ha continuado con la actualización de la información de la mayoría de instituciones del sector Salud. Con estas cifras al año 2002 se puede observar que el 67.6 por ciento de los establecimientos son Puestos de Salud, cuya función se identifica con el primer nivel de atención permitiendo resolver las necesidades básicas de la población. El crecimiento de este tipo de establecimientos se triplicó en relación al número que existía en el año 1983.

El 25 por ciento de los establecimientos del sector corresponden a la categoría de Centro de Salud, cuya función es más compleja que la de los puestos de salud, porque ofrece servicios ambulatorios y atención de partos de bajo riesgo. En esta categoría, el MINSA reduce su participación al 57.4 por ciento. La denominación de hospitales alcanza al 5.8 por ciento de los establecimientos que prestan servicios ambulatorios, hospitalización, intervenciones quirúrgicas y otros servicios que dependen de la disponibilidad de recursos especializados.

3 A. Salud mental

Es un tema de gran importancia y de responsabilidad del Estado, establecer la vigilancia, cautela y atención de los problemas de salud mental de la población (art. V, LGSalud). En este sentido, el alcoholismo, la fármacodependencia, los trastornos psiquiátricos y los actos de violencia familiar son considerados problemas de salud mental (art. 11, LGSalud).

La LGSalud (art. 5) establece el deber de la autoridad de salud de promocionar estilos de vida saludable, por esta razón toda persona tiene derecho a ser debida y oportunamente informada por la autoridad de salud sobre medidas y prácticas de higiene, dieta adecuada, salud mental, salud reproductiva, enfermedades transmisibles, enfermedades crónicas degenerativas, diagnóstico precoz de enfermedades, entre otras. Tiene derecho a recibir información sobre los riesgos que ocasiona el tabaquismo, el alcoholismo, la drogadicción, la violencia familiar y los accidentes.

El Instituto Nacional de Salud Mental 'Honorio Delgado-Hideyo Noguchi', perteneciente al MINSA, tiene por finalidad formular y ejecutar los planes para llevar a cabo la investigación, docencia y atención en el campo de la salud mental, contribuyendo al logro del bienestar biopsicosocial de la población. Tiene bajo su jurisdicción a los Hospitales 'Víctor Larco Herrera' y 'Hermilio Valdizán', al Centro de Rehabilitación 'Kenny Tejada' y al 'Centro Juvenil de Rehabilitación de Ñaña'. Entre sus funciones se puede mencionar, entre otras: brindar atención en salud mental; ofrecer a las personas con desórdenes mentales y emocionales óptimas condiciones de atención; brindar capacitación especializada en coordinación con las universidades y otros entes formadores de recursos humanos orientados a la atención de la salud mental; promover y ejecutar investigaciones y proporcionar el campo clínico para el desarrollo de la investigación psiquiátrica y de salud mental⁴.

4 B. Salud del joven

En el Perú, del total de población estimado de 26'950,836, alrededor de cinco millones y medio de personas tienen entre 15 y 24 años de edad y un 26 por ciento son menores de 15 años⁵.

⁴ RM. 028-90 (DOEP, 12/6/1990), Reglamento del Instituto.

⁵ Población estimada por grupos de edad, según Direcciones de Salud, Perú: 2003. Fuente: Perú: Estimaciones de población por años calendario y edades simples

– Drogadicción

De acuerdo a los estudios epidemiológicos, es entre estas edades donde se encuentra el peligro de la drogadicción, lo que se acrecienta por la falta de programas de organización del tiempo libre de los jóvenes.

Téngase en cuenta, además, que desde hace 20 años, el uso de drogas sociales (tabaco, alcohol) y otras prohibidas están en aumento. Se carece de un marco legal e institucional y de una información real sobre la naturaleza y características del problema a enfrentar. A partir de 1984, con el apoyo e interés que brindaron la ONU y el Gobierno norteamericano, se plantearon algunos cambios en los sectores de prevención, tratamiento y rehabilitación. Convenios como el DPU/87/26 (NN.UU, UNFDAC, CEIS) permitieron la capacitación de médicos, psiquiatras y psicólogos en técnicas de comunidad terapéutica y terapia familiar paralela, para aplicarse en servicios del Estado.

– Prevención y tratamiento

La prevención, tratamiento y rehabilitación se manejan inadecuadamente, situación que no ha permitido la aplicación de planes y objetivos integrados. La falta de equipos y recursos no permite el cruce de información estadística, casuística, ni requerimientos de atención. La atención estatal se limita a los servicios del 'Instituto Nacional de Salud Mental Honorio Delgado - Hideyo Noguchi', del cual dependen el Departamento de fármacodependencia (ambulatoria), el 'Hospital Víctor Larco Herrera', el 'Hospital Hermilio Valdizán' y el 'Centro Juvenil de Rehabilitación de Ñaña'.

Actualmente, se encuentra en marcha el Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas⁶, cuya política es establecer un programa de tratamiento que unifique, coordine, integre y fortalezca los esfuerzos públicos, comunitarios y privados a fin de enfrentar el pro-

1970-2025, INEI.PERÚ: Proyecciones de población departamental por años calendario y por grupo de edad 1995-2015, INEI, MINSA-Oficina de Estadística. <http://www.minsa.gob.pe> (1/7/2004).

En nuestra primera edición del 2001 decíamos que en el Perú, alrededor de cuatro millones y medio de personas tienen entre 15 y 24 años de edad y un 38 por ciento del total poblacional son menores de 15 años.

⁶ DS. 82-94-PCM (DOEP, 3/10/94).

blema integralmente y desde distintos ángulos. Entre las instituciones que participan en el planeamiento, tenemos al MINSA - Instituto Nacional de Salud Mental; al Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social - Instituto nacional de bienestar familiar (INABIF); al Ministerio de Educación - Comisión Permanente del Uso Indebido de Drogas (COPUID); a los gobiernos locales y a otros (Iglesia, ONGs, clínicas, etc.).

7 – *Publicidad de productos nocivos*

Existe una política de protección frente a la publicidad de productos cuyo consumo está vinculado con la salud e integridad de los niños y adolescentes. De esta manera, los anuncios televisivos y/o radiofónicos de tabaco son difundidos en un horario comprendido entre las cero horas y las seis de la mañana, la publicidad en general de bebidas alcohólicas y de tabaco se dirigirán a adultos y no darán la impresión de que su consumo es saludable o que es necesario o conveniente para lograr el éxito personal o la aceptación social⁷.

8 – *Tabaquismo*

En el tema del tabaquismo, de manera específica, se establece que los anuncios de cigarrillos y otros productos del tabaco incluirán, en forma expresa y con claridad suficiente, la frase:

*Fumar es dañino para la salud, está prohibido fumar en lugares públicos, según la Ley N° 25357*⁸.

Además, se debe consignar:

“En igual forma y en espacio diferente se consignará la cantidad de alquitrán y nicotina que contiene el tabaco presente en cada unidad del producto. Los productos cuyos empaques o envolturas que los contengan, no cumplan con lo dispuesto en el presente artículo, se-

⁷ Art. 9, DLeg. 691, Normas de publicidad en defensa del consumidor (DOEP, 11/5/1991), modificado por el DLeg. 807 (DOEP, 18/04/1996).

⁸ L. 25357 (DOEP, 27/11/1991) y su Reglamento DS. 83-93/PCM (DOEP, 26/11/1993), DS. 95-93/PCM (DOEP, 22/12/1993) y su modificatoria, la L. 26849 (DOEP, 30/07/1997). Los antecedentes legislativos, los tenemos en el art. 12, DLeg. 691, modificado por el DLeg. 807 (DOEP, 18/4/1996) y la RM. 451/1991SA/DM (DOEP, 1/06/1991).

rán decomisados por la autoridad competente y destruidos bajo responsabilidad”⁹.

Los profesores Montoya aclaran de manera precisa que:

“En esta materia el legislador ha optado por establecer una regla obligatoria *per se*, lo cual significa que basta comprobar el hecho objetivo de la difusión de la publicidad de productos del tabaco sin incluir la referida advertencia o consignándola en un tamaño inferior al 10 por ciento del área total del anuncio, para determinar la existencia de una infracción a las normas de publicidad, sin admitir examen adicional sobre las causas de la conducta del infractor”¹⁰.

C. Salud de la madre y el niño

9

El Sub-programa de salud materno-perinatal¹¹ es una unidad técnico normativa que planifica, coordina, supervisa y monitorea las actividades de promoción, prevención y recuperación de la salud de la madre y el recién nacido en las regiones y sub-regiones de salud del Perú. Entre sus objetivos tenemos: lograr una reducción de la morbilidad y mortalidad materno-perinatal (reducir la mortalidad materna en un 50 por ciento para el año 2,000); incrementar la cobertura y mejorar la calidad de la atención del embarazo, parto, puerperio y del recién nacido, entre otros.

Debe tenerse en cuenta que, dada la falta de infraestructura y de la idiosincrasia latente en el interior de país, el 85 por ciento de los partos no recibe una adecuada atención. La mortalidad materna en zonas rurales es tres veces más elevada que en las ciudades. Sólo el 15 por ciento de los partos que se producen en las zonas rurales es atendido en los establecimientos de salud. A 1996, la tasa de mortalidad materna fue de 265 muertos por cada 100,000 nacidos vivos. Las razones más comunes del bajo uso de los servicios médicos son la defi-

⁹ Art. 2, L. 26849 (DOEP, 30/07/1997), concordancia con la L. 26957, Ley que prohíbe la venta de productos elaborados con tabaco a menores de edad (DOEP, 30/05/1998).

¹⁰ MONTOYA MANFREDI, Ulises / MONTOYA ALBERTI, Ulises / MONTOYA ALBERTI, Hernando: *Derecho comercial*, 11ª edición, Lima, Grijley, 2004, t. I, p. 671.

¹¹ DS. 002-92-SA, Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud (DOEP, 20/8/1992).

ciencia de la calidad y de calidez de los mismos, la escasa accesibilidad geográfica, la poca información y la falta de adecuación cultural.

Un paso legal importante en la protección de la mujer gestante y sobre todo de la parturienta¹² es la consagración del derecho de toda mujer que se encuentre en el momento del parto a recibir en cualquier establecimiento de salud la atención médica necesaria, estando los establecimientos de salud, sin excepción, obligados a prestar esta atención mientras subsista el momento de riesgo para su vida o la del niño. Quedan a salvo, obviamente, los derechos del establecimiento a que se reembolsen, luego de atendido el parto, los gastos, los cuales serán efectuados de acuerdo a la evaluación del caso que realice el Servicio Social respectivo. Por su parte, las personas indigentes debidamente calificadas están exoneradas de todo pago.

Por otro lado, existe también la disposición legal expresa¹³ para brindar protección a la mujer gestante que realiza labores que pongan en peligro su salud y/o desarrollo normal del embrión o feto. De esta forma, las mujeres gestantes pueden solicitar al empleador no realizar labores que hagan peligrar su estado de salud gestacional; en consecuencia, se deberá asignar a la mujer labores que no comprometan su estado, tomando en cuenta la no afectación de sus derechos laborales.

Asimismo, se reconoce expresamente el derecho de subsidios por maternidad y lactancia a las madres afiliadas a la seguridad social, por el plazo de 90 días, extendiéndose por 30 días adicionales en los casos de nacimiento múltiples¹⁴. Norma similar existe para el personal femenino de las fuerzas armadas y policiales del Perú, que les concede 45 días de descanso por el pre natal y 45, por el post natal; tratándose de partos múltiples, gozarán de 30 días adicionales de descanso¹⁵.

¹² L. 27604 (DOEP, 22/12/2001), Art. 2. Atención médica en los establecimientos de salud en el momento del parto y su Reglamento DS. 016-2002-SA (DOEP, 19/12/2002).

¹³ L. 28048 (DOEP, 1/8/2003).

¹⁴ L. 28239, modificatoria a la L. 26790, que reconoce subsidio adicional por lactancia y extiende 30 días adicionales el subsidio por maternidad en caso de partos múltiples (DOEP, 1/06/2004).

¹⁵ L. 28308 (DOEP, 29/07/2004), Ley que regula el uso de descanso pre y postnatal del personal femenino de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

Las acciones de inmunización tienen como finalidad contribuir a la disminución de la mortalidad por enfermedades prevenibles por vacunación, prioritariamente, en la población infantil y están a cargo del sub-programa de inmunizaciones de la 'Dirección General de Salud de las personas del Ministerio de Salud'. La LGSalud (art. 80) dispone que sólo por razones médicas o biológicas podrán establecerse excepciones a la vacunación y revacunación obligatorias, establecidas por la autoridad de salud de nivel nacional.

En lo concerniente a la tasa de mortalidad infantil y materna, según la Oficina de estadística e informática del MINSA¹⁶, contamos con datos más actualizados:

Tasa de mortalidad infantil

10

En el año 2002, la tasa de mortalidad infantil ha tenido una reducción efectiva de 66 puntos en relación a la observada en el año 1972. Esto puede atribuirse a factores como: la reducción de la fecundidad, el mejoramiento cultural de la población femenina, la migración de la población hacia las áreas urbanas donde existe mayor oferta de los establecimientos de salud y el incremento de la accesibilidad a los servicios de salud. Dentro de las causas de la mortalidad infantil tenemos las enfermedades de origen perinatal, las infecciones respiratorias agudas, las enfermedades diarreicas, las anomalías congénitas y las deficiencias nutricionales. Es necesario señalar que algunas enfermedades como la poliomielitis han dejado de ser causa de muerte. La difteria y el tétanos han disminuido notoriamente como resultado de las medidas preventivas realizadas, especialmente, por la vacunación de los menores de un año.

Tasa de mortalidad materna

11

Según el estudio "Tendencias, Niveles y Estructura de la Mortalidad Materna en el Perú 1992-2000", la razón de muerte materna ha disminuido en 26,15 por ciento en la década de 1990 al 2000. Para los años 2001 y 2002, según estimaciones, la razón de muerte materna sería de 168.3 y 164.2 por 100,000 mil nacidos vivos. Al tratarse de cifras que representan promedios nacionales, se aprecia que las mujeres que residen en los departamentos cuya población se encuentra

¹⁶ www.minsa.gob.pe (1 de julio de 2004).

en situación de pobreza, tienen mayores probabilidades de morir por causa de maternidad frente a las que residen en zonas desarrolladas. Dentro de las principales causas obstétricas directas de mortalidad materna se encuentran las hemorragias e infecciones uterinas y la causa de muerte obstétrica indirecta sigue siendo la tuberculosis.

12 D. Salud del adulto mayor

Los lineamientos de política para las personas adultas mayores¹⁷ parte del siguiente hecho:

“El envejecimiento de las personas es un proceso natural, universal, progresivo e irreversible, que dura toda la vida y en el cual se conjugan un conjunto de factores económicos, sociales, culturales, psicológicos, físicos, orgánicos y demográficos”.

Además:

“En el Perú, aunque la población es predominantemente joven, se viene produciendo un paulatino proceso de envejecimiento que, en el contexto de países de América Latina y el Caribe, equivale a un nivel intermedio, encontrándose con el grupo de países que están en transición demográfica plena (Brasil, Colombia, México, Ecuador, Venezuela, entre otros).

De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), la población peruana proyectada al 30 de junio de 1999 es de 25 millones 232 mil personas. El 33.9 por ciento de la población tiene menos de 15 años, el grupo de 15 a 59 años representa el 59 por ciento, mientras que el 7.1 por ciento restante de la población está en el grupo de 60 a más años de edad. Relacionando la población de 60 años a más con la comprendida entre 0 y 14 años (índice de vejez), se observa que en 1950 había 13.7 por ciento de personas de 60 a más años por cada 100 niños entre 0 y 14 años, incrementándose este índice a 18.7 por ciento en el año 1995. Se estima que en el año 2000 este valor ascenderá a 21.7 y en el 2025 llegará a 53.4 personas de 60 y más años por cada 100 niños entre 0 y 14 años, lo cual significa que habrá una persona adulta mayor por cada 2 niños menores de edad”.

El norte que toma los lineamientos es buscar un *envejecimiento saludable*, de manera que la sociedad posibilite el acceso equitativo a los

¹⁷ DS. 010-2000-PROMUDEH (DOEP, 03/07/2000).

servicios de salud, vele por la alimentación adecuada de los adultos mayores, estimule la participación artística y cultural, posibilite su autosuficiencia y oportunidades para la creación de roles positivos y productivos de la población adulta mayor.

E. Salud y servicio médico escolar

13

El MINSA tiene la responsabilidad de brindar atención integral a las necesidades de salud de la población de niños a partir de los 5 años y de los adolescentes (que son aproximadamente la tercera parte de la población total). Los objetivos del sub-programa salud escolar y adolescente son básicamente dos: 1) Disminución de las tasas de mortalidad y morbilidad: incrementando hábitos y conductas saludables, modificando los comportamientos de riesgo y ofreciendo atención oportuna a los casos detectados, y 2) Promover comportamientos de autocuidado de la salud: previniendo prácticas de riesgo; brindando servicios de atención integral de salud al escolar y adolescente, y formando redes de apoyo para asegurar la atención de la salud integral del escolar y adolescente.

II. Regulación del Sistema de Cuidado de la Salud

14

A. Legislación en materia de salud

15

El cuidado de la salud, tanto individual como colectivamente, es un tema fundamental en el Perú, su protección implica el desarrollo humano y el bienestar social. La legislación de salud es amplia y a la vez dispersa.

a) Normas nacionales

16

(1) Constitución Política del Perú

17

Establece que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado (art. 1). Consagra el principio de protección y defensa de la salud, en tal sentido, la protección de la salud es un derecho y un deber de la persona (art. 7) y una responsabilidad del Estado, que diseñará la política nacional de salud y conducción en forma plural y descentralizada para facilitar el acceso de toda la población de manera equitativa a los servicios de salud (art. 9), para ello se reconoce la libertad al acceso a las prestaciones de salud y pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas (art. 11).

18 **(2) Código Civil**

Si bien no se refiere a la existencia expresa del derecho a la protección de la salud¹⁸, hace mención a los actos realizados por la persona en los que está de por medio el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad, como son los actos de libre disposición del cuerpo humano (transplantes de órganos, intervenciones quirúrgicas, etc.), el sometimiento a exámenes médicos (art. 11), los convenios sobre el cuerpo humano (art. 12) y la responsabilidad civil en general (art. 1314 y ss., y 1969 y ss.), dentro de la cual se subsume la responsabilidad del médico.

19 **(3) Ley General de Salud**

La LGSalud¹⁹ derogó el Código Sanitario²⁰ que tuvo casi treinta años de vigencia.

Dicho cuerpo legal indica que:

“La salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado” (art. IV, LGSalud).

Esta Ley especial regula materias relacionadas con el ‘derecho a la protección de la salud’ o, como se le conoce en el Derecho Privado, derecho a la salud, tomando en consideración los antecedentes legislativos nacionales o extranjeros y las categorías temáticas del Índice internacional de legislación básica de salud publicado por la OMS.

Esta ley se encuentra dividida en siete títulos: Título Preliminar, que establece los principios y preceptos generales, los roles de las personas, el Estado y sus relaciones en el campo de la salud.

El Título Primero, ‘De los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual’, el cual trata la defensa de los

¹⁸ La Primera Comisión especial encargada de elaborar el anteproyecto de ley de reforma del Código Civil, comprendió este nuevo derecho en el artículo 4: ‘El derecho a la vida, a la identidad, a la integridad psicosomática, a la libertad, a la salud, al honor y demás inherentes a la persona humana, son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión ni limitación voluntaria...’. Vid. VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: «Derecho civil I», en: *Material de lectura*, Lima, Universidad de Lima, 1998, separata N° 285, t. II, p. 1344.

¹⁹ La L. 26842 (DOEP, 20/7/1997).

²⁰ DLey 17505 (DOEP, 18/3/1969).

derechos, estableciendo las obligaciones y responsabilidades referidas al tratamiento de la salud individual, reafirmando que la persona es libre y reconociendo el derecho a la dignidad, intimidad e integridad.

El Título Segundo, 'De los deberes, restricciones y responsabilidades en consideración a la salud de terceros', se refiere a la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria consagrados en la Constitución, que faculta a organizarse y desarrollar actividades en la forma que las partes juzguen conveniente dentro de las disposiciones legales, con el objeto de evitar acciones que ocasionen peligro, menoscabo o daño a la salud, sea que se produzcan por el ejercicio de las profesiones médicas, por el manejo de productos, servicios y procedimientos relacionados con la salud (por ejemplo, la atención médica, ablación de órganos y tejidos, suministro de sangre), por el comportamiento personal en el cuidado de la salud (transmisión de enfermedades) o por la producción de bienes y servicios que afectan el ambiente (sustancias y productos peligrosos, ambientes de trabajo).

El Título Tercero, 'Del fin de la vida de la persona', dispone que la muerte es un concepto legal que modifica la titularidad de derechos individuales; en este sentido, establece que la muerte pone fin a la persona (art. 108). Se considera que el fin de la vida se da con el cese definitivo de la función cerebral, independientemente de que algunos órganos y tejidos mantengan vida y sean utilizables para trasplantes. En los casos en que no sea posible establecer tal diagnóstico, el paro cardio-respiratorio irreversible confirma la muerte. Esto último se establece en tanto que en algunos lugares del país no se cuenta con los instrumentos para la determinación de la muerte cerebral.

El Título Cuarto, 'De la información en salud y su difusión', regula la información desde las siguientes perspectivas: como fuente de datos para la autoridad de salud; como recurso de comunicación social para enfrentar epidemias; como propaganda o publicidad de productos y servicios de salud; como información de dominio público, salvo las excepciones señaladas (relacionadas con el derecho a la intimidad e imagen de la persona); como advertencia oficial de riesgos y daños que la autoridad de salud está obligada a transmitir a la población. Establece como principio que la autoridad de salud determina el tipo de información que debe ser proporcionada por las per-

sonas y por los organismos prestadores de servicios de salud. La difusión de la información, por parte del Estado, es clave para el logro de la salud pública (promoción, participación, movilización, prevención y educación en salud).

El Título Quinto, 'De la autoridad de salud', señala que el MINSA es la autoridad de salud a nivel nacional, puesto que es el órgano especializado del Poder Ejecutivo que tiene a su cargo la dirección y gestión de la política nacional de salud. Como autoridad es unitaria e independiente.

El Título Sexto, 'De las medidas de seguridad, infracciones y sanciones', establece que las prácticas contrarias a la salud pueden generar daño a la persona; en este sentido, la regulación de las medidas de seguridad se sustenta en la necesidad de proteger los derechos de los posibles afectados ante la inminencia de un daño mayor, buscando evitar o minimizar el deterioro en el nivel de bienestar de las personas que se produciría de esperarse que el evento dañino se realice. Son medidas de seguridad, entre otras, el aislamiento, la cuarentena, la observación y vacunación, sean de personas o animales; la destrucción de insectos; el decomiso o sacrificio de animales que constituyan un peligro; cierre de locales; suspensión o cancelación del registro sanitario; etc.

La Quinta Disposición Final de la LGSalud señala que el MINSA presentará para su aprobación los reglamentos para la aplicación correcta y total de las instituciones en ella reguladas.

20 *Reglamentos de la LGSalud*

A la fecha se han dictado los siguientes reglamentos:

21 – *Reglamento para el registro, control y vigilancia sanitaria de productos farmacéuticos y afines*²¹

Se encarga de dictar las normas generales para el registro, control y vigilancia sanitaria de productos farmacéuticos, productos galénicos, recursos terapéuticos naturales, productos cosméticos, sanitarios, de higiene personal y doméstica e insumos, instrumental y equipo de uso médico-quirúrgico u odontológico. Este reglamento ha sido

²¹ DS. 010-97-SA (DOEP, 24/12/1997).

complementado por la 'Directiva de pesquisas de productos farmacéuticos y afines', RM. 437-98-SA-DM (DOEP, 11/11/1998), que se encarga de establecer el control de los productos farmacéuticos que se comercializan en el país a través de las denominadas pesquisas, que son las tomas de muestras de productos realizadas por la autoridad sanitaria en farmacias, boticas, laboratorios de producción, droguerías, importadoras, distribuidoras, farmacias de hospitales y demás servicios de salud con la finalidad de verificar la calidad del producto y el cumplimiento de las especificaciones técnicas con las que fue autorizado.

Además, ha sido modificado por los DS. 04-2000-SA (DOEP, 22/10/2000) y DS.020-2000-SA (DOEP, 16/07/2001).

– *Reglamento sobre vigilancia y control sanitario de alimentos y bebidas*²² 22

Se encarga de normar las condiciones, requisitos y procedimientos higiénico-sanitarios a que debe sujetarse la producción, transporte, fabricación, almacenamiento, fraccionamiento, elaboración y expendio de alimentos y bebidas de consumo humano, así como lo relativo al registro sanitario, a la certificación sanitaria de productos alimenticios con fines de exportación y a la vigilancia sanitaria de alimentos y bebidas.

– *Reglamento de establecimientos farmacéuticos*²³ 23

Esta norma ha sido precisada por:

- RM. 431-2001-SA/PCM (DOEP, 27/07/2001) en la que se establecen los requisitos y condiciones sanitarias mínimas que deben cumplir locales de farmacia y botica.
- RM. 433-2001-SA/DM (DOEP, 27/07/2001) en la que se dictan normas relativas al control y vigilancia de productos farmacéuticos y afines.
- RM. 434-2001-SA/DM (DOEP, 27/07/2001) en la que se establece la disposición relativa al reporte de reacciones adversas a medicamentos, mencionada en el art. 22 del Reglamento.

²² DS. 007-98-SA (DOEP, 25/9/1998).

²³ DS. 021-2001-SA (DOEP, 16/07/2001).

24 **(4) Ley de Trabajo Médico**

La LTM²⁴ norma la labor general, tanto en el sector público como en el privado, del médico cirujano²⁵ colegiado, tomando en consideración que el ejercicio de la profesión del médico cirujano, por su complejidad y especial responsabilidad en defensa de la vida y en el proceso de atención de salud de la persona, es esencial para el desarrollo económico social y de la productividad nacional (art. 2).

El Reglamento de la LTM²⁶ señala que el acto médico se basa en el principio de responsabilidad y abnegación que es lo fundamental del trabajo del médico-cirujano. Precisa los fines a los cuales debe encaminarse, sobre todo a la conservación de la vida humana. Señala de un modo pormenorizado las distintas modalidades del trabajo médico; norma todo lo concerniente a la carrera médica (Título III) como el ingreso; niveles, ascensos y cargos (Capítulo II); capacitación, licencia, bienestar e incentivos (Capítulo III), y remuneraciones del médico-cirujano (Capítulo IV). Todo ello con el objetivo que las instituciones que los representan puedan participar en la política nacional de salud en lo concerniente al trabajo médico.

25 **(5) Código Penal**

El CP establece los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; delitos contra la salud pública; usurpación de autoridad, títulos y honores, entre otros.

26 **(6) Código Procesal Penal**

El nuevo Código Procesal Penal²⁷ establece expresamente que el imputado tiene derecho a ser examinado por un médico legista o, en su defecto, por otro profesional de la salud, cuando su estado de salud así lo requiera (art. 71, inc. f). En el caso de enfermedad del

²⁴ DLeg. 559, Ley de Trabajo Médico (DOEP, 30/3/1990).

²⁵ Existe un proyecto de ley (Proyecto N° 1015, del 13/2/1996) que propone incorporar en los alcances de esta norma a los odontólogos, químicos farmacéuticos y obstetras, en base al principio de igualdad de trato de las actividades profesionales que desarrollan los servicios médicos como el grupo de acciones de alta especialización profesional.

²⁶ DS. 024-2001-SA (DOEP, 23/7/2001).

²⁷ DLeg. 957 (DOEP, 29/07/2004).

imputado (art. 77), se considera que si durante la privación de libertad, el imputado enfermara, el Juez, de oficio o a solicitud de parte, dispondrá su inmediata evaluación por el médico legista o perito médico que designe (inc. 1). Con el dictamen médico se podrá ordenar su ingreso a un centro hospitalario. En casos excepcionales, en que se requiera de infraestructura y atención médica especializada que no exista en un centro hospitalario estatal, se podrá autorizar su internamiento en una clínica privada (inc. 2). El juez, en casos de detención policial (art. 264), está facultado para disponer el inmediato reconocimiento médico legal del detenido, en el término de la distancia, siempre que el Fiscal no lo hubiera ordenado, sin perjuicio de autorizar en cualquier momento su reconocimiento por un médico particular (inc. b).

(7) Reglamento del Código de Ejecución Penal²⁸

27

Establece un desarrollo detallado sobre el derecho a la salud del interno en el sentido de que tiene derecho a mantener o recuperar el bienestar físico o mental y tener acceso a una atención integral de la salud (art. 11). Se busca que la asistencia sanitaria penitenciaria se oriente a la prevención, tratamiento y rehabilitación del interno, a tal punto que el médico y/o personal de salud realizará visitas semanales al interior de las instalaciones del establecimiento penitenciario para supervisar las condiciones de higiene ambiental y alimentaria. Todo tratamiento médico-sanitario se llevará a cabo con el consentimiento informado del interno, en caso contrario, el consentimiento lo otorgará cualquier familiar directo, y en ausencia de éste, el director del establecimiento penitenciario (artículos 123 a 136, Capítulo IV: Salud). En consecuencia, se da una mayor protección al interno para una verdadera y gradual rehabilitación e inserción a la sociedad.

(8) Ley de Política Nacional de Población²⁹

28

Contiene normas cuyo objetivo es la planificación y ejecución de acciones relativas al volumen, estructura, dinámica y distribución de la población en el territorio nacional. Tiene los siguientes objetivos: Promover una equilibrada y armónica relación entre el crecimiento,

²⁸ DS. 015-2003-JUS (DOEP, 11/09/2003).

²⁹ DLeg. 346 (DOEP, 5/7/1985).

estructura y distribución territorial de la población y el desarrollo económico y social; promover y asegurar la decisión libre, informada y responsable de las personas y las parejas sobre el número y espaciamiento de los nacimientos para contribuir a la estabilidad y solidaridad familiar y mejorar la calidad de vida; lograr una reducción de la morbilidad y mortalidad; lograr una mejor distribución de la población en el territorio en concordancia con el uso adecuado de los recursos, el desarrollo regional y la seguridad nacional.

29 **(9) Ley de prevención de riesgos derivados del uso de la biotecnología³⁰**

Tiene por objeto normar la seguridad de la biotecnología de acuerdo a la Constitución y al Convenio de diversidad biológica adoptado en Río de Janeiro³¹.

Su finalidad es proteger la salud humana, el ambiente y la diversidad biológica; promover la seguridad en la investigación y desarrollo de la biotecnología en sus aplicaciones para la producción y prestación de servicios; regular, administrar y controlar los riesgos derivados del uso confinado y la liberación de los organismos voluntariamente modificados (OVM³²) y regular el intercambio y la comercialización, dentro del país y con el resto del mundo, de OVM, facilitando la transferencia tecnológica internacional en concordancia con los acuerdos internacionales suscritos y que suscriba el país.

Esta Ley cuenta con un Reglamento³³ que detalla el marco institucional (organismos y dependencias), los mecanismos para el intercambio de información y fortalecimiento institucional, de los procedimientos de registro, de la evaluación y gestión de riesgos y de los recursos en general.

³⁰ L. 27104 (DOEP, 12/5/1999) y su Reglamento, DS. 108-2002-PCM (DOEP, 28/10/2002). Véase también la L. 26839, Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica (DOEP, 16/07/1997) y Reglamento, DS. 102-2001-PCM (DOEP, 21/06/2001).

³¹ RLeg. 26181 (DOEP, 12/5/1993).

³² Según la Disposición Complementaria de la misma ley, se entiende como OVM cualquier organismo vivo que contenga una combinación nueva de material genético obtenida mediante la aplicación de la biotecnología moderna, se exceptúan expresamente los genomas humanos.

³³ Reglamento de la Ley de prevención de riesgos derivados de uso de la biotecnología, DS. 108-2002-PCM (DOEP, 28/10/2002).

- b) Normas internacionales** 30
- (1) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁴** 31

Establece que los Estados firmantes reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

- (2) Declaración Universal sobre el genoma humano y los Derechos Humanos³⁵** 32

Consagra su regulación en base a los siguientes principios: La dignidad humana y el genoma humano; derechos de las personas interesadas; investigaciones sobre el genoma humano; condiciones del ejercicio de la actividad científica; solidaridad y cooperación internacional; y fomento de los principios de la declaración.

B. Instituciones del Sistema de Cuidado de la Salud 33

Las instituciones relacionadas con el Sistema de Cuidado de la Salud pertenecientes al Sector Público son:

a) Ministerio de Salud 34

El MINSA³⁶ es un órgano del Poder Ejecutivo. Es el ente rector del sector salud que conduce, regula y promueve la intervención del Sistema Nacional de Salud, con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana, a través de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de su salud y del desarrollo de un entorno saludable, con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta el nacimiento.

b) Seguro Social de salud (ESSALUD) 35

Es un principio constitucional (art. 10, Const.) el reconocimiento por parte del Estado del derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, a fin de brindar una protección frente a las

³⁴ Naciones Unidas, 16/12/1966.

³⁵ UNESCO, 11/11/1997.

³⁶ Ley del Ministerio de Salud, L. 27657 (DOEP, 29/1/2002), derogó al D.Leg. 584 Ley de Organización y funciones del Ministerio de Salud (DOEP, 18/5/1990) y su Reglamento el DS. 013-2002-SA (DOEP, 22/11/2002).

contingencias y lograr la elevación de su calidad de vida. En este sentido, existe un organismo público denominado ESSALUD que se encarga de cumplir con esta tarea asistencial en el área de la atención de la salud por parte del Estado.

Las instituciones relacionadas con el sistema de cuidado de la salud pertenecientes al sector no público son autorizadas por el MINSA³⁷. Esta función se realiza en forma descentralizada a través de Unidades Departamentales de Salud (UDES). Los establecimientos de salud que conforman el sub-sector no público se detallarán más adelante.

Existen otras instituciones que brindan un servicio al cuidado de la salud, tales como:

36 ***c) Municipalidades***

En materia de saneamiento, salubridad y salud, las municipalidades³⁸ ejercen las siguientes funciones (art. 80).

37 ***Funciones específicas exclusivas de las municipalidades provinciales:***

Regular y controlar el proceso de disposición final de desechos sólidos, líquidos y vertimientos industriales en el ámbito provincial; regular y controlar la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente.

³⁷ DS. 023-87-SA, Reglamento general de establecimientos de salud del sub-sector no público (DOEP, 26/05/1987).

³⁸ L. 27972 Ley Orgánica de Municipalidades (DOEP, 27/5/2003) derogó a la L. 23853 (DOEP, 9/6/1984). La anterior legislación consideraba que en materia de población, salud y saneamiento ambiental, las funciones de las municipalidades eran: normar y controlar las actividades relacionadas con el saneamiento ambiental; difundir programas de educación ambiental; normar y controlar el asco, higiene y salubridad en establecimientos comerciales, viviendas, escuelas y otros lugares públicos; propiciar campañas de forestación y reforestación; instalar y mantener servicios higiénicos y baños públicos; promover y organizar acciones de medicina preventiva, primeros auxilios; construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de primeros auxilios; realizar programas de educación sanitaria; realizar campañas de saneamiento rural y control de epidemias; ejecutar el servicio de limpieza pública, ubicar las áreas para la acumulación de basura y/o el aprovechamiento industrial de desperdicios y controlar la sanidad animal (Art. 66).

Funciones específicas compartidas de las municipalidades provinciales:

38

Administrar y reglamentar directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando por economías de escala resulte eficiente centralizar provincialmente el servicio; los procesos de concesión son ejecutados por las municipalidades provinciales del cerado y son coordinados con los órganos nacionales de promoción de la inversión, que ejercen labores de asesoramiento; proveer los servicios de saneamiento rural cuando éstos no puedan ser atendidos por las municipalidades distritales o las de los centros poblados rurales y coordinar con ellas para la realización de campañas de control de epidemias y sanidad animal; difundir programas de saneamiento ambiental en coordinación con las municipalidades distritales y los organismos regionales y nacionales pertinentes; gestionar la atención primaria de la salud, construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesiten, en coordinación con las municipalidades distritales, centros poblados y los organismos regionales y nacionales pertinentes; realizar campañas de medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis local.

Funciones específicas exclusivas de las municipalidades distritales:

39

Proveer el servicio de limpieza pública, determinando las áreas de acumulación de desechos, rellenos sanitarios y el aprovechamiento industrial de desperdicios; regular y controlar el aseo, higiene y salubridad en los establecimientos comerciales, industriales, viviendas, escuelas, piscinas, playas y otros lugares públicos locales; instalar y mantener servicios higiénicos y baños de uso público; fiscalizar y realizar labores de control respecto de la emisión de humos, gases, ruidos y demás elementos contaminantes de la atmósfera y el ambiente; expedir carnés de sanidad.

Funciones específicas compartidas de las municipalidades distritales:

40

Administrar y reglamentar, directamente o por concesión el servicio de agua potable, alcantarillado y desagüe, limpieza pública y tratamiento de residuos sólidos, cuando esté en capacidad de hacerlo; proveer los servicios de saneamiento rural y coordinar con las municipalidades de centros poblados para la realización de campañas de control de epidemias y control de sanidad animal; difundir progra-

mas de saneamiento ambiental en coordinación con las municipalidades provinciales y los organismos regionales y nacionales pertinentes; gestionar la atención primaria de salud, construir y equipar postas médicas, botiquines y puestos de salud en los centros poblados que los necesiten, en coordinación con las municipalidades provinciales, los centros poblados y los organismos regionales y nacionales pertinentes; realizar campañas locales sobre medicina preventiva, primeros auxilios, educación sanitaria y profilaxis.

Es competencia de las municipalidades (art. 73, 7) la prevención, rehabilitación y lucha contra el consumo de drogas. En tal sentido, se encarga de promover programas de prevención y rehabilitación en los casos de consumo de drogas y alcoholismo, creando programas de erradicación en coordinación con el gobierno regional; promover convenios de cooperación internacional para la implementación de programas de erradicación del consumo ilegal de drogas.

Pueden organizar comités multisectoriales de prevención del consumo de drogas, con la participación de los vecinos a fin de diseñar, monitorear, supervisar, coordinar y ejecutar programas o proyectos de prevención del consumo de drogas y de conductas de riesgo en el ámbito local, contando para ello con la asistencia técnica de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas - DEVIDA.

41 **d) Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP)**

El Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones (SPP)³⁹ está conformado por las administradoras privadas de fondos de pensiones. Las prestaciones a favor de los trabajadores incorporados al sistema privado de pensiones son exclusivamente las de jubilación, invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio y no incluye prestaciones de salud ni riesgos de accidentes de trabajo.

42 **e) Entidades Prestadoras de Salud (EPS)**

Las entidades prestadoras de salud⁴⁰ son las empresas e instituciones públicas o privadas distintas del Seguro social de salud (ESSALUD), cuyo único fin es prestar servicios de atención para la salud, con in-

³⁹ Art. 38, del DLey 25897 (DOEP, 6/12/1992).

⁴⁰ Art. 13 de la L. 26790, Ley de modernización de la seguridad social (DOEP, 17/5/1997).

fraestructura propia y de terceros. El trabajador inscrito puede acceder a los diversos hospitales, clínicas y centros médicos con los que cuenta, sin realizar un aporte mensual por la atención.

Los servicios ofrecidos por la EPS no los asume el afiliado, sino su empleador y es parte del 9 por ciento que mensualmente se aporta a ESSALUD. Gracias a ello, el afiliado accede a un programa de atención básico de la salud que incluye: emergencias, consultas ambulatorias, partos (capa simple), mientras que las enfermedades graves son atendidas por ESSALUD (capa compleja).

La Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud⁴¹ tiene por objeto autorizar, regular y supervisar el funcionamiento de las entidades prestadoras de salud y cautelar el uso correcto de los fondos administrados por éstas.

f) Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud

43

Este sistema, creado en el 2002⁴², vincula los servicios del MINSA, con el Seguro Social, con las Municipalidades, con las Sanidades de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú y con las del ámbito privado. Se dispone, en este sentido, la transferencia gradual y progresiva de los servicios públicos a los gobiernos regionales y locales, incluyendo los recursos financieros, técnicos, materiales y humanos para asegurar la continuidad y eficiencia.

III. Financiamiento del cuidado de la salud

44

En términos económicos, el sector salud es muy amplio. La inversión está dada en la mejora del estado de salud y en la reparación de los daños producidos. Estos 'gastos sociales' son realizados por los servicios de salud públicos y privados. Existen gastos indirectos erogados como parte de los costos adicionales en que se incurren cuando se presenta una enfermedad.

⁴¹ DS. 006-1997/SA, Aprueban Estatuto de la Superintendencia de entidades administradoras de salud (DOEP, 17/5/1998), DS. 005-1998/SA, Aprueban Reglamento de Organización y Funciones de la Superintendencia de entidades administradoras de salud (DOEP, 26/6/1997) y DS. 009-97-SA, Reglamento de la Ley de modernización de la seguridad social en salud (DOEP, 25/06/1997).

⁴² L. 27813 (DOEP, 13/08/2002), DS. 004-2003-SA, Reglamento de la Ley del Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud (DOEP, 13/02/2003).

En 1995, el gasto en salud alcanzó un monto aproximado de 2,096 millones de dólares americanos. Dicho gasto ha presentado un crecimiento constante en el período 1992-1995. La tasa de crecimiento promedio anual fue de 10 por ciento en soles (1.48 por ciento en dólares americanos), la cual se mantuvo constante desde 1995. Como porcentaje del producto bruto interno, dicho gasto ha representado una erogación relativamente estable en el período, mostrando cifras entre 3.8 por ciento y 3.6 por ciento del producto bruto interno. En 1995, el gasto en salud representó aproximadamente el 3.6 por ciento del producto bruto interno, de ese monto 1.2 por ciento corresponde a los servicios privados y un 2.4 por ciento, a los servicios públicos y de seguridad social. En el ámbito mundial, el gasto en salud alcanza en promedio el 8 por ciento del producto bruto interno, situación que estaría reflejando que en el Perú esta erogación es relativamente reducida. Sin embargo, existe una recuperación de la participación del gasto público por encima del privado, lo que representa un indicio para elevar los niveles de vida.

El financiamiento del sector cuantifica los montos de los recursos involucrados y analiza su dinámica en el sector, su oportunidad y suficiencia. Busca apoyar la movilización y la reasignación de recursos al interior del sistema. El objetivo de la política sanitaria es asegurar que el impacto del gasto en salud sea el óptimo. Estas expectativas sugieren la necesidad de adecuar la captación de recursos, buscando la progresividad en las contribuciones al sistema. La reasignación de recursos podrá hacerse en función de las prioridades por resolver, considerando las capacidades institucionales y orientando las acciones hacia intervenciones costo-efectivas.

Para las instituciones del sector público, los conceptos específicos de cada uno de los componentes del ingreso y del egreso están predefinidos en el clasificador existente en el país, el que a su vez tiene su origen en el presupuesto de la nación. La Ley de Presupuesto del Sector Público para 1998⁴³, estableció que para ese año los egresos ascenderían a 29,523'775,426 nuevos soles (860'751,470 dólares americanos). Dichos egresos provienen del gobierno central y las instancias descentralizadas y están conformados por gastos corrientes, gastos de capital y servicio de la deuda interna y externa.

⁴³ L. 26894 (DOEP, 11/12/1997).

Durante el período 1992-1995, las fuentes de donde provinieron los recursos para financiar el sector salud fueron: los hogares que aportaron en promedio el 43.5 por ciento del total de recursos del sector; las empresas, el 29,7 por ciento; el Estado, el 25.8 por ciento y las fuentes externas, el 1% restante. El mayor fondo de recursos es el destinado a la seguridad social. El segundo fondo es el destinado a las instituciones que prestan servicios para la población no asegurada.

La Defensoría del Pueblo⁴⁴ ha visto necesario pronunciarse respecto a la priorización del gasto público:

- 2.- Recomendar al Poder Ejecutivo y al Congreso de la República que dispongan lo necesario a fin de priorizar el gasto público, incrementando el presupuesto del sector salud, tanto a nivel del Gobierno Central como Gobiernos Regionales y Locales, a efecto de fortalecer las capacidades del sector en la promoción, prevención y atención del derecho a la salud.

En cuanto a las instituciones prestadoras de servicios de salud, se observa también un ajuste a lo largo del período en estudio; los servicios privados que en 1992 eran los más importantes captadores de recursos, con el 39.6 por ciento del total, redujeron su participación relativa a 34 por ciento en 1995. Por su parte, la seguridad social, que en 1992 era la segunda captadora de fondos, con 35.4 por ciento del total, pasa a ser la primera en 1995, con el 35.6 por ciento del total. Sin embargo, son las instituciones que brindan servicios de salud no aseguradas las que han aumentado su participación en la captación de recursos.

Al analizar la asignación geográfica del gasto en salud se observa que, aproximadamente, el 60 por ciento del gasto total del país se concentra en Lima y el 40 por ciento restante se distribuye en el resto de los departamentos. A su vez, estas cifras implican que el gasto en salud por habitante censado en Lima y Callao en 1995 fue aproximadamente de 380 nuevos soles (111.00 dólares americanos), mientras que dicha cifra en el resto del país es de 103 nuevos soles (30.00 dólares americanos). Cifras como éstas muestran la inadecuada distribución del gasto en salud del país y tiene efectos importantes en

⁴⁴ Informe Defensorial N° 87-2004/DP (Defensoría del Pueblo) «El derecho a la salud y a la seguridad social: supervisando establecimientos de salud», Defensoría del Pueblo, Lima (DOEP, 26/08/2004).

términos de la eficiencia, efectividad, accesibilidad y calidad de los servicios de salud que se ofrecen en el interior del país. A efectos de combatir esta desproporción económica, se creó el Fondo Intangible Solidario de Salud⁴⁵ destinado únicamente al acceso a prestaciones de salud de calidad de la población excluida de las mismas.

Téngase en cuenta que el Tribunal Constitucional ha desarrollado los alcances del derecho a la salud en el fallo del Expediente N° 1429-2002-IIC/TC y en la sentencia publicada en el Diario Oficial El Peruano (20/04/2004) que se diera en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC (Acción de amparo), donde reafirma la obligación del Estado de garantizar el carácter prestacional del derecho a la salud, a través del desarrollo y ejecución de políticas públicas, planes y programas concretos que implementen servicios públicos de salud.

Los recursos que el gobierno asigna al gasto en salud se originan en: los ingresos tributarios (impuesto general a las ventas, impuesto selectivo al consumo, entre otros), los créditos y las donaciones. El Estado no solamente realiza la aportación directa de los recursos hacia los fondos diversos, sino que eventualmente podría generar incentivos que reorienten el flujo de recursos.

Existe subsidio al consumo en los servicios públicos del MINSA y las regiones de salud, debido al aporte que por concepto de venta de bienes y servicios representa aproximadamente el 12 por ciento del gasto total ejecutado por dichas instituciones. Sin embargo, estos subsidios podrían ser aprovechados en algunos casos por grupos de población con capacidad de pago y no, necesariamente, por quienes los necesitan.

El MINSA recibe fondos para ejecutar los diferentes programas presupuestales, según su calendario de gastos. A su vez, éste transfiere fondos a las sub-regiones de salud para operar los programas nacionales bajo su responsabilidad institucional.

Los recursos del MINSA son los siguientes:

- Los montos asignados en el Presupuesto de la República para cada ejercicio fiscal;
- Los ingresos propios;

⁴⁵ L. 27656 (DOEP, 27/01/2002) y su Reglamento DS. 007-2002-SA (DOEP, 10/07/2002). Véase a mayor referencia la L. 28006, Ley que garantiza la intangibilidad de los fondos y reservas de la seguridad social y restituye la autonomía económica, administrativa, financiera y presupuestal de Essalud (DOEP, 18/06/2003).

- Los aportes y transferencias que efectúan las instituciones y organismos públicos;
- Los provenientes de proyectos por encargo de entidades nacionales e internacionales; y,
- Los correspondientes del fondo de emergencia y solidaridad para la salud.

Son recursos del Seguro Social de Salud:

- Los aportes de los asegurados;
- Sus reservas e inversiones; y,
- Los ingresos provenientes de la inversión de sus recursos.

De conformidad con la Constitución (art. 12), 'los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley'. Ninguna autoridad puede disponer medidas cautelares ni de ejecución sobre ellos. Sólo pueden ser empleados en la administración, producción, generación de infraestructura, otorgamiento de prestaciones, en la constitución de reservas técnicas y en las inversiones o colocaciones que sean necesarias para su adecuada rentabilidad.

§ 2. Derecho Médico en el Perú

45

I. Generalidades

46

Si partiéramos de conceptos básicos como el que la vida, la integridad y la salud son la base de la ciencia biomédica y que el Derecho no es ajeno a esta tríada del ser humano, que no es otra cosa que su aspecto psicosomático, nos daremos cuenta de que existe una lógica relación, una coincidencia en la sustancia de estas ciencias. Actualmente, se presta una atención jurídica especial a la biomedicina, lo que se aprecia claramente en el Derecho comparado con la cada vez mayor normatividad, jurisprudencia e instituciones encaminadas a establecer los parámetros jurídicos del denominado Derecho Médico. Sin duda, como un nuevo tipo de Derecho merece lineamientos y principios seguros, pero que no han de ser sólo jurídicos, sino también médicos y bioéticos.

Surge en este contexto una alianza jurídico institucional moderna: Medicina y Derecho, que se hace cada vez más sólida, pues compar-

ten una misma esencia, el bienestar de la vida humana, de allí que estas dos disciplinas técnicamente distintas, pero dogmáticamente similares, han encontrado un punto estructural de coincidencia, presentándose como un tipo natural de Derecho.

47 **II. Definición**

‘El Derecho Médico es la rama autónoma del Derecho que regula la actividad del médico, en su ejercicio profesional, la relación médico-paciente y las consecuencias derivadas de ésta’⁴⁶.

Es una rama especial del Derecho que protege jurídicamente al ser humano frente a la práctica y técnicas de la medicina, estableciendo los principios básicos que guíen la relación médico-paciente, los derechos y deberes del médico, pacientes y otros profesionales, así como la protección integral de la salud.

El Derecho Médico es una nueva forma de estudiar temas médicos legales, que viene enraizando sus conceptos dentro del cada vez más tecnificado y especializado mundo del Derecho, que se vale de los más variados conocimientos del hombre, en este caso de la medicina, para satisfacer los intereses sociales.

48 **III. Características**

El Derecho médico reviste un conjunto de características que lo distinguen de otras ramas del Derecho, entre estas tenemos las siguientes:

49 – *Es mixto*

Contiene normas de derecho público y privado, normas sustantivas y adjetivas, éticas y penales.

50 – *Es dinámico*

La normatividad que rige el ejercicio profesional médico debe adaptarse siempre a la necesidad de nuevos procedimientos diagnósticos, terapéuticos y de investigación.

⁴⁶ GIGLIO BASTO, Celia: *El Derecho Médico en el Perú*, Lima: Tesis (Título de Abogado), Lima, Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1999, p. 61.

- *Es objetivo* 51
Tiene su consistencia en la ley.
- *Es imperativo* 52
Las normas jurídicas que lo regulan, a pesar de tener un carácter ético, moral y fundamentalista, no pueden ser dejadas de lado por convenios particulares, especialmente cuando en una u otra forma están interesados el orden y la salud pública.

IV. Fuentes del Derecho Médico 53

El Derecho Médico en el Perú está conformado tanto por normas jurídicas como por preceptos éticos y morales que 'protegen y garantizan los derechos de los pacientes considerados individualmente, vigilando al mismo tiempo lo concerniente a la Salud Pública, y estableciendo una normativa y control general no sólo en el ejercicio privado de la profesión, sino también regulando y organizando aquellos servicios de atención pública dependientes del Estado'⁴⁷.

Las fuentes del Derecho Médico, al igual que otras ramas del Derecho, son fuentes formales y están contenidas en las normas jurídicas que conforman los cuerpos normativos.

Si la sociedad y sus necesidades cambian, como lo hace el criterio científico, debemos modificar y contemporanizar la norma jurídica que lo rige, pero en esencia la fuente del Derecho Médico como norma debe ser por naturaleza la fuente formal legislada.

La conciencia, la moral, el fuero interno, la ética, la norma de comportamiento dentro del ejercicio profesional médico también son fuentes específicas principales, toda vez que existe un cuerpo de normas denominado Código de ética y deontología médica que contiene normas valorativas de conducta, del respeto de los derechos humanos, derechos del paciente, eutanasia, secreto médico, etc., conteniendo normas puras de derecho sustantivo: la certificación y el delito de falsa certificación que acarrea sanción penal de dos años, el intrusismo médico, entre otras.

⁴⁷ GIGLIO BASTO: *El Derecho Médico en el Perú*, cit., p. 62.

54 **A. Fuentes nacionales**

55 **(1) Ley**

La principal fuente del Derecho Médico a nivel nacional es la ley, porque es a través de ésta que se regula la actividad médica y el cuidado de la salud. Estas normas están compuestas por un conjunto de leyes específicas en materia médica y otras que, no estando relacionadas con dicha materia médica o la salud, sirven de base para su estructuración y su aplicación.

Éstas pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

- *Específicas*: regulan directamente la materia médica.
- *De carácter específico principal*: la LGSalud, la Ley del trabajo médico y el CEDCMP, son la materia orgánica fundamental del Derecho médico, en donde se establecen las normas sustantivas y adjetivas que regulan la actividad profesional del médico, la relación médico-paciente, los derechos y obligaciones de cada uno de los integrantes de esta relación y las consecuencias jurídicas.
- *De carácter específico accesorio*: la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, la Ley que crea el Seguro Social de Salud, la Ley de trasplante de órganos y tejidos, entre otras.
- *Generales*: en este grupo de leyes encontramos la Constitución y el Código Civil.

56 **(2) Jurisprudencia**

Las decisiones judiciales en materia médica y en tratamiento de la salud cada vez son más y mejores, a lo que debe sumarse la preparación que vienen recibiendo nuestros magistrados que las aplican en sus resoluciones, desarrollando en alguna medida, algunos precedentes de interés.

57 **B. Fuentes internacionales**

La fuente internacional más importante del Derecho Médico en el Perú es la Declaración Universal de Derechos Humanos (NN.UU., 10/12/1948). Así también, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (19/12/1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (22/11/1969).

También debemos comprender como fuente internacional del Derecho Médico, a aquellas declaraciones internacionales que si bien no tienen naturaleza legislativa, tienen autoridad moral. Estas declaraciones pueden ser dadas por organizaciones internacionales no gubernamentales, tales como la Organización Mundial de la Salud, la Organización Panamericana de la Salud o la Asociación Médica Mundial, entre otras.

PRIMERA PARTE

LA PROFESIÓN MÉDICA

Capítulo I

El acceso a la profesión médica

§ 1. Formación de los médicos

58

I. Educación médica de *pre* grado

59

Los estudios de medicina de *pre* grado se realizan en las distintas Facultades de Medicina de las universidades del país. El número de vacantes para el ingreso es reducido debido a la gran demanda existente. Las modalidades del concurso de admisión son: concurso extraordinario (premio de excelencia), concurso ordinario, ingreso directo a través del centro pre-universitario y traslado externo.

Acreditación de facultades o escuelas de medicina humana

**L. 27154 (DOEP, 11/7/99) y
Reglamento DS. 005-2000-SA (DOEP, 28/12/2000)**

Tiene como finalidad, garantizar la idoneidad de la formación académico profesional de los médicos cirujanos y de la atención de la salud en la comunidad, para lo cual se ha formado una Comisión para la acreditación de facultades o escuelas de Medicina Humana (CAFME), adscrita al MINSA, cuyas funciones son elaborar los estándares mínimos para el funcionamiento integral de las facultades o escuelas de Medicina. La ley suspende la autorización de funcionamiento de nuevas facultades o escuelas en las nuevas universidades y en las universidades ya existentes la creación de éstas requiere aprobación previa de la Comisión. Los antecedentes legislativos se dan con el Proyecto de Ley 4391/98-CR, presentado por el Presidente de la Comisión de Salud del Congreso de la República,

en el que se propone la creación de una comisión para la acreditación de facultades de Medicina, cuya finalidad es la elaboración de normas y de los estándares mínimos para el funcionamiento de las mismas. Por su parte, la Academia Nacional de Medicina, a través de un comunicado del 18/4/1999 (diario *El Comercio*, Lima, sección A, p. 20), hizo pública su opinión respecto a la situación actual de la enseñanza de la Medicina en el Perú, dado que parte del problema radica en que de las facultades de Medicina a nivel nacional (24 en total) el promedio de egresados en el período 1994-1999 fue de 1,254 médicos anualmente, siendo 14,771 los alumnos actualmente matriculados, lo que se agrava con la deficiente infraestructura y acondicionamiento académico necesario para el proceso técnico de aprendizaje y la crisis del desempleo. Es por ello necesario evaluar la calidad de la enseñanza de la medicina.

Asimismo, véase la RS. 013-2001-SA (DOEP, 8/1/2001), que aprueba los estándares mínimos para la acreditación de facultades o escuelas de Medicina (aplicable a las ya creadas); la RS. 252-2001-SA (DOEP, 24/07/2001), que aprueba los estándares mínimos para evaluación previa a la creación de una facultad o escuela de Medicina Humana en universidades con autorización de funcionamiento definitivo (aplicable a las que están en proceso de crearse); así como la RS. 004-2003-SA (DOEP, 7/8/2003), que aprueba la actualización de estándares mínimos para acreditación de facultades o escuela de Medicina.

La educación médica se realiza en interacción con un sistema de prestación de servicios. Se requiere la vinculación de ambos procesos a través de estrategias de integración docente-asistencial que comprometen a cada instancia, en aras de mejorar la calidad en la atención de salud y la calidad del proceso docente-educativo. Al insertar a los alumnos y profesores en la realidad de los servicios, en programas de salud y con la participación de la población, se crean las bases para alcanzar un aprendizaje significativo en el campo profesional y ético. Las acciones académicas están integradas por la investigación y docencia, en una unidad que identifica su proyección al desarrollo social. La preparación general de un estudiante de Medicina está basada en la adquisición de conocimientos teóricos y en la aplicación de éstos en beneficio del hombre. Se da especial atención al estudio del fenómeno *salud-enfermedad*, como proceso biológico, a la capacitación y formación tecnológica y a la práctica pre-profesional internada, es decir, el ejercicio y aplicación de la medicina bajo supervisión en ambientes hospitalarios y extrahospitalarios.

Los estudios universitarios de Medicina se desarrollan aproximadamente en siete (7) años, dependiendo de cada universidad, que incluye el internado.

El médico que se forma en las facultades de Medicina del país es un médico general (médico cirujano), sus funciones asistenciales son: preventivas de la enfermedad, curativa, educativa de promoción de la salud, de investigación científica, de administración de la salud y médico legal.

A. Internado

60

Es la etapa del estudio práctico de la clínica médica en sus cuatro (4) ramas, como son: la medicina general, la cirugía, la pediatría y la gineco-obstetricia. Se realiza durante el último año de actividad curricular de los estudios médicos de *pre* grado, período en que el alumno integra los conocimientos adquiridos en la teoría, aplicándolos a la práctica supervisada en unidades de hospitalización, consultorios externos, servicio de emergencia, centros quirúrgicos y servicios periféricos.

B. Titulación médica

61

Las universidades son las encargadas de otorgar los grados académicos de bachiller, maestro, doctor y los títulos profesionales, a nombre de la Nación, de licenciado y de segunda especialidad profesional. Una vez cumplidos satisfactoriamente los estudios universitarios, se accede automáticamente al bachillerato.

El título profesional se puede obtener:

- a) Con la presentación y aprobación de la tesis;
- b) Después de ser egresado y haber prestado servicios profesionales durante tres (3) años consecutivos en labores propias de la especialidad y presentar un trabajo o
- c) Cualquier otra modalidad que la universidad estime conveniente¹.

Las facultades de Medicina son las encargadas de determinar el procedimiento que debe seguir el egresado para optar el título profesional. En el caso del título profesional de médico cirujano, la opción b) no se aplica, en tanto que constituiría el delito de ejercicio ilegal de la profesión.

¹ Ley Universitaria, Art. 22 de la L. 23733 (DOEP, 9/12/1983), modificado por el DLeg. 739 (DOEP, 11/12/1991).

62 **C. Servicio rural y urbano marginal de salud (SERUMS)**

El SERUMS² es un programa de servicio a la comunidad efectuado por los profesionales de la salud titulados como: Médicos cirujanos, odontólogos, enfermeras, obstetrices, químico farmacéuticos, nutricionistas, tecnólogos médicos, asistentes sociales, biólogos, psicólogos, médicos veterinarios e ingenieros sanitarios.

Su fin es contribuir y asegurar la atención de salud en beneficio de la población de bajos recursos económicos de las zonas rurales y urbano marginales de menor desarrollo. Puede realizarse en instituciones no públicas, pero que brinden atención social de salud. Tiene una duración máxima de un (1) año y es requisito indispensable para ingresar a laborar en el sector público y/o para programas de segunda especialización a nivel nacional, recibir becas del Estado u otras ayudas equivalentes. El MINSA es la entidad encargada de determinar anualmente, según su disponibilidad presupuestaria, el número de vacantes para el SERUMS.

63 **II. Educación médica de *post* grado**

64 **A. *Post* grado profesional**

Se caracteriza por ser netamente práctico.

65 **a) *Especialidad***

La educación médica de *post* grado se lleva a cabo a través del *Sistema Nacional de Residencia Médico*³. Éste suele darse en un contexto institucional distinto a un *post* grado común; se realiza en un ambiente de trabajo en el que la práctica es el común denominador.

El médico residente es un profesional que se encuentra realizando estudios de segunda especialización en medicina⁴, los que se realizan

² L. 23330 (DOEP, 10/12/1981) y su Reglamento, DS. 005-97-SA (DOEP, 22/06/1997).

³ RS. 018-2004-SA (DOEP, 2/12/2004) que derogó a la RS. 009-88-SA (DOEP, 28/02/1988).

⁴ Según el Reglamento del Sistema Nacional de Residencia Médico (art. 1), los postulantes deberán reunir los siguientes requisitos: a) Ser médico colegiado y habilitado para el ejercicio profesional, b) Haber realizado y aprobado el internado rotatorio, c) Haber cumplido con el SECIGRA o SERUMS, d) Gozar

en la modalidad de docencia en servicio o contratado en las instituciones del sector Salud. El médico que desea especializarse en alguna rama de la medicina, postulará a una de las vacantes ofrecidas por las facultades de medicina. El concurso de selección de residentes se realiza en forma anual, de acuerdo al cronograma establecido por el Comité Nacional de Residencia Médico.

El médico residente realiza una intensa actividad intrahospitalaria que va forjando su capacidad de actuación como un profesional de salud íntegro, haciendo de sus relaciones humanas (médico-paciente) el objeto básico y final de la medicina. El comportamiento del médico residente no se basa solamente en la formación adquirida en la facultad de medicina, sino que es modelado por factores sociales complejos, que son obtenidos en la *praxis* del residente.

b) Subespecialidad

66

La subespecialización en el Perú puede realizarse en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos o en la Universidad Peruana Cayetano Heredia, que son las únicas universidades que ofrecen este perfeccionamiento en medicina. La sub-especialidad tiene una duración de dos (2) años.

B. Post grado académico

67

Se caracteriza por ser esencialmente teórico, doctrinario y está dirigido a quienes quieren hacer carrera docente. De acuerdo a la Ley Universitaria⁵ (art. 24), los grados académicos que otorga la universidad peruana son los de bachiller, maestro y doctor.

a) Maestría

68

Para ser maestro se requiere estudios con una duración mínima de cuatro semestres, la sustentación pública y la aprobación de un trabajo de investigación original y crítico y, el conocimiento de un idioma extranjero.

b) Doctorado

69

Para ser doctor se requiere estudios con una duración mínima de cuatro semestres, la sustentación pública y la aprobación de un trabajo

de buena salud física y mental, acreditada con certificado médico, e) Leer y comprender el idioma inglés, y f) Demostrar suficiencia básica en informática.

⁵ L. 23733 (DOEP, 27/12/1983).

jo de investigación original y crítico, y el conocimiento de dos idiomas extranjeros.

70 § 2. Recursos humanos

Los profesionales de la medicina representan el recurso humano fundamental y directo para la protección de la salud y la atención sanitaria. Desempeñan un papel primordial en la promoción y conducción de los procesos de modernización y cambio del sector salud.

El CMP, a abril de 2000, contaba con 36,187 médicos inscritos, de los cuales 28,308 realizan el ejercicio profesional efectivo, siendo el promedio nacional la relación de un (1) médico por cada 861 habitantes. Esta realidad no es uniforme; al interior del país la relación es muy superior, por ejemplo, en el departamento de Pasco, un (1) médico por 10,638 habitantes y en el departamento de Cajamarca se cuenta con un (1) médico para 6,183 habitantes.

Frente a esta realidad y problemática, el MINSA, en su propuesta de 'Lineamientos de política de salud 1995 - 2000', en lo referente al diagnóstico de los recursos humanos en el sector, considera que éstos existen en número suficiente y que las preocupaciones más importantes con relación a ellos, son las concernientes a su distribución: el 66 por ciento se encuentra localizado en el Departamento de Lima. En cuanto a la calidad de la atención, existen marcadas diferencias entre los que ejercen su labor en ciertas zonas, con los que mayormente están en ciudades de sierra y selva. Una mejor distribución se ha logrado mediante el 'Programa de salud básica para todos', que ha permitido contratar a los profesionales médicos en centros y puestos de salud de distritos y provincias que antes no disponían de estos profesionales. Otro mecanismo que ha contribuido con este propósito ha sido el SERUMS.

71 § 3. Autorización de los médicos

72 I. Aspectos generales

La LGSalud (art. 22) establece que para el ejercicio de actividades profesionales propias de la medicina, odontología, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud se requiere tener título profesional, cumplir con los requisitos de colegiación, especialización, licenciamiento y demás exigencias de ley.

La práctica legal de la medicina se realiza a través del cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Ostentar el título profesional de médico cirujano,
- Estar colegiado, y
- En el caso de médicos especialistas, estar inscritos en el Registro Nacional de Especialistas del CMP.

II. Colegiación

El CMP se encarga de incorporar obligatoriamente a todos los médicos cirujanos que se encuentren legalmente aptos para ejercer la profesión. La colegiación es un requisito indispensable para el ejercicio de la profesión de médico⁶.

73

Para la colegiación es requisito la presentación del título profesional otorgado por una de las facultades de medicina del país. En los casos de títulos profesionales otorgados en el extranjero, éstos deben ser revalidados por alguna universidad nacional. Están exonerados de la revalidación cuando exista y esté vigente un Convenio internacional, después de comprobarse la reciprocidad correspondiente⁷.

El ejercicio de la profesión médica debe entenderse como el desarrollo de actividades profesionales relacionadas con la medicina en los siguientes campos: asistencial, de salud pública, de administración, de docencia, de investigación, de medicina legal, entre otros⁸. La matrícula de los miembros en el CMP tiene carácter oficial y es constantemente depurada, por esta razón, los colegiados están obligados a proporcionar todos los datos e informaciones que se les requiera con este fin. La certificación de la matrícula, válida para el ejercicio de la profesión, es extendida a los colegiados por el Consejo Regional correspondiente.

La LGSalud y las leyes especiales exigen el requisito de colegiación para desarrollar cualquier actividad profesional en el campo de la asis-

⁶ L. 15173 (DOEP, 16/10/1964), crea el CMP.

⁷ L. 17239 (DOEP, 29/11/1968), modifica L. 15173.

⁸ De acuerdo al DS. 00102-69-SA (DOEP, 1/7/1969), Reglamento del CMP.

tencia, la salud pública, la administración, la docencia, la investigación y toda otra que requiera la posesión del título de médico cirujano.

74 **III. Médico general**

El médico cirujano o médico general cuenta con los conocimientos básicos que le permiten resolver en forma integral los problemas de salud del individuo y de la comunidad. Está preparado para actuar como un científico y tecnólogo en el proceso de diagnóstico y tratamiento de enfermedades. Es el médico 'todista' y está capacitado para realizar múltiples funciones: asistenciales (de promoción, recuperación y rehabilitación), administrativas, de investigación y médico legista (otorgamiento de certificados de nacimiento, defunción, salud y enfermedad, realización de necropsias médico-legales⁹ y emisión de dictámenes de peritaje). Trata los casos comunes y básicos, por lo que en la actualidad, sólo tiene posibilidad de realización profesional en las zonas rurales y urbano marginales.

75 **IV. Médico especialista**

Si bien el título de médico cirujano habilita para el ejercicio ilimitado, la práctica exige la especialización como consecuencia de la gran cantidad de conocimientos exigidos en cada sector, la complejidad de las técnicas y el uso de aparatos que requieren preparación. Es especialista el médico dedicado al estudio y práctica de una de las ramas de las ciencias médicas. La especialidad se acreditará de acuerdo a los dispositivos señalados en el Estatuto y Reglamento del CMP¹⁰. El médico especialista deberá inscribirse en el Consejo Regional correspondiente y en el Consejo Nacional del CMP. La solicitud de inscripción en el Registro Nacional de Especialistas del CMP debe realizarse en formato impreso, acompañado del título de médico ciruja-

⁹ El trabajo médico-legal es el dedicado a la realización de peritajes y pericias médico legales (artículo 9 del Reglamento de la LTM, DS. 024-2001-SA, DOEP, 23/07/2001).

¹⁰ El Comité de Educación Médica y Especialización Profesional forma parte de los Comités Asesores Permanentes del Consejo Nacional del CMP (DS. 101-69-SA, Estatuto del CMP) y es el encargado de conocer, informar y actuar en todos los asuntos relacionados con la enseñanza médica en general y con la especialización en particular.

no, título de especialista y constancia de habilidad (estar al día en las cuotas periódicas del CMP).

V. Médico legista

76

En nuestro país, los antecedentes de la función médico legista se remontan al año 1839, cuando se establece en el Reglamento de Policía que:

«los médicos y cirujanos están obligados a dar parte al Intendente de Policía, de toda persona herida o muerta violentamente, a cuyo reconocimiento o curación fueron llamados y de cualquiera en que adviertan síntomas de envenenamiento o golpes que pudieran causar peligro de vida...».

La importancia de la Medicina Legal comenzó, en nuestro medio, a partir de la implementación del curso en la Universidad de San Marcos en 1844, pero recién el 7 de abril de 1855 se crea la cátedra de Medicina Legal y Toxicología, con la expedición del Reglamento de Instrucción Pública por Ramón Castilla.

En el Decreto Dictatorial del 4 de junio de 1855 se dispuso que en cada departamento del país hubiese un médico titular, dependiente de la facultad de Medicina y de la autoridad política. Una Ley del 19 de agosto de 1872 ordenó que los hubiera en cada capital de provincia.

En el artículo 7, b del Reglamento expedido el 22 de agosto de 1903 se dice que:

«los Médicos de Policía y los titulares se hallan obligados a practicar reconocimientos médicos legales y demás operaciones que les ordenen las autoridades, sin que puedan exigir por estos servicios retribución alguna»...

«cuando no exista en la localidad médicos de policía ni titulares, podrán las autoridades encomendar a otros médicos y en su defecto a empíricos, los reconocimientos legales y demás actos legales».

El 12 de diciembre de 1918 se expide la L. 2949, que señala:

«los Médicos de Policía se denominarán en lo sucesivo Médicos Legistas, y estarán adscritos a los Juzgados de Crimen de sus respectivas jurisdicciones como funcionarios judiciales, gozando del titularato de éstos y de los demás goces anexos».

Esta ley se cumplió sólo en la parte correspondiente al cambio de denominación de los llamados hasta entonces Médicos de Policía, dependientes de la Intendencia de Policía, por la de Médicos Legistas, dependientes del Ministerio de Justicia.

El 23 de mayo de 1985 se plasmó en la L. 24128, la creación del Instituto de Medicina Legal del Perú «Leonidas Avendaño Ureta», que centralizaba todas las funciones de la especialidad y porque era necesario formar peritos médicos y especialistas afines a dicha ciencia, para servir mejor a la administración de justicia. Por DL. 25993 del 24 de diciembre de 1992, fue transferido el referido Instituto perteneciente al Sector Justicia al Ministerio Público.

Capítulo II

La práctica médica

§ 1. Generalidades

77

«La medicina es una profesión de servicio y quien ingresa a sus filas asume la obligación de comportarse de acuerdo con sus ideales. El respeto ante la vida y la persona humana son la esencia espiritual de esos ideales y mantienen su legítima vigencia en nuestro quehacer de cada día y como auténtico tributo de nuestro arte y nuestra ciencia a la cultura y a la civilización»¹¹.

La profesión de la medicina se define como una actividad de servicio para satisfacer necesidades sociales de salud. En esta definición está implícita que la profesión médica tiene un objetivo específico, la salvaguarda de la salud. Los sujetos intervinientes son: un agente, que es el médico; un beneficiario directo, el hombre; y un beneficiario indirecto, la sociedad. Como esencia conceptual tenemos que '...para la Medicina, siempre deberá ser la persona, en su condición individual y social, su finalidad y propósito, centro de su razón de ser, de ahí su perseverante contenido humanista y social'¹².

Este objetivo es un precedente en las facultades de Medicina y es permanente fin para el ejercicio profesional, por eso deberá ser constantemente enriquecido y recreado en los programas de edu-

¹¹ Declaración de Principios del CEDCMP.

¹² Colegio Médico del Perú. Compendio de actividades y documentos de trabajo del 10, 11 y 12 de agosto de 1995, p. 19.

cación médica continua. El ejercicio de la medicina es realizado por el médico profesional colegiado que reúne los requisitos de orden intelectual y legal para el ejercicio de la profesión. El médico es el elemento humano indispensable para la conservación de la salud en una comunidad.

78 § 2. Actividad médica

La actividad médica es el conjunto de actos desarrollados por los médicos y demás profesiones de la salud que tienden a la protección de la salud y conservación de la vida.

La actividad médica es de gran interés social, tiene como fin la conservación de la salud, porque su ejercicio beneficia a toda la población. Es en base al interés social que se constituye un *monopolio médico*, de modo que la medicina sólo pueda ser ejercida por profesionales titulados. Quienes careciendo de los requisitos establecidos en la ley para el ejercicio de la medicina la practicasen, incurrirán en delito de intrusismo profesional.

La labor *ex officio* del médico es una contrapartida al monopolio de la medicina que se sustenta en el *deber* de actuar: la medicina es un servicio de pública necesidad. La omisión de un médico a brindar este servicio puede dar lugar a un daño en la vida, salud o integridad de la persona, de modo que el deber de actuar se impone en beneficio de la sociedad para tutelar el bienestar de la población.

La labor del médico es sacrificada, implica desprendimiento. En la mayoría de casos, la salud colectiva como bien social se sobrepone al derecho individual de los médicos. En este sentido, el voto singular de la doctora Delia Revoredo Marsano, que descalifica la objeción de conciencia de un médico de no querer trabajar los sábados por ser contrario a su religión:

«6. Es razonable pensar que el demandante, al escoger la medicina como profesión, conocía de antemano los sacrificios que esa carrera implica respecto a la libertad personal y especialmente, al reposo... El demandante, además, no condicionó su contratación laboral en dicho centro médico a no trabajar los días sábados. Él sí –y no la institución– sabía del impedimento religioso antes de celebrar el contrato laboral. Por otra parte, es obvio que los pacientes no pueden elegir los días en que se enferman y es igualmente evidente

que también hay necesidad de servicio médico –y generalmente más que en otros– los días sábados...

7. [Los]... médicos que trabajan en la entidad demandada tienen iguales derechos constitucionales. En teoría, entonces, –si se establece que un profesional tiene el derecho de no laborar ciertos días por necesidades de culto– todos los médicos de un mismo centro de salud podrían exigir no trabajar el mismo día de la semana basándose en que optaron por la misma religión. El principio de igualdad exige que estas inevitables restricciones al reposo semanal se repartan equitativamente entre todos los profesionales del hospital. Acceder a la solicitud de uno de ellos, porque busca ejercer un derecho que los demás también tendrían, implicaría la posibilidad negativa de tener que conceder igual ventaja a todos los que protegen el orden público... El Tribunal Constitucional debe dar mayor peso al valor de la salud colectiva como bien social, que al derecho individual del demandante a descansar los días sábados por razones de culto...»¹³.

Este criterio no fue compartido por el Tribunal basándose en el derecho a la objeción de conciencia del demandante¹⁴.

Es preciso indicar que son reconocidos como profesionales de la salud: el médico cirujano, cirujano dentista, químico farmacéutico, obstetriz, enfermero, médico veterinario, biólogo, psicólogo, nutricionista, ingeniero sanitario y asistente social, de manera que su trabajo, carrera y prestación de servicios asistenciales, es decir su actividad, puede ser realizada en el sector público o privado¹⁵.

En cuanto a la libertad para establecer el establecimiento de salud, el CEDCMP (art. 12) permite que el médico fije con amplia autonomía el lugar donde quiere realizar el ejercicio de su profesión, salvo que se encuentre limitado en su derecho por contrato de trabajo con la entidad empleadora o que de manera voluntaria haya determinado el lugar específico donde trabajará.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0895-2001-AA/TC, Lambayeque.

¹⁴ A mayor referencia *Vid.* SÁENZ DÁVALOS, Luis R.: «La objeción de conciencia. Un caso polémico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 5, N° 32, octubre de 2003.

¹⁵ L. 23536, Normas generales que regulan el trabajo y carrera de los profesionales de la salud (DOEP, 24/12/1982), DS. 019-83-PCM (DOEP, 29/3/1983) y su modificatoria, el DS. 024-83-PCM (DOEP, 08/04/1983), reglamentan dicha ley.

79 **I. Trabajo médico**

La LTM¹⁶ se encarga de normar la labor general, tanto en sector público como privado, del médico cirujano¹⁷ colegiado, tomando en consideración que el ejercicio de esta profesión, por su complejidad y especial responsabilidad en defensa de la vida y en el proceso de atención de salud de la persona es esencial para el desarrollo económico social y de la productividad nacional (art. 2).

Las modalidades del trabajo médico, según la LTM, son: asistencial, docente, administrativa y de investigación, producción y otras relacionadas con el acto médico (art. 8). La jornada asistencial del médico cirujano es de seis (6) horas diarias ininterrumpidas o su equivalente semanal de treinta y seis (36) horas o mensual de ciento cincuenta (150) horas (art. 9). El trabajo de consulta ambulatoria, en ningún caso, podrá ser mayor de cuatro (4) horas diarias ininterrumpidas, completándose la jornada laboral con actividades sanitarias de acuerdo a la realidad local (art. 10).

La LTM establece que el trabajo de guardia comprende actividades múltiples y diferenciadas de las realizadas ordinariamente: su duración no será superior a las doce (12) horas continuas. Excepcionalmente, y por necesidad del servicio, podrá extenderse hasta veinticuatro (24) horas (art. 11). El trabajo de guardia es obligatorio y sujeto a la necesidad del servicio, los profesionales mayores de cincuenta (50) años y los que sufran de enfermedades que los imposibiliten están exonerados del cumplimiento de dicho trabajo, manteniendo el derecho a percibir la bonificación correspondiente (art. 12). La guardia de retén se programa de acuerdo a los requerimientos de la especialidad y la necesidad del servicio. Durante ella, el médico cirujano está disponible para ser llamado a prestar servicios oportunos y efectivos dentro de la localidad (art. 13). Cuando el trabajo médico se realiza en la modalidad docente asistencial, es permisible el tiempo parcial en el trabajo asistencial (art. 14).

¹⁶ DLeg. 559, Ley de trabajo médico (DOEP, 30/3/1990).

¹⁷ Existe un proyecto de ley (Proyecto N° 1015, del 13/2/1996), que propone incorporar en los alcances de esta norma, a los odontólogos, químicos farmacéuticos y obstetras, en base al principio de igualdad de trato de las actividades profesionales que desarrollan los servicios médicos como el grupo de acciones de alta especialización profesional.

El Reglamento de la I.TM¹⁸ señala que el acto médico se basa en el principio de responsabilidad y abnegación que es lo fundamental del trabajo del médico-cirujano. Precisa los fines a los cuales debe encaminarse, sobre todo a la conservación de la vida humana. Señala, de un modo pormenorizado, las distintas modalidades del trabajo médico, lo concerniente a la carrera médica (Título III) tales como el ingreso; niveles, ascensos y cargos (Capítulo II); capacitación, licencia, bienestar e incentivos (Capítulo III); y remuneraciones del médico-cirujano (Capítulo IV). Todo ello con el objetivo de que las instituciones que los representan puedan participar en la política nacional de salud en lo concerniente al trabajo médico.

II. Profesionales de la medicina en las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales

80

De acuerdo al Reglamento Orgánico del Servicio de Sanidad de las Fuerzas Policiales¹⁹, son oficiales del Servicio de Sanidad de la Policía Nacional: Los facultativos de las profesiones médicas (médicos, odontólogos, farmacéuticos), los psicólogos, biólogos, enfermeros, laboratoristas clínicos, etc. (art. 21).

La asimilación para los oficiales de servicio será en el grado de Capitán para los médicos, odontólogos, farmacéuticos, psicólogos, biólogos y otros. El ingreso se efectuará en esa condición durante un período de dos (02) años, al término de los cuales obtienen la efectividad en el grado si cumplen con los requisitos reglamentarios. Los enfermeros y laboratoristas clínicos egresarán del Centro de formación profesional del servicio de sanidad de la Policía Nacional con el grado de Teniente (art. 22). Los Oficiales de servicio con profesiones médicas (médicos, odontólogos y farmacéuticos) pueden ascender hasta el grado de General, mientras que los otros profesionales (psicólogos, biólogos, enfermeros y laboratoristas clínicos) hasta el grado de Coronel (art. 23).

¹⁸ DS. 024-2001-SA (DOEP, 23/7/2001).

¹⁹ DS. 012-87-IN (DOEP, 25/4/1987) modificado por el DS. 19-90-IN (DOEP, 12/07/1990).

Una de las obligaciones derivadas de los profesionales de la medicina pertenecientes a las Fuerzas Armadas y Policiales, es desempeñarse como médicos legistas en los lugares donde no existan éstos²⁰.

81 **§ 3. *Lex artis ad hoc***

82 **I. Generalidades**

La *lex artis*, regla técnica de actuación de una profesión, se emplea para referirse a la apreciación de la labor desarrollada por un profesional, de modo que se logre determinar si la misma es correcta o no. Se aplica a las actividades profesionales y se refiere a dos aspectos importantes de ésta: la diligencia desplegada por el autor y el resultado producido.

Es aplicable a aquellas profesiones en las que es necesario actuar empleando una técnica a través de la que se obtengan los resultados de dicha labor, es decir, para aquellas actividades experimentales o científicas en las que a través de la técnica se obtienen resultados apreciables objetiva y materialmente. Se ha dicho que la *lex* se aplica para la medición de la obra o el resultado obtenido por un profesional.

83 **II. Concepto**

En el caso de la actividad médica, notamos que la aplicación de la *lex artis* depende de diversos factores, de modo tal que la técnica podrá variar dependiendo de cada caso. No podemos hablar de una *lex artis* general, sino que tratándose de la medicina, entendida como ciencia y como arte (de curar), debemos hablar de una *lex artis ad hoc*, caracterizando su aspecto especial.

Las pautas de actuación del profesional de la salud deben ajustarse a la *Lex artis ad hoc*, es decir, a una adecuada actuación, tanto profesional como humana.

²⁰ Décima Disposición Complementaria, Reglamento de organización y funciones del Instituto de Medicina Legal del Perú Leonidas Avendaño Ureta (DS. 004-86-JUS, DOEP, 4/5/1986).

III. Definición y pautas básicas

La *Lex artis ad hoc* es un juicio de valor respecto de la correcta aplicación del acto médico.

En dicha evaluación, debe tomarse en cuenta:

- El caso concreto en el que se desarrolla el acto médico.
- Las circunstancias en el que se lleva a cabo.
- Los incidentes inesperados en el normal ejercicio profesional.
- Las cualidades del autor del acto médico.
- Las características del paciente.
- La influencia de factores endógenos (estado del enfermo, ánimos de los familiares, acondicionamientos del centro de salud).

Estas consideraciones servirán para calificar el acto médico si es conforme o no a la técnica normal requerida.

En definitiva, podemos decir que la *Lex artis ad hoc* es el patrón o pauta rectora de todo arte médico, es la actuación correcta del médico. Como concepto, hace alusión a la actuación debida que debe realizar todo profesional, de acuerdo a su formación profesional y principios éticos. De tal manera, al profesional se le debe exigir una mayor atención y observancia de las reglas de su arte, que no es exigible al que no es profesional. La negligencia, entonces, aparece en aquellos casos en que el profesional ha omitido los conocimientos específicos que tiene por su especial formación.

La *Lex artis*, en su esencia, es variable por la propia naturaleza de la medicina (que se desarrolla y avanza), si bien en épocas pasadas se requería un conjunto de reglas básico, hoy en día son más especializados y técnicos.

IV. Marco legal

En forma general, el CC. considera que en las obligaciones de hacer la prestación debe cumplirse «...en el plazo y modo pactados o en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso» (art. 1148)²¹. Es una forma de considerar al

²¹ Esta norma merece ser concordada, para el caso especial del contrato de obra, con el Art. 1785 del CC.: «Artículo 1785.- No existe responsabilidad del contratista

acto médico como una obligación de hacer, en la que el profesional de la salud se compromete a realizar una actividad poniendo lo mejor de sí, su experiencia y calidad profesional.

La LGSalud establece una exclusividad en el ejercicio de los actos médicos o de salud, normándose pautas introductorias de la *lex artis ad hoc*. Considera como actos del ejercicio profesional de la medicina sujetos a la vigilancia de los Colegios Profesionales los siguientes (art. 24):

- Expedición de recetas,
- Certificados e informes,
- Ejecución de intervenciones quirúrgicas,
- Prescripción o experimentación de drogas, medicamentos o cualquier producto, sustancia o agente destinado al diagnóstico,
- Prevención o tratamiento de enfermedades.

Siguiendo con el estudio de la regulación, la LGSalud dice que quienes desarrollan actividades profesionales, técnicas o auxiliares relacionadas con la salud de las personas se limitarán a ejercerlas en el área que el título, certificado o autorización legalmente expedidos determine (art. 35). Finalmente, se refiere que los profesionales, técnicos y auxiliares son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades (art. 36).

La LTM indica genéricamente que el médico cirujano tiene, respecto del acto médico, *la más alta responsabilidad moral y legal* de sus efectos (art. 4), rigiéndose por el CEDCMP y por las disposiciones internacionales (art. 5).

El hecho que el ser humano sea objeto del ejercicio profesional médico implica que todos los actos de aplicación de la capacidad técnica, deben estar subordinados al más elevado sentido ético; éste es el principio que justifica la normatividad en la materia.

en los casos a que se refiere el artículo 1784, si prueba que la obra se ejecutó de acuerdo a *las reglas del arte* y en estricta conformidad con las instrucciones de los profesionales que elaboraron los estudios, los planos y demás documentos necesarios para la realización de la obra, cuando ellos le son proporcionados por el comitente». Las cursivas son nuestras. Sirven para resaltar cómo en este tipo de contratos se exige expresamente que su realización sea de acuerdo a las reglas del arte.

V. Criterios jurisprudenciales a tenerse en cuenta

86

La jurisprudencia local deberá tener en cuenta, de alguna manera siguiendo la tendencia del Derecho comparado, los siguientes criterios:

- La responsabilidad médica no se determina por los errores de diagnóstico, ni por falta de pericia en el desempeño de las actividades quirúrgicas (al no ser exigible en éste, ni en ningún aspecto de la vida social, la infalibilidad).
- La responsabilidad médica se determina en la medida que la culpa implique un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias ordinarias y medios.
- La responsabilidad médica se establece cuando en el tratamiento incidan conductas descuidadas que, olvidando la *Lex artis*, provoquen resultados lesivos.
- La actuación de los profesionales de la salud debe regirse por la denominada *Lex artis ad hoc*, en la que se toma en consideración el caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollan y tienen lugar, así como respecto de las incidencias inseparables en el normal actuar profesional.
- Se entiende por *Lex Artis ad hoc* aquel criterio valorativo de la correcta aplicación del acto médico realizado por el profesional, que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión.

§ 4. Acto médico

87

I. Generalidades

88

La actividad profesional responde a un interés que está representado en el ejercicio de una labor económica. Poner en práctica lo estudiado a fin de obtener una ganancia que permita al profesional vivir dignamente y mantenerse actualizado es el anhelo de toda persona. Llevar a cabo el quehacer profesional implica conocimiento, certificación y experiencia. Todo ello, y algo más, se concentra en el acto médico. El trabajo del galeno significa servicio al prójimo, satisfacción personal y un medio de desarrollarse económicamente. La actividad médica como acto profesional reviste un grado de mayor «sacralidad» en la medida que el trabajo realizado significa mucha

dedicación y esfuerzo especial al servicio del prójimo, todo esto sujeto desde sus inicios a principios, códigos y juramentos: «*Dispondré para el enfermo el régimen de vida que, de acuerdo con mi capacidad y juicio, repercuta en su provecho, alejándole del que lo perjudique o hiera*» (texto extraído del Juramento Hipocrático).

89 II. Concepto

El acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de su profesión médica.

Han de entenderse por tal los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico en la atención integral de los pacientes y aquellos que se derivan directamente de éstos (CEDCMP, art. 12).

Desde un punto de vista funcional y ético, el acto médico incluye los cargos de directivo, autoridad, funcionario, docente, asistencial, terapeuta, investigador, consultor, autor u otro en la medida que dicha función la desempeñarán en su calidad de médico, salvo que dicho cargo sea realizado en otra actividad. Son actos del ejercicio profesional de la medicina (art. 24, LGSalud), por tanto, están sujetos a la vigilancia de los colegios profesionales correspondientes:

- La expedición de recetas, de certificados e informes directamente relacionados con la atención de pacientes;
- La ejecución de intervenciones quirúrgicas; y
- La prescripción o experimentación de drogas, medicamentos o cualquier producto, sustancia o agente destinado al diagnóstico, prevención o tratamiento de enfermedades.

El acto médico es un acto humano, especial y complejo. Para su realización se requiere experiencia y conocimiento, tanto científico como previsional, en la medida que el médico debe poner en práctica la teoría, midiendo las consecuencias que pueden conllevar una acción diagnóstica o terapéutica, de allí que se diga que en buena medida, es un acto moral. La libertad, en concreto, la autonomía, es un elemento clave, dado que el médico debe actuar con independencia en la toma de sus decisiones, obviamente dentro de los parámetros fijados por el paciente en su consentimiento. ☺

Los actos médicos son de exclusivo ejercicio del profesional médico (art. 5 del Reglamento de la LTM); los realizados por otros pro-

fesionales de la salud, podemos denominarlos actos de salud o acto sanitario.

En la doctrina nacional, González Cáceres plantea una definición más amplia del acto médico, considerando que es aquel ejercicio o resultado de hacer de aquella persona legalmente autorizada para profesar y ejercer la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano²². Sobre este concepto, enmarca una definición de acto médico «como aquella actividad que es realizada por aquél que está legalmente autorizado para curar y que se desarrolla a través del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y recuperación del paciente»²³.

III. Características

90

Las características del acto médico son:

A. Profesionalidad

91

Sólo el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico. Esto quiere decir que para el ejercicio de la actividad sanitaria se necesita de la certificación y estar registrado en el Colegio profesional correspondiente.

B. Ejecución regular o típica

92

Su ejecución se realiza conforme a la denominada *Lex artis ad hoc*, de manera que existiendo una técnica, a través de la que se obtendrán los resultados, es preciso contar con principio y lineamientos que sirvan de pauta de trabajo.

C. Licitud

93

El acto médico está sustentado en la ley. Existe normatividad que regula la actividad médico-sanitaria y es en base a ella que debe desarrollarse el quehacer profesional.

²² Cfr. GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto: «El acto médico en el Perú: Aciertos y confusiones conceptuales», en: *Gestión Médica*, Lunes 1 al domingo 7 de julio del 2002, p. 10.

²³ Cfr. GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto: «El acto médico (Iatrogenia) y sus consecuencias», en: *Gestión Médica*, Lunes 16 de diciembre del 2002 al domingo 19 de enero del 2003, p. 16.

Además de las características consideradas debemos reconocer que el ámbito nacional se complementa con otras:

- *Es reservado*, la LGSalud indica con claridad que toda información relativa al acto médico tiene el carácter de reservado (art. 25), además:

‘... debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado’ (art. 29).

- *Es un quehacer profesional de servicio y de ciencia*, el acto médico es el resultado del conocimiento científico, la experiencia y la pericia, determinando que el médico pueda decidir correctamente, y en el momento adecuado, en base al interés superior del paciente.
- *Merece ser cautelado*, en el sentido que (art. 42):

‘Todo acto médico que se lleve a cabo en un establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es susceptible de auditorías externas en las que puedan verificarse los diversos procedimientos a que es sometido el paciente sean éstos para prevenir, diagnosticar, curar, rehabilitar o realizar acciones de investigación’.

- *Su ejecución se asume con responsabilidad*, la LTM, señala genéricamente que el médico cirujano tiene, respecto del acto médico, *la más alta responsabilidad moral y legal* de sus efectos (art. 4), rigiéndose por el CEDCMP y por las disposiciones internacionales (art. 5).

94 IV. Formas

Los actos médicos se presentan de la siguiente forma:

- *Actos médicos corpóreos*. - Se presentan en dos casos:
 - Actos directos: prevención o profilaxis, diagnóstico, prescripción, tratamiento y rehabilitación.
 - Actos indirectos: transplantes de órganos, transfusiones sanguíneas, necropsias y la investigación o experimentación tanto en seres vivos como en cadáveres, entre otros.
- *Actos médicos extracorpóreos*: son los casos de investigación o experimentación médica.
- *Acto médico documental*. - Es un complementario de los actos médicos anteriores y su importancia legal está en representar un medio

de prueba en cualquier proceso. En él se incluyen el certificado médico, la receta y la historia clínica, la epicrisis y la nota de alta.

§ 5. Medicina tradicional

95

I. La ciencia de curar en el antiguo Perú

96

A. Antecedentes históricos

97

El origen de la medicina peruana es tan oscuro como el de la medicina en todos los pueblos primitivos²⁴. Se discute si fue la divinidad quien dio a los peruanos las primeras nociones de medicina²⁵ o si fue el propio fundador del Imperio Incaico (Manco Cápac) quien lo hizo²⁶. No existe un momento preciso o un forjador identificado de los orígenes de la medicina en el Perú. A ello debe sumarse la falta de una historia escrita; lo que se conoce sobre la misma se debe tanto a los cronistas del siglo XVI que traducían lo que veían u oían, así como a los estudios de las tumbas y las prácticas ancestrales de los curanderos.

Esta materia es tratada por Fernández Ibarguen, quien nos dice que:

«La Medicina Tradicional Peruana es tan antigua como el hombre que llegó a América. Tal como la conocemos, ha evolucionado a partir de la forma en que el hombre primitivo afrontaba y daba solución al problema de la salud. Su campo de acción es tan amplio que abarca no sólo el manejo de las plantas medicinales y/o mágicas en el tratamiento de los males, sino también aspectos del campo de la psicología del hombre, sus creencias y reverencias en los dioses, las fuerzas de la naturaleza y patrones espirituales muy profundos de que estaban imbuidos, los maestros practicantes de la Medicina Tradicional Peruana.

La Organización Mundial de la Salud, en 1977, definió la Medicina tradicional como: «La suma de conocimientos prácticos y teóricos explicables o no, utilizados para el diagnóstico, prevención y supresión de trastornos físicos, mentales y sociales basados exclu-

²⁴ VALDIZÁN, Herminio: *Historia de la medicina peruana*, Lima, Editorial Hora del Hombre, 1944, p. 145.

²⁵ URTEAGA, Horacio y ROMERO, Carlos: 'Relación de fábulas y ritos de los Incas', en: *Colección de libros y documentos referentes a la historia del Perú*, Vol. I, Lima, 1916, p. 10.

²⁶ DE LA VEGA, Garcilaso: *Comentarios reales*, Lima, 1918, Vol. I, pp. 49 y 50.

sivamente en la experiencia y las observaciones, transmitidos verbalmente o por escrito de una generación a otra».

Para adecuarnos mejor a la interpretación de la Medicina Tradicional Peruana, considero necesaria la definición que han dado los estudiosos peruanos Valdizán, Ponce y Frisancho, sobre el concepto de la Medicina Tradicional, la que es denominada Medicina Folklórica, como señalamos a continuación: «La Medicina Folklórica comprende el estudio de ideas, conceptos, creencias, mitos y procedimientos relativos a la enfermedad, en su etiología, en su nosología y en sus procedimientos de diagnóstico, pronóstico, terapéutica y prevención; que se transmiten por tradición y la palabra de generación en generación, dentro del sector de la sociedad que constituye el Folklore». Esta definición es más integral y expresa, con mayor aproximación a la realidad de nuestra Medicina Tradicional.

La Medicina Tradicional Peruana, original del Incanato, con la conquista española, sufre el impacto de las dos culturas, de Quijote e Inca; los españoles aportaron su propia medicina, la que imperaba en Europa y como resultado de este choque de culturas, se producen las dos vertientes de los sistemas médicos que subsisten hasta la fecha: la Medicina Tradicional propiamente dicha y la Medicina Académica Científica llamada también Occidental, que se proyectan al próximo siglo, estableciendo una articulación de ambos sistemas, como propugna la OMS y señalamos en capítulo aparte²⁷.

Lo que sí es innegable es que «el legado médico que recibieron y perfeccionaron los incas fue, para su época y en comparación con el mismo que se tenía en Europa, de un avance verdaderamente portentoso»²⁸. Una forma de saber, a criterio de García Cáceres, el grado de desarrollo en medicina que alcanzaron los Incas es a través del lenguaje. Tenían un vocabulario específico muy preciso para las partes del cuerpo y sus dolencias²⁹.

²⁷ FERNÁNDEZ IBARGUÉN, Manuel: «Medicina Tradicional», en: *Historia de la medicina peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo [Editor] y DELGADO MATA LLANA, Gustavo [Compilador]), Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000, t. II, p. 1103.

²⁸ ROEL PINEDA, Virgilio: *Cultura peruana e historia de los Incas*, Lima, Coedición Fondo de Cultura Económica y Universidad Alas Peruanas, 2001, p. 164.

²⁹ GARCÍA CÁCERES, Uriel: «Salud», en: *Enciclopedia Temática del Perú*, Lima, Ediciones El Comercio, 2004, t. XII, p. 19.

B. Medicina, magia y religión

La medicina en el Antiguo Perú se practicó en estrecha relación con la magia y la religión³⁰, a ello se debe agregar que las ciencias curativas y los ritos religiosos tenían tanto en común que, a fin de comprender la medicina incaica como profesión, es necesario estudiar la religión, sus sistemas de adoración y adivinación tomando en cuenta su sistema politeísta caótico³¹. Esta singularidad de la práctica médica ha llevado a sostener que la medicina peruana precolombina fue todo un fenómeno cultural, como parte del folklore³².

Incluso actualmente existe un sincretismo religioso en la medida que:

«Todos los operadores terapéuticos del ande septentrional no tienen ningún tipo de conflicto entre sus creencias ancestrales y su religión (por lo general, son católicos); por el contrario, han incorporado en sus ritos ancestrales la intervención de santos, La Virgen y Jesús. Todos antes de iniciar un rito piden permiso a Dios para llevarlo a cabo con un buen final. Dentro de este marco se deben interpretar las creencias y ritos terapéuticos. En las curaciones del *susto* se comprueba la vigencia del sincretismo: los sahumerios y los pagos se realizan en cruz, esta práctica tiene dos significados no contradictorios, sino más bien doblemente eficaces, por parte de la cultura ancestral el hacer pasar ya sea al niño o una prenda de él revela la preocupación de no olvidar las cuatro direcciones del espacio de donde puede llegar la *sombra* (el signo de la «cruz andina» es el signo de la Pachamama), a esto se superpone la interpretación católica de la cruz. También en el hecho de arrojar en el fuego para el sahúmo «cosas benditas» como el romero y el laurel»³³.

³⁰ KAUFFMANN, Federico: *Historia general de los peruanos (El Perú antiguo)*, Lima, Peisa, 1986, t. I, p. 645.

³¹ CABIESES, Fernando: *Dioses y enfermedades (La medicina en el antiguo Perú)*, Lima, Artegraf, 1974, p. 175.

³² Jorge BASADRE dice bien que «El folklore es la expresión de la cultura popular, recoge la cultura de los incultos. Hay folklore jurídico, así como hay folklore musical, folklore literario, folklore médico, etc.». Vid. BASADRE, Jorge: *Fundamentos de la historia del Derecho*, Lima, Librería Internacional del Perú, 1956, p. 58.

³³ CHÁVEZ HUALPA, Fabiola: «Curaciones del síndrome cultural del susto por operadoras terapéuticas femeninas en los andes septentrionales», en: *Historia de la Medicina Peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATAALLANA, Gustavo: Compilador), Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional

La causa de las enfermedades radica en gran parte en las creencias. Los síndromes culturales (o tradicionales) son enfermedades que tienen como origen el *modus vivendi*, la cultura e idiosincrasia de los pueblos. Las curaciones de estos síndromes más comunes como el ojeo, el aire, la kaika, el daño, la envidia, el susto (que es el niño que ha perdido la sombra). Algunos de estos casos, en especial, el último, son tratados por las parteras (que brindan atenciones a la mujer durante todo el ciclo vital –desde la menarquía hasta el postparto– y a los infantes) y representan una medicina importante en nuestro medio, requiriendo de una investigación y análisis serios antes de que el proceso de desculturización la haga desaparecer³⁴.

La medicina del Antiguo Perú fue bruscamente detenida por la Conquista española, sufriendo un proceso de transculturización. Nuestra medicina, como dice Roel Pineda³⁵, se degradó enormemente porque la de los invasores era por demás primitiva frente a la inca (que había recibido un extraordinario legado creado en milenios de paciente trabajo). Este encuentro de dos ciencias, que acabó en una rara fusión de prácticas tradicionales con las del Viejo Mundo, impide vislumbrar cuál habría sido el futuro de la medicina peruana si hubiera continuado desarrollándose de manera autónoma³⁶.

99 C. Enfermedades, salud pública e intervenciones quirúrgicas

La base de la salud en el Incario se sustentó en una buena alimentación, cuidado tanto físico como moral y la protección del medio ambiente. En términos generales se gozaba de buena salud. La enfermedad era combatida en niveles. El médico intervenía en última instancia, cuando otros procedimientos fracasaban. En un primer momento, las enfermedades se trataban a través de la religión (la jeraquía sacerdotal estaba conformada por los *huillac*, los *umu* o *us yanapac*)

Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000, t. II, p. 944.

³⁴ CHÁVEZ HUALPA: «Curaciones del síndrome cultural del susto por operadoras terapéuticas femeninas en los andes septentrionales», cit., p. 933.

³⁵ ROEL PINEDA: *Cultura peruana e historia de los Incas*, cit., p. 164.

³⁶ Para mayor detalle puede verse CABIESES: *Dioses y enfermedades (La medicina en el antiguo Perú)*, cit., en especial el prólogo.

que brindaba los cuidados del caso; si pese a ello el enfermo no se curaba se recurría a la limpieza del espíritu y el cuerpo (ayunos y cura espiritual que eran recetados por los *ichuru*); en última medida, si ninguno de los anteriores daba resultado, intervenían, recién, los maestros de la medicina natural (*hamutaq*, *amautas*, *hampicamayoc* y *sirkak*) que eran parte de la élite social (tenían categoría de Incas)³⁷.

En gran medida, las enfermedades se suponían causadas por el susto, por un pecado o por un maleficio y estos males eran atacados con magia y hierba; los Incas fueron grandes herbolarios.

A pesar de estos procesos tradicionales de curar, el Imperio Incaico contó con un sistema muy organizado de salud pública, pero llama la atención, en la historia del Perú antiguo, la ausencia absoluta de una institución que pudiese representar un equivalente de la asistencia hospitalaria. La explicación de esta falta de asistencia al enfermo se debe a la creencia que la enfermedad era un castigo de los dioses. Los primeros peruanos, que tanto cuidaban de sus hospederías, apaciguando la fatiga producto del ejercicio y no del castigo de la divinidad, no pensaron en el establecimiento de hospitales, tal vez para no incurrir en el enojo de aquellas divinidades que habían enfermado al hombre a título de castigo. No debe dejar de considerarse que sus sistemas curativos no requerían de la hospitalización; el hechicero o el curandero no necesitaba ejercer su acción benéfica en el ambiente hospitalario y el enfermo podía tomar sus remedios o sufrir las curaciones en su casa y ayunar en ella³⁸ o bien permanecía en las huacas o tambos.

En los pueblos primitivos del Perú se realizaban intervenciones quirúrgicas de diversa importancia desde la deshidratación de abscesos, la extracción de cuerpos extraños hasta otros más simples, pero mejor regladas, como la perforación del pabellón auricular, circuncisiones, partos, succuines y sangrías. Entre sus instrumentos quirúrgicos tenemos el Tumi (que no es otra cosa que un bisturí), todo un símbolo actual. Como anestesia utilizaron la chicha de jora, que permitía adormecer (en buena cuenta emborrachar) al paciente y practicarle, sin dolor alguno, cualquier operación. Las cirugías fueron avanzadísimas: amputaciones de brazos, antebrazos, muslos y pier-

³⁷ ROEL PINEDA: *Cultura peruana e historia de los Incas*, cit., p. 182.

³⁸ VALDIZÁN: *Historia de la medicina peruana*, cit., p. 145.

nas. Otras causan hoy admiración; la más saltante de todas (sin necesidad de ser la más importante) fue la trepanación.

Las trepanaciones se utilizaban para eliminar los fragmentos de huesos de herida en la cabeza, tanto para curar por accidentes (golpes, fracturas), como para liberar al enfermo de un espíritu posesionado de él (enfermedades mentales). Este tema se ha venido estudiando y existen investigaciones que nos dicen que el 50% de las trepanaciones se realizaron:

«para reparar algún trauma sufrido por el causante, en tanto que la otra mitad fue para tratar quirúrgicamente la cefalea o un mal cerebral»³⁹.

La operación se efectuaba anestesiando al sujeto. Se cree que la hoja de coca y otros pudieron servir de analgésicos; con un cuchillo de obsidiana, oro o plata, se cortaba el cuero cabelludo hasta llegar al hueso; por lo general, una vez terminada la operación, se cubría el área con una placa de oro y se colocaban los vendajes respectivos⁴⁰.

Se estima que el desenvolvimiento de la cirugía craneana durante toda su evolución va desde los 3,000 años antes de Cristo (Cultura Paracas) hasta el siglo XVI de nuestra era ⁴¹ (Cultura Inca).

100 D. Las técnicas curativas y la profesión de la medicina folklórica del Antiguo Perú

Queda dentro del ámbito de la suposición, de la incógnita, si en aquellos tiempos una persona podía dedicarse estrictamente a la profesión de médico sin ser simultáneamente sacerdote o mago. Es así que la profesión de la medicina independiente es negada, si no aparece unida con pases mágicos, sortilegios y ritos religiosos⁴².

Entre las variadas técnicas curativas tenemos:

³⁹ ROEL PINEDA: *Cultura peruana e historia de los Incas*, cit., p. 189.

⁴⁰ Nota de referencia en el Museo Arqueológico de Qoricancha, Plazoleta de Santo Domingo, Cusco, julio de 2004.

⁴¹ ROCCA, Esteban y otros: *Las trepanaciones craneanas en el Perú en la época pre-hispánica*, Lima, Editorial Santa María, 1980, p. 340.

⁴² CABIESES: *Dioses y enfermedades (La medicina en el antiguo Perú)*, cit., p. 209.

- La de los *curanderos* y los *inspiradores*, sus conocimientos eran métodos secretos, sobrenaturales y realizaban sacrificios, su medicina era mágica. Buscaban la cura en los sueños y alucinaciones.
- La de los *sacerdotes*, que curaban consultando a los dioses o a una deidad en especial.
- La de los *hechiceros*, que predicaban sus curaciones con el sacrificio del cuy (*guinea-pig*).
- La de los que se iniciaban en el arte de la medicina por su propia experiencia con una determinada enfermedad. De manera que como se curaron ellos curaban a sus pacientes.

Esta diversidad de técnicas curativas no deben ser confundidas con profesiones médicas. Los cronistas, con un afán metodológico, tipificaron cada proceso curativo con un nombre, a fin de asemejarlo con la medicina occidental. Tal es el caso del término utilizado para designar al médico, *Hampi-camayoc* (*hampi*, medicina y *camayoc*, el que practica algo) y el utilizado para el médico cirujano, *Chukri-hampi-camayoc* (*Chukri*, un tipo de herida).

II. Arte tradicional de curar

101

Es de interés y atención preferente del Estado la promoción de la medicina tradicional (art. XVII, LGSalud). Sin embargo, no existe una legislación especial sobre esta materia, considerándose que la normativa debe tratar temas diversos como son las plantas medicinales y el ejercicio de la práctica médica tradicional.

Se ha sostenido que:

«El Perú, igual que los países latinoamericanos, no tiene todavía una legislación integral sobre el uso de las plantas medicinales, sólo existen dispositivos aislados en diversos aspectos del control y preservación de las especies medicinales y alimentarias. Existe un Código Sanitario en proyecto, pendiente de su aprobación y promulgación en el que se contempla el control y uso racional de los recursos medicinales y alimentarios, así como el desenvolvimiento de los practicantes de la Medicina Tradicional»⁴³.

⁴³ FERNÁNDEZ IBARGUÉN, Manuel: «Medicina Tradicional», en: *Historia de la medicina peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATALLANA,

Debe tenerse en cuenta que en el Perú la denominada medicina indígena y popular, sustentada en gran parte por el curanderismo, la adivinación y la brujería, es una realidad nacional.

Con claridad y versatilidad de datos, Silva Santisteban⁴⁴ explica que la cura de enfermedades en la medicina indígena está sustentada en la imaginación, la creencia y la sugestión. Las enfermedades indígenas son tan misteriosas que no pudiendo ser explicadas racional y lógicamente se recurre a la magia, el animismo y otras causas sobrenaturales a fin de darles una explicación. Por ejemplo, se habla del *raption* (pérdida de la conciencia) como causa esencial de las enfermedades. Para su tratamiento, se utilizan curiosos métodos terapéuticos (pero no menos efectivos) como la *limpia del cuy* (frotamiento del cuy en el cuerpo del enfermo), la *limpia del huevo* y *limpia del periódico*, el *shukaki* (reventón del pelo), la *santiguada* (hacer la señal de la cruz con rezos) y, entre otros tantos, el *baño de hierba santa*. Para evitar el mal de ojo (la ojeada), de tan común creencia, se colocan cintas y el famoso huayruro (semilla roja y negra).

102 A. Chamán

De la realidad práctica a las consideraciones legales existe un abismo. La medicina linda con lo mágico, religioso y espiritual.

Los chamanes son denominados también por los campesinos de la cordillera andina curanderos, maestros, adivinos, sabios. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (22ª edición, 2001), lo define:

Chamán. (Del fr. *chaman*, y este del tungús *šaman*). 1. m. Hechicero al que se supone dotado de poderes sobrenaturales para sanar a los enfermos, adivinar, invocar a los espíritus, etc.

Silva Santisteban nos dice que «Hay quienes prefieren referirse al chamán como al *médico-brujo*, puesto que su principal forma de activi-

Gustavo: Compilador), Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la medicina peruana, 2000, t. II, p. 1122.

⁴⁴ SILVA SANTISTEBAN, Fernando: «El pensamiento mágico-religioso en el Perú contemporáneo», en: *Historia del Perú*, 3ª edición, Tomo XII, Lima, Editorial Juan Mejía Baca, noviembre de 1981, pp. 80 a 99.

dad es la medicina mágica»⁴⁵. En este sentido, el chamán es tanto un mago como un brujo que a través de prácticas *solo por él conocidas* actúa de mediador entre los miembros de un grupo y los espíritus. Con una fuerte influencia y consolidación en la selva, la figura del brujo es esencial, como se ha dicho es una zona de gran tradición chamánica⁴⁶.

A nivel de proyectos normativos, se ha sostenido que el hecho de considerar a los curanderos, espiritistas, hechiceros, en términos generales, a los chamanes, y en ciertos casos a las parteras, como parte del ejercicio ilegal de la medicina, no implica negar, necesariamente, nuestra realidad nacional⁴⁷, pues la medicina tradicional se remonta siglos atrás en el Perú (época preinca). Buscar una justificación para reglar la praxis de este tipo de tratamientos de la salud implica un replanteamiento de las leyes. Pero en cierta manera, existe una condescendencia, por así decirlo y se ha buscado dar un tratamiento especial a estas «artes de curar», como dice Polia:

«[Hace]... más de veinte años, los chamanes en el Perú eran acusados de ejercicio ilegal de la medicina. Poder público, párrocos, periodistas y médicos, colaboraban en aquella caza de brujos. Los *maestros* podían ser encarcelados por una sospecha, por envidia, por venganza, por una calumnia—como sucedía en Europa a muchas de las mujeres quemadas como brujas— o por el resultado fatal de la curación»⁴⁸.

Gran parte de la sociedad indígena⁴⁹ tiene sus propias costumbres y confía en las artes curativas del chamanismo, que es toda una disciplina. Sobre el tema, Fernando Silva Santisteban sostiene:

⁴⁵ SILVA SANTISTEBAN, Fernando: *Antropología. Conceptos y nociones generales*, 4ª edición, Lima, Fondo de Cultura Económica y Universidad de Lima, 1998, p. 511.

⁴⁶ SILVA SANTISTEBAN, Fernando: «El Perú mágico. Mitos y leyendas de nuestro país», en: *El Dominical*, N° 295, Suplemento de actualidad cultural del diario *El Comercio*, 14 de noviembre de 2004, p. 14.

⁴⁷ Un proyecto de ley presentado al Congreso de la República, que fuera rechazado en el Pleno, buscaba legalizar la actividad de los *curanderos*, *herbolarios*, *hueseros*, *rezadores* y *parteras* (Proyecto de ley 763/95-CR, del 2/4/1996), mientras que otro, pretendió reconocer la medicina tradicional y tuvo dictamen negativo de la Comisión de Salud, Población y Familia del Congreso (Proyecto de ley 4004/98-CR, del 27/11/1998).

⁴⁸ POLIA MECONI, Mario: *La sangre del Cóndor. Chamanes de los Andes*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2001, pp. 61 y 62.

⁴⁹ Debe considerarse que un 30 por ciento de la población peruana es indígena, 60 por ciento mestizos y 10 por ciento descendientes directos de inmigrantes.

«El chamanismo constituye una especialidad mágico-religiosa que se desarrolla en torno al *chamán*; esto es, de un personaje de carne y hueso, pero que se supone tiene poderes o cualidades especiales como son el dominio de determinados espíritus o categorías de la naturaleza extrahumana con los cuales puede comunicarse a través de un estado anímico, o sea del trance o «vuelo mágico» especialmente propiciado»⁵⁰.

Es un tema real, cuya praxis se lleva a cabo en nuestro país de una manera difundida, por lo que no podemos ser ajenos a esta realidad, por el contrario, es necesario favorecer la implementación de mecanismos de protección y defensa de esta cultura médica en el tratamiento de las enfermedades.

103 III. Instituto Nacional de Medicina Tradicional

El Instituto Nacional de Medicina Tradicional (INMETRA) es un organismo público descentralizado, con personería jurídica de derecho público interno del sector salud. Es el encargado de formular la política de medicina tradicional a nivel nacional, en coordinación con los gobiernos regionales y locales, coordinadoras filiales, la universidad peruana y las entidades que conforman el Sistema Nacional de Salud, dentro de los lineamientos de la política nacional de salud establecida por el gobierno. Los objetivos del INMETRA son, entre otros: Promover la investigación y docencia que coadyuve a difundir, descubrir, recuperar, revalorar y registrar los conocimientos prácticos, experiencias y costumbres de la medicina tradicional en las distintas regiones del país, preservar los recursos y productos naturales; promover la democratización de la salud en el Perú; establecer un banco de datos especializados y estadísticos para brindar servicios de información a nivel nacional e internacional.

Según Cabieses Molina⁵¹, el INMETRA ha propuesto que el curandero o la partera se inscriban en su comunidad, de modo que ésta certi-

⁵⁰ SILVA SANTISTEBAN: *Antropología. Conceptos y nociones generales*, cit., p. 510.

⁵¹ Información obtenida de la entrevista realizada al médico FERNANDO CABIESES MOLINA, Director del Instituto Nacional de Medicina Tradicional del Ministerio de Salud, el 19/3/1999.

fique el reconocimiento de aquellos; posteriormente, este reconocimiento debe llevarse al puesto de salud más cercano donde será sellado por el MINSA, de esta forma, pueden actuar legalmente en su comunidad, no así fuera de ella. La partera puede ejercer su oficio si se inscribe en el MINSA, bajo la supervigilancia de una persona colegiada, de una obstetriz o de un médico. Por su parte, el curandero para ejercer su oficio debe estar inscrito en un padrón y responderá por él un médico, incluso el curandero podrá recetar hierbas (sábila o ruda) pero el médico sabrá a quien le da su firma, siendo responsable directo (al autorizar la receta) y; en caso contrario, será sancionado porque está en contra de la ley.

A. Herbicultores

104

Respecto de los herbicultores, la jurisprudencia penal se ha pronunciado en el siguiente sentido:

«No constituye delito de ejercicio ilegal de la medicina, los actos aislados de un acusado que no se dedicaba habitualmente a curar, sino que administraba algunas yerbas medicinales para determinadas enfermedades, en casos aislados»⁵².

En igual sentido, Peña Cabrera⁵³, en la doctrina nacional, sostiene que la conducta de sancionar a los herbicultores resultaría de aplicación irracional porque en nuestro medio vemos que la precariedad de la vida lleva a un gran sector de la población a recurrir a la denominada medicina informal, principalmente a la herbicultura.

IV. La medicina tradicional y la medicina occidental

105

La medicina tradicional está conformada por las prácticas médicas que forman parte de la cultura milenaria de una comunidad.

Valdivia Ponce la define:

«La medicina folclórica, llamada medicina tradicional, comprende el conjunto de ideas, conceptos, creencias, mitos, procedi-

⁵² Ejecutoria, 5/12/1939, *Revista de los Tribunales*, 1939, p. 306. Vid. ESPINO PÉREZ, José: *Código Penal*, 6ª ed., Lima, Editorial Importadora Sevillano, 1982, p. 364.

⁵³ Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de derecho penal*, Lima, Editorial Sagitario, 1990, Vol. IV, Parte Especial, p. 59.

mientos relativos a las enfermedades; su etiología, nosología y procedimientos de diagnóstico, pronóstico, terapéutica y prevención que se transmiten por tradición y verbalmente, de generación en generación, dentro del sector de la sociedad llamado pueblo»⁵⁴.

Un punto esencial que debe tomarse en cuenta en la política de salud:

«... es la articulación de la medicina tradicional y occidental, ya que siempre habrá un sector de la población que en forma temporal quedará fuera del alcance de los servicios modernos. Esta brecha es normal si consideramos que físicamente el Perú presenta zonas geográficas muy difíciles y no se puede pensar que en cada 'rincón o esquina' de la sierra se va a construir un hospital o centro de salud... se necesita trabajar con las personas que conocen y aplican la medicina tradicional en sus comunidades, que generalmente son las parteras. Primero hay que aprender de ellas y luego capacitarlas»⁵⁵.

La cultura es un elemento fundamental en la decisión de la persona para cuidar de su salud, muchas prefieren la medicina tradicional, basada en sus creencias ancestrales o por publicidad efectista, lo que determina que en el Perú la idiosincrasia en el cuidado de la salud sea muy especial.

106 V. Plantas medicinales

107 A. Generalidades

Las plantas medicinales son aquellas cuya calidad y cantidad de principios activos tienen propiedades terapéuticas comprobadas científicamente en beneficio de la salud humana. El Perú es un país con una diversidad de flora única a nivel mundial representada por más de 25,000 plantas, de las que un promedio de 1,400 tienen propiedades curativas. Sus cualidades medicinales se han convertido en el principal insumo de la industria farmacológica en el mundo entero.

⁵⁴ Cit. por GARCÍA CÁCERES, Uriel: «Salud», en: *Enciclopedia Temática del Perú*, Lima, Ediciones El Comercio, 2004, t. XII, p. 28.

⁵⁵ 'El Perú ha logrado mejorar la calidad y cobertura de los servicios de salud', entrevista realizada a Marie-Andrée ROMISH representante de la Organización Panamericana de la Salud, en: *DOEP*, 4 de agosto de 1999, p. 6.

LAS PLANTAS MEDICINALES

Uña de Gato, Quishuara, Ratania, Sapote, Sapote goma, Sangre de grado, Tara en vaina, Totorá, Thola, Ungurahui, Yareta.

Se ha determinado la necesidad de contar con un inventario nacional de plantas medicinales a cargo del Ministerio de Salud, INMETRA, el Colegio Químico Farmacéutico del Perú y el Colegio de Biólogos del Perú⁵⁶.

B. Marco legal

108

Las plantas medicinales cuentan con una regulación jurídica especial para su protección y se prioriza su estudio a efectos de dirigir, promover y ejecutar proyectos de investigación en prácticas tradicionales de salud⁵⁷. Se regula jurídicamente el aprovechamiento sostenible de las mismas, en armonía con el interés ambiental, social, sanitario y económico de la nación⁵⁸.

La LGSalud indica que la autoridad de salud elaborará un listado de plantas medicinales de uso restringido o prohibido por razón de su toxicidad o peligrosidad (art. 62). La comercialización de plantas medicinales y sus preparados se sujeta a los requisitos de ley, salvo que se trate de plantas medicinales sin referencia a propiedades terapéuticas, diagnósticas o preventivas, las que podrán comercializarse libremente (art. 63).

C. Producción y comercialización

109

Las plantas medicinales sin referencia a propiedades terapéuticas, diagnósticas o preventivas están eximidas del registro sanitario⁵⁹, sin

⁵⁶ Art.3, L. 27300, *DOEP*, 8/7/2000.

⁵⁷ Objetivos, funciones y organización del Instituto nacional de salud, RM. 0068-86-SA/DVM y el Reglamento de organización y funciones del Instituto Nacional de Salud, RM. 178-95-SA/DM (*DOEP*, 31/03/1995).

⁵⁸ L. 27300 (*DOEP*, 8/7/2000), Ley de aprovechamiento sostenible de las plantas medicinales y DS. 068-2001-PCM (*DOEP*, 21/06/2001) Aprueban el Reglamento de la Ley sobre Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica.

⁵⁹ A través del Registro Sanitario, la autoridad de salud vigila las características higiénicas y sanitarias de todo alimento, bebida, producto cosmético, insumo o

perjuicio de las certificaciones sanitarias exigidas por el Ministerio de Agricultura para su importación⁶⁰. La venta de los recursos naturales de uso en salud es sin receta médica, salvo que se trate de un recurso de origen vegetal comprendido en el listado de plantas medicinales de uso restringido a que se refiere la LGSalud (art. 62) o de una asociación de recursos naturales⁶¹.

La ley de aprovechamiento sostenible de las plantas medicinales⁶² (arts. 10 y 11) establece la promoción en las comunidades campesinas y nativas, las áreas urbano marginales, el establecimiento de jardines botánicos de plantas medicinales, con el objeto de impulsar programas de establecimiento y recuperación de áreas ecológicas. Por otro lado, se fomenta la exportación de plantas de valor agregado (art. 12).

110 VI. La hoja de coca

111 A. Aspectos básicos

Las propiedades nutricionales y terapéuticas de la hoja de coca, reconocidas por el hombre peruano desde hace milenios (la divina planta de los dioses) aparte de mitigar el hambre, sed y cansancio es tenida como una planta mágica⁶³ y ha trascendido universalmente, figurando en diversas farmacopeas internacionales. Desde hace más de una década, expertos de la OMS han venido ubicando a la coca en los listados relativos a las plantas medicinales.

A solicitud del gobierno peruano, la OMS expresó su voluntad (marzo, 1992) de examinar y validar los resultados de investigaciones acerca de las propiedades terapéuticas y nutricionales de la coca. Con financiamiento de la Empresa Nacional de la Coca (ENACO) y el

instrumental médico y productos de higiene personal y doméstica que quiera comercializarse (arts. 88 a 92, LGSalud).

⁶⁰ Circular sobre requisitos para la autorización de importaciones de productos sujetos al Registro Sanitario (Circular 46-39-97-ADUANAS-INTA, DOEP, 26/8/1997, numeral 3).

⁶¹ Art. 77, Reglamento para el registro, control y vigilancia sanitaria de productos farmacéuticos y afines (DS. 010-97-SA, DOEP, 24/12/1997).

⁶² L. 27300 (DOEP, 8/7/2000).

⁶³ KAUFFMANN: *Historia general de los peruanos (El Perú antiguo)*, cit., p. 646.

Instituto de Medicina Tradicional del MINSA, se han emprendido las siguientes tres líneas de investigación:

- a) Efectos sobre la salud mental del uso tradicional de la coca;
- b) Tratamiento de la *Leishmaniasis* por el método tradicional; y
- c) Coca y fatiga mental.

Los resultados preliminares son positivos. En su informe anual de 1993, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) expresa su esperanza en cuanto a que los resultados de las investigaciones científicas que provea el gobierno peruano contribuyan a resolver la controversia existente en torno a la clasificación de la hoja de coca (Lista 1 de la Convención única de 1961).

B. La hoja de coca. Recurso andino y medicina tradicional

112

Nos dice Fernández Ibarguén que:

«Una de las características principales de la medicina tradicional andina es la inclusión de la coca en el arsenal terapéutico que emplean los curanderos: magos, hechiceros, adivinos y tantos otros, no hay remedio donde no esté presente esta planta sagrada de los Incas, se aplica en los tratamientos corporales, mentales y aun espirituales, así como el pago a la tierra o mama pacha y actos rituales de gran reverencia a los Dioses y fuerzas de la naturaleza»⁶⁴.

El Plan Nacional de Prevención y Control de Drogas⁶⁵ contempla la investigación para el uso benéfico de la hoja de coca, teniendo como estrategia crear una Comisión nacional para la investigación y la difusión de sus propiedades terapéuticas y nutricionales, diferenciando el citado recurso de las drogas, estupefacientes y psicotrópicas. En base a los resultados de las acciones descritas, se propicia la ampliación de los usos lícitos y observando los procedimientos previstos en la normatividad internacional vigente; el propósito es considerar

⁶⁴ FERNÁNDEZ IBARGUÉN, Manuel: «Medicina Tradicional», en: *Historia de la Medicina Peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATAALLANA, Gustavo: Compilador), Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000, t. II, p. 1124.

⁶⁵ DS. 82-94-PCM (DOEP, 3/10/1994).

nuevos usos alternativos de la coca, como recurso andino, en beneficio de la humanidad.

114 VII. Plantas sagradas

Se trata de plantas psiquedélicas (deriva de los términos griegos *psiké* y *deloun*, que significa algo que manifiesta la mente, el espíritu o el alma). Son usadas en la medicina tradicional y tienen un tratamiento especial mediante ceremonias, rituales en los que los conocimientos técnicos médicos no son necesarios, solo se confían en la reacción espiritual del paciente.

Entre ellas, tenemos:

- *La Ayahuasca*, sirve para la adivinación, diagnóstico y tratamiento de enfermedades en contextos ceremoniales. Provoca estados de carácter curativo, místico y visionario (las alucinaciones y estados alterados de la conciencia). Beber Ayahuasca es ingresar en una dimensión de la conciencia, donde los referentes espacio-temporales normales cambian radicalmente. Se ingresa en un estado en el que nos es muy fácil recordar el pasado y nos es transparente nuestro presente. A partir del reconocimiento de nuestro pasado y presente, podemos emprender una verdadera proyección y sanación de la salud en base a la sugestión.

Dice Fernando Silva Santisteban que:

«En la Amazonía la práctica chamánica por excelencia es el rito del *ayawaska*, que corresponde a un amplísimo complejo chamánico que se extiende en Sudamérica por los afluentes del Alto Orinoco y la Cuenca del Amazonas, en las selvas de Colombia, Ecuador, Perú y Brasil. El uso del *ayawaska*, mejor dicho, de las propiedades alucinógenas y psicotrópicas que poseen las diferentes variedades de este género de planta (*banisteria s.p.*), juega un papel decisivo en la preservación de los mitos y de las creencias, en la adivinación y fundamentalmente, en las prácticas de la medicina *folk*»⁶⁶.

- *El San Pedro*, se trata de un cactus con poderes alucinógenos. Es una planta que permite la aplicación de un sector de la medicina

⁶⁶ SILVA SANTISTEBAN: *Antropología. Conceptos y nociones generales*, cit., p. 513.

tradicional; es considerada una droga ritual (hasta cierto punto sacramental), en tal forma que la subjetividad humana y la liturgia son claves para el acto sanatorio.

El experto en historia de las religiones y antropología religiosa, Mario Polia Meconi, manifiesta que el uso de San Pedro es ancestral, habiéndose encontrado restos de por lo menos 2000 a.C (Las Aldas) y en ofrendas del 1000 a.C (Chavín de Huantar)⁶⁷. El autor indica, con autoridad personal y vivencial, que:

«El San Pedro es sede de un espíritu que abre la puerta a las visiones. Considerada como su cuerpo, la planta requiere de ofrendas propiciatorias y un especial estado de pureza en quien la recolecte, en quien se alimente de ella y también en los instrumentos usados para recogerla y prepararla, para que la mente se adormezca y el espíritu vuele libre fuera del cuerpo sin vínculos ni impedimentos»⁶⁸. Su denominación ha sido tomada del nombre del apóstol representado por tener las llaves del paraíso. De esta manera, el San Pedro es la planta que «permite el ingreso en el mundo de los espíritus y de los dioses: en el *paraíso andino*»⁶⁹. Es una de las tantas plantas usadas por las culturas americanas para tratar a través del sueño. «...[L]a necesidad de ir más allá del *cuerpo* de las cosas en busca de su alma. En el *sueño*, en la visión, en el alma del vidente, se revela el alma de las cosas que se reviste de las formas de los símbolos. En el *sueño* se produce el contacto entre la naturaleza profunda del hombre y la naturaleza escondida del mundo. A pesar de ello, el chamán andino no es un durmiente: está despierto en su *sueño*. Conversa, al mismo tiempo, con los dioses y sus pacientes, haciendo de puente a las solicitudes de ambos: dioses y hombres. No es poseído por un dios que se apodera de su mente y usa su boca para hablar. No es un medium»⁷⁰.

§ 6. Medicina tropical

115

I. Noción

116

El médico ecuatoriano Telmo Fernández define la medicina tropical como aquella disciplina que estudia las enfermedades cuya presen-

⁶⁷ POLIA MECONI: *La sangre del Cóndor. Chamanes de los Andes*, cit., p. 38.

⁶⁸ POLIA MECONI: *La sangre del Cóndor. Chamanes de los Andes*, cit., pp. 29 y 31.

⁶⁹ POLIA MECONI: *La sangre del Cóndor. Chamanes de los Andes*, cit., p. 31.

⁷⁰ POLIA MECONI: *La sangre del Cóndor. Chamanes de los Andes*, cit., p. 42.

cia, desarrollo y mantenimiento están determinadas por las condiciones del ambiente tropical⁷¹. La incidencia de enfermedades tropicales a nivel nacional es muy alta, aproximadamente un 75 por ciento, esto es sustento suficiente para estudiar las enfermedades tropicales transmisibles de nuestro país y las que estén en relación al mundo, realizar docencia de *pre* y *post* grado y llevar a cabo acciones sanitarias en la comunidad a través de los consultorios externos.

117 II. Instituto de Medicina Tropical

La historia del Instituto de Medicina Tropical (INMETRO)⁷² comienza en el año 1953. En 1957 se firma un Convenio entre el Instituto de Medicina Tropical de Hamburgo (Alemania) y la Facultad de Medicina de San Fernando de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos a fin de habilitar un lugar destinado al estudio de la medicina tropical.

En el INMETRO se estudian todas las enfermedades transmisibles sea por el aire, por el agua, por los vectores, las enfermedades propias de la selva (inclusive mordeduras de serpientes o animales ponzoñosos), el SIDA, las ETS y otras que se dan en el trópico.

118 III. Objetivos

Sus objetivos y funciones se determinan en base al Código Sanitario Internacional y a la LGSalud y son, básicamente, brindar servicios de consulta en las especialidades de infectología, dermatología, parasitología, bacteriología y micología.

El Código Sanitario Internacional se aplica para las 'enfermedades de notificación obligatoria mundial', que son actualmente 4 ó 5 (la viruela ya desapareció y el sarampión está en vías de extinción). Las enfermedades como el paludismo, la uta, la verruga peruana, que son regionales, se rigen por la legislación nacional.

⁷¹ MIRANDA CUETO, Hernán: «Apuntes de la medicina tropical», en: *Historia de la Medicina Peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATAALLANA, Gustavo: Compilador), Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000, t. II, p. 877.

⁷² Información obtenida de la entrevista realizada a Abelardo Tejada Valencia, profesor principal de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y miembro permanente del Instituto de Medicina Tropical, el 14/9/1999.

Capítulo III

Práctica ilegal de la medicina

§ 1. Aspectos generales

119

La práctica de la medicina es ilegal cuando se carece de título profesional o cuando teniendo el título no se ha cumplido con realizar la colegiación correspondiente. El ejercicio ilegal de la medicina es una práctica muy extendida en nuestro país por una serie de razones: la falta de una estructura de salud adecuada y accesible a todos los integrantes de la comunidad y la ignorancia de las personas que buscan atender su salud en sujetos que carecen de título profesional, permitiendo la proliferación de falsos médicos.

La LGSalud establece que (art. 23):

«Las incompatibilidades, limitaciones y prohibiciones, así como el régimen de sanciones aplicables a los profesionales a que se refiere el presente Capítulo, se rigen por los Códigos de Ética y normas estatutarias de los Colegios profesionales correspondientes».

§ 2. Sanciones a la práctica ilegal de la medicina

120

Las sanciones a la práctica ilegal de la medicina pueden ser analizadas desde dos vertientes diferentes, las sanciones que establece el Código Penal (CP) como resultado de la comisión de un ilícito penal y las sanciones que trata el CEDCMP, producto de actos contrarios a la ética profesional.

El CP establece como sanción al ejercicio ilegal de la profesión la pena privativa de libertad no mayor de dos (2) años o la prestación de servicio comunitario de veinte (20) a cincuenta (50) jornadas.

El CMP señala para tales casos las siguientes sanciones:

- Nota de extrañeza,
- Amonestación privada,
- Amonestación pública,
- Multa,
- Suspensión del ejercicio profesional por un máximo de dos (2) años; y
- Expulsión del CMP.

Un sector de la doctrina ha planteado que al ser la profesionalidad uno de los caracteres de la actividad médica se configura una responsabilidad civil profesional específica, fundamentada en la exigencia de un mayor grado de diligencia para con los médicos respecto a las reglas generales reguladas por las diversas normas legales vigentes, así como la dificultad de quienes, careciendo de conocimientos médicos, tienen que juzgar los actos realizados por éstos. De modo que, al existir una responsabilidad civil profesional, se presenta la necesidad de implementar 'tribunales profesionales' que se encarguen de juzgar los actos que realicen los profesionales de la medicina.

121 I. La práctica ilegal de la medicina y el Código Penal

122 A. Aspectos generales

El ejercicio ilegal de la profesión es considerado como un delito contra la administración pública (Título XVII), siendo tipificado en el art. 363 de CP.⁷³, de la siguiente manera:

«Artículo 363º.- Ejercicio ilegal de la profesión.- El que ejerce profesión sin reunir los requisitos legales requeridos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

⁷³ L. 28538, Ley que modifica los artículos 290 y 363 del Código penal (DOEP, 7/6/2005).

El texto anterior decía: «Artículo 363º.- El que con falso título o el que sin reunir los requisitos legales, ejerce profesión que los requiera, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos (2) ni mayor de cuatro (4) años». L. 27754 (DOEP, 14/06/2002).

El que ejerce profesión con falso título, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años. La pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si el ejercicio de la profesión se da en el ámbito de la función pública o prestando servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual».

Este es el delito general consagrado en el Capítulo I, delitos cometidos por particulares, Sección I, Usurpación de autoridad, títulos y honores.

Como refiere de manera precisa, Frisancho Aparicio:

«A través de esta figura típica se busca tutelar el normal funcionamiento de la administración pública en sentido amplio. La razón de esta disposición se halla en la necesidad de garantizar la potestad exclusiva del Estado de otorgar título a los particulares o habilitar a los titulados para el ejercicio de determinadas profesiones»⁷⁴.

En el caso especial del ejercicio ilegal de la actividad médica, debemos remitirnos a la Sección I, Contaminación y propagación, del Capítulo III, Delitos contra la salud pública, del Título XII, Delitos contra la seguridad pública del CP, a fin de determinar las figuras delictivas.

B. Delitos por la actividad médica

123

a) *Ejercicio ilegal del arte sanitario*

124

El texto original del CP de 1991 estaba así redactado:

«**Artículo 290º.**- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas, el que, careciendo de título, realiza cualquiera de las acciones siguientes: 1.- Anuncia, emite diagnósticos, prescribe, administra o aplica cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud, aunque obre de modo gratuito. 2. Expide dictámenes o informes destinados a sustentar el diagnóstico, la prescripción o la administración a que se refiere el inciso 1».

⁷⁴ FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Delitos contra la administración pública*, Lima, Fecat, 1999, p. 199.

En el CP de 1924 encontramos un artículo similar que sólo contemplaba dentro de la descripción del tipo *al que excedía los límites de su autorización*. Su tratamiento estaba en el Título IV, Delitos contra la salud pública, «Artículo 280.- *Ejercicio ilegal del arte de curar*.- El que, sin título ni autorización para el ejercicio de un arte de curar o excediendo los límites de su autorización, anunciare, prescribiere, administrare o aplicare habitualmente medicamentos, agua, electricidad, hipnotismo, o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aun a título gratuito, será reprimido con prisión no mayor de un año y multa de la renta de tres a noventa días o con una sola de estas penas». El nuevo Código, al omitir esa parte, quiere evitar ir contra el principio *non bis in idem* y sancionar penalmente conductas que ya están consideradas como sanción en la vía administrativa⁷⁵.

El texto vigente en el CP. establece que (art. 290)⁷⁶:

«Artículo 290º.- Ejercicio ilegal de la medicina

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año ni mayor de cuatro, el que simulando calidad de médico u otra profesión de las ciencias médicas, que sin tener título profesional, realiza cualquiera de las acciones siguientes:

- 1.- Anuncia, emite diagnósticos, prescribe, administra o aplica cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud, aunque obre de modo gratuito.
- 2.- Expide dictámenes o informes destinados a sustentar el diagnóstico, la prescripción o la administración a que se refiere el inciso 1.

La pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años, si como consecuencia de las conductas referidas en los incisos 1 y 2 se produjera alguna lesión leve; y no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si la lesión fuera grave en la víctima. En caso de muerte de la víctima, la pena privativa de la libertad será no menor de seis ni mayor de diez años.»

El tipo penal estudiado establece que quien está ejerciendo una actividad relacionada con la atención de la salud lo hace sin contar con

⁷⁵ Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de derecho penal*, Lima, Editorial Sagitario, 1990, Vol. IV, Parte Especial, p. 51.

⁷⁶ L. 28538, Ley que modifica los artículos 290 y 363 del Código penal (DOEP, 7/6/2005).

el título necesario para tal práctica. La acción que se sanciona en este caso es el anunciar, emitir diagnósticos, prescribir, administrar o aplicar cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud y la expedición de dictámenes o informes destinados a sustentar el diagnóstico, la prescripción o la administración antes mencionada. La ley quiere impedir que personas que carecen de los requisitos legales para ejercer la actividad médica realicen actos propios de la medicina, vale decir, actos médicos, que se encuentran destinados al cuidado de una enfermedad y suministro de medicamentos.

Bien jurídico protegido

125

El Estado controla el ejercicio legal de la actividad médica como parte de su rol en la administración de la salud pública. Se trata de un delito de peligro abstracto, en tanto que el mero hecho de realizar cualquiera de las conductas descritas se considera por sí mismo peligroso para la salud, más allá que el resultado pueda determinar una curación de la persona. Busca proteger a la colectividad, en este sentido, se dice que es un bien jurídico de carácter supraindividual

Tipo objetivo

126

Sujeto activo: Cualquier persona que carezca de título profesional de médico y que realice la conducta típica. Hay que tener presente que el CP. nos dice el que simulando calidad de médico u otra profesión de las ciencias médicas, que sin tener título profesional.

Sujeto pasivo: La colectividad.

Se trata de un delito de acción.

En el inciso 1 se indica acciones como anunciar, emitir diagnósticos, prescribir, administrar o aplicar cualquier medio supuestamente destinado al cuidado de la salud, aunque obre de modo gratuito.

El texto anterior decía: «Art. 290.- Será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un (1) año ni mayor de cuatro (4) años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cien jornadas, el que simulando calidad de médico u otra profesión de las ciencias médicas, que sin tener título profesional realiza cualquiera de las acciones siguientes: 1. Anuncia, emite diagnósticos, prescribe, administra o aplica cualquier medio supuestamente dirigido al cuidado de la salud, aunque obre de modo gratuito. 2. Expide dictámenes o informes destinados a sustentar el diagnóstico, la prescripción o la administración a que se refiere el inciso 1.» L. 27754 (DOEP, 14/06/2002).

- *Anuncia* el que publicita o comunica a una pluralidad de personas (o a una sola) la realización a su cargo de un tratamiento médico o relacionado con cualquier rama del arte de curar; no se trata, pues, de la propaganda de un determinado medicamento o procedimiento curativo, sino que requiere el anuncio que el agente prescribirá, administrará o aplicará el medicamento o el otro medio que constituye el tratamiento.
- *Prescribe* el que indica la utilización del medio curativo.
- *Administra* el que suministra el medio.
- *Aplica* el que emplea el medio sobre el paciente, haciéndoselo ingerir, incorporándolo en su cuerpo de cualquier otro modo (inyectables, apósitos, etc.) o realizando cualquier otra actividad sobre el paciente (hipnotizándolo) o con referencias a él (oraciones, ritos, etc.).

Esas conductas pueden ser realizadas a título oneroso o gratuito.

En el inciso 2 se trata de conductas como *expedir dictámenes o informes* destinados a sustentar el diagnóstico, la prescripción o la administración a que se refiere el inciso 1.

127 *Tipicidad subjetiva: El dolo*

128 *Pena*

Existen dos tipos de penas:

1. Pena no menor de uno ni mayor de cuatro años.
2. Pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años, si como consecuencia de las conductas referidas en los incisos 1 y 2 se produjera alguna lesión leve; y no menor de cuatro ni mayor de ocho años, si la lesión fuera grave en la víctima. En caso de muerte de la víctima, la pena privativa de la libertad será no menor de seis ni mayor de diez años.

129 *Consumación y Tentativa*

Al ser un delito de peligro abstracto, es suficiente la sola realización de cualquiera de las conductas descritas. No hay tentativa. No es necesario que el sujeto desarrolle esta actividad con mayor o menor habitualidad. No importa que el tratamiento sea científicamente correcto o idóneo para curar o prevenir y que se haya logrado con éxito

esas finalidades. Dado el carácter del delito pueden presentarse daños derivados de las conductas constituyendo un concurso real (ya sea con el delito de lesiones, homicidio o estafa).

Este delito está relacionado con las siguientes actividades:

(1) Curanderismo

130

Una práctica muy común en nuestro medio es el curanderismo, también llamado intrusismo, y la brujería, entendida como la práctica de una profesión de la salud sin título legal basada en artes, ritos y costumbres⁷⁷.

En el curanderismo, el dolo se configura por el ejercicio ilegal de una actividad curativa cometiéndose un delito contra la salud pública. Como características de este delito tenemos que: no es necesario que se ocasione daño al paciente, el delito se da cuando se sustrae al paciente del tratamiento aconsejado por el médico; el fin de lucro no es uno de los elementos constitutivos, la conducta es sancionada aun cuando se realiza a título gratuito. La habitualidad es otro de los elementos que constituyen esta figura delictiva, de modo que el curandero debe realizar esta práctica como si fuese una profesión, caso contrario, es decir, la práctica eventual o aislada, no constituye delito.

Los curanderos tienen variedad de características comunes: Tienen una fórmula o máquina secreta, prometen curaciones rápidas y completas para casi todas las enfermedades (aunque algunos curanderos se especializan), se anuncian mediante los testimonios de clientes satisfechos, algunos de los cuales pueden ser figuras nacionales o internacionalmente reconocidas.

Para el curanderismo existen tres áreas fundamentales: los alimentos y la nutrición, dispositivos mecánicos y eléctricos y los fármacos o cosméticos. En su mayor parte, los curanderos dependen de la falta de conocimiento de los pacientes para convencerlos de concepciones erróneas acerca de las relaciones de la nutrición y la salud, con el fin de vender sus productos y para ello se valen de las creencias populares, ocultándolas con una terminología científica y por declaraciones falsas. En cuanto a los fármacos y cosméticos, se invita a la gente

⁷⁷ POLIA MECONI, Mario: *Cuando Dios lo permite: encantos y arte curanderil*, Lima, Prometeo, 1994, p. 15.

a comprar diversas pócimas, bálsamos, pomadas, ungüentos y píldoras. Sin embargo, hay personas que recurren a los curanderos porque existen algunas enfermedades que la medicina moderna no puede curar (cáncer, artritis y algunos desórdenes metabólicos), de esta manera, también recurren las personas informadas a quienes la ciencia médica ha desahuciado, los hipocondríacos, los que sufren desórdenes psicosomáticos o enfermos insatisfechos de los servicios del médico.

Pero los casos de curanderismo no se encuentran limitados a quienes carecen de estudios de medicina, también podemos mencionar otros supuestos en los que los sujetos activos tienen estudios en medicina u otras áreas de las ciencias de la salud y no han terminado su formación universitaria o aquellos que han adquirido conocimientos en base a la práctica. Entre estos casos podemos mencionar a los estudiantes de medicina que se permiten dar cuidados médicos a enfermos o farmacéuticos que despachan medicamentos sin receta médica (art. 33, LGSalud), practicantes, comadronas y enfermeras que realizan cirugía menor, la ayuda manual en las operaciones, la cura de operados y la aplicación de los remedios que haya prescrito un médico.

La casuística nacional ha fijado algunos lineamientos:

131 **Curanderismo:**

«Para pronunciar sentencia condenatoria contra un sanitario, por el delito de ejercicio ilegal de la medicina, es necesario establecer cuál es la situación oficial del acusado, las funciones que podía ejercer, si se excedió en ellas y si se dedicaba habitualmente al curanderismo»⁷⁸.

132 **Brujería:**

«El que se dedica a curar sin título ni autorización, aunque no existan médicos en el lugar y somete a sus pacientes a prácticas de brujería, incurre en delito de ejercicio ilegal de la medicina»⁷⁹.

⁷⁸ Ejecutoria, 11/4/1942, *Anales judiciales*, 1942, p. 81. Vid. ESPINO PÉREZ: *Código Penal*, cit., p. 364.

⁷⁹ Ejecutoria, 11/5/1956, *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1956, p. 607. Vid. ESPINO PÉREZ: *Código Penal*, cit., p. 365.

El curanderismo, como un modo de ejercicio ilegal de la medicina, afecta tanto al paciente como a las instituciones clínicas y gremiales, tal es el caso del CMP⁸⁰; el CEDCMP establece que el médico debe ejercer y fomentar la medicina en forma científica, no pudiendo incurrir en actos de curanderismo, cualquiera sea la forma, inclusive del que presume ser científico (art. 16).

b) Ejercicio abusivo de la medicina

133

El CP tipifica (art. 291):

«El que, teniendo título, anuncia o promete la curación de enfermedades de término fijo o por medios secretos o infalibles, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos (2) años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas».

Acciones típicas

134

La conducta de *anunciar* tiene el mismo contenido que en el tipo anterior (artículo 290 del CP). En cuanto al término *promete* se refiere a quien presenta como seguro el resultado o, en su caso, con gran margen de probabilidad de éxito. Debe considerarse que este tipo no requiere la publicidad o posibilidad de publicidad; no es un requisito necesario del tipo, basta comunicar o prometer. Lo que en realidad se anuncia o promete es un tratamiento curativo que producirá esos efectos en un tiempo determinado (término fijo), o en el que se utilizarán sustancias o procedimientos que el agente no manifiesta, manteniéndolos en reserva (medios secretos) o que se presentan como absolutamente seguros en orden a la curación (infalibles). Es indiferente que el tratamiento anunciado o prometido sea o no eficaz, se lo suministre gratuita u onerosamente.

Bien jurídico protegido

135

El Estado controla el ejercicio legal de la actividad médica como parte de su rol en la administración de la salud pública. Se trata de un delito de peligro abstracto, constituyéndose en un delito que sancio-

⁸⁰ Ejecutoria, 19/2/1980; DOEP, 29/3/1980; *Revista de Jurisprudencia del Perú*, 1980, p. 175 (vid. ESPINO PÉREZ: *Código Penal*, cit., p. 365).

na una especie de fraude que tiene como objeto de engaño, las posibilidades de curación de enfermedades.

136 *Elementos objetivos*

Sujeto Activo: El que tiene título para ejercer la medicina. Se puede dar la complicidad en el caso que otro sea el que comunique.

Sujeto Pasivo: La colectividad.

Tipicidad Subjetiva: El dolo

Pena: Pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta días jornadas.

137 *Consumación y Tentativa*

Se consuma con la mera actividad de anunciar o prometer, pero no requiere habitualidad, es suficiente un solo acto. Resulta indiferente, que se configure un peligro concreto para la salud pública o para determinadas personas, basta que se haya llegado a aplicar el tratamiento. No admite tentativa.

En este delito, también podemos hablar de concurso real con otras figuras, cuando hay daños a la integridad física o muerte, salvo que la conducta descrita en el artículo haya sido utilizada como medio para conseguir el resultado final.

Este delito se vincula con conductas como:

138 (1) **Charlatanerismo**

El charlatanerismo es el fraude en la curación de enfermedades. El sujeto activo de este delito puede ser quien reúne los requisitos legales para el ejercicio de la medicina y careciere de ellos. En este caso, no es necesario el afán de lucro. Sin embargo, el charlatanerismo concurre con el delito de estafa cuando se busca obtener un beneficio económico en perjuicio del sujeto pasivo. El anuncio o promesa de curación será delictivo cuando se refiera a la cura de enfermedades de seres humanos, a término fijo o por medios secretos o infalibles, esto se debe a que este acto es contrario a la ética profesional. Lo que el CP busca reprimir es la motivación del profesional, quien se propone, a través de procedimientos carentes de ética, lograr una mayor clientela o mejores honorarios. De modo que el peligro al que

se expone el paciente, se encuentra en un segundo lugar, anteponiéndose el engaño por parte del profesional.

Éticamente, incurre en charlatanería el profesional que se atribuye éxitos mediante el empleo de regímenes o métodos personales que no han sido previamente presentados a las instituciones médicas competentes, sin haber recibido comprobación por riguroso método científico o que ofrece remedios secretos, misteriosos o mágicos. Igualmente, quien ostenta títulos y honores que no posee. En este sentido, el CEDCMP refiere que el charlatanismo es contrario a la ética y al decoro de la medicina,

«el médico está obligado a oponerse a ello por todos los medios a su disposición, así como a la preparación, venta y uso de medicamentos llamados secretos, que no tienen respaldo científico, debiendo denunciarlos al Consejo Regional correspondiente» (art. 15).

c) *Otros tipos penales*

139

(1) **Expendio irregular de medicamentos**

140

El CP. tipifica la venta de medicinas adulteradas (art. 294⁸¹) de la siguiente manera:

«El que, teniendo autorización para la venta de sustancias medicinales, las entrega en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o distinta de la declarada o convenida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años».

Se trata de un delito de acción. Comprende tanto la entrega de medicamentos que: *en especie* (sustancia) es diversa, en calidad (condiciones) en orden a la efectividad terapéutica no es la indicada o la cantidad (medida) es distinta a la que solicitó el receptor o el expendedor afirmó que le entregaba.

⁸¹ Modificado por Ley 28513 (DOEP, 23/05/05).

El texto original decía:

«El que, teniendo autorización para la venta de sustancias medicinales, las entrega en especie, calidad o cantidad no correspondiente a la receta médica o distinta de la declarada o convenida *o vencido el plazo que garantiza su buen estado*, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años» (las cursivas es lo que eliminó)

Se plantean tres supuestos:

- No correspondencia con la receta médica (en especie, calidad o cantidad). Se trata de infidelidad, en el sentido que el que recibe el medicamento cree que recibe lo indicado en la receta.
- Que la especie, calidad o cantidad sea distinta de la declarada o convenida. Es decir, el expendio es infiel a lo que se ha solicitado (convenido) o a lo que se da (declarado).

141 *Bien jurídico protegido*

El interés del Estado en la defensa de la salud pública respecto del peligro que importa la utilización de medicamentos que puedan resultar dañosos por no corresponder a las características de los que el paciente enfermo necesita o que resulten ineficaces para curar la afección, desconociendo esa circunstancia quien los administra o quien los consume. La colectividad debe ser protegida.

142 *Tipicidad objetiva*

Sujeto activo: El que tiene autorización para la venta de sustancias medicinales.

Sujeto pasivo: La colectividad.

Tipicidad subjetiva: El dolo.

Pena: Pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años.

143 *Consumación y tentativa*

Es un delito de peligro abstracto, de mera actividad. Se consuma con el expendio, sin necesidad de efecto posterior alguno. No admite tentativa.

Este artículo se complementa con el artículo 288⁸² que dice:

⁸² Modificado por Ley 28513 (DOEP, 23/05/05).

El texto original decía:

«Artículo 288.- Comercialización o tráfico de productos nocivos. El que, a sabiendas de que el consumo de un producto o su empleo normal o probable, puede comprometer la salud de las personas, lo pone en venta o en circulación o lo importa o toma en depósito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años.

«**Artículo 288º.- Comercialización o tráfico de productos nocivos.** El que produce, vende, pone en circulación, importa o toma en depósito alimentos, preservantes, aditivos y mezclas destinadas al consumo humano, falsificados, corrompidos o dañados que pudieran comprometer la salud de las personas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años.

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años si el agente hubiera utilizado sellos, etiquetas o cualquier distintivo de marcas de fábrica debidamente registradas o el nombre de productos conocidos.

Si el agente sabía que el empleo o consumo del producto originaba un peligro de muerte, la pena será no menor de cuatro ni mayor de ocho años.

Cuando el agente actúa por culpa, la pena privativa de libertad será no mayor de dos años».

(2) Falsedad ideológica en certificados médicos

144

También llamado expedición de certificado médico falso. Refiere el CP. (art. 431) que:

«El médico que, maliciosamente, expide un certificado falso respecto a la existencia o no existencia, presente o pasada, de enfermedades físicas o mentales, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36º, incisos 1 y 2. Cuando se haya dado la falsa certificación con el objeto que se admita o interne a una persona en un hospital para enfermos mentales, la pena será privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación de dos a cuatro años conforme al artículo 36º, incisos 1 y 2. El que haga uso malicioso de la certificación, según el caso de que se trate, será reprimido con las mismas penas privativas de libertad».

En este tipo penal, el sujeto activo sólo puede ser un médico, mientras que el sujeto pasivo es la colectividad. Es un delito de acción, busca sancionar la expedición (emisión, dación, otorgamiento) de un certificado médico falso, es decir:

Si el agente sabía que el empleo o consumo del producto originaba un peligro de muerte, la pena será no menor de tres ni mayor de ocho años.

Cuando el agente actúa por culpa, la pena privativa de libertad será no mayor de dos años».

«cuando el contenido de dicho documento no declare la realidad de los hechos referidos específicamente a la existencia o no, tanto presente como pasada, de enfermedades físicas o mentales. Esto significa que si el objeto concreto falsificado en el certificado alude a cualquier otra circunstancia, no cabrá reputar existente el tipo penal. Tal cosa sucedería en el caso de la expedición de un certificado médico falso donde se hiciere constar sólo la efectiva vacunación de una persona, necesaria para poder viajar a un determinado país que así lo exigiera»⁸³.

Las decisiones judiciales sobre el tema en estudio han planteado que:

«En los delitos contra la fe pública se requiere que el agente con la utilización del documento falso dé origen a un derecho, genere una obligación o sirva para probar un hecho; que, en el presente caso, si bien se advierte de manera palmaria durante la secuela del proceso que los acusados han tenido participación de una u otra manera en la confección del certificado médico expedido por la acusada, cierto es que no se ha establecido en el documento cuestionado que haya sido presentado por la coacusada para justificar sus inasistencias a su centro laboral como era su propósito, por lo que aquella no se ha visto favorecida, y en consecuencia no ha existido perjuicio en los intereses del Estado»⁸⁴.

En cuanto a su tipología, han escrito Bramont-Arias y García Cantizano⁸⁵ que la tipificación se justifica en que el certificado médico es un documento privado y no siendo punible la falsedad ideológica con estos documentos, es necesario precisar la figura del certificado médico falso, vale decir, establecer un tipo especial para castigar dicho comportamiento. Sólo se comprenden las falsedades ideológicas, es decir, las que se refieren a declaraciones falsas concernientes a hechos que deban probarse con el documento; en caso de cualquier otra modalidad de falsificación, se estará a las disposiciones pertinentes.

⁸³ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María: *Manual de Derecho Penal (parte especial)*, 2ª ed., Lima, Editorial San Marcos, 1996, pp. 558 y 559.

⁸⁴ Expediente N° 25-98-B (25/05/1998), en: *Guía rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, Lima, Gaceta Jurídica, 2001, p. 147.

⁸⁵ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María: *Manual de Derecho Penal (parte especial)*, 4ª ed., Lima, Editorial San Marcos, 1998, pp. 638-641.

Bien jurídico protegido

145

La funcionalidad del documento en el tráfico jurídico.

Tipicidad objetiva

146

Se establecen dos tipos de comportamientos:

- 1) Expedir un certificado falso respecto a la existencia o no existencia, presente o pasada, de enfermedades físicas o mentales (Artículo 431, primer párrafo CP): el sujeto activo sólo puede ser un médico, por lo que se configura como un delito especial propio. El sujeto pasivo es la colectividad.

El comportamiento consiste en otorgar un certificado falso, de manera que:

«Estaríamos ante un certificado falso cuando el contenido de dicho documento no declare la realidad de los hechos referidos específicamente a la existencia o no, tanto presente como pasada, de enfermedades físicas o mentales. Esto significa que si el objeto concreto falsificado en el certificado alude a cualquier otra circunstancia, no cabrá reputar existente este tipo penal. Tal cosa sucedería en el caso de la expedición de un certificado médico falso donde se hiciera constar sólo la efectiva vacunación de una persona, necesaria para poder viajar a un determinado país que así lo exigiera.

No se requiere para el tipo penal que se produzca un perjuicio, por tanto, puede ser expedido dicho certificado falso también en beneficio de una determinada persona; desde este punto de vista, pareciera que el Código Penal tipifica tal comportamiento del médico como una grave violación de sus deberes profesionales»⁸⁶.

- 2) Hacer uso malicioso de la certificación: el sujeto activo puede ser cualquier persona, con excepción del médico, autor del certificado falso. El sujeto pasivo es la colectividad.

El comportamiento consiste en utilizar el documento en el ámbito del tráfico jurídico para el cual haya sido destinado

⁸⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal (parte especial)*, cit., 4ª ed., p. 639.

147 *Tipicidad subjetiva*

En ambos, se requiere dolo, lo que está especificado por el empleo de los términos *maliciosamente* y *malicioso*, a saber como mencionan los autores citados:

«En el primer comportamiento, el dolo abarca concretamente tanto el conocimiento y voluntad de expedir un certificado falso, como el hecho del uso posterior de tal documento. Ello significa que no existe una intención en el sujeto que supere el contenido del dolo, ya que ni exige una finalidad expresa en orden a la utilización del documento, ni tampoco el propósito de causar un perjuicio a tercero.

En cambio, en el segundo comportamiento, el dolo va referido al uso y al conocimiento concreto del carácter falso de dicho documento, sin que sea necesario tampoco un ánimo de causar un perjuicio»⁸⁷.

148 *Grados de desarrollo del delito: Tentativa y consumación*

En el primer comportamiento, el delito se consuma con la expedición del certificado falso (no basta la simple redacción del documento, la conducta exige la entrega del certificado a un sujeto).

El segundo comportamiento se consuma con el uso del certificado.

En ambos casos, se admite la tentativa, en el primero, por ejemplo, cuando, siendo el certificado falso por parte del médico, no llega a ser recogido por su destinatario y en el segundo, por ejemplo, mientras el sujeto activo posee dicho certificado⁸⁸.

149 *Agravantes*

Se establecen dos agravantes:

- 1) Cuando el certificado falso tenga como finalidad el internamiento de una persona en un hospital para enfermos mentales.
- 2) Según la calidad del sujeto activo (si es funcionario o servidor público y actúa con abuso de su cargo, Artículo 432 CP).

⁸⁷ BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal (parte especial)*, cit., 4ª ed., p. 640.

⁸⁸ BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal (parte especial)*, cit., 4ª ed., p. 640.

II. La práctica ilegal de la medicina y el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú 150

A. Aspectos generales 151

El ejercicio ilegal de la medicina constituye grave infracción al CEDCMP, que será sancionada conforme a las disposiciones establecidas en el Reglamento y el Estatuto del CMP, sin perjuicio de las sanciones señaladas en el CP para el ejercicio ilegal de la medicina.

B. Casos 152

Algunos casos de ejercicio ilegal de la medicina son:

- Quien ostenta título de médico expedido por una universidad extranjera, no validado en el Perú o no registrado en la forma establecida para los títulos provenientes de países con quienes existen tratados específicos de intercambio profesional;
- Todo médico con título legítimo, pero no matriculado en el CMP;
- Toda persona que, sin tener título alguno, ejerce funciones o actividades de médico, sea en el trato directo con pacientes o en calidad de funcionario;
- El médico que ha sido inhabilitado por sentencia judicial; y,
- El médico que ha sido suspendido del ejercicio profesional o expulsado del CMP.

C. Sanciones administrativas 153

Todo aquel que ejerza ilegalmente la medicina comete grave infracción del Código Ético Profesional lo que conlleva a una sanción de índole administrativa.

El CEDCMP (art. 15) indica, en lo referente a la defensa gremial o de asociación médica, que todo médico está en el deber de combatir la comercialización y charlatanismo médico, cualquiera que sea su forma. Debe oponerse por todos los medios legales a la preparación, venta, propagación y uso de medicamentos llamados secretos que no tienen el respaldo científico, debiendo denunciarlos al Consejo Médico Regional.

Los Colegios Profesionales gozan de competencias de carácter legal. En este sentido, podemos mencionar el Estatuto del CMP, que establece entre sus competencias específicas sancionar disciplinariamente

por persona que se irroga un título que no le corresponde. Sería absurdo condenar a la propia persona que se automedica o que aplica técnicas curativas a familiares o amigos. Sobre todo, cuando este cuidado tiene por finalidad asistir al paciente y no requiere de conocimientos especiales.

El autocuidado de la salud física y mental está consagrado en nuestra legislación en diversas normas legales⁹⁰.

III. Toma de sangre. Venapunción

157

Las actividades de obtención, donación, conservación, transfusión y suministro de sangre humana, sus componentes y derivados son actos médicos. Están reguladas por la LGSalud (art. 46), L. 26454⁹¹, su Reglamento DS. 003-95-SA⁹² (art. 28) y la L. 27282⁹³.

Dada su importancia, estas actividades están sujetas a la supervisión y fiscalización por parte de la autoridad de salud a nivel nacional o de quien ésta delegue. La venapunción es un acto médico que puede realizar el médico.

En relación con las transfusiones de sangre infectadas con VIH, se ha venido discutiendo la naturaleza jurídica y el tipo de responsabilidad que generan las transfusiones sanguíneas.

«Una transfusión de sangre es un procedimiento médico que implica una intervención consentida en la integridad física del pa-

⁹⁰ Norma Técnica para la Articulación del Servicio de Consejeros Educadores de Pares para Personas que viven con VIH/SIDA, RM. 1328-2003-SA-DM (DOEP, 10/1/2004), Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia, DS. 003-2002-PROMUDEH (DOEP, 23/6/2002), Plan Nacional para las Personas Adultas Mayores 2002-2006, DS. 005-2002-PROMUDEH (DOEP, 11/07/2002), Lineamientos para la Acción en Salud Mental, RM. 075-2004-MINSA (DOEP, 26/1/2004), Normas del Programa de Planificación Familiar, RM. 465-99-SA-DM (DOEP, 25/09/1999), Plan Nacional de Población 1998-2002, DS. 011-98-PROMUDEH (DOEP, 29/9/1998), Convenio sobre el Programa Subregional Amazónico (UNICEF), DS. 075-99-RE (DOEP, 3/1/2000) y Lineamientos de Política para las Personas Adultas Mayores, DS. 010-2000-PROMUDEH (DOEP, 3/7/2000), entre otros.

⁹¹ L. 26454, Declaran de orden público e interés nacional la obtención, donación, conservación, transfusión y suministro de sangre humana (DOEP, 25/07/1995).

⁹² DS. 003-95-SA (DOEP, 30/07/1995).

⁹³ L. 27282 (DOEP, 8/6/2000) Ley de fomento de la donación de órganos y tejidos humanos.

ciente, sustentada en la intervención de su salud. De ahí que toda persona debe ser informada sobre las consecuencias y posibles riesgos que pueda acarrear dicho acto médico. Es en base a tal conocimiento que el paciente podrá aceptarlos y asumirlos, en la medida que estos sean razonables y que correspondan a los riesgos propios de la transfusión ... Una transfusión de sangre es una actividad riesgosa, por lo que el daño ocasionado como consecuencia de la misma implicará la responsabilidad objetiva de quien la realizó»⁹⁴.

158 A. Cesión de sangre humana

La ley, en términos generales, declara de orden público e interés nacional la obtención, donación, conservación, procesamiento, transfusión y suministro de sangre humana, sus componentes y derivados. Rige el funcionamiento de bancos de sangre, centros de hemoterapia y plantas de hemoderivados sujetos a supervisión y fiscalización por parte la autoridad de salud de nivel nacional o de quien ésta delegue⁹⁵.

El MINSA es el encargado de la creación del 'Programa Nacional de Hemoterapia y Bancos de Sangre' que tiene como objetivo normar, coordinar, supervisar y evaluar el funcionamiento de los centros de hemoterapia y bancos de sangre, con el fin de proporcionar sangre segura, tanto en calidad como en cantidad.

Los centros de hemoterapia realizan directamente la obtención, donación, control, conservación, selección, aplicación de transfusiones de sangre y/o fracciones y preparación de hemoderivados no industrializados.

Los bancos de sangre están destinados a la extracción de sangre humana para transfusiones, terapias preventivas e investigación. Están encargados de asegurar la calidad durante la obtención, procesamiento y almacenamiento. Es obligatoria la realización de pruebas correspondientes para la sangre y sus componentes según las normas internacionales de la OMS y las pruebas pretransfusionales de compatibilidad.

El desarrollo y consolidación de los bancos de sangre⁹⁶ en el Perú tienen toda una historia a saber:

⁹⁴ ZÚÑIGA LUEY, Manuel Abelardo: «¿Quién responde por las transfusiones de sangre infectada con VIH-SIDA?», en: *Legal Express*, Año 4, N° 47, noviembre de 2004, p. 17.

⁹⁵ LGSalud, L. 26842 (DOEP, 20/7/1997).

⁹⁶ VIDAL AMAT Y LEÓN, Jorge: «Banco de sangre», en: *Historia de la Medicina Peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATALLANA,

«En sus comienzos(1943) hubo que vencer muchas dificultades por la desconfianza de los médicos para usar sangre conservada en refrigeración, y por el temor natural de los presuntos donantes que creían que les ocasionaría algún daño el desprenderse de tan preciado elemento como es la sangre, es por esta circunstancia que los trabajos iniciales se hicieron solamente en la Emergencia del Hospital «Dos de Mayo», en cuyo laboratorio trabajaba el Dr. Muñoz Baratta».

Ahora bien, la donación de sangre o sus componentes es un acto voluntario, solidario, altruista, gratuito, realizado para fines terapéuticos, de diagnóstico o de investigación. La comercialización de sangre humana para transfusión y exportación está prohibida.

Para los actos de cesión, deberá tenerse en cuenta las siguientes consideraciones, según lo establece la Ley de Transplante de Órganos y Tejidos Humanos (L. 27282, DOEP., 8/6/2000)⁹⁷:

Son requisitos para la donación de sangre y componentes sanguíneos los siguientes (art. 7):

- a. Ser mayor de dieciocho años y menor de cincuenta y cinco. Los mayores de cincuenta y cinco años pueden donar con autorización expresa del médico responsable del Banco de Sangre.
- b. Gozar de plenas facultades físicas y mentales, para lo cual se deberá contar con la certificación del médico responsable del Banco de Sangre, si el caso lo requiere.
- c. Otorgar su consentimiento en forma expresa, libre e informada.
- d. Cumplir con los exámenes establecidos.

La frecuencia de las cesiones de sangre será como máximo de cuatro veces al año para los varones y tres para las mujeres. En ambos casos, deberá existir un intervalo mínimo de tres meses entre cada acto de cesión. Cada donación no podrá exceder de una unidad de sangre (art. 8).

Gustavo: Compilador), Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000, t. I, p. 293.

⁹⁷ El Capítulo II, en su integridad (es decir, arts. 7 al 10), de la L. 27282 está vigente. Cfr. Ley general de donación y transplante de órganos y/o tejidos humanos, L. 28189 (DOEP, 18/03/2004), Séptima Disposición transitoria y final: «Deróganse [...] la Ley Nº 27282, salvo el Capítulo II y el artículo 16 [...]».

159 *Permisos laborales y licencias*

Aquel trabajador que desee ceder sangre tiene derecho a que se le otorgue permiso laboral por el tiempo que demande el proceso de cesión, incluye las donaciones especiales como las aféresis y las autólogas.

- *Aféresis.* Es un tipo de donación en la que se extraen, por separado, sólo aquellos componentes de la sangre que se necesitan, devolviéndole al cedente el resto. Mediante este proceso se permite extraer del cedente la combinación de componentes deseada y en mayor cantidad que la que se obtiene en la cesión de sangre total. En este sentido, consiste en la extracción de la sangre mediante una máquina que recoge únicamente lo necesario de tu cuerpo, sin afectar tu salud o cualquier condición física. Además, es monitorizado por personal sanitario experto. Los diferentes tipos de aféresis se determinan según el componente sanguíneo a extraer, siendo éstos el plasma, plaquetas, glóbulos rojos y varios componentes a la vez. Entre sus ventajas tenemos que un solo cedente aporta mayor cantidad de los componentes más preciados (se obtienen ocho veces más plaquetas que en una donación convencional); los productos obtenidos tienen menos impurezas (plaquetas sin leucocitos contaminantes); permite donar con un intervalo menor que la donación convencional (cada 2-3 meses).
- *Autóloga.* Es la colección y re-infusión de sangre o componentes sanguíneos del mismo paciente. Usando la propia sangre del paciente se puede minimizar la necesidad de transfusión de cesión de sangre. Usando su propia sangre puede reducir, pero no eliminar, el riesgo de infecciones relacionadas a la transfusión y a reacciones alérgicas. Las cesiones de sangre autólogas no son una opción para todos los pacientes.

El empleador otorgará permiso a sus trabajadores si la institución de salud donde se ubica el banco de sangre no contase con horarios de atención fuera de las horas de trabajo y siempre que ello no afecte la producción de su centro laboral. El cedente presentará obligatoriamente a su centro laboral el certificado o constancia emitido por la institución de salud donde se ubica el banco de sangre (art. 10).

Según la legislación CONTRASIDA, todo donante de sangre o sus componentes, de células, de tejidos o de órganos, debe ser sometido a tamizaje de infección por VIH, bajo responsabilidad civil, penal o

administrativa, según fuere el caso, de los profesionales de salud responsables de la omisión de dichos actos y de su realización en forma negligente, imprudente o imperita⁹⁸.

IV. Radiografías

160

La radiología es una especialidad médica que se encarga del estudio de las aplicaciones médicas de los rayos X. El médico radiólogo es quien emite un diagnóstico basado en éstas.

Quien realiza las muestras radiográficas puede ser el mismo radiólogo o, por encargo de éste, un tecnólogo médico, quien no realiza una práctica ilegal de la medicina, en la medida que haya sido el médico quien ordenó dicho acto y sea quien emita el diagnóstico.

V. Medida de la presión arterial y el uso de aparatos de medición simples

161

El uso de medidores de la presión arterial y de otros aparatos para la medición del latido cardíaco y el pulso con la finalidad de examinar el estado de salud de otras personas no es considerado un acto reservado a los médicos.

VI. Examen de la vista y medida de desviaciones ópticas

162

La oftalmología es la especialidad médica que estudia el órgano de los ojos y sus anexos, de modo que el oftalmólogo es el médico especialista en las enfermedades de los ojos. De acuerdo al Reglamento de centros y técnico ópticos, el técnico óptico es quien elabora y comercializa lentes oculares de refracción para anteojos y de lentes de contacto, siendo la prescripción por parte del médico oftalmólogo indispensable para el procesamiento y suministro de cualquier tipo de lentes correctores.

⁹⁸ Art. 9, DS. 004-97-SA (DOEP, 18/06/1997). Asimismo, la L. 26626 (DOEP, 20/6/1996) modificada por la L. 28243 (DOEP, 1/06/2004) nos dice que las pruebas de VIH son voluntarias, excepto la donación de sangre y órganos (también considera el caso de las madres gestantes). Para mayor referencia acerca de lo controversial de la obligatoriedad o voluntariedad de la pruebas de VIH. Vid. MOLLMANN, Marianne: «¿Test de VIH/SIDA? No se puede forzar su obligatoriedad», en: *El Comercio*, Lima, 8 de mayo de 2004, A-5.

163 VIII. Psicoanálisis y psicoterapia

La psicología es el estudio científico del comportamiento y la experiencia de cómo los seres humanos y los animales sienten, piensan, aprenden y conocen para adaptarse al medio circundante. De acuerdo a la legislación peruana, el psicólogo es un profesional de la salud.

Tanto el psicoanálisis (método específico de investigar los procesos mentales inconscientes) como la psicoterapia (tratamiento de las enfermedades mentales por procedimientos basados en la comunicación verbal y emocional, así como en otros comportamientos simbólicos) son actos realizados por los psicólogos, es decir, no se consideran actos médicos, en estricto sentido, pero sí son actos de salud.

164 IX. Acupuntura

La acupuntura es una terapéutica original del extremo oriente (China) que consiste en hacer punciones con finas agujas dispuestas en puntos especiales del cuerpo a fin de devolver el equilibrio a la energía positiva y negativa del propio paciente para que recupere su salud. No emplea medicamentos y no tiene contraindicaciones.

Como mencionan los expertos:

«La acupuntura llega a nuestro país con la inmigración china en el siglo XIX; como parte de sus costumbres, existían algunos consultorios, aunque eran atendidos por médicos chinos y servían fundamentalmente a sus paisanos en el barrio chino. Mientras esto ocurría en otros países, aquí en el Perú el 10 de mayo de 1972, se funda la Asociación Peruana de Acupuntura y Moxibustión por un grupo de médicos y odontólogos peruanos»⁹⁹.

En nuestro país, no existe una regulación jurídica que se refiera al tema; la acupuntura no es considerada específicamente como una actividad médica, puede ser realizada por cualquier persona que ten-

⁹⁹ LIAU-HING CASTILLO, Carlos y LIAU-HING YEP, Cristina: «Acupuntura», en: *Historia de la Medicina Peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATALLANA, Gustavo: Compilador), Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000, t. II, p. 804.

ga conocimientos empíricos o científicos en la materia, lo que no implicaría un ejercicio ilegal de la medicina.

X. Consejos y recomendaciones orales y escritas

165

Los consejos y recomendaciones, tanto orales como escritas, siempre que sean emitidos por el médico y directamente relacionados con la atención del paciente, se consideran actos médicos.

Capítulo IV

Control sobre la práctica de la medicina

La profesión médica se practica y ejercita de conformidad con la LGSalud, el CEDCMP y las leyes especiales.

§ 1. Responsabilidad profesional

166

I. Generalidades

167

La disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños causados (principio *neminem laedere*: «Aquél que causa un daño a otro debe indemnizarlo»).

AQUEL QUE CAUSA UN DAÑO A OTRO ESTÁ OBLIGADO A INDEMNIZARLO	
Análisis económico del Derecho Un sector de la doctrina que se fundamenta en el análisis económico manifiesta que el principio <i>neminem laedere</i> («Aquel que causa un daño a otro debe indemnizarlo») no es un genuino principio del Derecho en la medida que no hay legislación que lo acoja tal como está expresado, sino que se le añade el elemento subjetivo de la culpa, no bastando (por lo tanto) la sola producción de un daño para que automáticamente el causante deba responder por éste. El daño debe ser realizado con culpa (la regla de la responsabilidad civil subjetiva) o atribuir responsabilidad a través de un criterio objetivo, como el riesgo. En general, en un accidente, es la víctima quien debe afrontar el costo del daño, salvo que una norma autorice a solicitar una indemnización a otra persona, la cual es económicamente eficiente que sea quien obtiene algún beneficio del daño. Cfr. BULLARD GONZALEZ, Alfredo: <i>Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales</i>, Lima, Palestra, 2003, pp. 499-500.	Derecho Civil Un razonamiento netamente civil, revirtiendo la teoría económica, nos dice «si el sistema de la culpa y la causalidad adecuada para determinar responsabilidades civiles sirve para identificar y prevenir al sujeto y las actividades riesgosas, no necesariamente es útil para reparar los daños cuando se producen. Si, en efecto: nada asegura que el hecho de hacer responsable de un daño a aquel que lo causó y que haya una causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido implique que la víctima vaya a ser reparada. En este orden de ideas y siguiendo el razonamiento del «Análisis», es una lotería para la víctima que el causante del daño tenga «bolsillo profundo» o esté asegurado. ¿Pero esto acaso invalida el sentido del principio social de que todo aquel que daña a otro debe responder por el daño causado? Si así fuese, como desde que el mundo es mundo, las penas no han podido derrotar al crimen, habría que abolir las penas, lo que no pasa de ser otra falacia». CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo: <i>Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil</i>, Lima, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2004, p. 171.

Los daños pueden tratarse de aquellos producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria (contractual) o bien se trate de daños que sean el resultado de una conducta carente de vínculo obligacional (extracontractual). Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de *responsabilidad civil contractual* y, dentro de la terminología del CC., de responsabilidad civil derivada de la inexecución de obligaciones.

Cuando se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre los sujetos, o incluso existiendo ella, el daño es consecuencia del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a otro, nos encontramos en el ámbito de la denominada *responsabilidad civil extracontractual*.

La responsabilidad civil comprende tanto la responsabilidad contractual, consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente

pactada, como la responsabilidad extracontractual, derivada del incumplimiento del deber de no causar daño a los demás.

II. La responsabilidad de los profesionales

168

La responsabilidad civil se estructura en un sistema normativo cuyo objetivo es que se indemnicen los daños causados, sea cual fuere su causa, siempre y cuando se trate de un daño causado como consecuencia de una conducta no permitida o autorizada por las normas y el sistema jurídico en general. Uno de los aspectos más importantes de este sistema general de responsabilidad civil, y que ha adquirido enorme trascendencia en los últimos tiempos, lo constituye sin lugar a dudas la responsabilidad civil de los profesionales, es decir, aquel profesional que incumple una obligación o que por dolo, imprudencia o negligencia ocasiona un daño en la persona o bienes de quien ha requerido sus servicios.

A pesar de los diversos argumentos y teorías acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil de los profesionales, claro es el criterio de considerarla de orden contractual cuando el incumplimiento de obligaciones proviene de dicha índole (que es la mayor parte) a pesar de que hay situaciones en que el profesional presta sus servicios sin existir relación contractual (situación que se da en menor medida)¹⁰⁰.

III. Responsabilidad médica

169

La responsabilidad médica es uno de los supuestos típicos más importantes de la responsabilidad civil profesional, y por tanto ambas se encuentran sometidas a las reglas generales de la responsabilidad civil, tal como sucede con la responsabilidad penal, por cuanto, como es evidente también, existen supuestos de responsabilidad penal vinculados con el ejercicio profesional de actividades médicas. Sin embargo, es necesario distinguir nítidamente la responsabilidad civil del médico de su responsabilidad penal, por tratarse de aspectos que se estructuran y regulan por factores distintos, como veremos más adelante.

¹⁰⁰ Mayor desarrollo de esta materia *Vid.* WOOLCOTT OYAGUE, Olenka: *La responsabilidad civil de los profesionales*, Lima, ARA, 2002, p. 340.

La expresión responsabilidad médica se refiere a la *responsabilidad en general* del médico en el ejercicio de su profesión. De modo que no sólo se refiere a la responsabilidad civil sino también a la responsabilidad penal y a la disciplinaria (o administrativa). El principio de la responsabilidad profesional, en términos generales, es una garantía para los médicos diligentes, una amenaza para los médicos temerarios y un límite a las reclamaciones desmesuradas de los pacientes.

La responsabilidad profesional del médico está normada por leyes especiales. La responsabilidad disciplinaria está regulada por el CEDCMP y la especial, por la LGSalud. A esta normativa, le debemos sumar las normas generales de la responsabilidad civil y penal del médico por daños o lesiones causados por la incorrecta ejecución de los deberes, las que están reguladas por las normas civiles y penales. El médico-cirujano asume responsabilidad legal por los efectos de sus actos médicos, y el Estado garantiza las condiciones necesarias para que así sea, de acuerdo a lo señalado en los artículos 4 y 5 de la LTM.

Sin embargo, la LGSalud (art. 36) considera como *regla general* hace la responsabilidad de los profesionales, técnicos y auxiliares de la salud, así:

«...son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades».

La LGSalud (art. 4) trata del *principio de eximencia*:

«La negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso».

En esta situación, comprendemos mencionar los casos de negativa a tratamientos médicos por objeción de conciencia.

Podemos decir que el término responsabilidad médica tiene una connotación *estricta*, comprendiendo sólo a los médicos, y una connotación *lata*, cuando incluye a los profesionales de la salud en general.

170 IV. Responsabilidad civil

Establecer si la responsabilidad civil del médico se encuentra dentro del campo de la responsabilidad civil contractual o extracontractual es importante; el CC. establece, como lo hemos mencionado ante-

riormente, un doble sistema de responsabilidad civil: derivados del incumplimiento contractual y del sistema extracontractual.

En este sentido, Osterling y Castillo han sostenido con claridad que:

«se ha discutido acerca de la existencia de la relación contractual en la atención que brinda un médico a un paciente, dando origen a dos teorías: la teoría de la no responsabilidad contractual y la teoría de la responsabilidad contractual. Esta distinción no es ociosa, reviste no solo importancia doctrinaria, sino también fáctica de acuerdo con la tesis que prevalezca, siendo muy distintas las consecuencias que se deriven, si se tiene en cuenta el doble sistema de responsabilidad que establece el Código civil»¹⁰¹.

La responsabilidad emergente del ejercicio de la medicina es, por regla general, de carácter contractual. Sólo excepcionalmente es de carácter extracontractual, cuando el médico realiza conductas antijurídicas o prohibidas o viola disposiciones reglamentarias de su profesión.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado de la siguiente manera:

«En el contrato verbal sobre prestación de servicios existe una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge, además, la violación de deber genérico de no causar daño a otro, lo que, tal como lo admite la doctrina, ingresa obviamente en la esfera de la relación extracontractual, como es el caso de la conducta negligente del médico»¹⁰².

«Se advierte que la materia sometida a discusión judicial tiene su origen, no en una responsabilidad extracontractual, sino en una relación vinculatoria de naturaleza obligacional, no escrita, pero verosímelmente acreditada, para la prestación de un servicio médico específico a favor de una paciente»¹⁰³.

¹⁰¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario: *Tratado de las obligaciones*, Lima, Fondo Editorial, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003 (Para leer el Código civil, Vol. XVI, Cuarta Parte, Tomo XIII), p. 1819.

¹⁰² Exp. N° 34-98-Arequipa. Cfr: Pioner de Jurisprudencia 2003-2004, mayo, 2004, año 1, N° 11, publicación de *Diálogo con la Jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 22.

¹⁰³ Exp. N° 175-7/97. Cfr: Pioner de Jurisprudencia 2003-2004, mayo, 2004, año 1, N° 11, publicación de *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 22.

Para efectos de la determinación de la responsabilidad, en todos los casos, siempre ha de tenerse presente la actividad médica, el daño causado y la diligencia debida¹⁰⁴. Cada acto médico tiene sus singularidades: unos son simples, otros complejos, mientras que otros son altamente riesgosos:

«No se puede atribuir responsabilidad civil a los demandados por el ejercicio médico diligentemente prestado por el simple hecho de considerársele una actividad riesgosa; por otro lado, el riesgo a que se ha sometido la demandante, no puede semejarse ser reputada en forma paralela a las actividades riesgosas o de peligro como son los accidentes de tránsito u otras similares»¹⁰⁵.

Aunque debemos aceptar, hasta cierto punto, que la jurisprudencia ya aceptó el riesgo permitido:

«La actividad profesional de un médico o los servicios que presta una institución de salud sea privada o pública pueden generar riesgos permitidos por la propia naturaleza de su actividad, los que se adecuan a sus fines tanto científicos y profesionales en el caso de los médicos, y de prestación de servicios en el caso de la institución»¹⁰⁶.

Para determinar la responsabilidad, es esencial la receptividad del paciente, es decir, la forma como responde al tratamiento, obviamente de acuerdo a cada caso.

171 A. Responsabilidad civil contractual

La relación y efectos contractuales se aplican a todos los supuestos de vinculación médico-paciente, aun en aquellos en los que el paciente

¹⁰⁴ El deber accesorio de diligencia, a decir de FERNÁNDEZ CRUZ, consiste en el despliegue de conductas necesarias a fin de evitar cualquier impedimento para cumplir con la obligación principal. En una obligación de dar, tal deber se prueba con el cumplimiento de la obligación principal. En las obligaciones de hacer o no hacer este deber implica también vigilar el desenvolvimiento de la conducta al cual el deudor está obligado (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón: «El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias», en: AA.VV.: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*, Lima, Grijley, 2004, p. 583 a 625).

¹⁰⁵ Cfr. *Diálogo con la jurisprudencia*, Año 8, N° 48, setiembre 2002, pp. 156-159.

¹⁰⁶ Cas. N° 1312-96-Lambayeque, 18/09/97. Pioner de Jurisprudencia 2003-2004, mayo, 2004, año 1, N° 11, publicación de *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 22.

carece de la capacidad para manifestar su consentimiento, por ejemplo, en el caso de una persona que ha sufrido un desmayo y el médico la asiste, éste actúa por un deber legal que se basa en una obligación *ex lege* (la razón es que la actividad médica es un servicio de pública necesidad).

A1. Disposiciones generales

172

Para analizar la responsabilidad civil contractual del médico, debemos remitirnos a las disposiciones generales sobre inexecución de obligaciones reguladas en el CC. (arts. 1314 al 1332).

El CC. comprende dos supuestos para la responsabilidad civil contractual: 1) la inexecución de la obligación, y 2) el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. La responsabilidad contractual médica puede ser definida como «aquella que se presenta por la inexecución culpable o dolosa de una obligación que nace en virtud de un contrato médico-paciente o por haberse cumplido parcial, tardío o defectuosamente, sea por acción u omisión»¹⁰⁷.

A2. Naturaleza jurídica de la obligación asumida por el médico

173

La obligación que contrae el médico con su paciente como consecuencia de la celebración del contrato de prestación de servicios médicos es una obligación de medios, asumiendo el compromiso de atender al paciente con cuidado y diligencia, destinado a lograr su recuperación, aunque dicho resultado no pueda ser asegurado; en alguna medida puede ser de resultados, como es el caso de lograr de una manera directa y efectiva una mejora o acondicionamiento de la salud.

Pero este punto no es del todo pacífico en la doctrina nacional.

Monge Talavera indica que:

«Siguiendo la clásica distinción, el contrato genera a la carga del médico una obligación de medios, debido a que el acto médico es intrínsecamente aleatorio. 'El médico interviene sobre tejidos vivos cuya reacción no es jamás enteramente previsible (*Cour d'Appel de*

¹⁰⁷ OSTERLING PARODI / CASTILLO FREYRE: *Tratado de las obligaciones*, cit., Cuarta Parte, T. XIII, p. 1829.

París, 16 juin 1995, D., 1995, 194). La existencia de un riesgo terapéutico y su aceptación por el paciente, excluye la calificación de obligación de resultado»¹⁰⁸.

Por su parte, Marianne Denegri establece que el médico asume siempre una obligación de medios y nunca una de resultados, de lo que se desprende que el médico sólo se compromete a un actuar diligente, la obtención de un resultado exitoso no depende exclusivamente del solo actuar no culposo del médico, sino también de otras variantes ajenas a su voluntad. Basta por lo tanto que el médico demuestre, ante un supuesto de daños en su actividad profesional, que actuó de acuerdo a la diligencia ordinaria para que se libere de responsabilidad. El criterio de imputación de responsabilidad civil será por lo tanto subjetivo (es decir, por culpa) con la consiguiente pesada carga probatoria que pesa sobre la víctima del daño en estos casos, al tener que probar el actuar negligente del médico¹⁰⁹.

Olenka Woolcott¹¹⁰, con un criterio más permeable, dice que en la generalidad de los casos, ésta implica una obligación de medios, por la cual el médico se compromete a hacer todos los actos necesarios de acuerdo a las reglas de la ciencia, la técnica y el arte médico para satisfacer el interés del paciente acreedor, no siendo suficiente con un simple actuar diligente del profesional. De producirse un daño en estas situaciones, el paciente tiene una enorme carga probatoria, en la medida en que debe demostrar que el médico no realizó todo lo que la ciencia ponía a su alcance para lograr la satisfacción del interés creditorio. El criterio de imputación de responsabilidad será subjetivo, es decir, por culpa. Cabe resaltar, de acuerdo con Woolcott, que el avance de la ciencia permite el surgimiento de las denominadas prestaciones de fácil ejecución en las cuales al médico se le puede exigir la obtención del resultado esperado por el paciente, y el paciente puede tener la expectativa de una completa satisfacción de su interés. En estos casos, de producirse un daño,

¹⁰⁸ MONGE TALAVERA, Luz: «Responsabilidad civil de los cirujanos plásticos», en: *Legal Express*, Año 2, N° 23, noviembre de 2003, p. 4.

¹⁰⁹ DENEGRÍ HACKING, Marianne: «Análisis de la responsabilidad civil médica en la legislación peruana», en: *Advocatus*, N° 5, Lima, 2001, p. 109.

¹¹⁰ WOOLCOTT OVAGUE, Olenka: «La culpa profesional en el campo sanitario», en: *Derecho y Sociedad*, N° 17, Lima, 2001, pp. 306-311.

la carga probatoria para la víctima es más sencilla, pues para que el médico incurra en responsabilidad deberá únicamente demostrar la no obtención por parte del médico del resultado exitoso esperado por el paciente-acreedor. El criterio de imputación de responsabilidad será objetivo.

Por su parte, Espinoza Espinoza critica la identificación de la naturaleza de la prestación de servicios médicos con una obligación de medios, por cuanto siempre la responsabilidad sería subjetiva, lo cual es discutible, señalando como ejemplo la cirugía estética¹¹¹.

En este mismo sentido, refiriéndose al tema de la cirugía plástica, sostiene Monge que:

«Tanto [en] la cirugía reconstructiva como en la cirugía estética o de fantasía, la obligación del cirujano es de medios [LE TOURNEAU, Philippe et CADIET, Loïc, *Droit de la Responsabilité*, p. 285, Dalloz, Paris, 1996; CHABAS, François, «La obligation de moyens du médecin», en *La indemnisation des accidents médicaux*, sous la direction de Geneviève VINEY, LGDJ, 1997, p. 7]. Sin embargo, dado que la cirugía estética no es de naturaleza terapéutica, ni indispensable, menos aún urgente, pesa sobre el cirujano una obligación de medios rigurosa, reforzada [PENNEAU, Jean, *Recueil Dalloz*, 1995, som., p. 100]. Incurre en responsabilidad si en la intervención no procura ninguna mejora estética. A pesar de que su compromiso no es un resultado determinado, se compromete, por lo menos, a que la desgracia física sea menor. La no obtención del resultado esperado no es suficiente para comprometer su responsabilidad (CC, art. 1314). Será necesario establecer que la ausencia de ese resultado se debe al incumplimiento o a la violación de una obligación. En suma, es necesario probar la culpa. Tal es el caso de la ejecución defectuosa de una intervención quirúrgica [Ley General de Salud, Ley N° 26842, art. 36], si se establece la torpeza, imprudencia o negligencia grave (CC, art. 1319) o simplemente la omisión a la diligencia ordinaria en la ejecución de la obligación (CC, art. 1320). La responsabilidad del cirujano plástico debe ser juzgada con mayor rigor que en la cirugía con finalidad terapéutica»¹¹².

¹¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2003, pp. 518-519.

¹¹² MONGE TALAVERA, Luz: «Responsabilidad civil de los cirujanos plásticos», en: *Legal Express*, Año 2, N° 23, noviembre de 2003, p. 4.

Duncan Sedano explica que la clásica división de obligaciones de medios y de resultados en la responsabilidad civil profesional sirve para aquellos ordenamientos donde la prueba de la culpa no está sujeta a reglas claras, facilitando la labor de los jueces en cuanto a determinar el alcance de los deberes asumidos por los profesionales. En nuestro medio, tal distinción es inútil, en la medida en que tanto en el ámbito de la responsabilidad por incumplimiento obligacional, como en el de la responsabilidad extracontractual, la culpa se presume, produciéndose una inversión de la carga de la prueba, correspondiéndole al prestador de salud la prueba en contra, es decir, demostrar su no culpa¹¹³.

Por lo demás, es preciso aclarar un punto adicional. Si la obligación es de medios entendemos que la responsabilidad será subjetiva, en tanto que si la obligación es de resultados, sin duda, la responsabilidad será objetiva. La discusión respecto a si la responsabilidad de los profesionales es de medios o de resultados, no es dable, en tanto que el *standard* establecido por ley es la diligencia ordinaria¹¹⁴.

En la jurisprudencia administrativa se ha hecho la distinción entre la obligación de medios y de resultados, así, la Resolución Final N° 401-2003-CPC, del 09.04.03, de la Comisión de Protección al Consumidor, ha establecido lo siguiente:

«(i) *servicio médico sujeto a una obligación de medios*: en este caso, un consumidor razonable tendrá la expectativa que durante su prestación no se le asegurará un resultado, pues éste no resulta previsible; sin embargo, si esperará que el servicio sea brindado con la diligencia debida y con la mayor dedicación, utilizando todos los medios requeridos para garantizar el fin deseado.

(ii) *servicio médico sujeto a una obligación de resultados*: en este caso, un consumidor razonable espera que al solicitar dichos servicios se le asegure un resultado, el cual no solamente es previsible, sino que constituye el fin práctico por el cual se han contratado dichos servicios. Es así que un consumidor razonable considerará cumplida la obligación cuando se haya logrado el resultado prometido por el médico o la persona encargada. En este supuesto, el parámetro

¹¹³ SEDANO VÁSQUEZ, Duncan: «La responsabilidad civil médica en el Perú», en *Revista Jurídica del Perú*, N° 36, Trujillo, 2002, p. 110.

¹¹⁴ En este sentido, ESPINOZA ESPINOZA: *Responsabilidad civil*, cit., p. 517.

de la debida diligencia es irrelevante a efectos de la atribución o no de la responsabilidad objetiva del proveedor, pero será tenido en cuenta para graduar la sanción¹¹⁵.

A3. *La responsabilidad por culpa del médico*

174

En la generalidad de los casos de daños en la actividad médica, la responsabilidad será por culpa leve en el entendido que se requiere de preparación, diligencia habitual y ordinaria, de acuerdo con disposiciones de la ciencia, la técnica y el arte médico. La limitación de responsabilidad civil a los casos de dolo o culpa inexcusable funcionará sólo en aquellos casos excepcionales.

– *La culpa del profesional*

175

El artículo 1762 del CC. nos dice:

«Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable».

Marianne Denegri¹¹⁶, dando una interpretación literal al artículo mencionado, considera que se trata de una norma especial al régimen de inejecución de obligaciones, entendiendo la actividad médica como un asunto profesional de especial dificultad, por la que el médico sólo respondería por dolo o culpa inexcusable (culpa grave), no respondiendo en los casos de culpa leve (estableciéndose una excesiva limitación de los médicos, por lo que propone su supresión). No obstante, su inaplicación se da por el principio de especialidad (art. 36 de la LGSalud): los profesionales médicos, técnicos y auxiliares son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades, regulando por lo tanto la responsabilidad de los profesionales de la salud.

Olenka Woolcott establece que el artículo 1762 es una norma de aplicación extraordinaria (para casos no estudiados adecuadamente por

¹¹⁵ ESPINOZA ESPINOZA: *Responsabilidad civil*, cit., p. 519.

¹¹⁶ DENEGRI HACKING, Marianne: «Análisis de la responsabilidad civil médica en la legislación peruana», en: *Advocatus* N° 5, Lima, 2001, pp. 111-113.

la ciencia o experimentados en la práctica y que requiere de diligencia y preparación mayor). En estos casos, para que la víctima pueda exigir el resarcimiento requiere acreditar que el médico actuó con un grado de culpa mucho más grave cuando se está ante un problema más difícil que la exigida en los casos médicos ordinarios¹¹⁷.

Así se ha venido considerando en algunos fallos:

«6. Que, en el caso materia de arbitraje no existe una historia clínica de los actos médicos realizados en La Paciente, conforme puede acreditarse de la Auditoría Médica Externa que corre a fojas 179 y ss. [...] 8) Que, siendo las normas de salud de orden público al regular la materia sanitaria y la asistencia médica para la recuperación y rehabilitación de la salud de las personas, por lo que nadie puede pactar en contra de ellas (IX del Título Preliminar de la Ley General de Salud), se llega a determinar que todos estos elementos configuran una negligencia, en especial una culpa inexcusable en el acto médico llevado a cabo a La Paciente, de acuerdo al artículo 1321 en concordancia con el 1762 del Código Civil, y que existiendo una responsabilidad del profesional de la salud frente al paciente por los daños y perjuicios que ocasionen por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades (Artículo 36 de la Ley General de Salud), en la medida que se ha comprobado la existencia del daño causado, éste debe indemnizarse con equidad y justicia, sobre la base personal de la víctima y siempre tomando en consideración que el resarcimiento comprende los daños subjetivos como el daño a la persona y el correspondiente daño moral.»¹¹⁸.

176 – *La culpa virtual*

En la responsabilidad civil médica se ha construido la llamada *teoría de la culpa virtual* bajo el sustento que «si el daño es causado por la actuación médica, se evidencia la culpa, ya que de no haberse producido la intervención no existiría el daño». En doctrina, se citan ejemplos como este: si alguien acude al médico con un pequeño bulto en la muñeca y acaba con el brazo completamente paralizado desde el hombro a los dedos tenemos un típico caso de responsabilidad del médico, quien deberá probar lo contrario.

¹¹⁷ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka: «La culpa profesional en el campo sanitario», en: *Derecho y Sociedad*, N° 17, Lima, 2001, pp. 297-301.

¹¹⁸ Laudo Arbitral, Exp. N° 009-2002-ARB-SCTR, Materia: Indemnización por daños y perjuicios derivados de mala práctica médica.

La culpa virtual es entendida como aquel acto generador de un daño desproporcionado que normalmente no debiera producirse si no fuera por la indiscutible culpabilidad del autor. Verificada la lesión se dice «ésta habla por sí sola», origen de la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma). Es decir, es una evidencia que crea una presunción de negligencia en el médico determinando su responsabilidad. La doctrina angloamericana, la alemana (*Anscheinsbeweis*, apariencia de prueba) y la francesa (*faute virtuelle*) tratan extensamente este tema.

Este criterio obliga a que los médicos demuestren que han obrado correctamente. La desproporción entre el diagnóstico inicial y el resultado, que en poco tiempo se produce, conlleva a la inversión de la carga probatoria ante la presunción de culpa del profesional.

Uno de los casos presentados en nuestro medio, en el que se falla aplicando la culpa virtual, señala lo siguiente:

Se llega a establecer en la sentencia que como consecuencia de una mala práctica en la primera operación en 1986 se deja al paciente una íntima adherencia entre próstata y recto que generó la facilidad que se produzca la fistula. Los médicos no tomaron las precauciones para evitar el daño y teniendo en cuenta este riesgo no cumplieron con el deber de realizar exámenes para obtener un diagnóstico antes de la operación, a pesar de que tuvieron conocimiento de la anterior operación. Al no haber realizado ningún otro examen para diagnosticar la fístula, los médicos actuaron de manera culpable e inexcusable el diagnóstico de la enfermedad. Se declara FUNDADA EN PARTE la demanda y se ordena el pago del monto indemnizatorio de manera solidaria a los médicos (art. 1983 del CC)¹¹⁹.

Como en el acto médico se configura una prueba difícil, en el sentido que es dificultoso obtenerla e incluso mantenerla, Avendaño Valdez¹²⁰ sugiere:

- Incorporar normas procesales que consagren las cargas probatorias dinámicas o la culpa virtual; y
- Unificar la carga de la prueba en ambos tipos de responsabilidad dado que no es justo que, en los casos de mala *praxis*, ésta recaiga

¹¹⁹ Exp. N° 9481-2004, 28° Juzgado Civil, Lima.

¹²⁰ AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis: «La prueba difícil», en: *Homenaje a Jorge Avendaño*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, t. II, p. 904.

en la víctima si el asunto será fallado a la luz de las reglas de responsabilidad contractual.

Resulta apropiado regresar y extendernos un poco en la llamada *teoría de la prueba difícil* que es explicada con claridad por Avendaño Valdez¹²¹, de tal forma que dice tratándose de un daño causado en una intervención quirúrgica, que al actor le será muy dificultoso probar lo que ocurrió en la sala de operaciones, puesto que su estado de inconciencia, por efecto de la anestesia, se lo impedía. Además, probable es que en el quirófano no hubiera nadie más que viera lo ocurrido, salvo las mismas personas que probablemente causaron el daño, por lo que es necesario aplicar las llamadas *cargas probatorias dinámicas* de manera que la actividad probatoria debe trasladarse del demandante al demandado y viceversa, según sea el caso. En definitiva, al no existir prueba eficaz, que es característico en los procesos de responsabilidad médica, la carga de la prueba debe corresponder a quien está en mejor situación de probar, o sea, al médico.

177 **A4. Requisitos de procedencia**

Los requisitos para la procedencia de esta responsabilidad son¹²²:

- Existencia de un contrato válido.
- Que se haya producido un daño.
- Que el daño sufrido por la víctima provenga del incumplimiento del contrato médico.
- La antijuricidad.
- La imputabilidad.
- Que exista relación causal.
- Eximentes de responsabilidad médica.

La responsabilidad por los daños y perjuicios se configura cuando media dolo o culpa (inexcusable o leve). Quien actúa con diligencia

¹²¹ AVENDAÑO VALDEZ: «La prueba difícil», cit., p. 900.

¹²² Cfr. OSTERLING PARODI / CASTILLO FREYRE: *Tratado de las obligaciones*, cit., Cuarta Parte, T. XIII, pp. 1829 a 1947.

ordinaria no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. El CC. establece la presunción *juris tantum*, por la que el deudor que inejecuta la obligación o la cumple parcial, tardía o defectuosamente responde por culpa leve. Cuando no hay dolo ni culpa, el deudor está eximido de responsabilidad, excepto en aquellos casos en los que la ley o el título de la obligación exijan el acontecimiento de caso fortuito o de fuerza mayor¹²³ para la exoneración de la responsabilidad.

En la doctrina nacional, Osterling y Castillo sostienen que no en todos los casos en que se cause daño y concorra culpa será posible imputar responsabilidad al médico:

«En sentido estricto, no es que se excluya el nexo causal, sino que simplemente, en ciertos eventos, éste no llega a configurarse por una falencia del elemento culpa; o bien existe nexo causal, el hecho del agente se encuentra justificado ya sea por la ley o por el consentimiento de la víctima»¹²⁴.

A5. Casos de eximencia

178

Los casos de eximencia de responsabilidad médica son¹²⁵:

- *Error excusable*, el error es la falsa percepción que se tiene de algo.
- *Caso fortuito*, se refiere a un hecho natural, ajeno al ámbito de actuación del médico deudor, que impide el cumplimiento de la prestación y tiene como característica el ser extraordinario, imprevisible, irresistible y notorio (comúnmente se le denomina accidente¹²⁶).

¹²³ El caso fortuito y la fuerza mayor son considerados para el sistema nacional como un evento extraordinario, imprevisible e irresistible. *Extraordinario*, porque sale de lo común; *imprevisible*, porque los contratantes no pueden suponer su acontecimiento e irresistible porque suponen la imposibilidad de cumplimiento.

¹²⁴ OSTERLING PARODI / CASTILLO FREYRE: *Tratado de las obligaciones*, cit., Cuarta Parte, T. XIII, p. 1943.

¹²⁵ OSTERLING PARODI / CASTILLO FREYRE: *Tratado de las obligaciones*, cit., Cuarta Parte, T. XIII, pp. 1944 a 1947.

¹²⁶ Un accidente es un evento dañino de carácter imprevisible, algo que está fuera del orden natural de las cosas. Cfr. TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de: «La teoría jurídica del accidente», en: AA.VV.: *Negocio jurídico y responsabilidad civil*.

- *Fuerza mayor*, está vinculada a un acto de autoridad.
- *Culpa de la víctima*, conducta del enfermo, en este caso, la falta de la víctima es la única causa.
- *Hecho de un tercero*, en este caso, el hecho dañoso ha tenido como autor a una persona distinta del dañado (paciente) o de aquella persona llamada a responder (médico).
- *Imposibilidad de ejecución de la prestación sin culpa de las partes: fracaso del tratamiento*, en este caso no hay culpa; el profesional se comporta prudentemente, fracasando el tratamiento aplicado.
- *Estado de necesidad*, el médico que prescindiendo del consentimiento del paciente decide tratarlo (vg. transfusión de sangre).

179 **A6. Atención en casos de emergencia**

La responsabilidad emergente del ejercicio de la medicina es, por regla general, de carácter contractual, es más:

«...incluso, la responsabilidad derivada de la atención de emergencia, debido a que ésta se tiene que hacer al amparo de un mandato legal que 'obliga' al establecimiento de salud a atender al paciente (artículo 3 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842), se encuentra ubicada dentro de este 'formal' tipo de responsabilidad»¹²⁷.

Siendo de orden contractual, es preciso establecer la naturaleza de la atención médica de emergencia. Al respecto, existen dos posiciones:

- *Obligación legal*. La LGSalud impone una relación obligatoria heterónoma entre el paciente en estado de emergencia y el establecimiento de salud. Es decir, como sostiene Barchi Velaochaga¹²⁸,

Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, Lima, Grijley, 2004, pp. 841 a 871.

¹²⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: «Radiografía de la responsabilidad civil y administrativa de los médicos», en: *Legal Express*, Año 2, N° 23, noviembre de 2003, p. 4.

¹²⁸ BARCHI VELAOCHAGA, Luciano: «Responsabilidad civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia», en: *Diálogo con la jurisprudencia*, año 6, N° 27, julio, Lima, 2000, pp. 44 y 45.

existe contrato forzoso en el que la iniciativa de las partes se ve desplazada por la intervención del Estado, de conformidad con la política de protección al derecho de salud del que gozan todos los sujetos (art. II, LGSalud). En sentido similar, Duncan Sedano¹²⁹ establece que en este caso no estamos ante la presencia de un contrato de asistencia médica que surge entre las partes, sino que este supuesto está consagrado en el artículo 3 de la Ley General de Salud. Es decir, la obligación de los establecimientos de salud de prestar atención médico-quirúrgica, en estos casos, surgirá por mandato de la ley, por una fuente heterónoma.

- *Consentimiento tácito.* Marianne Denegri¹³⁰ establece que en estos supuestos de urgencia, en la medida en que el paciente se encuentra imposibilitado de manifestar su consentimiento, el médico debe proceder a realizar su actividad, entendiéndose que se da consentimiento tácito del paciente y por consiguiente surge, de todas formas, un contrato de asistencia médica entre estas partes.

En la medida en que siempre es necesaria la existencia de una obligación previa entre el prestador de salud y el paciente, siempre ha de aplicarse el régimen de responsabilidad civil obligacional o inejecución de obligaciones.

Un sector de la jurisprudencia ha llegado a considerar la atención de emergencia en el orden de la responsabilidad extracontractual:

«La responsabilidad civil médica es extracontractual porque entre el causante y la víctima no existe ninguna relación anterior al daño que no sea la situación de emergencia por la que se sometió al paciente. Encontrándose probado que el demandado médico cirujano realizó tres operaciones al demandante por patologías de orden vesicular, y que el deceso de ésta fue producto de una embolia cerebral a 90 días *a posteriori* de la fecha de alta, no se da la relación de causalidad entre el daño producido, que exige el art. 1985 del CC.»¹³¹

¹²⁹ SEDANO VÁSQUEZ, Duncan: «La Responsabilidad Civil Médica en el Perú», en: *Revista Jurídica del Perú*, N° 36, Trujillo, 2002, p. 108.

¹³⁰ DENEGRI HACKING, Marianne: «Análisis de la responsabilidad civil médica en la legislación peruana», en: *Advocatus* N° 5, Lima, 2001, pp. 107-108.

¹³¹ Vid. LEDESMA, Marianella: *Ejecutorias*, Lima, Cultural Cuzco, 1995, t. 1, p. 70.

180 **B. Responsabilidad civil extracontractual**

La responsabilidad extracontractual moderna es un mecanismo que persigue reparar económicamente un daño, es decir, existe un acento en la reparación de la víctima antes que en el castigo del culpable¹³².

Tal como se encuentra regulada en el CC., la responsabilidad se sustenta en dos sistemas: el sistema subjetivo basado en la noción de dolo o culpa (art. 1969) y el sistema objetivo fundamentado en la noción de riesgo creado (art. 1970). De esta forma, la responsabilidad extracontractual no sólo se refiere a actos ilícitos, sino también a aquellos actos que siendo lícitos por su peligrosidad y riesgo hacen al causante objetivamente responsable, aun cuando no medie ilicitud ni culpa en su actuar.

181 **B.1. Sistema objetivo**

Según el sistema objetivo en la responsabilidad civil extracontractual, basta con acreditar el daño causado, la injusticia del mismo y la relación de causalidad, criterio seguido rígidamente por la jurisprudencia:

«Para responsabilizar la actividad de un médico y en general, toda actividad de prestaciones de salud, aun sea en casos de responsabilidad objetiva, el demandante tiene que acreditar la existencia de relación de causalidad entre la conducta del demandado y la producción del daño»¹³³.

«La indemnización comprende las consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido»¹³⁴.

Además, deberá tomarse en cuenta el respectivo factor de atribución para que nazca la obligación legal de indemnizar a cargo del autor de la conducta, debiendo hacer el juzgador total abstracción de cual-

¹³² TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de: *La responsabilidad extracontractual*, 5ª ed., Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, t. I, p. 47.

¹³³ Cas. N° 1312-96, Lambayeque, en: *Diálogo con la jurisprudencia*, año 6, N° 26, noviembre, Lima, 2000, pp. 122-126.

¹³⁴ Exp. N° 775-95, Quinta Sala Suprema. Vid. LEDESMA, M., *Ejecutorias*, Lima, Cultural Cuzco, 1995, t. 2, p. 148.

quier examen de la intencionalidad del autor del daño injusto. Esto no significa que el factor intencionalidad no se encuentre presente, sino que no se toma en cuenta; es totalmente indiferente para la atribución de la obligación legal de indemnizar. Se favorece la situación de la víctima, por cuanto en el respectivo procedimiento judicial deberá acreditarse únicamente el daño, su carácter injusto y, fundamentalmente, la relación de causalidad, correspondiéndole al demandado en todo caso intentar demostrar judicialmente que el daño no fue consecuencia de su conducta, sino consecuencia de una causa ajena, es decir, la presencia de una fractura causal y, en todo caso, de ser ello imposible, la existencia de una concausa con el fin de aminorar la indemnización que le corresponderá pagar a la víctima¹³⁵.

La jurisprudencia local ha sustentado:

«En el presente caso, la operación practicada por el médico es considerada como actividad riesgosa, por lo que se encuadra dentro de los lineamientos del mencionado artículo, por lo que se ha aplicado correctamente»¹³⁶.

B.2. Sistema subjetivo

182

Respecto al sistema subjetivo basado en la noción de dolo o culpa, además de los factores objetivos propios a todo sistema de responsabilidad civil extracontractual; será necesario acreditar el factor subjetivo referido a la culpabilidad del autor del daño, en este supuesto el factor de atribución es la culpa, no siendo necesaria ninguna referencia al carácter riesgoso o peligroso del bien o la conducta desarrollada por el autor del daño¹³⁷.

B.3. Casuística y aplicación de responsabilidad

183

La responsabilidad extracontractual médica se puede presentar:

- Cuando se declara la nulidad del contrato de asistencia médica,

¹³⁵ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: «La responsabilidad civil por aplicación defectuosa de las técnicas de reproducción humana asistida», en: *Revista jurídica del Perú*, Año XLVII, N° 13, octubre-diciembre, Trujillo, 1997, p. 79.

¹³⁶ Cas. N° 1135-95. Cfr. Pioner de Jurisprudencia 2003-2004, mayo, 2004, año 1, N° 11, publicación de *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, p. 22.

¹³⁷ TABOADA CÓRDOVA: «La responsabilidad civil por aplicación defectuosa de las técnicas de reproducción humana asistida», cit., p. 80.

– Por impericia del médico:

«El médico anestesista debe responder por las consecuencias del acto profesional en el cual la impericia está por encima del riesgo quirúrgico que no ha sido demostrado y por el contrario, aparece un insólito proceder que se trasluce en la culpa médica»¹³⁸.

– En el caso que se ocasione la muerte o lesiones directas al paciente y con esto se ocasione un daño a terceros:

*«No se puede atribuir una responsabilidad al médico por los resultados de una posterior intervención quirúrgica no efectuada por él»*¹³⁹.

– Cuando el incumplimiento del contrato médico entrañe un delito y cuando se ocasionen daños por caso fortuito o fuerza mayor.

Algunos sostienen otros casos como cuando la relación entre médico y paciente es impuesta coactivamente a este último debido a una disposición legal o administrativa, como son los casos de emergencia; a nuestro entender éstos son de orden contractual, la obligación nace de la ley o de mandato.

184 **C. El derecho de opción y el doble sistema de responsabilidad**

Si producto del incumplimiento de una relación obligatoria se infringe el deber genérico de no dañar, la víctima tiene la facultad de hacer efectiva su pretensión en la vía contractual o extracontractual.

Este derecho de opción viene siendo reconocido en el ámbito jurisprudencial y por los operadores del derecho. En razón que si lo más importante es reparar el daño resulta irrelevante la discusión sobre la diferenciación entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Aquel que vea afectado sus intereses puede solicitar la reparación conforme a la situación más favorable que ofrezca la norma jurídica¹⁴⁰.

¹³⁸ Exp. N° 694-86. Vid. Pioner de Jurisprudencia 2003-2004, mayo, 2004, año 1, N° 11, publicación de *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 22.

¹³⁹ Dictamen fiscal N° 060-98-2° F.S.C.-MP. Exp. 34-98, Recurso de nulidad, Sala Civil, Arequipa, 31/7/1998.

¹⁴⁰ WOOLCOTT OVAGUE: *La responsabilidad civil de los profesionales*, cit., p. 334.

En este sentido, Espinoza Espinoza ha sostenido:

«En el formante jurisprudencial nacional, se cuenta con un precedente en el que, partiendo de la compatibilidad de los dos regímenes en materia de responsabilidad civil de los profesionales médicos, se adopta la posición de la opción, aplicándose el art. 1969 c.c. (responsabilidad extracontractual subjetiva). El caso fue el siguiente: Dionicio Ramos Luza, internó a su menor hija Lorena en la Clínica Arequipa, la cual presentaba una «tumoración de parótida y neurofibroma». El Dr. Víctor Tejada Gutiérrez le practicó una intervención y le ocasionó una «paresia facial derecha», lo cual se comprobó en el Instituto de Enfermedades Neoplásicas. En primera instancia se condenó tanto al doctor como a la clínica. En apelación sólo se condenó al doctor, excluyendo a la clínica y se fijó el monto indemnizatorio en ochenta mil nuevos soles. Con fecha 17.09.98, se declaró que no había nulidad en la Sala Civil de la Corte Superior de Arequipa, advirtiéndose que existe:

«... una zona intermedia en que ambos tipos de responsabilidad se confunden, es decir, que a consecuencia del incumplimiento del contrato, surge además la violación del deber genérico de no causar daño a otro».¹⁴¹

D. Responsabilidad del médico y sus utensilios

185

En el ejercicio de la medicina se emplean diferentes instrumentos, aparatos y medicamentos cuyo uso o prescripción pueden ocasionar un daño al paciente. Por esta razón, su uso debe basarse en un conocimiento adecuado sea del funcionamiento, modo de empleo y de las propiedades farmacológicas de los medicamentos.

El médico no podrá ser obligado a ejercer el acto médico si las condiciones de infraestructura, equipo o insumos no garantizan una práctica médica ética e idónea, con arreglo al Código de Ética del Colegio Médico del Perú, tomando como referencia las disposiciones sobre acreditación hospitalaria, salvo aquellos actos médicos exigidos por la atención de un paciente en situación de emergencia (art. 6 del Reglamento de LTM). En este sentido, existe una distinción entre los daños causados 'con las cosas' y daños causados 'por las cosas'.

- Los primeros se producen porque dichos bienes se encuentran bajo el control del hombre, quien mediante su manipulación pro-

¹⁴¹ ESPINOZA ESPINOZA: *Responsabilidad civil*, cit., 2ª ed., pp. 514 y 515.

voca un daño al paciente (por ejemplo, las lesiones provocadas por el mal uso de un aparato de rayos X o por el mal uso de un bisturí).

- Los segundos se producen sin la intervención directa del hombre; el objeto en sí es susceptible de producir perjuicio. Caso típico del empleo de sangre para la transfusión, la indicación no adecuada de un medicamento o el *oblito quirúrgico*, que son aquellos casos en los que con motivo de una intervención quirúrgica se dejan o quedan olvidados dentro del cuerpo del paciente algún material o instrumento utilizado en la cirugía (por ejemplo, la gasa o pinzas olvidadas en el cuerpo).

El médico debe responder por el uso de las cosas que emplea. El fundamento de esta responsabilidad reside en la naturaleza, presupuesto y obligaciones que se generan del contrato de asistencia médica.

186 **E. Responsabilidad del establecimiento asistencial por los actos del personal médico**

La responsabilidad de los establecimientos asistenciales se produce como consecuencia de un incumplimiento médico, sea que se trate de establecimientos públicos o privados, gratuitos o pagados.

La responsabilidad se funda en una obligación de garantía de la conducta de los dependientes, subordinados o sustitutos en la ejecución de la prestación o hecho del personal que tiene a su cargo el cumplimiento de la obligación. No debemos dejar de lado la obligación de seguridad, accesoria al contrato de prestación médica, de modo que se proporcione al paciente la asistencia médica a cargo del cuerpo médico del establecimiento, quien responderá por los daños que pudiese ocasionar al paciente. Esto significa que la responsabilidad civil de los establecimientos asistenciales por daños causados por el personal médico a su cargo es un típico supuesto de responsabilidad civil contractual por hecho de los terceros de los cuales se sirve el deudor para el cumplimiento de su prestación, según lo establecido por el CC. (art. 1325 o 1981, de conformidad con el derecho de opción).

La jurisprudencia ha considerado:

«La responsabilidad solidaria de la clínica se extiende a los hechos realizados por los colaboradores, sean médicos o personal auxiliar,

por el principio de responsabilidad indirecta aplicada en materia contractual, propia de clínicas, hospitales o centros asistenciales»¹⁴².

«El médico que interviene quirúrgicamente a una persona, pese a haberse obtenido un diagnóstico impreciso y dudoso, asumiendo un riesgo que según su especialidad no estaba en capacidad de atender, teniendo como resultado la lesión en la integridad física del paciente, está obligado a indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados. La entidad empleadora debe asumir, solidariamente con el médico emplazado, el pago de la indemnización correspondiente»¹⁴³.

Por otro lado, se ha delimitado la responsabilidad del personal de gerencia o administrativo:

«Si bien es cierto resulta evidente la responsabilidad administrativa en la marcha del hospital de estos últimos codemandados, es evidente que éstos no pueden responder por la culpa de terceros, quienes si bien son servidores de la entidad que éstos dirigen, su elección y designación para los cargos que ocupan no son responsabilidad de ellos, sino, como organismo estatal, responde a una política administrativa, por no encuadrarse su situación en lo previsto en el precitado artículo»¹⁴⁴.

F. Aspectos procesales de la responsabilidad civil de los médicos

187

El proceso judicial por daños y perjuicios derivados de responsabilidad médica es denominado proceso de conocimiento. Este tipo de proceso tiene como característica, ser un proceso formal conformado por dos instancias. Lo resuelto en segunda instancia es inimpugnable, salvo recurso de casación.

Este proceso es de conocimiento por la complejidad de la pretensión que hace necesario habilitar una parte probatoria acorde con el tema de la responsabilidad. En este proceso, presentada la demanda, existen 30 días hábiles para contestarla, 10 días para presentar excepcio-

¹⁴² Exp. N° 694-86. Cfr. Pioner de Jurisprudencia 2003-2004, mayo, 2004, año 1, N° 11, publicación de *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 23.

¹⁴³ Cas. N° 507-99-Lambayeque, 15/07/99. Cfr. Pioner de Jurisprudencia 2003-2004, mayo, 2004, año 1, N° 11, publicación de *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 23.

¹⁴⁴ Exp. N° 1143-95. Cfr. Pioner de Jurisprudencia 2003-2004, mayo, 2004, año 1, N° 11, publicación de *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 23.

nes (medios de defensa de la parte demandada) y 5 para tachar u oponerse a los medios probatorios. Contestada la demanda, 10 días después se convoca a una audiencia denominada de saneamiento procesal y de fijación de puntos controvertidos, luego se convocará a otra audiencia en un plazo de 20 días de carácter conciliatorio, 50 días luego se cita a una audiencia de pruebas y, finalmente, en el lapso de 50 días, se pronuncia sentencia en primera instancia. La sentencia puede ser apelada ante la Corte Superior en un plazo de 10 días; posteriormente, la Corte resuelve en un período de tiempo no menor a los 60 días. Lo resuelto por la Corte es cosa juzgada, sin embargo se admite de manera extraordinaria un recurso de casación que tiene por objeto velar por la debida aplicación de la ley y en su caso, del procedimiento. En términos reales, un proceso de daños demora en tramitarse no menos de 12 meses en sus dos instancias.

188 G. Reparación de los daños

El resarcimiento comprende tanto los daños objetivos (referido al patrimonio): daño emergente y lucro cesante y los daños subjetivos (referidos al ser humano) daño a la persona y daño moral.

- El daño a la persona, también llamado daño subjetivo, es aquel que agravia o afecta al ser humano mismo, es decir a su 'ser' y como tal no puede ser valorizado en dinero¹⁴⁵.
- El daño moral, es un derivado del daño a la persona. El daño moral es uno de los múltiples daños psicosomáticos que puede lesionar a la persona, por lo que se le debe considerar como un daño que afecta la vida sentimental (dolor, sufrimiento) del sujeto y no está vigente durante la vida del afectado, tiende a disiparse con el tiempo, sin embargo, es irreparable económicamente, de allí que sea considerado un daño personal o extrapatrimonial¹⁴⁶.

Los daños derivados del ejercicio de la medicina generan daños subjetivos (daño a la persona y daño moral), siendo invalorable o incuantificables en razón de los derechos que están en riesgo, en especial el derecho a la vida.

¹⁴⁵ Vid. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», en: *Cuadernos de Derecho*, N° 3, Lima, 1993 (Universidad de Lima), pp. 32 y ss.

¹⁴⁶ Vid. FERNÁNDEZ SESSAREGO: «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», cit., pp. 35 y ss.

De alguna manera la jurisprudencia penal ha fijado lineamientos para la reparación del derecho a la vida, tenemos el caso que,

«Si se ha lesionado el bien jurídico la vida, que es inapreciable económicamente y es prevalente frente a otros bienes jurídicos, corresponde incrementar proporcionalmente la reparación civil»¹⁴⁷.

Lo cierto es que los daños no pueden medirse de manera precisa y exacta, salvo que se tomen en cuenta los baremos (precisión) o los criterios jurisprudenciales (acercamiento).

Los jueces a menudo resuelven el otorgamiento de reparaciones de daños médicos, ciñéndose a los siguientes parámetros:

- Antecedentes de la víctima (sociales, culturales y económicos),
- Gravedad de las lesiones producidas,
- Coyuntura del daño por parte del médico,
- Estatus profesional del médico, y
- Nivel del centro de salud, entre otros.

La jurisprudencia nacional se ha orientado bajo el siguiente esquema:

«Que el monto demandado en dólares debe entenderse en el sentido de utilizar una referencia o patrón para defenderse de los efectos de la devaluación e inflación monetaria que sufre el país; que ese monto debe ser prudencialmente fijado, no solamente ha de tenerse en cuenta el daño ocasionado al paciente, sino las circunstancias que rodean la intervención del profesional, los naturales riesgos a que está sometida la actividad, la complejidad del caso y la presencia detectada de la tumoración aludida, pues aunque no excluye la responsabilidad establecida, constituye elemento de juicio para advertir que el daño no se ha producido solamente por actitud negligente del médico»¹⁴⁸.

Por otro lado, la jurisprudencia ha considerado la equidad como un lineamiento de cuantificación:

¹⁴⁷ Exp. N° 26/03/1999. Exp. N° 178-99-Lima. Cfr. «Pena, reparación civil y otras consecuencias del delito», en: *Jurisprudencia. Preguntas & respuestas jurisprudenciales*, Año 2, N° 16, octubre, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 27.

¹⁴⁸ Exp. N° 2618-88. Cfr. Pioner de Jurisprudencia 2003-2004, mayo, 2004, año 1, N° 11, publicación de *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 23.

«El monto de la reparación debe fijarse con equidad y justicia, sobre la base de los datos que aparecen en la historia clínica, la edad, el trabajo, estado civil, entre otros»¹⁴⁹.

Si bien es cierto que la responsabilidad civil no se centra en el victimario, sino en la víctima, también es cierto que el estándar del actuar con dolo o culpa por parte del médico afamado o de reconocido prestigio es más reducido que el de un facultativo novel o inexperto. En ese mismo orden de ideas, el centro de salud con nivel y tecnología de punta *debe equivocarse menos* que el centro de salud genérico o de insuficientes recursos.

Por mala práctica médica, con probabilidades de daños ulteriores y por tanto indeterminables, debería otorgarse una reparación ajustada a esas probabilidades, independientemente del daño original ya causado.

Al margen de consideraciones pecuniarias exactas, se repara también el daño moral (entendido como el sufrimiento o dolor) y el daño a la persona (que afecta la unidad psicosomática y la libre decisión de la persona ocasionando la frustración del proyecto de vida) de acuerdo a las probabilidades del daño ulterior.

La reparación en la vía civil, no castiga ni enriquece, sólo compensa. Cualquier suma que se otorgue será discutible o arbitraria; sin embargo, el dinero será siempre el común denominador de todas las cosas.

Existe normalmente una situación recurrente en sede de daños médicos: el daño original cuyo resarcimiento se ordena judicialmente sigue causando menoscabo a futuro, mucho después de terminado el proceso y reparada la lesión. Es posible legalmente volver a demandar siempre y cuando se acredite que el nuevo daño tiene como causa el daño original, naturalmente en este caso los plazos de prescripción (dos años a partir de la posibilidad de demandar) corren desde que la víctima toma conocimiento del nuevo daño producido.

En definitiva, acto médico, responsabilidad profesional, nexo causal y reparación por los daños causados son elementos que deben ser

¹⁴⁹ Exp. N° 694-86. Cfr. Pioner de Jurisprudencia 2003-2004, mayo, 2004, año 1, N° 11, publicación de *Diálogo con la jurisprudencia*, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 23.

estudiados con detenimiento a efectos de lograr una justa y adecuada teoría sustentada en el Derecho médico moderno¹⁵⁰.

H. Responsabilidad médica especial

189

La responsabilidad del médico se ha agudizado o quizá es mejor decir que ha dado un vuelco en el sentido que ahora ya no sólo está dirigida a la cura o tratamiento, sino también a las cuestiones relativas a la concepción y nacimiento de las personas. Hace un buen tiempo decíamos que «en diversos países se ha venido planteando un tema de trascendencia mayor: las *demandas por vida errada*, tienen por objeto que el demandante (perjudicado) recurra ante el juez para obtener una indemnización, a pagarse por el médico o quien estuvo encargado de la viabilidad del desarrollo fetal y su posterior nacimiento»¹⁵¹.

En efecto, la doctrina y jurisprudencia anglosajona y norteamericana se refieren a las teorías de los errores médicos conocidas como:

H.1. *Wrongful birth*

190

Es el *nacimiento injusto* y es formulada por los padres del niño contra el médico alegando que al no haberse detectado o no haberles informado de la posibilidad de la concepción o nacimiento de una criatura con defectos, se les privó de adoptar una decisión informada de continuar o no con el embarazo (error del médico que ha conducido al nacimiento).

H.2. *Wrongful life*

191

Es la *vida injusta* y es entablada por el hijo argumentando que «de no haber sido por» el consejo médico inadecuado no hubiera nacido y experimentado el sufrimiento de su enfermedad (error del médico que ha conducido a la vida).

¹⁵⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: «El caso de la inoculación de anestesia adulterada y la (increíble) exención de responsabilidad médica», en: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 29, Trujillo, 2003, p. XXXV.

¹⁵¹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: «Demanda por vida errada», en: *El Informativo* (Boletín estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Lima), N° 45, julio, Lima, 1990, pp. 15 y 16.

192 **I. Exclusión o exoneración de responsabilidad**

No procede la exclusión o limitación anticipada de la responsabilidad por dolo (intención) o culpa inexcusable (negligencia), según lo establece el CC (art. 1986), situación que al parecer es ignorada, pues se conocen infinidad de casos en que algunos profesionales de la medicina tratan de protegerse haciendo firmar documentos de exoneración de su responsabilidad, desconociendo que dichos actos, por más firmados y certificados que fueran, son nulos. La razón es sencilla: no es posible la renuncia a nuestros derechos ni mucho menos liberar tan fácilmente nuestras obligaciones básicas a nuestros acreedores. Todos los profesionales asumimos una responsabilidad por el ejercicio de nuestra actividad, no hay excepciones, sólo nos queda cumplir con lealtad y honor nuestra vocación¹⁵². Cabe aclarar que sí procede la exoneración por culpa leve.

Las estipulaciones que excluyan o limiten la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga son nulas (art. 1986, CC). La nulidad se produce también en los pactos de exoneración o de limitación de la responsabilidad cuando el deudor o los terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público.

193 **V. Responsabilidad penal**

Los delitos cometidos por los profesionales de la salud debemos distinguirlos entre aquellos realizados en el ejercicio de su profesión y aquellos que realizan fuera de su actividad profesional.

El interés en el tratamiento y estudio del médico como sujeto (especial) de responsabilidad penal se determina de su propia calidad e idoneidad y por la trascendencia de su labor, ambas gravadas con una responsabilidad cuasi inherente.

De acuerdo al CP, el médico puede cometer delitos:

- Homicidio,
- Lesiones,

¹⁵² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: «Medicina, responsabilidad y daños», en: *Legal Express*, Año 2, N° 23, noviembre, Lima, 2003, p. 6.

- Otros delitos que se configuran en virtud de su arte o profesión,
- Homicidio culposo¹⁵³,
- Homicidio por piedad o eutanasia,
- Aborto,
- Lesiones al feto,
- Exposición a peligro o abandono de personas en peligro,
- Certificaciones falsas,
- Privación ilegítima de la libertad,
- Supresión y suposición del estado civil,
- Violación del secreto profesional,
- Ejercicio ilegal de la medicina, entre otros.

El médico, en razón de sus actos ilícitos, puede incurrir en:

- 1) *Criminalidad común*, cuando el médico infringe la ley penal, pero no se tiene en consideración el ejercicio de su profesión,
- 2) *Criminalidad especial* o, conocida como comisión del hecho delictuoso en ejercicio de su actividad médica, es decir, los delitos del médico. Ahora bien, pueden suceder casos en los que se produzca una lesión (infección) o fallecimiento (muerte post operatoria) y no por ello se va a inculpar al médico por la comisión de un delito. Como lo ha establecido la jurisprudencia:

«... del análisis de los autos fluye que la agraviada, niña de cuatro meses de nacida, ingresó a emergencia del Hospital del Niño a las veintiún horas del día veinticinco de abril de mil novecientos noventitrés, presentando un agudo proceso respiratorio que inicialmente fue atribuido a una probable bronconeumonía; que, desde su internamiento hasta su fallecimiento, ocurrido cuatro horas después, sufrió hasta cuatro paros cardio respiratorios, recibiendo en tal interín las atenciones más recomendables al caso, conforme fluye del Dictamen Pericial de Medicina Forense de fojas

¹⁵³ «El delito de homicidio por negligencia requiere que la posibilidad y muerte del agraviado haya sido advertida y prevista por los procesados de acuerdo a sus conocimientos como profesionales médicos. Para que se configure este delito es necesario que, además, exista un nexo de causalidad entre el acto de imprevisión culposa del sujeto y el resultado».

sesentisiete en cuyas conclusiones se señala que considerando la rápida evolución y severidad del proceso respiratorio que llevó a la muerte a la agraviada, el manejo terapéutico pediátrico de urgencia y de reanimación cardio pulmonar son los convencionales y recomendados, lo que se corrobora también con las testimoniales de fojas doscientos tres y doscientos cinco; que, la diagnosticación presuntiva equívoca, por su propio carácter de mera presunción sujeta a otros exámenes, no determina la responsabilidad penal del acusado, menos aún si de autos no aparece que hubiere suministrado atención y medicación alguna inconveniente o contraindicada al paciente; por tales razones»¹⁵⁴.

En todos estos casos cabe el pago de una reparación civil por las consecuencias del delito cometido, lo que ha sido abordado de la siguiente manera por la jurisprudencia:

- «La reparación civil tiene por objeto resarcir al agraviado de la infracción del orden jurídico, de todo quebranto de orden económico, esto es, de las consecuencias materiales e inmateriales del delito, y comprende: la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor y la indemnización de los daños y perjuicios»¹⁵⁵.
- «El perjuicio ocasionado en los delitos que provocan la muerte se da con gastos funerarios, desamparo en el que quedan los parientes que dependían económicamente del difunto, gastos hospitalarios etcétera; por lo que la reparación civil fijada por el juzgador no guarda proporción con el daño ocasionado, debe ser elevada prudencialmente»¹⁵⁶.

El CP no regula el caso de la *iatrogenia* (del griego, *iatro*: medicina y *genesis*: origen), que es todo aquello ocasionado, de manera directa o indirecta, por la actividad del médico, incluyendo enfermedades o secuelas adversas al paciente. Los casos más frecuentes son: aquéllos en los que el médico emplea un método inadecuado para la curación del padecimiento o cuando el medicamento prescrito produce efectos colaterales.

¹⁵⁴ Explorador jurisprudencial 2003-2004, *Diálogo con la jurisprudencia*.

¹⁵⁵ ESU 21/09/1998-SPA-CSJ LIMA, Exp. 4953-97. Cfr. «Pena, reparación civil y otras consecuencias del delito, en: *Jurisprudencia. Preguntas & respuestas jurisprudenciales*, año 2, N° 16, octubre, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 28.

¹⁵⁶ ESU 14/01/98. SPA-CSJ LIMA, Exp. 6109-97. Cfr. «Pena, reparación civil y otras consecuencias del delito, en: *Jurisprudencia. Preguntas & respuestas jurisprudenciales*, año 2, N° 16, octubre, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 28.

En el concepto de *iatrogenia* están incluidos los casos de falta de responsabilidad o mala práctica, que comprende las omisiones culposas (impericia, negligencia o imprudencia) que ocasionan daño y que se encuentran reguladas por el Derecho Penal. Sobre la terminología, en particular, González Cáceres nos dice que:

«... gran sector de la medicina confunde términos al atribuir significado similar a la *iatrogenia* con la mala praxis. *Iatrogenia*, del griego *iatros* (médico) y *genia* (formación) significa lo originado en el médico, siendo pues, que *no todo lo originado* por el médico es mala práctica y sí, en cambio, le corresponde a este último *Iatropatogenia*, por significar aquel resultado negativo (patología originada en el médico), que le es atribuido erróneamente por la población médica»¹⁵⁷.

VI. Responsabilidad indirecta

194

El CC contempla la denominada responsabilidad indirecta o refleja tanto para la responsabilidad civil extracontractual (art. 1981) como para la relación contractual (art. 1325), de manera tal que el fundamento del deber reparatorio es la garantía, lo que significa que la responsabilidad que recae sobre el deudor es puramente objetiva¹⁵⁸ (responsabilidad objetiva sin culpa del principal).

Los avances de la ciencia han hecho que la actividad médica se especialice. Al mismo tiempo se ha producido una colectivización del ejercicio médico. Como resultado de estos cambios, los servicios médicos han mejorado, pero no debemos dejar de lado la protección que se le debe brindar al paciente. Actualmente, en el tratamiento médico que se le brinda al paciente no interviene un solo médico, por el contrario, hay un equipo integrado por médicos especialistas, por auxiliares y técnicos que trabajan en coordinación con el jefe del equipo.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto: «El acto médico (Iatrogenia) y sus consecuencias», en: *Gestión Médica*, Lunes 16 de diciembre del 2002 al domingo 19 de enero del 2003, p. 16.

¹⁵⁸ WOOLCOTT OYAGUE, Olenka: *La responsabilidad civil de los profesionales. Reflexiones y recomendaciones para su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano*, Tesis (Título de abogado), Lima, Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1995, p. 204. También puede confrontarse el libro de la misma autora intitulado *La responsabilidad civil de los profesionales*, Lima, ARA, 2002.

Los médicos pueden intervenir de dos formas en el proceso curativo del paciente:

- 1) *En forma individual*, es decir, la prestación se realiza separadamente, pudiendo ser simultánea o sucesiva; o,
- 2) *En forma conjunta*, donde la prestación se brinda colectivamente o 'en equipo'. Sea que la participación médica se manifieste en una u otra forma y sea posible determinar o no al autor del perjuicio, distinto será el tratamiento de la responsabilidad civil profesional emergente. En el caso del grupo médico, en principio, cada especialista responde en forma individual por sus actos, en la medida en que cuente con autonomía profesional, científica y técnica. Sin embargo, cuando resulta imposible identificar la procedencia del daño, responderán todos los médicos que participaron en el tratamiento del paciente, recayendo sobre los médicos la presunción de culpa compartida. Ésta se fundamenta en el deber de seguridad que está implícito en toda prestación médica y que es accesoria a la misma.

La autonomía profesional, científica y técnica que caracteriza al grupo médico no está presente. En este supuesto predomina un orden jerárquico en la distribución y control del trabajo, donde el cirujano jefe del equipo médico ocupa una posición preeminente. La prestación médica es coordinada, orientada, vigilada e impuesta por el jefe de equipo, el que se encarga de distribuir el trabajo. De modo que éste no sólo es responsable por sus propios actos, sino que debe cumplir, en forma diligente, con la elección del personal a su cargo y el control del correcto cumplimiento de las funciones encomendadas. El jefe del equipo médico debe responder indirectamente por el hecho de sus auxiliares y colaboradores que carecen de autonomía, cuando éste es quien dirige y coordina la actividad de los otros.

En el caso del paciente que contrata la prestación asistencial con la clínica y no con el cirujano jefe hay que considerar lo siguiente:

- 1) El cirujano jefe será responsable por las acciones u omisiones de los empleados de dicha institución que él ha tomado a su cargo para la realización de la intervención quirúrgica en la medida que haya tenido la posibilidad real y cierta de evitar el daño.
- 2) En caso contrario, responde el centro hospitalario, que es el empleador principal.

La contratación de la prestación asistencial entre el paciente y el equipo médico puede realizarse de la siguiente forma:

- 1) *De forma individual*, es decir, el paciente contrata con cada uno de los profesionales integrantes del equipo médico, en este caso el cirujano jefe sólo responderá por los auxiliares y colaboradores técnicamente dependientes con quienes se llevó a cabo el acto médico; y
- 2) *Contratación con el jefe del equipo médico*, quien se encarga de seleccionar al personal auxiliar o colaborador que ha de intervenir en el acto médico y, por tanto, responde ante el paciente.

En ambos supuestos existe una vinculación contractual no sólo entre el paciente y cada uno de los profesionales que integran el equipo médico, sino también del jefe del equipo médico con los auxiliares y colaboradores, por esta razón el jefe del equipo médico responde frente al paciente por los actos de sus dependientes por su culpa (*in vigilando* o *in eligendo*), responsabilidad que se presume en base a la obligación de seguridad que es accesoria a la prestación asistencial.

Cabe señalar que la LGSalud (art. 18) establece la responsabilidad frente a terceros bajo el siguiente supuesto:

«Toda persona es responsable frente a terceros por el incumplimiento de las prácticas sanitarias y de higiene destinadas a prevenir la aparición y propagación de enfermedades transmisibles, así como por los actos o hechos que originen contaminación del ambiente».

La responsabilidad del médico se extiende a los hechos de sus colaboradores, auxiliares y dependientes por el sistema de responsabilidad contractual indirecta, existiendo de esta forma un doble presupuesto de valoración de la responsabilidad: *subjetivo*, respecto de la culpa del colaborador, auxiliar o dependiente que causó el daño y *objetivo*, respecto del médico jefe. De esta forma, se descarta el criterio de culpa *in eligendo* e *in vigilando* del profesional de la salud para considerarse que dicha responsabilidad es propia del contrato de asistencia o de una obligación de garantía, básica en el cumplimiento de cualquier clase de contrato.

Marianne Denegri¹⁵⁹ establece en primer lugar que si el paciente contrató los servicios con el jefe médico, responde en principio éste

¹⁵⁹ DENEGRI HACKING, Marianne: «Análisis de la responsabilidad civil médica en la legislación peruana», en: *Advocatus*, N° 5, Lima, 2001, pp. 113-114.

por todos los integrantes de su equipo, salvo en la individualización del culpable, aplicando el artículo 1325 del CC., referido a la responsabilidad civil por obligaciones ejecutadas por terceros, es decir, cuando el médico deudor de la prestación se vale de un tercero para su ejecución. Igual solución se propone en aquellos supuestos en que el paciente va en busca del propio establecimiento médico, a fin de que sea éste el que le brinde los servicios médicos y no un médico en particular, por lo que el contrato de asistencia médica se da entre el paciente y el centro asistencial y será el centro asistencial el que responda frente al paciente por los hechos dolosos o culposos ejecutados por sus médicos.

195 VIII. Responsabilidad administrativa

Los médicos son proveedores de los servicios de salud, por lo que bien cabe referirnos que los pacientes son válidamente los consumidores de dichos servicios, beneficiándose de las disposiciones legales de la Ley de Protección al Consumidor¹⁶⁰.

De esta manera, el INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) está facultado para intervenir, conocer y fallar en aquellos casos en los que un proveedor de salud infrinja la Ley de Protección al Consumidor, llegándose a fijar una responsabilidad administrativa que se determinará en la imposición de una multa, la clausura temporal o definitiva del establecimiento de salud, entre otras.

Fallos al respecto, existen en mérito de cada caso:

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi falló lo siguiente: «... sancionó a la Clínica Ricardo Palma con una multa equivalente a 15 (quince) UIT, por infringir los artículos 8 y 9 del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, al cometer un error en la transcripción del examen de leucocitos que se practicó a la hija del denunciante. Asimismo, se reforma la resolución apelada en el extremo en que declaró improcedente la denuncia respecto del médico José Chávez Ferrer, respecto del

¹⁶⁰ DLeg. 716 modificado por el DLeg. 807, Ley de Protección al Consumidor (DOEP, 18/04/1996).

cual se la declara infundada, toda vez que no quedó acreditado que hubiese actuado negligentemente...»¹⁵¹.

Sobre el particular, ha surgido la duda «...es que, no obstante pueda ser considerado el profesional como proveedor y el acreedor de los servicios profesionales como consumidor y habiendo una legislación y una competencia judicial por responsabilidad civil de los profesionales, ¿tendrá que ser doblemente sancionado el profesional?»¹⁶². A lo cual Espinoza Espinoza ha señalado que la respuesta la tenemos en el art. 39 del D. Leg. N° 716 y en la Resolución Final N° 189-2000-CPC, del 13.03.00, que si bien no se trata de un caso de responsabilidad administrativa del profesional, resulta pertinente:

«Los procedimientos seguidos ante la Comisión no tienen por finalidad resolver los conflictos de naturaleza civil (o penal) que pueden surgir entre un consumidor y un proveedor, sino determinar la responsabilidad administrativa en la que puede haber incurrido este último. En efecto, frente al incumplimiento de las obligaciones del proveedor o a la lesión de los derechos de los consumidores, dentro de una relación de consumo, se pueden generar diversos tipos de responsabilidad, sea ésta administrativa, civil o penal. La primera, si se verifica que se han infringido las normas contenidas en la Ley de Protección del Consumidor, es de competencia del INDECOPI. La responsabilidad, civil o penal, será resuelta a través del Poder Judicial»¹⁵³.

§ 2. Calidad en los cuidados médicos

196

La LGSalud establece (art. 2) que

«Toda persona tiene derecho a exigir que los bienes destinados a la atención de su salud correspondan a las características y atributos indicados en su presentación y a todas aquellas que se acreditaron para su autorización. Asimismo, tiene derecho a exigir que los

¹⁶¹ Resolución N° 0170-1998-TDC-INDECOPI. Expediente N° 0423-1996-CPC. Comentario exhaustivo de esta resolución *Vid.* VEGA MERE, Yuri y GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter, en: *Diálogo con la jurisprudencia*, año 6, N° 27, julio, Lima, 2000.

¹⁶² ESPINOZA ESPINOZA: *Responsabilidad Civil*, cit., p. 523.

¹⁶³ ESPINOZA ESPINOZA: *Responsabilidad Civil*, cit., p. 523.

servicios que se le prestan para la atención de su salud cumplan con los estándares de calidad aceptados en los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales».

Por su parte, la Dirección del hospital¹⁶⁴ tiene entre sus funciones generales velar por la eficiencia y eficacia de la atención que se otorga en el hospital. Asimismo, al interior del hospital existen órganos encargados de cautelar la calidad de la atención al paciente. La oficina de control interno es la encargada de realizar auditoría, inspección y fiscalización interna. Sus funciones generales son:

- Supervisar, evaluar y auditar la marcha de los servicios;
- Orientar y sugerir medidas correctivas en la aplicación de las políticas de salud;
- Valorar, vigilar, medir y confrontar el cumplimiento de actividades en relación al costo beneficio; e
- Investigar y evaluar el grado de eficiencia y eficacia técnico-administrativa y financiera en la prestación de servicios de salud.

El cuerpo médico del hospital es un órgano con capacidad técnica para juzgar los actos de cada uno de sus miembros en el ejercicio de su labor médica (auditoría médica).

En todo hospital, los profesionales de las ciencias de la salud deben constituir un órgano de carácter técnico-ético-deontológico, con la finalidad de calificar y juzgar la calidad de la atención que brindan a la población.

197 § 3. Supervisión y control de la actividad médica

El control de la actividad médica se da en dos aspectos: administrativo y ético.

198 I. Aspecto administrativo

El MINSA ejerce un control de tipo administrativo, y es competente en la formación y capacitación de los recursos humanos en salud y para la categorización y acreditación de establecimientos de salud.

¹⁶⁴ DS. 005-90-SA (DOEP, 25/05/1990), Reglamento General de Hospitales del Sector Salud.

La Inspectoría general es el órgano de control encargado de formular normas sobre auditoría médica para el Programa Nacional de Salud, la programación y ejecución del control administrativo.

II. Aspecto ético

199

El CMP es la entidad que representa la profesión médica. Ejerce un control de tipo ético, en concordancia con el art. 23 de la LGSalud, tiene la atribución de dictar y difundir el Código de ética y deontología; vigilar su cumplimiento y perseguir, de oficio o a solicitud de parte, los actos violatorios de las disposiciones del mencionado Código.

§ 4. Organizaciones disciplinarias

200

La disposición, el orden y la observancia de las leyes y el ordenamiento de la profesión médica se lleva a cabo básicamente a través de la orden médica, los códigos profesionales y el comité de vigilancia ética.

I. La orden médica

201

A. Colegio Médico del Perú

202

La orden médica se encuentra representada por el CMP¹⁶⁵, que es la entidad autónoma de derecho público interno, representativo de la profesión médica en todo el territorio de la República. Sus fines son: velar por el ejercicio ético de la medicina, mejorar la salud, contribuir al adelanto de la ciencia médica, absolver las consultas y representar a los médicos.

a. Composición

203

El CMP está compuesto por los siguientes organismos:

(1) Organismos directivos

204

Tenemos el Consejo Nacional como organismo superior, con domicilio en la Capital de la República, y los Consejos Regionales que se establezcan en las zonas de la República, cuya densidad de población, concentración profesional y condiciones geográficas lo requieran.

¹⁶⁵ L. 15173, Ley de creación del Colegio Médico del Perú (DOEP, 16/10/1964).

205 **(2) Organismos asesores**

Los Comités Asesores Permanentes corresponden tanto al Consejo Nacional como a los Consejos Regionales. Los Comités Asesores Transitorios: son creados por el Consejo Nacional o por los Consejos Regionales, de acuerdo a sus necesidades, tienen funciones específicas y plazo para cumplirlas. Los Comités Asesores Locales: emanan y dependen de los Consejos Regionales, los que establecen su número, sede y funciones específicas.

206 **B. Federación Médica Peruana**

207 **a) Aspectos generales**

La FMP¹⁶⁶ fue creada cuando la salud no era un derecho sino un servicio que se prestaba de manera paternalista por parte del Estado, de manera tal que se establece como una necesidad para determinar los mecanismos de perfeccionamiento académico, científico y de capacitación, como una entidad gremial, en el sentido que nace para defender los derechos de los médicos.

Es una institución matriz, de ella se han desprendido todas las instituciones médicas existentes, caso de las asociaciones médicas científicas, las academias e incluso el Colegio Médico del Perú.

La diferencia entre el CMP y la FMP está en su origen:

- El primero, como todo colegio profesional, es creado por el Estado y todos los médicos deben inscribirse en ella para poder ejercer.
- La segunda es una institución creada por un grupo de personas interesadas y se afilian a ella los médicos que así lo deseen.

208 **b) Funciones**

Tiene como especial función velar por el respeto y defensa de los derechos del médico, exigir al Estado el presupuesto adecuado para la marcha de la seguridad social, velar por las adecuadas condiciones de trabajo, insumos, medicamentos. Es decir, su función es la correcta accesibilidad a la salud y a la seguridad social para todos, en términos de equidad.

¹⁶⁶ Creada por RS. del 27 de junio de 1946.

c) Objetivos

209

Sus objetivos son defender los derechos laborales de los médicos por despidos injustificados, por procesos administrativos, por la negación de sus derechos previsionales y asumir la defensa por la mala *praxis* (homicidio o lesión por negligencia). Sus objetivos y funciones son asumidos mediante aportes mensuales de sus asociados.

d) Composición

210

Está constituida por una Junta Directiva Nacional y por Federaciones Médicas Regionales. Tiene bases nacionales compuestas por los siguientes grupos: los médicos del MINSA, los médicos cesantes, los médicos residentes, los médicos del sector privado, los médicos civiles de las Fuerzas Armadas, los médicos del Ministerio Público y los médicos del Instituto Nacional Penitenciario (INPE).

e) Logros

211

Entre sus logros tenemos que ha incentivado que los principales establecimientos de salud tengan abogados, que la LGSalud incorpore la responsabilidad solidaria de los establecimientos de salud en la reparación económica, que se reconozcan expresamente los derechos de los pacientes, el consentimiento informado, la entrega de historia clínica, la atención de emergencia gratuita en casos especiales, con posterior reembolso de los servicios prestados.

II. Códigos profesionales

212

A. Código de Ética y Deontología

213

El nuevo CEDCMP¹⁶⁷ tiene como antecedente un proyecto puesto en conocimiento de la colectividad el 22 de febrero de 2000. Estaba estructurado en nueve (9) secciones: Primera: Disposiciones generales. Declaración de principios y juramento. Segunda: Trabajo médico (ejercicio profesional; trabajo profesional; prescripción de medicamentos; horario; transplante y disposición de órganos, tejidos, cé-

¹⁶⁷ El CEDCMP está vigente desde el 5 de octubre del 2000. El anterior CEDCMP fue aprobado mediante Res. 8 CM-CN el 12 de marzo de 1970. En ese lapso de tiempo, en 1997, por Res. 1223-CN-97, se aprobó un nuevo Código, vigente a partir del 1 de enero de 1998, sin embargo, su vigencia fue muy corta, volviéndose nuevamente al CEDCMP de 1970.

lulas y material genético; planificación familiar, delitos contra la humanidad, derechos del paciente). Tercera: Relaciones profesionales (relación médico paciente; relación de los médicos con los familiares; relaciones entre médicos; relaciones del médico tratante con especialistas; juntas médicas; especialistas; el médico y la docencia; el médico y la investigación; relación con las instituciones; relaciones del médico con otros profesionales de la salud). Cuarta: Certificados, secreto profesional, honorarios. Quinta: De los concursos. Sexta: Propiedad intelectual y publicidad. Séptima: Ejercicio ilegal de la medicina. Octava: Elecciones. Novena: Cuestiones administrativas. Tenía un total de 226 artículos y según los médicos pecaba de detallista.

El CEDCMP es un conjunto de preceptos de carácter moral que aseguran una práctica honesta y una conducta honorable a todos y cada uno de los miembros de la profesión médica. Está constituido por el conjunto sistematizado de las normas permanentes que orientan y encausan el ejercicio de la medicina dentro de los principios que le son inherentes. Rige en todo el actuar del ejercicio de la medicina, siendo obligatorio su conocimiento por los médicos colegiados, sometiéndose en forma expresa a dichos preceptos. Es decir, el CEDCMP se encarga de regular el ejercicio de la medicina a través de principios de orden ético. Quienes atentan contra ellas cometen una infracción que será sancionada como falta.

214 **B. Estructura y temática**

Está estructurado en ocho (8) secciones:

- Primera: Declaración de principios.
- Segunda: Disposiciones generales.
- Tercera: Ejercicio profesional. De los deberes de competencia y perfeccionamiento; del acto profesional; del trabajo médico; de los honorarios profesionales; de la prescripción médica; de los médicos legistas y auditores; de los actos contra la humanidad.
- Cuarta: De la atención a los pacientes. De los derechos del paciente; de la relación médico paciente; del secreto profesional; de las relaciones entre médicos; de las relaciones del médico con otros profesionales y técnicos en salud.
- Quinto: De los documentos médicos. De las historias clínicas y otros registros clínicos; de los certificados médicos.

- Sexta: De la docencia.
- Séptima: De la publicidad.
- Octava: De las faltas y sanciones.

III. Comité de vigilancia ética y deontológica 215

A. Consejo Nacional de Bioética 216

Por parte del Estado existe un órgano *ad-hoc* que se encargará de regular y canalizar la conducta profesional médica en el ser humano: El Consejo Nacional de Bioética¹⁶⁸, velará por los derechos y bienestar de los seres humanos sujetos a experimentación científica, actuando como órgano final de consulta cuando sea solicitado por los comités de ética de investigación de los organismos legalmente autorizados.

B. Colegio Médico del Perú 217

A nivel gremial privado, el CMP es el encargado de regular la correcta aplicación de la medicina en el ser humano, a través de su Comité de Ética. Existen dos (2) Comités de Ética del CMP en Lima: Comité de Vigilancia ética y Deontológica del Consejo Regional III (que se ocupa de Lima) y el Comité de Vigilancia Ética del Consejo Nacional. Estos son los encargados oficiales de normar todo lo que es la ética médica del país. Tienen como su reglamento la normatividad del CMP y CEDCMP. Principalmente, se viene encargando de pronunciarse en temas como la conducta ética del médico frente al paciente, los pacientes en el hospital y normar la investigación biológica y biomédica¹⁶⁹.

El Comité de Vigilancia Ética y Deontológica es un órgano asesor permanente del Consejo Nacional y de los dieciséis (16) Consejos Regionales del CMP, de modo que a nivel nacional existen diecisiete (17) Comités, uno del Consejo Nacional del CMP y los restantes por cada Consejo Regional.

Entre sus principales funciones debemos mencionar: Conocer, informar y actuar en todos los asuntos de control ético y deontológico del

¹⁶⁸ DS. 013-2001-SA (DOEP, 3/5/2002).

¹⁶⁹ Información obtenida de la entrevista realizada al biotecnista peruano Patrick Wagner REYNA-GRAU, el 29/3/1999.

ejercicio profesional de la medicina; recabar información sobre el comportamiento ético y deontológico de los profesionales médicos procedentes de otros países; vigilar a entidades y personas no colegiadas que realizan actividades relacionadas con la medicina; dar cuenta al Consejo Nacional de las denuncias y quejas que sean formuladas por violación del CEDCMP o de las faltas o delitos que vulneren los principios éticos de la medicina; promover y coordinar la defensa del prestigio profesional; denunciar la actividad médica cuando se incurra en trasgresiones a las normas éticas y deontológicas y el ejercicio ilegal de la profesión; vigilar que el aviso profesional no se aparte de las normas que el Colegio establezca al respecto; emitir informe sobre consultas relacionadas con asuntos éticos y deontológicos formulados por entidades y personas.

218 **C. Proyecto de creación de un Comité Nacional de Bioética**¹⁷⁰

219 **a) Introducción**

El hombre ha alcanzado un considerable desarrollo en el área de la biotecnología, otorgando invalores beneficios y en muchos casos, también, irreparables perjuicios que repercuten no sólo en el ser humano como sujeto de derecho individual, sino también en la humanidad, como sujeto de derecho colectivo. Es así que la bioética, ciencia que estudia la correcta aplicación de la biomedicina, tiene como uno de sus objetivos centrales canalizar los avances biotecnológicos.

El compromiso en materia bioética no está reservado para nadie en particular. Por el contrario, es una responsabilidad compartida y conjunta de todos los ciudadanos que buscan una vida sana, natural y pacífica, que vaya a la par con el desarrollo biocientífico. Bajo este esquema, qué mejor manera de regular estos esfuerzos que mediante la creación de un Comité Nacional de Bioética que guíe el progreso de la ciencia médica y biológica sobre la base fundamental de los principios, valores y Derechos Humanos.

Un Comité de Bioética no sólo va a ser importante para que el Perú, como Estado miembro de la UNESCO, cumpla con tomar las medi-

¹⁷⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: 'Comité Nacional de Bioética', en: *Derecho @l día*, Vid. <http://www.rcp.net.pe/derecho> (octubre, 1999) y en: *El Comercio*, 1 de octubre de 1999, sección A, p. 13.

das necesarias a fin de promover los principios enunciados en la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, sino que nos va a servir para adoptar una posición nacional y propiciar la aprobación de normas internas que regulen las actividades biotecnológicas, como son la reproducción asistida, experimentación humana, crioconservación de embriones, planificación familiar, tareas administrativas como la creación de registros de cedentes de espermatozoides, registro para los establecimientos y profesionales habilitados en biotecnología reproductiva y de identificación genética, entre otros.

b) Finalidad

220

El Comité Nacional de Bioética debe ser un organismo multisectorial que tenga como finalidad: a) Reflexionar sobre las cuestiones éticas y jurídicas que plantean las investigaciones y sus aplicaciones y fomentar el intercambio de ideas e información, en particular, mediante la educación; b) Propiciar actividades encaminadas a convocar una mayor conciencia en materias de bioética; c) Cooperar con las organizaciones interesadas en las cuestiones que se planteen en el ámbito de la bioética; d) Prestar asesoramiento en lo referente a la difusión y respeto de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos e identificar las prácticas que pueden ir en contra de la dignidad humana.

c) Objetivo

221

El Comité tendrá como principal objetivo velar por la protección y el respeto de la dignidad, libertad, identidad e integridad del ser humano y la humanidad en las investigaciones biomédicas. Para dar cumplimiento a ello deberá gozar de una independencia que le permita libertad y autonomía en sus deliberaciones y posiciones.

d) Funciones

222

Llevará a cabo una reflexión ética sobre los progresos de la biotecnología y su repercusión en la vida, salud y medio ambiente, teniendo en cuenta tanto los argumentos que los investigadores y los profesionales sostengan como las diversas exigencias de la sociedad. Desempeñará una función de asesoramiento técnico en base a la reflexión bioética, conducente a la formulación de principios rectores, inspirados en los derechos y libertades. Estimulará la educación, formación e información de los principios de la bioética y fomentará el

debate científico, fortaleciendo la toma de conciencia respecto de los problemas planteados por las investigaciones en biología, genética y medicina, así como sus aplicaciones.

223 **e) Estructura**

El Comité puede crearse por decreto presidencial o ministerial, o por decisión parlamentaria. También puede ser a iniciativa de organizaciones no gubernamentales o instituciones privadas, o bien depender del Colegio Médico del Perú o estar vinculado a una institución paraestatal.

224 **f) Composición y funcionamiento**

Su composición deberá ser pluridisciplinaria, a fin de poder captar la diversidad de criterios, y a través de amplias discusiones llegar a soluciones concretas en los asuntos planteados. Este Comité podrá estar integrado por representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Salud, Ministerio de Justicia, Ministerio de Educación, Ministerio de la Mujer y Promoción del Desarrollo Social, Colegio de Abogados de Lima, Colegio Médico del Perú, Iglesia Católica, Cruz Roja Peruana, Universidades, Especialistas en ciencias humanas (filósofos, antropólogos, sociólogos, teólogos), un portavoz de los cultos registrados en el país, un portavoz de los ciudadanos del país, un portavoz de las asociaciones de discapacitados y un portavoz de la industria bioquímica, biomédica, biocosmética y farmacéutica.

225 **g) Conclusión**

En definitiva, el Comité Nacional de Bioética servirá para canalizar (no para frenar) el avance biotecnológico, a fin de lograr su máximo provecho por y para el hombre, desterrando aquellos métodos en los que se ha venido utilizando al ser humano como medio, en beneficio de determinados intereses biotecnológicos y médicos.

SEGUNDA PARTE
LA RELACIÓN MÉDICO - PACIENTE

Capítulo I

Descripción general

§ 1. Generalidades

226

La relación médico-paciente tiene como elemento esencial el cuidado de la salud. Se presenta como una relación jurídica de prestación de servicios por la que el profesional de la salud atiende a quien se lo solicita, celebrándose, expresa o tácitamente, el contrato de asistencia médica. Nace por el común acuerdo de las partes, sea por la oferta formulada por el paciente o la que provenga del propio profesional. Se convierte muchas veces en una relación basta y compleja, en la medida que las partes que en ella intervienen deben cumplir sus obligaciones (el médico con el tratamiento y el paciente con las prescripciones)¹.

Fernández Sessarego, al desarrollar este tema, considera que la complejidad de este nexo no está dado sólo en el plano de las personas que en él intervienen, sino también en el plano institucional y en el desarrollo de los servicios médicos. Al respecto sostiene:

«La relación entre el médico y el paciente es compleja, abarca diferentes facetas, se desarrolla en múltiples modalidades, algunas originales, otras inéditas. Todo ello hace que sea difícil aprehenderla en una sola dimensión, simple y homogénea. Esta realidad obliga a afrontarla en diversos planos, como son el humano, el profesional, el jurídico, el de la confianza y la fe del

¹ Vid. SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús: *Derecho Médico I (Aspectos legales del ejercicio médico y su responsabilidad profesional)*, Lima, Gráfica Horizonte, 2001, p. 15.

paciente frente al médico, entre otros. La relación entre el médico y el paciente se ha ido enriqueciendo y complicando con el tiempo por la acción de diversos factores, unos humanos, otros técnicos. Así, la masificación imperante en la actualidad en el tratamiento médico del paciente y el asombroso avance científico y tecnológico son, entre otros, elementos gravitantes en dicha relación. No obstante, no podemos limitar la complicación existente en la relación entre el médico y el paciente a sólo los hechos anteriormente señalados, es decir, al fenómeno de la masificación contemporánea o al prodigioso desarrollo de la ciencia y la tecnología médicas. A ellos debemos añadir la complejidad que representa la aparición en casi todos los países, en mayor o menor grado, de diversas organizaciones empresariales, públicas o privadas, prestadoras de servicios médicos. Este nuevo fenómeno ha traído como consecuencia que quede casi relegada a un segundo plano la relación directa entre el médico y el paciente, la que se producía cuando éste acudía al consultorio del médico de su confianza para lograr la curación de sus dolencias psicosomáticas. Esta relación directa entre el médico y el paciente es, en nuestros días, la más infrecuente. Lo que actualmente acontece es que ella se produce entre el paciente y las mencionadas empresas prestadoras de salud y, a través de ellas, con los médicos que le prestan sus servicios profesionales. Esta situación trae como consecuencia que, a menudo, el paciente no identifica plenamente al médico tratante. No llega necesariamente a conocerle, lo cual, por lo general, no permite que deposite en él su fe y su confianza»².

Cuando el profesional de la salud ignora al paciente y le impone decisiones médicas se produce una *asimetría en la relación médico paciente* que genera un sinnúmero de problemas.

227 § 2. Contrato de asistencia médica

228 I. Requisito de validez

Este contrato se perfecciona con el consentimiento y debe cumplir con los requisitos de validez del acto jurídico (art. 140, CC), como son: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «La relación jurídica del médico con el paciente», artículo inédito facilitado gentilmente por el propio autor el 21/10/2004.

A. Partes

229

- a) *Profesional de la salud*, caso especial del médico y de todos aquellos que prestan sus servicios en el cuidado de la salud.
- b) *Paciente*, es la persona que recurre al profesional de la salud a efectos de que le brinde sus servicios, quedando sometido a cuidados profesionales para su mantenimiento o recuperación.

La LGSalud denomina genéricamente al *paciente* con los términos siguientes: persona o usuario de los servicios de salud (art. 15, LGSalud). El término *enfermo* ha sido descartado de la literatura y legislación nacional, por su contenido denigrativo y humillante.

Sin embargo, el término *usuario* no es del todo indicado, pues éste es la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria, no padece de una enfermedad o dolencia que requiera un tratamiento.

B. Capacidad

230

En cuanto a la capacidad de los contratantes, el profesional de la salud debe estar acreditado como tal (habilitación profesional), y en el caso del paciente éste puede ser mayor o menor de edad, capaz o incapaz, importando fundamentalmente su consentimiento, el de sus parientes o el de las personas llamadas a hacerlo a efectos de ser sometido al tratamiento médico o quirúrgico (art. 4, LGSalud).

C. Objeto

231

El objeto directo de los servicios del médico es el ser humano (en *soma* y en *psique*) que, por su propia naturaleza, se encuentra fuera del comercio, por esta razón el contrato de asistencia médica podría parecernos ilegal, sin embargo, existen actos que, atentando contra la integridad, permiten la disposición sobre el cuerpo humano en aras de la defensa de la vida o el cuidado de la salud.

Ello es permitido por nuestro ordenamiento legal privado, de manera tal que:

- 1) 'Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corres-

ponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios (art. 6, CC), y

- 2) 'Son válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a examen médico, siempre que la conservación de su salud o aptitud psíquica o física sea motivo determinante de la relación contractual' (art. 11, CC).

232 D. Fin

El fin del contrato de asistencia médica se determina por las contraprestaciones de cada una de las partes. Para el médico es el pago de sus honorarios, mientras que para el paciente es la prestación de servicios de asistencia médica para el cuidado y defensa de su salud.

233 E. Forma

Legalmente no existe una forma para el contrato de asistencia médica, de modo que éste queda determinado por el acuerdo entre las partes, excepto cuando la ley establece que el consentimiento del paciente sea por escrito (por ejemplo, en el caso del transplante de órganos, art. 8, LGSalud)

234 II. Caracteres jurídicos

La relación entre médico y paciente da lugar a diversas figuras contractuales, presentándose como un contrato típico, especial, principal, conmutativo, oneroso y multiforme.

Entre las características sustanciales del contrato de asistencia médica podemos decir que entre el médico y el paciente la contratación es:

- Por esencia, informal, se celebra casi sin palabras, por gestos o actitudes de las que se desprende la voluntad de someterse a la atención, tratamiento o intervención médica y, por parte del médico, la voluntad de aceptar el deber de prestación de servicios médicos y recibir como contraprestación un honorario.
- Es consensual, pues la asistencia médica se perfecciona con el solo consentimiento de las partes.
- Es *intuitu personae*, es decir, personalísimo (excepto en los casos de la seguridad social, el seguro privado o por emergencias).

Según autorizada doctrina nacional³, las características del contrato médico son las siguientes:

EN CUANTO A:	CARACTERÍSTICAS
Nombre	Contrato nominado, en especial, el contrato de locación de servicios regulado en el CC.
Regulación	Contrato típico.
Estructura	Contrato simple, pues da lugar a una sola relación jurídica: La obligación del médico es atender al paciente y la de éste, pagar los honorarios. También puede tratarse de un contrato complejo vinculado, al agrupar varios contratos distintos y vinculados por la voluntad de las partes.
Contenido	Contrato civil.
Autonomía	Contrato principal, no depende de ningún otro contrato, pero puede vincularse con contratos accesorios, como los de análisis de laboratorio clínico cuya función es servir de ayuda al diagnóstico.
Formación	Contrato consensual. Aun en el caso de los actos médicos de emergencia, en los que el paciente llega inconsciente y no manifiesta su voluntad porque se entiende que desea ser atendido, presumiéndose el consentimiento tácito.
Tiempo	La ejecución del contrato es inmediata, el médico está obligado a brindar la atención de salud inmediatamente después de celebrado el contrato y el paciente tiene la obligación de pagar los honorarios.
Ejecución	Contrato por adhesión, la oferta del médico no puede ser discutida y el paciente tiene la opción de aceptar o rechazar; la voluntad de una de las partes se encuentra constreñida. El contrato médico puede ser celebrado también con arreglo a cláusulas generales de contratación. Es infrecuente que nazca un contrato paritario, producto de transacciones de los intereses de las partes.
Rol económico	Contrato de cambio, su principal función es la circulación de la riqueza. También es un contrato de disposición, por las obligaciones recíprocas que existen.
Función	Contrato constitutivo, aunque puede formar parte, por excepción, de uno modificatorio, pero nunca será un contrato resolutorio.
Sujetos obligados	Contrato individual, produce efectos creando obligaciones y derechos únicamente para las partes que lo celebran.
Prestación	Contrato bilateral, sinalagmático o con prestaciones recíprocas y excepcionalmente, unilaterales. Ambas partes quedan recíprocamente obligadas.
Valoración	Puede ser contrato oneroso o gratuito.
Riesgo	Contrato conmutativo, las prestaciones que deben cumplir las partes son ciertas, en el sentido de conocerse de antemano, pero reviste de carácter aleatorio debido al riesgo que puede existir en todo tratamiento o en la posibilidad de curación, propio de cada paciente en particular.
Efectos	Brindar la atención y tratamiento médicos adecuados y en el pago de los honorarios.

³ CASTILLO FREYRE, Mario y CÉSPEDES SUZUKI, Erika: «Características del contrato médico», en: *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio, Lima, 2003, pp. 9 y ss.

235 **III. Normatividad**

Como se ha dicho, el contrato de asistencia médica es típico. En términos generales este contrato se rige por las reglas generales de contratación del CC. (art. 1353, principio de integralidad), por las normas del contrato de prestación de servicios al que se le pueden aplicar las disposiciones generales, tanto para los contratos nominados (art. 1756, como el mandato, la locación de servicios o el contrato de obra) como para los contratos innominados, pero típicos (art. 1757: *du ut des, do ut facios, facio ut des y facio ut facios*).

236

SUB-CAPÍTULO 1.**Contenido de la relación médico paciente**237 **§ 3. Derechos y obligaciones de las partes**

Como en toda relación jurídica subjetiva, tanto el médico como el paciente tienen derechos (que deben ser respetados) y obligaciones (que deben cumplir) lo que les permite desarrollarse plenamente y obtener beneficios directos uno del otro. Estos derechos y obligaciones son el eje de la relación asistencial de la salud.

La actividad profesional requerida por el paciente debe ser satisfecha en tiempo y forma oportuna. El médico está obligado a prestar sus servicios de manera diligente (cuidadosa, exacta y activamente). Esto tiene como sustento el hecho que el objetivo fundamental de la profesión médica es asistir y defender al ser humano contra todas las causas que afecten o puedan afectar la salud y poner en peligro la vida.

En el contrato de asistencia médica intervienen, dentro de su relación jurídica obligacional, sólo el médico y el paciente.

238 **I. Del médico**239 **A. Deberes**240 **a) Deber de dar atención debida**

El CEDCMP (art. 44) establece que es contra la ética propiciar y/o dar atención descuidada, superficial o incompleta. El médico debe ser cuidadoso para disponer del tiempo necesario en la aplicación de sus conocimientos en una exploración adecuada del paciente. El acto

médico apresurado o irresponsable constituye abuso de la confianza o de ignorancia, lo que es una falta grave de ética.

El médico debe cumplir con una obligación de hacer determinada (se establece *ab initio*), mientras que el modo de hacer es determinable (se va delimitando en el proceso de ejecución). Las obligaciones en la actividad médica pueden ser de ejecución instantánea, periódica o continuada.

b) Deber de lealtad y cortesía

241

El CEDCMP (art. 42) señala que el médico debe tratar al paciente con lealtad, decoro, destreza, dedicación, cortesía, oportunidad y con profundo respeto a su dignidad e intimidad. Debe observar frente a él una conducta intachable y conducir el examen médico, las indicaciones terapéuticas, recomendaciones y sugerencias dentro del campo más estricto de la moral.

c) Deber de mantener la fórmula dual médico-paciente

242

La relación humana básica en el ejercicio de la profesión médica es la de médico - paciente.

Esta relación se cumple:

- Por decisión voluntaria y espontánea de las partes;
- Por acto unilateral del médico en caso de emergencia o a solicitud de tercera persona; en este caso tiene la obligación de atención cuando:
 - es solicitado por familiares,
 - es requerido por una autoridad.

El médico que ha adquirido compromiso de trabajo para atender a personas que están a cargo de una entidad administrativa está obligado a asistir a quienes le sean enviados, debiendo exigir de esa entidad la aplicación de normas y la dotación de los elementos físicos que sean necesarios y apropiados para el examen, diagnóstico y tratamiento del paciente.

d) Deber de abstenerse de asegurar un resultado

243

Como se ha indicado, la obligación que asume el médico es, por lo general, una de medios, de prudencia y diligencia, por esta razón,

debe comprometerse a asistir al enfermo conforme la ciencia y la conciencia le indiquen, sin asegurar un resultado determinado. El médico tiene un deber ético y jurídico de no garantizar la curación del enfermo o el uso de técnicas o tratamientos infalibles (art. 291, CP., ejercicio abusivo de la medicina).

El contrato de asistencia médica puede contener dos tipos de obligaciones a cargo del médico: una obligación de medios o una obligación de resultado, dependiendo del fin perseguido. Frecuentemente, el contrato médico implica una obligación de medios, pues el médico no está obligado a curar, sino a ofrecer la asistencia médica, de forma consciente y diligente, teniéndose en consideración el nivel del progreso científico. La excepción se da cuando el resultado deseado es cierto, estando el médico obligado a obtener un resultado específico (por ejemplo, la transfusión de sangre o los exámenes clínicos).

244 **e) *Deber de informar***

245 **(1) *El tratamiento***

Esta obligación se complementa con el derecho del paciente a ser informado de manera simple, aproximativa, leal e inteligible acerca del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud y las consecuencias de los mismos. Para aplicar tratamientos especiales, realizar pruebas riesgosas o practicar intervenciones que puedan afectar psíquica o físicamente al paciente, el médico está obligado a obtener por escrito su consentimiento informado (art. 27, LGSalud).

246 **(2) *La prescripción de medicamentos***

Los médicos están obligados a informar al paciente sobre los riesgos, contraindicaciones, reacciones adversas e interacciones que su administración puede ocasionar y sobre las precauciones que debe observar para su uso correcto y seguro (art. 26, LGSalud).

247 **(3) *A la autoridad, acerca de enfermedades y daños de declaración obligatoria***

A efectos de cumplir con la política de salud a nivel nacional, la LGSalud (art. 32) indica que los profesionales, técnicos y auxiliares de la salud están obligados a comunicar a la autoridad de salud acerca de las enfermedades y daños que en el ejercicio de su actividad conozcan.

(4) A la autoridad, acerca de la atención de pacientes víctimas de hechos delictuosos 248

El médico que preste asistencia a un paciente víctima de un hecho derivado o en conexión, directa o indirecta, con un acto delictuoso debe comunicarlo a las autoridades competentes (art. 30, LGSalud). La información sobre el diagnóstico de las lesiones o daños en los casos antes señalados, serán proporcionados a la autoridad policial o al Ministerio Público a su requerimiento (art. 25, LGSalud).

Téngase presente que el CP. tipifica el delito de omisión de denuncia en el artículo 407⁴ de la siguiente manera:

«Artículo 407º.-Omisión de denuncia

El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de la libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.

Si la omisión está referida a los delitos de genocidio, torura o desaparición forzada, la pena no será menor de de dos ni mayor de seis años».

f) Deber de seguridad

249

Tiene como causa el contrato de asistencia médica, se trata de una cláusula genérica, tácita y accesorio de prestaciones en la que la seguridad de una de las partes depende de los deberes principales que el contrato le impone al otro. La razón de ser de este deber se encuentra en el deber genérico de buena fe debido a que una de las partes

⁴ Modificado por Ley 28516 (DOEP, 23/05/05).

El texto original decía:

«Artículo 407.-Omisión de denuncia. El que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años».

del contrato confía en que la otra ha previsto resguardarla de cualquier daño que el cumplimiento de lo contratado pudiere ocasionarle. Junto con el deber del médico puede coexistir, tácitamente, un deber de seguridad consistente en la obligación de evitar que ocurran daños al paciente. Es en base a este deber accesorio que se explica la responsabilidad contractual del médico por el hecho de las cosas o de sus dependientes.

250 **g) *Proporcionar copia de la historia clínica***

La LGSalud (arts. 15, inc. i, 29 y 44, LGSalud) establece la obligación del médico o del responsable del establecimiento de salud de proporcionar copia de la historia clínica en la que consten los síntomas, signos y problemas de salud y los elementos fundamentales que sirvan para determinar el diagnóstico de su padecimiento.

251 **h) *Deberes genéricos***

Existen, por su parte, los denominados deberes genéricos entendidos como aquéllos que sustentan la aplicación y técnica de la medicina, tales como deber de diligencia o habilidad, deber de contar con medios técnicos y deber de continuidad en el tratamiento del paciente y de emitir certificados, entre otros.

252 **B. Derechos**

253 **a) *Derecho a percibir honorarios***

Si bien el acto médico es intrínsecamente invaluable y el ser humano no puede ser objeto de comercio; el médico tiene derecho a recibir una compensación que contribuya equitativamente a su mantenimiento decoroso, a su permanente y progresiva capacitación científica y al sostenimiento de su hogar. De esta manera, el contrato de asistencia médica se caracteriza por ser oneroso (arts. 26-27, CEDCMP).

254 **b) *Derecho al goce del año sabático***

La LTM indica que para optar por el título de especialista o grados académicos bajo régimen a tiempo completo, en el país o en el extranjero, se otorgará licencia por capacitación con goce de haber. La ley reconoce el derecho del médico cirujano al año sabático (art. 21).

c) Derecho a la propiedad intelectual

255

El médico tiene derecho a la propiedad intelectual sobre cualquier documento que haya elaborado en el ejercicio de su función (documentos, casos, historias clínicas).

d) Derecho a la libertad y objeción de conciencia

256

La Sociedad y el Estado, conforme lo ha desarrollado Valdivia Cano⁵, deben respeto a los derechos de conciencia de cualquier profesional de la Salud que, en el ejercicio de su profesión, está facultado para objetar la realización de cualquier acto que considere que es contrario a sus convicciones personales, éticas, morales o religiosas. Tales objeciones, o la omisión de la realización de actos basados en la Cláusula de Conciencia, no deben constituir causal de acción judicial, ni administrativa, ni laboral; ni de recriminación ni discriminación en contra del profesional o técnico objetor.

La objeción de conciencia excluye el uso o la receta de medicamentos en la forma que el objetor considere contraria a la dignidad de su profesión.

Cualquier intento de diluir o debilitar la *Cláusula de Conciencia* debe ser considerada una afrenta al ejercicio de las profesiones de las Ciencias de la Salud, así como una injusticia en contra de los profesionales que han luchado por sus principios y han pagado el precio del ostracismo, la calumnia, el vilipendio, la persecución, la censura y la despedida injustificada del centro del trabajo.

El Tribunal Constitucional admitió una objeción de conciencia en el ámbito laboral médico. El caso fue que un médico de Essalud, perteneciente a la Iglesia Adventista del Séptimo Día, interpuso una acción de amparo a fin de que no se le obligue a trabajar los días sábados, pues es su día de descanso religioso. Alegó el objetor que, desde su ingreso en 1988 hasta enero de 2001, no se le consideró en la programación dichos días, siendo aceptado su criterio religioso por sus superiores. Sin embargo, la demandada, Essalud, contestó que la programación de los sábados se justificaba por necesidad institucional. El fallo del Tribunal consideró que no estando probada la necesidad

⁵ DE VALDIVIA CANO, Ramiro: «El objetor de conciencia», en: *Revista Jurídica del Perú*, N° 25, Trujillo, 2001, p. 158.

del servicio, el amparo es fundado en protección de su libertad religiosa. Se ordena a Essalud no incluirlo en las jornadas de los días sábado y que se tomen las medidas razonables que la ley autorice para compensar su inasistencia⁶. Como señala Díaz Muñoz, tomando precedentes del derecho comparado, debe reconocerse «el derecho al descanso en los días de precepto de dichas confesiones, en reemplazo del descanso semanal ordinariamente establecido»⁷.

En resumen, los deberes del médico están íntimamente relacionados con la atención que éste brinda. En tal sentido, y como información de primer nivel, la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS) mediante una campaña publicitaria, consideró pertinente, para brindar una atención médica más cordial y eficiente, alcanzar a los profesionales y centros de la salud algunas pautas para mejorar la relación médico paciente:

- a. Mantener una relación respetuosa con el paciente y su familia.
 - Identificarse con el paciente y su familia.
 - Evitar malos tratos.
 - No demorar injustificadamente la atención.
 - No discriminar por ninguna razón al paciente.
 - Hablar con lenguaje entendible.
 - Ser tolerante, paciente y escuchar al enfermo y a su familia.
 - Mantener la confidencialidad.
 - Ser claro, no confundir al paciente en su diagnóstico y pronóstico. Decir la verdad con gradualidad y prudencia, pero no ocultársela indebidamente.
- b. Informar y obtener el válido consentimiento por escrito antes de realizar procedimientos de riesgo.

⁶ A mayor referencia, Vid. SÁENZ DÁVALOS, Luis R.: «La objeción de conciencia. Un caso polémico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en: *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 5, N° 32, octubre, Trujillo, 2003.

⁷ DÍAZ MUÑOZ, Oscar: «Invocando el derecho para no cumplir la ley», en: *El Dominical. Suplemento de El Comercio*, Año 50, N° 292, 24/10/2004, p. 6. Así sucede en Italia y España con los acuerdos de cooperación entre el Estado y las iglesias evangélica, israelita y musulmana.

- Ofrecer información clara, completa, veraz, oportuna y calificada.
 - Permitir la segunda opinión.
 - No presionar al paciente a decidir cuando haya una urgencia real.
 - Solicitar el válido consentimiento informado (información amplia, sin coerción ante un paciente competente y capacitado para aceptar o rehusar)
- c. Elaborar un expediente clínico completo.
- Proporcionar resumen del expediente al paciente cuando lo solicite.
 - Por ningún motivo alterar el expediente.
 - Conservarlo por un mínimo de cinco años.
 - Firmar todas las notas.
- d. Actuar con bases científicas y apoyo clínico.
- Actuar según el arte médico, los conocimientos científicos y los recursos a su alcance.
 - Evitar prescribir medicamentos de composición desconocida.
 - Evitar consultas por teléfono, radio, carta e Internet.
- e. Proceder sólo con facultad y conocimientos.
- Recurrir a otro profesional cuando el caso esté fuera de su capacidad o competencia.
 - No participar en prácticas delictivas como el aborto, eutanasia activa, falsos certificados médicos, retener pacientes por falta de pago y otras razones.
 - Disponibilidad de libertad de prescripción.
 - No participar en prácticas con dicotomía.
 - Mantener una permanente actualización médica.
- f. Garantizar seguridad en las instalaciones y equipos.
- Conocer la capacidad instalada de la unidad de salud donde se pretende dar atención.
 - Probar el equipo que se podrá utilizar.
 - Referir a otra unidad al paciente cuando no se le garantice seguridad en las instalaciones.

- Informar al paciente y a su familia sobre la capacidad instalada de la unidad de salud.
- g. Atender a todo paciente en caso de urgencia calificada y nunca abandonarlo.
 - Atender toda urgencia calificada aunque se carezca de recursos económicos.
 - Permitir la segunda opinión.
 - Asegurar que la atención del enfermo la continuará otro colega.
 - En situación de huelga, catástrofe, epidemia o grave riesgo para el médico, no abandonar a su paciente.

257 II. Del paciente

258 A. Deberes

259 a) *Deber de información y de cooperación con las autoridades de salud*

La información en salud es de interés público.

Como refiere Seijas Rengifo:

«No todos los deberes de la relación están a cargo del médico; la buena fe es inherente al médico y al paciente, de ahí que el paciente tenga la obligación de informar con lealtad su sintomatología y seguir el tratamiento, y comunicar asimismo si decide consultar a otro profesional»⁸.

Toda persona está obligada a proporcionar a la autoridad de salud la información que le sea exigible de acuerdo a ley (art. XIV, LGSalud); ésta incluye información para la elaboración de las estadísticas, la evaluación de los recursos en salud y otros estudios especiales que sean necesarios realizar y concurren al conocimiento de los problemas de salud o de las medidas para enfrentarlos (art. 117, LGSalud).

Queda exceptuada la información que pueda afectar la intimidad personal y familiar o la imagen propia, la seguridad nacional, las rela-

⁸ SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús: *Derecho Médico I (Aspectos legales del ejercicio médico y su responsabilidad profesional)*, Lima, Gráfica Horizonte, 2001, p. 29.

ciones exteriores y aquéllas que se refieren a aspectos protegidos por las normas de propiedad industrial, de conformidad con la ley de la materia⁹ (art. 120, LGSalud).

b) Cancelación de sus honorarios

260

Como acto profesional, el médico tiene el legítimo derecho a cobrar por los servicios prestados y el paciente debe honrar el acto médico, en proporción a la calidad, oportunidad, eficiencia y complejidad de los mismos, de manera que se le permita una vida decorosa y estar debidamente actualizado.

B. Derechos

261

La LGSalud contempla derechos generales y derechos especiales del paciente, partiendo del reconocimiento del derecho de la salud.

a) Derecho a la libertad

262

Indispensable para la realización del acto médico es la autorización de la persona, la que va a ser plasmada previa información que se le dé de los alcances, beneficios y perjuicios de la intervención. El consentimiento del paciente es la manifestación de su voluntad, que no es otra cosa que la materialización de su libertad a decidir. En este orden de ideas, la libertad es la razón fundamental de la validez del acto médico. La LGSalud nos dice que toda persona tiene el derecho al libre acceso a prestaciones de salud (art. 1) y que nadie puede ser sometido a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo (art. 4), salvo los casos de emergencia.

- Objeción de conciencia

263

La objeción de conciencia es un derecho mediante el que una persona puede oponerse o en su caso, eximirse al cumplimiento de ciertas obligaciones derivadas de la ley o incluso de la propia Constitución, en función de los dictados impuestos por su propia conciencia o por la religión que profesa¹⁰. Los casos de abstención por consideracio-

⁹ DLeg. 823 (DOEP, 24/4/1996), Ley de Propiedad Industrial.

¹⁰ SÁENZ DÁVALOS: «La objeción de conciencia. Un caso polémico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», cit., p. 101.

nes principistas, sean de religión o de credo son muy comunes (como es el caso de los testigos de Jehová para las transfusiones de sangre). Al respecto, el profesor Vega Mere¹¹ los llama «pacientes ideologizados» al sobreponer su libertad de creencia sobre el derecho a la salud e incluso, el derecho a la vida.

Se presenta como «...la negativa del individuo, por razones de conciencia, al cumplimiento de una obligación que, en principio, le resulta jurídicamente exigible. Con ella no se pretende justificar el incumplimiento de los mandatos legales por la satisfacción de un capricho o un interés egoísta, sino se busca la protección del derecho fundamental de libertad de conciencia y de religión, que nuestra Constitución reconoce (artículo 2 inciso 3)»¹².

Este derecho ha sido reconocido por la LGSalud, cuando refiere que la negativa a recibir tratamiento médico o quirúrgico exime de responsabilidad al médico tratante y al establecimiento de salud, en su caso (art. 4, LGSalud).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sostenido:

«6. ... en virtud de la libertad de conciencia, toda persona tiene derecho a formar su propia conciencia, no resulta descabellado afirmar que uno de los contenidos nuevos del derecho a la libertad de conciencia esté constituido, a su vez, por el derecho a la objeción de conciencia, porque de qué serviría poder autodeterminarse en la formación de las ideas si no es posible luego obrar (o dejar de obrar) conforme a los designios de esa conciencia. No permitirle al individuo actuar conforme a los imperativos de su conciencia, implicaría que el derecho a la formación de ésta careciera de toda vocación de trascendencia, pues sucumbiría en la paradoja perversa de permitir el desarrollo de convicciones para luego tener que traicionarlas o reprimirlas con la consecuente afectación en la psiquis del individuo y por ende, en su dignidad de ser humano. De allí que el Tribunal Constitucional considere, sin necesidad de

¹¹ VEGA MERE, Yuri: «Criterios ético-jurídicos sobre la muerte de los seres humanos: sobre la necesidad de consagrar y proteger el derecho a una muerte digna a favor de los enfermos terminales», en: *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, N° 50, setiembre, Trujillo, 2003, p. 104.

¹² DÍAZ MUÑOZ: «Invocando el derecho para no cumplir la ley», cit., p. 6.

acudir a la cláusula 3 de la Constitución, que el derecho a la libertad de conciencia alberga, a su vez, el derecho a la objeción de conciencia.

7. El derecho constitucional a la objeción de conciencia ... permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia y que pueden provenir, desde luego, de profesar determinada confesión religiosa. La objeción de conciencia tiene una naturaleza estrictamente excepcional, ya que en un Estado Social y Democrático de Derecho, que se constituye sobre el consenso expresado libremente, la permisión de una conducta que se separa del mandato general e igual para todos, no puede considerarse la regla, sino, antes bien, la excepción, pues, de lo contrario, se estaría ante el inminente e inaceptable riesgo de relativizar los mandatos jurídicos...»¹³.

La Defensoría del Pueblo elaboró un informe¹⁴ acerca de este tema que, en resumen, nos dice:

Los derechos de la persona conforman una unidad, una totalidad y son interdependientes entre sí, cada uno de ellos tiene la misma importancia. Resulta necesario optimizar el ejercicio de estos derechos cuando se presenten situaciones de conflicto entre ellos, lo que puede suponer que para llevar a cabo o realizar un derecho determinado, debe tenerse en cuenta la revaloración del mismo por encima de otros con los que exista controversia, siempre y cuando resulte compatible con los principios, objetivos y valores introducidos por nuestro modelo constitucional.

El derecho a la libertad de conciencia garantiza que las personas formen sus propias convicciones, creencias, principios y valores, los manifiesten o expresen externamente, actuando de acuerdo a esta conciencia. Este derecho es irrestricto mientras se mantenga en el ámbito interno de la persona, pudiendo ser restringido por razones del derecho de terceros o de orden público, en sus manifestaciones externas.

La declaración de un paciente, en este caso, la negativa de los Testigos de Jehová a las transfusiones sanguíneas en el ejercicio de

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Exp. N° 0895-2001-AA/TC, Lambayeque.

¹⁴ «Testigos de Jehová y Transfusiones Sanguíneas», Informe elaborado por la adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, en: *Debate Defensorial*, N° 4, Lima, 2002, pp. 233-271.

su derecho a la libertad de conciencia, constituye un acto jurídicamente válido sin que ello suponga una colisión con el derecho a la vida o a la salud. Y esta validez está condicionada por la capacidad de discernimiento que le permita al paciente, emitir su voluntad de manera personal, consciente, libre e indubitable, al margen de su edad, la plenitud de sus sentidos o la gravedad del estado de su salud. De dudarse sobre la idoneidad de su capacidad, corresponde al juez determinar la validez de la declaración. Debe verificarse que la declaración del paciente no adolezca de algún vicio de error, dolo o ignorancia, previsible por el contexto en el que se emite y por las consecuencias que conlleva esta declaración, por ejemplo, limitar la actividad de los médicos y exonerarlos de responsabilidad; dicha declaración debe ser susceptible de ser acreditada posteriormente. Excepcionalmente, podrían admitirse declaraciones tácitas de voluntad, el paciente debe poder elegir libremente el tratamiento que considera conveniente para sí mismo. La negativa a un tratamiento sanguíneo por parte de un testigo de Jehová, no puede implicar su desatención, pues hacerlo supondría una vulneración de sus derechos fundamentales. Por ello, deben los médicos aplicar tratamientos alternativos adecuados para el caso concreto que respeten sus creencias religiosas, mejorando la relación entre el médico y el Departamento de Información sobre Hospitales para los Testigos de Jehová.

En caso que el paciente no pudiera expresar su voluntad de manera libre e indubitable, ningún tercero podrá oponerse válidamente, alegando razones religiosas, a la aplicación de un tratamiento sanguíneo. En estos casos, el médico deberá agotar los esfuerzos por la aplicación de tratamientos alternativos y, de ser indispensable transfundir sangre, proceder a dicha intervención previa autorización de la autoridad judicial, en caso de que lo permitan las circunstancias.

Atendiendo a que la necesidad de una transfusión sanguínea surge normalmente en situaciones de emergencia, es preferible que los Testigos de Jehová cuenten permanentemente con un documento por el que declaran su rechazo a las mismas. En él deberá constar que el declarante es plenamente consciente de las consecuencias de su decisión y que ésta la emite con carácter de irrevocable. Las formalidades requeridas deben ser precisadas por el Reglamento de la Ley General de Salud, pero no pueden limitar irracionalmente el ejercicio de los derechos fundamentales.

264 **b) Derecho a la salud**

La doctrina civil nacional representada por Carlos Fernández Scssarego ha definido el derecho a la salud de la siguiente manera:

«Es el núcleo central del genérico derecho al bienestar... tiene una significación muy amplia, pues no sólo comprende la salud – como ausencia de enfermedad– sino, otros derechos como gozar de una vivienda decorosa, de un puesto de trabajo estable, de una retribución adecuada, de un equilibrio emocional, de tiempo libre para dedicarlo al entretenimiento y de vacaciones periódicas. Es decir, de todos aquellos derechos que hacen que el hombre común y corriente, el hombre promedio, se sienta bien, es decir, que tenga en suma, una sensación de bienestar»¹⁵.

En cuanto a la correcta denominación, como se ha mencionado, de alguna manera se viene prefiriendo la terminología 'derecho a la protección de la salud', en lugar del 'derecho a la salud', tomando como fundamento que la salud no es un bien que el ordenamiento jurídico por sí solo ni el Estado pueden garantizar, pues la salud depende de un conjunto de factores personales y sociales. La protección de la salud comprende: 1) la atención sanitaria individual, tales como la prevención y tratamiento de la enfermedad, y 2) las condiciones de salud pública, vinculadas con las condiciones generales que la afectan.

La estructura legal de este derecho debe partir por comprender que, a decir de Vega Mere¹⁶, la salud ha de entenderse no sólo como ausencia de enfermedad, sino como bienestar integral (físico y psíquico del ser humano) y se presenta como el basamento indispensable para que el sujeto se explice en el terreno de la intersubjetividad.

Es una declaración de principio para la LGSalud establecer que toda persona tiene derecho a la protección de su salud y como derecho esencial es irrenunciable. Esta protección le alcanza al concebido, como sujeto de derecho en el campo de la salud (art. III, LGSalud). De esta manera, el paciente se presenta como el principal sujeto de derecho en las prestaciones de salud.

El cuidado de la salud y el ejercicio de este derecho comprende todo lo referente a su tratamiento, la prestación de servicios y el expendio de productos.

¹⁵ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *El derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI)*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2002, pp. 115 y 116.

¹⁶ VEGA MERE, Yuri: *Derecho Privado*, Lima, Grijley, 1996, t. I, p. 158.

Sobre el particular, la Ley de Protección al Consumidor¹⁷ en su artículo 5 literal a) indica que los consumidores tienen derecho:

«a una protección eficaz contra los productos y servicios que, en condiciones normales o previsibles, representen riesgo o peligro para la salud o la seguridad física».

Al respecto, Vega Mere indica que siendo la salud un derecho esencial de la persona:

«se muestra en toda su extensión dentro del derecho al consumo, dado que en el mercado los consumidores adquieren todo tipo de productos, o bien contratan servicios, sin tener que quedar expuestos a un detrimento de su bienestar. Por esta razón, cuando consumen bienes o algún proveedor les presta servicios, la salud debe estar suficientemente resguardada. Los proveedores están en la obligación de no ofrecer productos riesgosos para la salud y en cualquier caso, deben informar respecto de las potenciales consecuencias que se deriven de la ingestión de determinados bienes»¹⁸.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional¹⁹ considera a la salud como derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida y la vinculación irresoluble entre ambos derechos. Entre las medidas para cuidar la vida, se incluyen tratamientos orientados a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo. Define a la salud como aquella facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe proteger. La salud implica el funcio-

¹⁷ DS. 039-2000-ITINCI (DOEP, 1/12/2000), Textos Únicos Ordenados de las Leyes de protección al consumidor, de represión de la competencia desleal y de normas de publicidad en defensa del consumidor.

¹⁸ VEGA MERE, Yuri: *Contratos de consumo*, Lima, Grijley, 2001, p. 94. Continuando con esta posición dice que «este panorama en el que se ha asentado el derecho a la seguridad física de los usuarios, nos mueve a pensar que el consumidor es responsable, en cierto modo, que el derecho a la salud haya invadido al derecho contractual con mayor énfasis de lo que hasta hoy se conocía (p. 95).

¹⁹ Sobre acciones de amparo tenemos: Exp. N° 0895-2001-AA/TC, 19/8/2002, Exp. N° 1047-2001-AA/TC, 21/8/2002 y Exp. N° 2945-2003-AA/TC, 20/4/2004.

namiento armónico del organismo tanto del aspecto físico como psicológico del ser humano y constituye una condición indispensable para el desarrollo y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. El derecho a la salud debe ser abordado desde tres perspectivas: la salud de cada persona en particular, dentro de un contexto familiar y comunitario. Por lo tanto, los servicios públicos de salud cobran vital importancia en una sociedad, pues de ellos depende no sólo el logro de mejores niveles de vida de las personas, sino que incluso en la eficiencia de su prestación está en juego la vida y la integridad de los pacientes. Incluso, se entiende que la libertad de conciencia es un derecho constitucional que permite al individuo objetar el cumplimiento de un determinado deber jurídico, por considerar que tal cumplimiento vulneraría aquellas convicciones personales generadas a partir del criterio de conciencia, bien pueden ser objeto de restricciones a favor de intereses superiores, como lo sería la salvaguarda de la seguridad y la salud.

– *Derecho a someterse a exámenes médicos*

265

El *ius in se ipsum*, que es el derecho sobre sí mismo o sobre el cuerpo, faculta a la persona a disponer de su propio cuerpo, impidiendo, por objeción de conciencia, pudor, prejuicios, sensibilidad o cualquier otra justificación, un menoscabo de su intimidad personal. Por su parte, la *inspectio corporis* es un típico acto de libre disposición del cuerpo humano que lo ejerce la persona en base al derecho que tiene sobre sí mismo, pero dentro del principio que nadie puede provocarse daño.

Siendo el cuerpo la materia directa de las prácticas médicas (análisis, tratamientos, medidas profilácticas, intervenciones quirúrgicas, exámenes, pericias) toda persona goza de dos facultades que son ejercidas en base a su autodeterminación y libertad. Éstas son la de prohibir (no hacer) o permitir (hacer) la realización de actos médicos. Veamos:

– *Derecho a rechazar tratamientos o exámenes médicos*

266

El texto del artículo 11 del CC. trata que:

«Son válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a examen médico, siempre que la conservación de su salud o aptitud psíquica o física sea motivo determinante de la relación contractual».

El texto es incompleto, no establece nada respecto de las situaciones en las que una persona puede rehusarse al sometimiento a exámenes médicos²⁰. Sin embargo, el texto del mismo artículo de la Propuesta ante la Comisión Revisora (1983) incluía un primer párrafo que decía:

«Toda persona puede negarse a ser sometida a un examen o tratamiento médico, salvo disposición legal que establezca su obligatoriedad dentro de los límites del respeto a la persona humana».

Efectivamente, es un derecho primigenio rechazar prácticas biomédicas sobre nuestro cuerpo, sean en pro de la salud o de la vida y aquellas cuyo fin es el interés de terceros, quienes buscan en nuestro *soma* elementos para probar sus pretensiones (pruebas de paternidad).

Una persona puede legítimamente negarse por razones justificadas a una práctica médica alegando su derecho de no acción a efectos de impedir la intervención sobre su estructura biológica. Sin embargo, la ley puede establecer la obligatoriedad a determinadas prácticas sustentando razones de orden público de manera que la autonomía privada y por tanto, el consentimiento de la persona queda limitado. Tal es el caso de las medidas aplicadas en materia poblacional (vacunación obligatoria, certificado prematrimonial, examen médico obligatorio para el servicio militar, internación de enfermos mentales, ingreso a determinadas zonas del país, entre otros casos) o para efectos de establecer la comisión de ilícitos civiles (dosaje etílico) y, para casos especiales, como la cesión y transfusión de sangre (descarte del VIH o SIDA). En estos ejemplos prima el interés social frente al individual.

267 – *Derecho a someterse a tratamientos o exámenes médicos con fines contractuales*

El art. 11 del CC. faculta a la persona a condicionar la continuidad de una relación obligacional a la conservación de su salud, y es que, en materia del derecho a la integridad, la valoración jurídica de la *inspectio corporis* y su relación con el *ius in se ipsum*, ha merecido un tratamiento especial en el sentido que, al ser el hombre dueño de su cuerpo y ejercer un dominio sobre éste, no cabría la ejecución de prácticas o

²⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Estudios de derechos de las personas*, Lima, Concytec, 1990, p. 118.

análisis biomédicos que alteren dicho señorío corpóreo, si es que no se cuenta con la autorización respectiva.

Mediante este derecho se permite sobre si la realización de un acto médico es un derecho de acción, de hacer.

La persona puede autorizar tratamientos o exámenes médicos cotidianos, periódicos o habituales, a efectos de mantener la continuidad y ejecución del contrato en el que la salud o aptitud psíquica o física sea la esencia de la relación contractual. Dentro de este supuesto se encuadran las denominadas actividades deportivas remuneradas o profesionales, los militares, policías, pilotos y demás profesiones en las que el estado psicofísico es fundamental para el cumplimiento de misiones delicadas²¹. Es de señalar claramente que los contratos sobre el cuerpo humano serán válidos siempre que exista el consentimiento de la persona y se respete su trascendencia como ser humano. Se restringe el *ius abutendi* ya que el cuerpo humano, templo de la personalidad, está premunido ontológicamente de dignidad. La persona es, más que propietario, administrador de su estructura corporal.

La norma contenida en el art. 11 del CC., además de otorgar una facultad sobre el cuerpo y reconocer la libertad contractual (en qué forma, estilo y contenido puedo contratar), se sustenta en tres principios propios del Derecho Médico, a saber:

- Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico sin su consentimiento (art. 4, LGSalud),
- El ejercicio a la libertad de trabajo se sujeta a las limitaciones que establece la ley en resguardo de la salud pública (art. XII, LGSalud) y,
- El derecho al consentimiento informado que le corresponde a toda persona (paciente) sujeta a intervenciones médicas (arts. 4, 5, 15h, LGSalud).

Una de las maneras mediante la que se reconoce la libertad contractual es, justamente, la facultad que tienen las partes para establecer situaciones, condiciones y estipulaciones. Siguiendo esta fuente, nuestro Código Civil permite considerar estipulaciones, entiéndase pactos o cláusulas contractuales, cuyo contenido sea justamente la for-

²¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *Derecho de las personas*, 7ª ed., 1ª reimpr., Lima, Grijley, 1996.

ma, tipo y oportunidad en el que deban realizarse determinados actos médicos en la persona del contratante (parte) que presta el servicio (prestador) a efectos de verificar sus cualidades y estándares de rendimiento psicofísico. El resultado del *test* determinará la continuidad del contrato. A estas estipulaciones podríamos llamarlas *estipulaciones de sanidad*. La validez de la relación contractual se sujeta a la performance física o aptitud mental de la parte. Las ineptitudes sobrevinientes, el rendimiento deficiente o la negativa injustificada a someterse al examen médico, convenido para la continuidad de la relación contractual, son causas de resolución del contrato.

Los tipos de contratos pueden ser variados —prestación de servicios o contrato laboral— y son por esencia onerosos, existe una prestación (pago) que sigue a la contraprestación (servicio) que, en este caso, se caracteriza por la habilidad, destreza y especiales condiciones física y psíquicas del prestador. La licitud de estos contratos es fundamental. No pueden ser contratos prohibidos (maternidad subrogada) o inmorales (contrato de meretrício). Las estipulaciones de sanidad deben ser lícitas. No pueden exceder los límites racionales ni contrariar las características del acto médico (profesionalidad, ejecución regular y licitud). Los *test* deben ceñirse a las reglas generales de los chequeos médicos, auscultaciones, pruebas de esfuerzos, exámenes clínicos. Lo contrario implicaría una violación a los derechos de la parte prestataria. En definitiva, el reconocimiento de la validez de tales estipulaciones es una excepción al derecho a la libertad, intimidad e integridad, considerados en el primer apartado que en inicio tenía el artículo 11 del CC.²² Se considera, de manera especial, que el principio de tutela de la salud de la persona es la norma rectora de este dispositivo, existiendo un cuidado especial de valorar exigencias tendencialmente contrapuestas, como son la libertad del individuo y la tutela de la vida y la salud, pudiéndose inferir una prohibición general de experimentación sobre individuos sanos. Indiscutiblemente, las estipulaciones sanitarias y en sí el derecho a ser sometido a prácticas médicas tendrán validez siempre que estén dentro de los límites del orden público y las buenas costumbres.

Es de tenerse en cuenta que, de acuerdo a la interpretación sistemática, las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte

²² FERNÁNDEZ SESSAREGO: *Derecho de las personas*, *Ibidem*.

del conjunto de todas (art. 169, CC.), de esta manera, las estipulaciones sanitarias deben tener una perfecta relación con el objeto del contrato a efectos de evitar confusiones o malas interpretaciones.

Como ejemplo típico de estipulaciones sanitarias podemos citar la relación laboral de los futbolistas profesionales con sus clubes deportivos (Ley 26566). En este marco contractual son obligaciones especiales de los futbolistas guardar en su vida privada un comportamiento compatible con el mantenimiento del eficiente estado físico y mental en su condición de deportista profesional; el incumplimiento de esta obligación generará la resolución del contrato (art. 5, inc. e). Por su parte, la Ley General del Deporte (Ley 27159) establece como obligación del deportista calificado el mantener una conducta acorde con la moral y las buenas costumbres, evitando la indisciplina y los hábitos reñidos con su preparación integral (art. 5, inc. a). En este orden de ideas, el estado físico de los deportistas es el elemento esencial en su contratación y ello es confirmado por la normatividad dictada en materia del deporte y dirigida a regular las condiciones de acceso a las actividades gimnásticas y los controles médicos a los que deben someterse los atletas cada cierto tiempo. De esta manera, mediante el llamado contrato deportivo, la entidad o club debe prestar asistencia médica completa y, por su parte, el jugador tiene entre sus deberes mantener y perfeccionar sus aptitudes y condiciones psicosomáticas para el desempeño de la actividad, debiendo comunicar a la entidad cualquier circunstancia que afecte su estado de salud. La disminución o pérdida de dichas condiciones por causas imputables a él constituirá el incumplimiento de una obligación, lo que implicará la resolución del contrato.

c) Derecho a la dignidad

268

Como derecho, la dignidad implica la facultad que tiene el ser humano de ser acreedor de derechos y beneficiario de la más alta protección por parte de la sociedad. Por su dignidad, el ser humano merece atención especial por parte del Derecho. De esta manera, el CEDCMP (art. 55) establece que la mayor garantía de una actuación del médico en interés del paciente, es el reconocimiento y respeto de su derecho a dignidad.

(1) No discriminación

269

Sustentado en el derecho a la igualdad, ninguna persona puede ser discriminada o marginada por motivos de su salud. Se prohíbe la

discriminación por razón de enfermedad o padecimiento, independientemente del tipo, gravedad o consecuencias del mal que le afectase (art. 15, inc. e, LGSalud).

270 **(2) Entrega de la información de alta**

En principio, el paciente tiene derecho a que se le informe acerca de su estado de salud. Este derecho es complementado con el derecho de exigir que se le entregue el informe de alta al finalizar o culminar su estancia en el establecimiento de salud (art. 44, LGSalud).

271 **(3) A la atención adecuada**

Es un derecho esencial exigir que los bienes destinados a la atención de la salud del paciente correspondan a las características y atributos indicados en su presentación y a todas aquellas que se acreditaron para su autorización. Tiene derecho a exigir que los servicios que se le prestan para la atención de su salud cumplan con los estándares de calidad aceptados en los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales (art. 2, LGSalud).

272 **(4) A la expedición de certificados de salud**

Como parte de la facultad que tiene toda persona para acreditar su estado de salud, la ley consagra como derecho la expedición del certificado de salud cuando sea solicitado (art. 13, LGSalud).

273 **(5) A no ser retenido por falta de pago de la atención médica**

Ha sido práctica común en nuestro medio que los centros de salud apliquen medidas de retención a los pacientes que no cancelan los servicios médicos prestados. Esta medida no guarda una relación con los legítimos derechos de los establecimientos de salud de cobrar por los servicios y productos brindados. El paciente no puede ser considerado como un objeto que pueda ser retenido hasta que se cancele una acreencia.

Este criterio ha sido ya considerado por el Tribunal Constitucional²³, tomando en cuenta que existen situaciones en las cuales el paciente,

²³ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en las resoluciones de los Exp. N° 836-96-HC/TC, 2/12/1998 Acción de Hábeas Corpus y Exp. N° 1411-01-HC/TC,

luego de una atención médica en un centro asistencial de salud, debido a carencia de recursos, no cumple con la cancelación de dicha prestación médica. Por tal motivo, puede darse el caso que el centro asistencial, al dar de alta al paciente, impida su salida de dicha entidad. Tal situación puede dar lugar a que se presenten acciones de Hábeas Corpus, alegando la violación del derecho a la libertad del paciente. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos muestra cuál es el criterio y *ratio decidendi* aplicados en caso de resoluciones denegatorias de estos Hábeas Corpus, por parte de la Sala de Derecho Público:

- Se establece que el Hábeas Corpus tiene por objeto tutelar la libertad individual del beneficiario de la atención médica, supuestamente vulnerada al habérscele impedido abandonar el hospital demandado, por no haber cancelado los gastos de atención médica.
- Por la falta de pago por gastos de hospitalización no se puede impedir que los pacientes dados de alta hagan uso de su libertad de salida de los centros hospitalarios o asistenciales, menos condicionando su salida a trámite administrativo alguno, salvo acto voluntario del paciente. Tal es la razón por la cual se afecta, en estos casos, lo prescrito por el artículo 200º inciso 1) de la Constitución Política del Perú de 1993 y el artículo 25º de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.
- La jurisprudencia muestra que este es el criterio aplicado para la resolución definitiva de tales situaciones, por lo que se revoca la resolución denegatoria de la Sala de Derecho Público y se declara fundada la acción de Hábeas Corpus, salvo que exista sustracción de la materia, caso en el cual declaran infundada la acción por sustracción de la materia, aplicando el artículo 5º inc. 5 del Código Procesal Constitucional, que prescribe que no proceden las acciones de garantía cuando ha cesado la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.

En resumen y de una forma muy didáctica, la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS), mediante una eficiente campaña publicitaria dirigida al público en general, consideró que todo paciente tiene derecho a:

1/4/2002 Acción de Hábeas Corpus, publicadas en el *DOEP*, 22/9/2002, así como en el Exp. N° 536-98-HC/TC, 22/12/1998 Acción de Hábeas Corpus y Exp. N° 1576-2002-HC/TC, 5/8/2002, Acción de Hábeas Corpus.

274 *a. Recibir atención médica de calidad*

El paciente tiene derecho a que la atención médica sea brindada por personal calificado, conforme a los requerimientos legales en función de las necesidades de su estado de salud; así como a recibir una atención que cumpla con los estándares de calidad aceptados en los procedimientos y prácticas institucionales y profesionales (LGSalud, arts. 2 y 22).

275 *b. Recibir un trato respetuoso de su personalidad, dignidad, intimidad y no discriminatorio*

El paciente tiene derecho a que el médico, enfermera y personal que le brinde atención se identifiquen y le otorguen un trato digno con respeto de sus convicciones personales, morales y sin discriminación, atendiendo a su condición sociocultural, de género, de pudor y a su intimidad, cualquiera sea el padecimiento que presente y se haga extensivo a los familiares (LGSalud, art. 14 inciso a y e).

276 *c. Recibir información suficiente, clara oportuna y veraz*

El paciente tiene derecho a que el profesional de la salud le brinde información completa sobre su diagnóstico, pronóstico y su tratamiento sea claro, comprensible y oportuno, a fin de favorecer el conocimiento pleno del estado de salud del paciente y sea esta información siempre veraz y ajustada a la realidad (LGSalud, arts. 15 inciso f y g, y 27).

277 *d. Otorgar o no su consentimiento válidamente informado*

El paciente tiene derecho a ser informado en forma amplia y completa de los beneficios, riesgos, complicaciones o eventos negativos que pudieran presentarse en el acto médico, a efectos de brindar su consentimiento previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento (LGSalud, arts. 14 inciso b, y 25).

278 *e. Al manejo confidencial de su información*

El paciente tiene derecho a que toda la información y su historia clínica se maneje con confidencialidad y no se divulgue más que con la autorización expresa de su parte, salvo las excepciones que la ley establece. (LGSalud, arts. 15 inciso b, y 25)

f. Recibir atención médica de emergencia en cualquier centro de salud 279

Cuando está en grave riesgo su vida o su salud, el paciente tiene derecho a recibir atención de urgencia médico-quirúrgica de emergencia, en cualquier establecimiento de salud, sea público o privado, mientras subsista el riesgo hasta estabilizar sus condiciones (LGSalud, art. 3).

g. Tener acceso a copia de su historia clínica 280

El paciente tiene derecho a que el conjunto de los datos relacionados con la atención médica que reciba, sean asentados en forma veraz, clara y precisa, legible y completa en un expediente, respecto al cual podrá solicitar copia de un resumen clínico o epicrisis o bien copia de la totalidad de la historia clínica (LGSalud, arts. 15 inciso i) y 29)

h. A ser atendido cuando se sienta inconforme por la atención médica recibida 281

El paciente afiliado a una EPS que se sienta inconforme con la atención médica brindada tiene derecho a reclamar, a ser escuchado y recibir respuesta en primera instancia recurriendo a su EPS, y si no estuviera conforme con la respuesta de ésta, puede recurrir al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, donde se le brindará una solución definitiva a su reclamo (DS. 009-97-SA - Reglamento de la Ley de Modernización de Seguridad Social en Salud, art. 91; Resolución de Superintendencia 022-98-SEPS, Reglamento para la atención de reclamos de usuarios de las EPS, arts. 2, 6, 14, 26 y demás aplicables).

C. Derechos especiales. De la madre 282

Toda mujer debe tener, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, los siguientes derechos básicos:

- Ser informada sobre las distintas intervenciones médicas que pudieren llevarse a cabo durante dichos procesos, de modo que pueda optar por la más adecuada;
- Ser tratada de forma personalizada, garantizando su intimidad y tomando en consideración su identidad cultural;
- Al parto natural; debe evitarse prácticas invasivas y el suministro de medicamentos que no estén justificados por su estado de salud o del concebido;

- A ser informada sobre la evolución de su parto y a que se le haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales, así como la identificación de cada uno de éstos.
- A estar acompañada por una persona de su confianza y elección durante el trabajo de parto, parto propiamente dicho y postparto;

283

Sub-Capítulo 2. Derechos especiales

284 § 4. Consentimiento informado

285 I. Estructura

El consentimiento informado tiene una doble estructura:

Una *estructura general*, sustentada sobre la base esencial de los derechos fundamentales de la persona. No es un derecho independiente, por el contrario, es interdependiente, nutriéndose hasta la saciedad de otras facultades y atributos; en esta línea, sostiene el maestro Fernández Sessarego que:

«Cuando se analiza el tema del 'consentimiento informado' debe tenerse en consideración que, al lado de la libertad, existen otros derechos fundamentales de la persona del paciente que están presentes en el caso del que venimos ocupándonos. No se trata, por consiguiente, tan sólo y no obstante su importancia, del reconocimiento y respeto del ejercicio de la libertad personal del paciente para aceptar o rechazar un tratamiento o una intervención quirúrgica, sino que, también, como se ha señalado, están en juego su *salud, su integridad psicosomática, su intimidad y lo que es más grave aún, su propia vida*. Son, por tanto, un conjunto de derechos fundamentales los que se evidencian cuando se aborda el tema del consentimiento informado»²⁴ (el subrayado es nuestro).

²⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «Fundamento filosófico-jurídico del consentimiento informado», artículo inédito facilitado gentilmente por el propio autor el 21/10/2004, p. 19 del texto mimeografiado. En similar sentido, el autor lo trata en «Aspectos jurídicos del 'consentimiento informado' del paciente en la responsabilidad médica», en: AA.VV.: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*, Lima, Grijley, 2004, p. 723.

Una *estructura especial*, que sienta sus bases en el derecho a ser informado y el derecho a consentir. Estudiemos previamente estos derechos:

A. Derecho a ser informado 286

a) Nociones generales 287

La información en el campo médico asistencial es determinante y de singular importancia. De la misma, el interesado decidirá si recurre al servicio ofrecido o si encuentra otras formas de satisfacer su estado de salud.

El deber de informar es el compromiso de dar a conocer, en forma clara, oportuna, adecuada, aproximativa y leal las implicancias del acto médico. Se fundamenta en la buena fe y tiene como finalidad obtener el consentimiento cabal y veraz del paciente.

Como derecho, todo paciente debe conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, la información disponible sobre la misma (derecho a saber); además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada (derecho a no saber).

b) Titulares 288

Los titulares del derecho a la información asistencial son:

- *El paciente con capacidad.* También serán informadas las personas vinculadas, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.
- *El paciente incapaz con discernimiento* será informado de modo adecuado (a sus posibilidades y nivel de comprensión), poniéndose en conocimiento la información a su representante legal.
- *Tratándose del paciente incapaz sin discernimiento*, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

c) Forma 289

Existen dos criterios relacionados con el deber de informar:

Criterio objetivo, en el que se considerará la necesidad, urgencia, peligrosidad, novedad y gravedad de la información.

Criterio subjetivo, en el que el médico debe informar al paciente de acuerdo al tipo de enfermedad, a su nivel cultural, edad, situación

personal, familiar, profesional, social, teniéndose en cuenta otros factores como la capacidad, discernimiento, deseos de información, necesidad del tratamiento para apreciar la validez del consentimiento.

La información debe referirse a las ventajas y desventajas del tratamiento, si el paciente no está capacitado para recibir dicha información, ésta deberá dirigirse a sus familiares.

Hay que tener en cuenta que regularmente ocurre que mientras más urgente sea una intervención, la información será menos precisa. Por el contrario, en aquellos casos en que la intervención sea menos necesaria, la información será más detallada. Lo óptimo es expresar lo esencial y determinante como información.

290 *d) Ámbito*

La LGSalud (art. 15) establece los derechos de los usuarios de los servicios de salud, entre los que están:

- A que se le brinde información veraz, oportuna y completa sobre las características del servicio, las condiciones económicas de la prestación y demás términos y condiciones del servicio (inc. f);
- A que se le dé en términos comprensibles información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administren (inc. g);
- A que se le comunique todo lo necesario para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, negándose, incluso, a éste (inc. h).

La misma LGSalud (art. 27, primer párrafo), refiriéndose al ejercicio de las profesiones médicas y afines, establece que tanto el médico, el cirujano dentista y la obstetriz están obligados a informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, riesgos y consecuencias de los mismos.

Finalmente, la LGSalud contempla el derecho a la información general en materia de salud (art. 5) estableciendo que toda persona tiene derecho a ser informada por la autoridad de salud sobre las medidas y prácticas de higiene, dieta, salud mental y reproductiva, enfermedades transmisibles o crónico degenerativas, diagnóstico precoz de enfermedades y demás acciones conducentes a la promoción

de estilos de vida saludables. Tiene derecho a recibir información sobre los riesgos que ocasiona el tabaquismo, el alcoholismo, la drogadicción, la violencia y los accidentes.

e) *Características*

291

Las características de la información que han de permitir una decisión total y adecuada de la persona interesada son:

- *Información oportuna.* El momento y el tiempo en el que se otorga la información del tratamiento o servicio médico es fundamental. Se establece que toda persona tiene derecho a ser informada oportunamente de las medidas de salud y médicas a aplicarse en su atención (art. 5, LGSalud).
- *Información adecuada.* El contenido de la información del tratamiento o servicio médico es importante. Toda persona tiene derecho a que se le brinde información veraz y completa sobre las características del servicio, las condiciones económicas de la prestación y demás términos y condiciones del servicio (art. 15, inc. f, LGSalud).

En el contenido de la información debe considerarse, entre otros temas, lo siguiente:

- Motivo del acto médico.
- La necesidad, urgencia o gravedad del mismo.
- La peligrosidad de la intervención.
- Los riesgos probables de la intervención de acuerdo a la experiencia profesional y al estado de la ciencia.
- Efectos secundarios.
- Informar sobre la forma y medios a utilizarse.
- Fin del tratamiento, detallando el diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas existentes.
- Beneficios y perjuicios del tratamiento.
- Si se trata de un método nuevo, la información será más exhaustiva.
- Las contraindicaciones.

La información debe estar referida a los riesgos previsibles (típicos), no a los excepcionales o imprevisibles (atípicos).

- *Información integral.* La información que se le brinde a la persona interesada en las prestaciones médicas debe ser integral, es decir, oportuna, adecuada y referirse a las técnicas o tratamientos a utilizarse en el proceso a efectos de que se pueda autorizar la intervención. Por ello, se considera como derecho de la persona que se le comunique todo lo necesario para que pueda dar su consentimiento informado, previo a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como negarse a éste (art. 15, inc. h, LGSalud).

292 **f) Información del proceso**

Toda persona tiene derecho a que se le dé, en términos comprensibles, información completa y continuada sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y opciones de tratamiento, riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de los medicamentos que se le prescriban y administren (art. 15, inc. g, LGSalud).

293 **g) Límites**

El derecho a la información puede limitarse por la existencia de un estado de necesidad terapéutica. Esta es una facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar al paciente, cuando existan razones objetivas que el conocimiento de su estado pueda perjudicar su salud gravemente. En estos casos, el médico deberá dejar constancia de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

294 **B. Derecho a consentir**

El consentimiento es la autorización que da el paciente para la realización de un acto médico. Deriva de la información otorgada acerca de las consecuencias de la práctica a la que va a ser sometido. Es el ejercicio de la libertad para elegir con autonomía, independencia y autodeterminación la realización del acto médico o sometimiento a una intervención o servicio asistencial en su persona, tratando un padecimiento en su salud.

La información oportuna y adecuada es elemental, dado que permite al paciente decidir con libertad el tratamiento a través de un consentimiento, que implica la autorización del acto médico.

La LGSalud (art. 4) indica que ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico sin su consentimiento previo o el

de la persona llamada legalmente a hacerlo, si correspondiere o estuviere impedida de darlo. Las intervenciones de emergencia están exceptuadas de este requisito. Con ello, el consentimiento del paciente legitima la actuación del médico frente a la disposición sobre el propio cuerpo o *ius in se ipsum* del que toda persona goza. La exigibilidad del consentimiento del paciente busca proteger la libertad personal ya que no se puede actuar en su contra, ni siquiera en el supuesto de que dicha intervención sea beneficiosa, salvo en caso de intervención de emergencia, como hemos establecido.

II. Principio general del consentimiento informado

295

En alguna medida, el consentimiento informado está vinculado, en primera línea, con el derecho a la integridad, en el sentido de que la persona puede decidir renunciar parcialmente a este derecho, previa información de las consecuencias. Renuncio, cedo parte de mí, en la medida que la información vertida sea de mi interés. Como afirma Espinoza Espinoza:

«De esta manera, el consentimiento informado tiene como contrapartida, la obligación de información que tiene el profesional (generalmente médico) de la intervención en sí y de sus posibles consecuencias: sólo en este caso se podrá hablar de una manifestación de voluntad válida del que dispone de su cuerpo»²⁵.

Sin embargo, consideramos que aparte de la integridad, el consentimiento informado se vincula en especial con los actos de libre disposición del cuerpo humano y, en general, con el derecho a la salud.

El paciente tiene el derecho inalienable de ser comunicado e instruido de los efectos de la intervención médica que se le va aplicar, con la finalidad de obtener de manera objetiva su decisión y correspondiente autorización al tratamiento.

III. Definición

296

El consentimiento informado es la anuencia libre, voluntaria y conscientemente manifestada por un paciente, en el pleno uso de sus

²⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de las personas*, 3ª ed., Lima, Editorial Huallaga, 2001, p. 145.

facultades, después de recibir la información adecuada, a efectos de que se lleve a cabo en él una actuación médica en el tratamiento de su salud.

297 **IV. Base legal**

La LGSalud considera, de manera expresa, el consentimiento informado como un derecho de la persona (art. 15, inc. h y 27, LGSalud).

En este sentido, se establece que en el supuesto de aplicación de tratamientos especiales, realización de pruebas riesgosas o prácticas de intervenciones que puedan afectar física o psíquicamente al paciente, el médico está obligado a obtener por escrito, el consentimiento informado del paciente (art. 27, segundo párrafo, LGSalud).

El médico no debe exponer a su paciente a riesgos injustificados y deberá pedir su consentimiento informado por escrito para aplicar tratamientos especiales, realizar pruebas riesgosas o practicar intervenciones que puedan afectarle físicamente. Si el paciente no está capacitado para dar la autorización, se le debe solicitar a las personas que tienen la responsabilidad de él y si el consentimiento fuera negado, el médico no está facultado para actuar. En todo caso, dejará establecido por escrito, en presencia de dos testigos, la responsabilidad de quienes negaron la autorización, comunicando de inmediato el hecho a la autoridad competente.

El Reglamento de la Ley, que regula la obligación de los establecimientos de salud a dar atención médica en caso de emergencias y partos²⁶, define al consentimiento informado de la siguiente manera:

«Es la aceptación por parte del paciente de una atención médica quirúrgica o procedimiento, en forma libre, voluntaria y consciente, después que el médico le ha informado de la naturaleza de dicha intervención y/o su tratamiento, incluyendo sus riesgos y beneficios».

Normas adicionales que regulan este derecho son el Reglamento de Ejecución Penal (arts. 123 a 136) y el CEDCMP (art. 40, inc. d y art. 43).

²⁶ DS. 016-2002-SA (DOEP, 19/12/2002).

V. Componentes

298

A. Titular

299

Es el paciente o usuario del servicio de salud. Cuando se trate de pacientes incapaces, este derecho lo ejerce su representante legal.

Tratándose de menores de edad, se deberá escuchar y ponderar su opinión, en base al interés superior del niño y el máximo respeto a sus derechos (arts. IX, 9, CNA).

Existe una corriente en el Derecho Comparado referida a la *mayoría anticipada para el acto médico*²⁷. Se funda en que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano, mucho antes que su mayoría de edad. Con esta lógica, el acto médico requiere del paciente, por un lado, el ejercicio legítimo del derecho a contratar el tratamiento y por otro, el consentimiento para la intrusión en el cuerpo. Esta teoría tiene su origen en el caso *Gillick*, que crea una posición jurisprudencial orientada bajo la tesis siguiente: el menor es *Gillick competent*, si alcanzó la aptitud suficiente para comprender y la inteligencia para manifestar su voluntad al tratamiento médico propuesto, si no es *Gillick competent*, o no tiene 16 años, el consentimiento será dado por sus padres o tutores. Entonces ya no se trata sólo de la validez de contratos sencillos, sino que estamos hablando de la validez de contratos sobre el cuerpo de un incapaz, que tiene todo el derecho de manifestar su voluntad y decidir la ejecución del mismo. El derecho comparado reconoce este derecho de los menores e incapaces. En Canadá, la capacidad para decidir el acto médico se alcanza a los 14 años, igual consideración la establece el Código de Québec (art. 14). La jurisprudencia española ha determinado que si los hijos tuvieren suficiente juicio, deberían ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten (art. 154 del CC) y tratándose de intervenciones quirúrgicas, se requiere su consentimiento.

B. Forma

300

El consentimiento puede ser:

Expreso. Por escrito, en los casos de intervenciones quirúrgicas²⁸ o verbalmente, como se da en la mayoría de los casos.

²⁷ Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: «Contrato celebrado entre incapaces», en: *Código Civil Comentado*, t. VII, Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 101.

²⁸ L. 28189, Ley general de donación y transplante de órganos y/o tejidos humanos, Art. 10.- Requisitos y condiciones del donante vivo de órganos y/o tejidos no

Tácito. Por actos o signos inequívocos.

Es necesario incidir que cada paciente requiere una información especial a efectos de que el consentimiento sea propio y pleno. Ésto es lo que se denomina el *consentimiento informado especial* o como la doctrina lo denomina: *consentimiento informado ad hoc*, que sustenta el hecho que los protocolos de consentimiento informado deben estar complementados con datos especiales para cada caso concreto, eliminándose de plano cualquier práctica basada en la firma de documentos por adhesión directa e irreflexiva del paciente.

301 **C. Tiempo**

El consentimiento es temporal y revocable sin sujeción a formalidad alguna. El consentimiento del paciente debe prestarse antes del acto médico y permanecer durante toda la realización del mismo.

302 **D. Objeto**

El objeto es el propio tratamiento médico que el paciente debe conocer con anticipación; de lo contrario, los riesgos del acto serán asumidos por el médico.

El resultado de la intervención no forma parte del objeto del consentimiento informado.

303 **E. Límites**

El consentimiento se extenderá hasta donde haya sido informado el paciente, dependiendo de su decisión, la licitud o ilicitud de la intervención médica. Como sostiene en la doctrina nacional, «el fundamento primario de los poderes deberes del médico, radica en el consentimiento del sujeto»²⁹, mejor dicho del paciente como sujeto de la relación médico paciente.

304 **F. Experimentación para medicamentos**

Nadie puede ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos sin ser debidamente informado sobre la

regenerables. Otorgar su consentimiento por escrito ante Notario Público, de manera libre, consciente y desinteresada.

²⁹ LEÓN, Leysser: «El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente», en: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 32, octubre, Trujillo, 2003, pp. 33-34.

condición experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito (art. 15, inc. d, LGSalud).

G. Investigación docente

305

Si bien la investigación académica es la base para el desarrollo de la medicina, no puede utilizarse al ser humano como un medio para lograr avances científicos, salvo que preste su consentimiento.

Nadie puede ser sometido, sin su consentimiento, a exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes (art. 15, inc. c, LGSalud).

VI. Excepciones

306

El consentimiento informado es ineficaz cuando significa autorización para realizar cualquier acto prohibido por la ley (aborto, eutanasia, suicidio asistido). Por su parte, en aquellos supuestos en los que el orden público está de por medio –primando el interés social frente al individual–, la autonomía privada, y por tanto el consentimiento, queda limitada, tal es el caso de las medidas aplicadas en materia poblacional (vacunación obligatoria³⁰, certificado pre-matrimonial, examen médico obligatorio para el servicio militar, internación de enfermos mentales, ingreso a determinadas zonas del país, entre otros casos) o para efectos de determinar la comisión de ilícitos civiles (obligatoriedad para someterse al dosaje etílico u otras).

«El conductor está obligado a someterse a pruebas que le solicite el efectivo de la Policía Nacional del Perú, asignado al control del tránsito, para determinar su estado de intoxicación por alcohol, drogas, estupefacientes u otros tóxicos o su idoneidad, en ese momento para conducir. Su negativa establece la presunción legal en su contra»³¹.

Y, para casos especiales, como el VIH y SIDA,

Las pruebas de VIH y SIDA son voluntarias y se realizan previa consultoría obligatoria, salvo las siguientes excepciones: Donante de sangre y órganos, el de la madre gestante (a fin de proteger la

³⁰ Ley General de Vacunas, L. 28010 (DOEP, 21/6/2003).

³¹ Art. 94, DS. 033-2001-MTC, DOEP, 24/07/2001, Reglamento Nacional de Tránsito.

vida y la salud del niño por nacer, cuando exista riesgo previsible de contagio o infección y para disponer de las medidas y tratamiento pertinente³². Asimismo, el Reglamento de la legislación contra el SIDA³³ indica también (pero de manera más restrictiva) que si bien las pruebas diagnósticas de infección por VIH sólo podrán realizarse luego de consejería y autorización escrita de la persona (art. 11), se exceptúa la obligación de obtener consentimiento para realizar la prueba diagnóstica en los casos (art. 12) de donantes de sangre o sus componentes, de células, de tejidos o de órganos (a) y fuentes de sangre potencialmente contaminada, involucradas en accidentes por exposición percutánea, durante la atención de salud (b).

El estado de emergencia no requiere consentimiento previo (art. 4, LGSalud). Esta regla especial se sustenta en que si el paciente se encuentra inconsciente, en estado de coma, en *shock* o en peligro de muerte la intervención médica no requiere consentimiento informado. En estos casos, el médico está actuando lícitamente amparado por un estado de necesidad; además, se admitirá la existencia de una voluntad tácita anticipada para consentir el acto médico basado en la salud del paciente, esto sin perjuicio del deber *ex officio* del médico.

307 VII. Formato del consentimiento informado

De existir un formato acerca del consentimiento informado, éste deberá contener:

- Nombres y apellidos del paciente.
- Nombres y apellidos del médico que informa, así como los datos precisos para su ubicación.
- Descripción de riesgos personalizados, reales y potenciales del procedimiento y/o de la intervención quirúrgica o del uso de medicamentos en caso de estudios de investigación (ensayos clínicos).
- Edad (día, mes y año de nacimiento).
- Profesión u ocupación.
- Religión o creencias (de ser el caso).
- Molestias probables.

³² L. 28243, art. 4 (DOEP, 01/06/2004).

³³ DS. 004-97-SA (DOEP, 18/6/1997).

- Otras alternativas.
- Conformidad firmada en forma libre y voluntaria por el paciente.

§ 5. Intimidad

308

1. Principio general

309

Es un derecho especial el exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece.

El secreto, reserva y privacidad son derechos esenciales que protegen la vida interna y espiritual del ser humano. Las emociones, vivencias y experiencias forman la fase interior de la persona que es protegida a través del derecho a la intimidad, entendido como el control y disposición de nuestra información que en pensamientos, datos, experiencias y estructura biológica poseemos (autodeterminación informativa)³⁴. La intimidad es violada sea por la intromisión (conocimiento indebido) o por la divulgación (puesta en conocimiento) que realiza una persona respecto de los datos o hechos confidenciales de otra.

Toda persona tiene el derecho de conocer la información en materia de salud (art. 5, LGSalud) que exista en la entidades estatales, la misma es de dominio público, salvo que la información pueda afectar la intimidad personal y familiar o la imagen propia, la seguridad nacional, las relaciones exteriores y aquélla que se refiere a aspectos protegidos por las normas de propiedad industrial³⁵ (art. 120, LGSalud).

La cautela y confidencialidad en los datos de los pacientes es un principio esencial en el Derecho Médico peruano. El derecho a la intimidad se presenta como una facultad inherente al usuario de los servicios de salud (art. 15, inc. a, LGSalud), por lo que todo paciente merece y puede exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica (art. 15, inc. b, LGSalud).

De acuerdo al principio de reserva médica (art. 25, LGSalud), la información obtenida del acto médico debe ser utilizada con discre-

³⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho genético*, 4ª ed., Lima, Grijley, 2001, p. 229.

³⁵ DLeg. 823 (DOEP, 24/4/1996), Ley de Propiedad Industrial.

ción y cautela, la misma es reservada. De manera tal que el profesional de la salud que proporciona o divulga información relacionada al acto médico incurre en responsabilidad civil, penal o administrativa, según sea el caso.

310 **II. Reserva en la información**

Es un derecho especial el exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece (art. 15, inc. b, LGSalud).

La legislación contra el SIDA establece que los resultados de las pruebas diagnosticadas con VIH y SIDA y la información sobre la causa cierta o probable de contagio son de carácter confidencial. Dichos resultados e información sólo podrán ser solicitados por el Poder Judicial o el Ministerio Público, siempre que las circunstancias lo justifiquen y únicamente para fines de investigación delictiva (art. 5)³⁶.

311 **III. Excepciones**

Frente a este principio de reserva o de la intimidad (art. 25, LGSalud) existen excepciones:

- Por existir consentimiento escrito del paciente;
- Cuando es requerido por autoridad judicial competente;
- Cuando fuere utilizada con fines académicos o de investigación científica, siempre que la información se consigne en forma anónima;
- Cuando es proporcionada a familiares o allegados del paciente con el propósito de beneficiarlo, siempre que éste no lo prohíba expresamente;
- Cuando sea sobre enfermedades y daños de declaración y notificación obligatorias, siempre que sea proporcionada a la autoridad de salud;
- Cuando fuere proporcionada a la entidad aseguradora o administradora de financiamiento vinculada con la atención prestada al

³⁶ L. 26626 (DOEP, 20/06/1996).

paciente siempre que fuere con fines de reembolso, pago de beneficios, fiscalización o auditoría; y,

- Cuando fuere necesaria para mantener la continuidad de la atención médica al paciente.

La información sobre el diagnóstico de las lesiones o daños producidos a una persona herida por arma blanca, herida de bala, accidente de tránsito o por causa de otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando existan indicios de aborto (art. 30, LGSalud), deberá ser proporcionada a la autoridad policial o al Ministerio Público a su requerimiento.

IV. Derecho a la imagen

312

El derecho a la imagen, derivado del aspecto privado y reservado de la persona, juega un papel esencial en el Derecho Médico en la medida que todo paciente merece un respeto y consideración especial en lo referente a su figura y todas aquellas formas de expresiones que lo representan. De tal manera que no podrá fotografiarse ni filmarse la ejecución de actos médicos sin el consentimiento del paciente (o sus familiares). El cuidado de la salud, la recuperación y el estado de convalecencia del paciente merecen el más alto respeto y cautela.

§ 6. Secreto

313

I. Principio general

314

El CEDCMP en su Declaración de Principios establece que el respeto al derecho de la persona, impuesto por el secreto médico, conforme a la inspiración hipocrática, contribuye a asegurar la perennidad de la medicina humana. El Juramento de la Asociación Médica Mundial³⁷ estatuye el deber del médico de guardar y respetar los secretos que le sean confiados. Este juramento es pronunciado por el médico en el momento de ser admitido como miembro de la profesión médica.

La reserva médica o secreto médico es el deber de no dar a conocer o no revelar los hechos que tuviera conocimiento el profesional de la salud, que puedan afectar a la esfera íntima del paciente.

³⁷ Conocido como la 'Declaración de Ginebra', adoptado por la II Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (Ginebra en 1948).

El secreto médico no sólo es uno de los deberes esenciales del profesional de la salud, sino también se vincula con la relación médico-paciente en el aspecto de la fe con que se inicia y se desarrolla la relación debido a que cuando se mantiene el secreto se conserva la confianza del paciente. Debe tenerse en cuenta que el secreto médico se hace extensivo:

«no sólo al médico o médicos tratantes, integrantes o no de un equipo, sino a todos aquellos que por cualquier título concurren a la prestación de los cuidados sanitarios y son confidentes necesarios»³⁸.

Los datos que comprende la obligación de secreto son todos aquellos conocidos en el ejercicio de la profesión, los revelados por el paciente (sean confidenciales o no) y los descubrimientos que haga el médico durante el diagnóstico y tratamiento. En tal sentido, la LGSalud establece que toda la información relativa al acto médico tiene carácter reservado.

315 II. Excepciones

La intimidad se conjuga perfectamente con el derecho a la protección de la salud; es un derecho del paciente exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece (arts. 25 y 15, inc. b, LGSalud). El deber de secreto desaparece por el consentimiento del interesado, por autorización legal, mandato judicial o si media una causa justa.

La doctrina nacional³⁹ ha señalado que las excepciones son las siguientes:

- Cuando se cuenta con el asentimiento del paciente.
- Cuando se presentan situaciones de ilicitud y por mandato judicial.
- Cuando mantener el secreto irroga grave daño a la comunidad.
- Cuando redunda en provecho del paciente o evita un daño grave al médico.

³⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «Aspectos jurídicos del secreto médico», en: *Revista Jurídica del Perú*, Año LI, N° 18, Trujillo, p. 67.

³⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO: «Aspectos jurídicos del secreto médico», cit., p. 67.

- Cuando deba informarse a la entidad aseguradora.
- Cuando contribuya a la investigación y progreso de la ciencia.
- Cuando es necesario para mantener la continuidad de la atención médica.
- Cuando se deba informar a familiares y allegados.
- Cuando actúa en calidad de perito o comisionado por la autoridad competente.

III. Secreto profesional

316

A. Aspecto general

317

El secreto profesional es un derecho que tiene el médico y a su vez una obligación de no revelar (obligación de no hacer) la información que conoce, en el ámbito técnico, de sus pacientes.

Toda persona tiene derecho a guardar el secreto profesional (art. 2, inc. 18, Const.); nadie puede ser obligado a declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional y cuando por disposición de la ley pueda o deba guardar el secreto (art. 220, CPC.).

B. Aspecto ético

318

El CEDCMP regula el secreto profesional (arts. 62 y ss.), estableciendo que el médico está obligado, por consideraciones morales y prácticas, a guardar el secreto que le es confiado o del que llega a informarse durante el acto médico y en relación a él. El secreto profesional obliga al médico a guardarlo hasta los límites establecidos por la ley, pudiendo revelarlo sólo por mandato judicial. Cuando el médico conoce una condición patológica que pueda ocasionar un daño a terceras personas debe tomar las decisiones que protejan a la sociedad, considerando la moralidad, discreción y sentido humano.

C. Aspecto penal

319

a) Revelación de secretos obtenidos por el trabajo

320

Desde la óptica punitiva, el CP tipifica como delito la revelación de secretos obtenidos por el trabajo, en el sentido que:

«El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien éste se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año» (art. 156, CP).

Este delito se caracteriza porque:

«el comportamiento se realizará por revelación de aspectos de la intimidad, a los que ha tenido acceso el sujeto activo sin necesidad de realizar ningún acto para obtenerlos, dado que ello tuvo lugar por el trabajo o porque le fueran confiados directamente a él por el propio sujeto pasivo. De ahí que también se dé un abuso de confianza»⁴⁰.

321 **b) Secreto profesional**

En relación con el secreto profesional, el CP. establece:

«El que, teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o ministerio, de secretos cuya publicación pueda causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días multa» (art. 165).

En este tipo de delito el bien jurídico protegido es la protección de una «esfera de la intimidad de las personas, específicamente la correspondiente al secreto profesional»⁴¹.

322 **IV. Notificación de actos criminales**

Cuando por razón de emergencia, el médico se ve obligado a prestar asistencia a un paciente, víctima de un hecho derivado o en conexión, directa o indirecta, con un acto delictuoso; adquiere la obligación de comunicarlo a las autoridades competentes, dejando establecido que ha ejecutado un acto médico ligado a su deber profesional, por lo que debe ser eximido de las molestias y perjuicios inherentes a la investigación policial o judicial.

Este principio rector se considera en la legislación, de manera tal que el médico que brinda atención médica a una persona por herida de arma blanca o de bala, accidente de tránsito o por otro tipo de violencia que constituya delito perseguible de oficio o cuando exis-

⁴⁰ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María: *Manual de Derecho Penal (Parte especial)*, 2ª ed., Lima, Editorial San Marcos, 1996, p. 179.

⁴¹ BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal (Parte especial)*, cit., 2ª ed., p. 196.

tan indicios de aborto criminal, está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente (art. 30, LGSalud). La información sobre el diagnóstico de las lesiones o daños en los casos antes señalados, deberá proporcionarse a la autoridad policial o al Ministerio Público a su requerimiento (art. 25, LGSalud).

§ 7. Quejas 323

I. Derecho de queja 324

El derecho de queja del paciente no está expresamente reconocido en el Derecho médico peruano.

II. Clasificación de las quejas 325

A. Quejas gremiales 326

Las quejas gremiales se tramitan ante el CMP, sea por denuncia de la parte agraviada, o de oficio, por la autoridad competente.

a) Queja 327

Se presenta al Decano del CMP, quien remite la solicitud al Consejo Regional correspondiente. El Consejo Regional envía esta información a su Comité de Ética para que sea evaluada y poder determinar si los hechos constituyen infracción al CEDCMP. Si lo consideran, se remite al Comité de Asuntos Contenciosos y Procedimientos Disciplinarios, que es un Tribunal de Honor, que se encargará de citar a las partes, pedir informes, solicitar pericias a las sociedades científicas y con las declaraciones del médico procesado y de la parte agraviada emitirá un dictamen con una recomendación de sanción.

b) Resolución 328

Esta recomendación pasa a la Junta Directiva del Consejo Regional que evaluará si los hechos configuran infracción y emitirá una resolución.

c) Apelación 329

Las partes recibirán copias de esta resolución y quien se vea afectado en su derecho puede formular apelación. Esta se interpone ante el Consejo Nacional.

330 **d) Resolución**

La instancia es el Comité de Asuntos Contenciosos y Procedimientos Disciplinarios el que, siguiendo el mismo procedimiento anterior, analizará los hechos y la resolución. Si está de acuerdo con lo resuelto por el Consejo Regional emite su opinión al Consejo Nacional, en el sentido que se confirme o se revoque la resolución. Con ello concluye el proceso disciplinario ético en el CMP.

331 **B. Quejas administrativas**

El MINSA tiene competencia respecto al área que maneja (administración, salubridad, actividad sanitaria). Es por ello que realiza procedimientos administrativos (no éticos) que, en su caso, pueden derivar disciplinariamente al CMP.

332 **C. Quejas judiciales**

Se puede recurrir al Poder Judicial a fin de solicitar en el fuero civil la reparación del daño causado por la mala *praxis* médica (demanda de daños) o en el fuero penal por delito de homicidio, lesiones culposas y otros delitos por actividad médica.

333 **III. Casuística y estadística**

El Comité de Ética del CMP ha realizado una estadística durante el período 1997-1999 respecto de las quejas formuladas por las personas vinculadas con la medicina. Los datos nos muestran que la interposición de los reclamos se realiza de la siguiente manera: Pacientes contra médicos, 72 por ciento; médicos contra médicos, 14 por ciento; personal subalterno (enfermeras y paramédicos) contra médicos, 8 por ciento; familiares de los pacientes contra médicos y familiares de los médicos contra médicos, 6 por ciento.

Según un informe periodístico⁴², el CMP recibe aproximadamente 200 denuncias anuales por faltas a la ética profesional y problemas

⁴² «Colegio Médico recibe al año 200 casos de mala práctica profesional», en: *El Comercio*, 26 de marzo de 2000, sección A, p. 2. Asimismo, en nota periodística aparecida en meses anteriores, se sostenía que el CMP recibía aproximadamente 150 denuncias anuales relacionadas por transgresiones al CEDCMP. Vid. PORTUGAL, R., «Los pacientes sí tienen derechos (conozca las sanciones por mala práctica profesional y negligencia médica)», en: *DOEP*, 4 de agosto de 1999, p. 10.

en la práctica clínica. El mayor número de éstas corresponden a reclamos de pacientes que alegan ser víctimas de la mala práctica profesional o de negligencia médica (entre ellos las derivadas en muerte). El CMP ha resuelto un 20 por ciento de los casos planteados durante 1998 y 1999, lo que ha obligado al Comité de Ética a ejecutar un plan de emergencia orientado a agilizar la tramitación de las denuncias presentadas.

Un informe estadístico, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica del CMP, determina que al 31/7/1999, a nivel de Corte Superior de Lima, vienen siendo tramitados ante el Poder Judicial un total de setentaicuatro (74) procesos vinculados al mal ejercicio de la medicina. En dichos juicios están involucrados ciento cincuenta y seis (156) galenos. Cincuenta y nueve (59) de estas denuncias pretenden inculpar a profesionales de la salud por el delito de homicidio culposo, catorce (14) por causar lesiones culposas y en un (1) caso se imputa haber omitido atender a un paciente, configurándose el delito de exposición y abandono de personas en peligro.

Sub-Capítulo 3.

334

Documentos médicos y medicamentos

§ 8. Historia clínica

335

I. Generalidades

336

Es un derecho del paciente que se le proporcione copia de la historia clínica (art. 29, LGSalud).

La LGSalud establece (art. 15) que toda persona usuaria de los servicios de salud, tiene derecho a exigir la reserva de la información relacionada con el acto médico y su historia clínica, con las excepciones que la ley establece (inc. b) y a que se le entregue el informe de alta al finalizar su estancia en el establecimiento de salud y si lo solicita, copia de la epicrisis y de su historia clínica (art. 15, inc. i y art. 44, LGSalud).

II. Definición

337

Es el documento que contienen los datos, valoraciones e informaciones sobre el estado y evolución clínica de un paciente, a lo largo del proceso asistencial.

La historia clínica es la biografía del estado de salud del paciente. Es un documento que sustenta el acto médico en el que se deja constancia de los datos generales del paciente, de sus síntomas, problemas de salud y de los elementos fundamentales que sirvan para determinar el diagnóstico de su padecimiento.

338 **III. Características**

El acto médico debe estar sustentado de manera escrita en un documento denominado historia clínica. Las características son:

- En cuanto a la información contenida, ésta deberá ser objetiva, veraz, minuciosa y suficiente, conteniendo las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para el tratamiento de su salud.
- Su elaboración debe estar bajo responsabilidad del médico, contener su firma y registro de aquel que la elabora.
- Contendrá los datos de padecimiento, obtenidos mediante el interrogatorio y la exploración física, debiendo revelar el estado clínico desde la primera consulta. No se debe omitir la terapéutica empleada ni usar abreviaturas diferentes a las establecidas por el uso.
- Son patrimonio del establecimiento de salud, pero el médico que la elaboró tiene el derecho de la propiedad intelectual sobre la misma. Quienes con fines de investigación requieran utilizar la información de las historias clínicas, deben contar con la autorización de quienes ejercen el derecho de propiedad intelectual.

Toda institución prestadora de servicios de salud deberá tener un Comité de Auditoría Médica Permanente, que cautelará la correcta elaboración, uso y perfeccionamiento de las historias clínicas.

Como bien se ve en el Derecho Comparado, el contenido de la historia clínica se ha convertido en el eje central de muchas sentencias de responsabilidad civil, constituyendo un elemento probatorio de primer orden, como bien sostiene Monge Zagarra:

«sólo nos queda recalcar la importancia de llevar debidamente las historias clínicas de todas las atenciones de salud brindadas por los prestadores médicos, en la medida que constituyen los elementos fundamentales para que cualquier juzgador determine la existencia de una posible responsabilidad en la ejecución de

un servicio de salud, en el que pudiera inclusive existir algún ilícito penal»⁴³.

Esto no es ajeno a nuestra realidad, por el contrario cada vez se va asumiendo con mayor rigurosidad el contenido de la historia clínica, como se trata en el siguiente caso:

- «6. Que, en el caso materia de arbitraje no existe una Historia Clínica de los actos médicos realizados en La Paciente, conforme puede acreditarse de la Auditoría Médica Externa que corre a fojas 179 y ss. Así tenemos, que no hay Historia Clínica de la primera atención de La Paciente por el Dr. XXX, en carta de fecha 10 de febrero de 2003, que el documento que corre a fojas 167 es la historia de La Paciente, sin embargo, dicho documento no cumple con las características formales que debe contener una Historia Clínica. A ello debe agregarse que respecto de la intervención quirúrgica realizada en la Clínica YYY tampoco se realizó una Historia Clínica eficiente, ya que los formatos existentes a fojas 115 a 117 y 123 de autos no cumplen con las características esenciales como contener: Datos personales del paciente; Datos Clínicos, constar los datos de padecimiento que deben ser obtenidos mediante el interrogatorio (anamnesis) y la exploración física, revelación y detalle del estado clínico desde la primera consulta, síntomas, signos, problemas de salud, detalle de los elementos fundamentales que sirvan para determinar el diagnóstico; Consentimiento Informado; Procedimientos, Datos Diagnósticos y Terapéuticos, en los que se detallan los análisis, debiendo contener las prácticas y procedimientos aplicados para resolver el problema de salud, además contener la firma y registro del médico que la elabora, deficiencias estas que implican una violación al artículo 29 de la Ley General de Salud, que indica que «El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado». 7) Que, la doctrina y la jurisprudencia comparada, en líneas generales, han considerado que la falta de datos en la historia clínica es un recurso que muchas veces conduce a la imposibilidad de probar, por lo que constituye

⁴³ MONGE ZEGARRA, Francisco: «La importancia de la historia clínica en la determinación de la responsabilidad médica», en: *Revista Boletín Estadístico de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud*, Año V, N° 2, Lima, 2004, pp. 43 y 45.

una violación al deber de colaboración procesal y conduce a un análisis desfavorable de la conducta del demandado (LORENZETTI, Ricardo: «Responsabilidad civil del médico y establecimientos asistenciales», en *«Derecho de daños» en homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, p. 527, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1989). También se ha expuesto que la prueba presuncional juega un rol importante, sobre todo cuando se la extrae de una historia clínica mal llevada o prácticamente inexistente (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída: «Últimas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica», en *Jurisprudencia Argentina*, 3/6/1992). Asimismo, la inexistencia de historia clínica importa un serio y grave indicio para tener por acreditada la negligencia profesional y que, a través de la prueba de presunciones, se constituye en un indicio más que deberá ser tenido en cuenta por el tribunal a la hora de analizar las conductas de los profesionales (En este sentido, VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto: «La importancia de la historia clínica en los juicios por mala praxis médica», en *La Ley*, año 1996, Tomo b, pp. 807 y ss.). En este sentido, es que frente a la ausencia y deficiencia de Historia Clínica, en el caso de autos, debemos sumar que la intervención no fue realizada por un médico especialista, es decir, por un cirujano especialista en cabeza y cuello⁴⁴.

339 IV. Marco Legal

El marco legal de la historia clínica en el Perú hasta mediados del 2004 fue genérico en la medida que su tratamiento clínico se normaba en:

- LGSalud: Arts. 15, inc. b, e inc. i; 25, inc. c; 29; 44.
- Reglamentos de los establecimientos de salud:
- Reglamento General de Hospitales (DS. 005-90-SA, DOEP 25/5/1990) y
- Reglamento general de establecimiento de salud (DS. 023-87-SA, DOEP, 26/5/1987).
- Normas éticas: Arts. 73-77.

Decíamos en la primera edición de este libro que la historia clínica «requiere de una reglamentación a efectos de regular de manera es-

⁴⁴ Laudo Arbitral, Exp. N° 009-2002-ARB-SCTR, Materia: Indemnización por daños y perjuicios derivados de mala práctica médica.

pecial su contenido y forma de redacción»⁴⁵, lo que ha sido logrado a través de la NT. 022-MINSA/DGSP-V.01, «Norma técnica de la historia clínica de los establecimientos del sector público y privado» (en adelante, Norma técnica de la historia clínica), aprobada mediante RM 776-2004/MINSA (DOEP, 02/08/2004) y considera que:

«La Historia Clínica y en general todos los registros médicos, constituyen documentos de alto valor médico, gerencial, legal y académico, los mismos que contribuyen de manera directa a mejorar la calidad de atención de los pacientes, así como también a optimizar la gestión de los establecimientos de salud y del establecimiento y proporcionar información con fines de investigación y docencia.

Por ello, es necesario administrar correctamente todos los mecanismos y procedimientos que siguen las Historias Clínicas desde su apertura, de manera tal, que se pueda responder con criterios de calidad, oportunidad e integridad las demandas cada vez más exigentes de los pacientes/usuarios y de los prestadores de salud (personal y establecimientos de salud)».

Se ha llegado a determinar que, en la práctica, las historias clínicas tienen una información insuficiente (con fiebre, sin colocar la temperatura exacta), datos subjetivos (paciente de condición humilde), datos sensibles (afinidad sexual) y se viene utilizando abreviaturas no reconocidas por las autoridades de salud (d., diagnóstico, t. tratamiento) lo que implica una desnaturalización de la misma.

Los datos sensibles⁴⁶ son aquellos que contienen información significativa y substancial de la persona y está relacionada con lo más íntimo de su ser, en tal sentido se busca que no trasciendan de la esfera de la vida privada o del núcleo en el cual éste se desarrolla. Los datos sensibles son de dos órdenes, los que hacen referencia a la ideología, opiniones políticas, tendencia sindical, convicciones religiosas o filosóficas, creencias o cultos, éstos sólo pueden ser tratados con el consentimiento de su titular y aquellos otros como el origen racial o étnico, salud, vida sexual, que sólo podrán ser recabados, tratados y cedi-

⁴⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho Médico Peruano*, Lima, Universidad de Lima, 2001, p. 123.

⁴⁶ Mayor referencia general: Vid. GUEVARA PEZO, Víctor: «La protección de los datos sensibles», en: *Legal Express*, Año 4, N° 44, agosto, Lima, 2004, p. 5.

dos cuando, por razones de interés general, así lo permita su titular o lo establezca la ley.

340 **V. Contenido**

La historia clínica debe contener la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actual del estado de salud del paciente.

Deberá contener como mínimo:

- a) La documentación relativa a la hoja clínico-estadística.
- b) Autorización de ingreso.
- c) Informe de urgencia.
- d) La anamnesis⁴⁷ y la exploración física.
- e) La evolución.
- f) Las órdenes médicas.
- g) La hoja de interconsulta.
- h) Los informes de exploraciones complementarias.
- i) Consentimiento informado.
- j) Informe de anestesia.
- k) Informe de quirófano o de registro del parto.
- l) Informe de anatomía patológica.
- m) Evolución y planificación de cuidados de enfermería.
- n) Aplicación terapéutica de enfermería.
- ñ) Gráfico de constantes.
- o) Informe clínico de alta.

⁴⁷ Es la información surgida de la entrevista clínica proporcionada por el propio paciente. En la anamnesis se consignan los siguientes datos: Fecha y hora, enfermedad actual; motivo de la consulta o molestia principal del paciente o relato de la enfermedad actual; fecha de inicio y curso de la enfermedad, signo y síntomas principales; antecedentes personales, patológicos, familiares y sociales; examen ectoscópico; nombre, apellidos, sello, firma del médico y colegiatura, conforme lo indica la Norma Técnica de la Historia Clínica.

En lo que respecta a la atención de emergencia, la legislación⁴⁸ indica que debe estar descrita en una historia clínica y deberá contener como mínimo, la siguiente información:

- a) Fecha y hora de atención;
- b) Filiación;
- c) Anamnesis, enfermedad actual, motivo principal de la consulta;
- d) Antecedentes;
- e) Examen físico;
- f) Hoja de consentimiento informado, de ser el caso.
- g) Hoja de autorización de procedimiento quirúrgico, de ser el caso;
- h) Exámenes auxiliares;
- i) Diagnóstico presuntivo;
- j) Plan de trabajo;
- k) Terapéutica y seguimiento;
- l) Epicrisis y/o resumen de Historia Clínica;
- m) En caso de parto llenar la Historia Clínica Perinatal y el Partograma;
- n) Firma y sello del médico tratante.

VI. Clasificación y formatos

341

Según la «Norma técnica de la historia clínica de los establecimientos del sector público y privado», tenemos la siguiente clasificación:

A-1. HISTORIA CLÍNICA SEGÚN EL TIPO DE PRESTACIÓN

- Ambulatoria
- Hospitalización
- Emergencia

⁴⁸ Art. 9, DS. 016-2002-SA (DOEP, 19/12/2002), Reglamento de L. 27604, que modifica la LGSalud, referido a la obligación de los establecimientos de salud de dar atención médica en caso de emergencias y partos.

Lugar de atención

- Consultorio externo
- Emergencia
- Hospitalización
- Domicilio
- Otro: Campaña de salud

A-2. HISTORIA CLÍNICA SEGÚN EL NIVEL DE ATENCIÓN

Primer nivel: HISTORIA CLÍNICA FAMILIAR

- I 1 Puesto de salud
- I 2 Puesto de salud con médico
- I 3 Centro de salud sin internamiento
- I 4 Centro de salud con internamiento

Segundo nivel: HISTORIA CLÍNICA INDIVIDUAL

- II 1 Hospital I
- II 2 Hospital II

Tercer nivel: HISTORIA CLÍNICA INDIVIDUAL

- III 1 Hospital III
- III 2 Instituto especializado

En cuanto a los formatos, tenemos:

a. Básicos

- Según unidad productora de servicios: consulta externa, emergencia y hospitalización
- Anamnesia, examen clínico, diagnóstico, plan de trabajo, evolución, tratamiento, epicrisis, informe de alta.

b. Especiales

- Exámenes auxiliares
- Radiología
- Ecografía
- Exámenes especiales
- Interconsulta

- Anatomía patológica
- Consentimiento informado
- De seguros: SIS y SOAT
- Actividades comunitarias

VII. Registro de atención médica

342

Cada centro de salud archivará las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte utilizado (escrito, audiovisual, informático u otros), a fin de que quede garantizada su seguridad, correcta conservación y la recuperación de la información. Asimismo, se establecerán los mecanismos necesarios que garanticen la autenticidad del contenido de la historia clínica y de los cambios operados, así como la posibilidad de su reproducción posterior.

El reglamento general de hospitales del sector salud⁴⁹ menciona que el departamento de registro de atención médica y estadística es la oficina encargada de la elaboración, provisión, manejo, utilización, conservación de los registros de atención médica y de la recolección y procesamiento de las estadísticas (art. 111), siendo un requisito que todo hospital cuente con un departamento de registro (art. 112). Entre las funciones generales de este departamento está asegurar la elaboración continua de la historia clínica de cada paciente. Se establece que todo paciente debe contar con una historia clínica completa, que se archivará según el sistema dígito terminal, siendo el contenido de la historia clínica confidencial (art. 114). La historia clínica es de propiedad de la institución y debe ser codificada de acuerdo a la clasificación internacional (art. 115).

VIII. Epicrisis

343

Es parte de la historia clínica y se emite sólo cuando culmina una hospitalización, es decir cuando el paciente ha sido curado, aliviado o ha fallecido. Es un resumen clínico del caso y refleja lo sucedido durante la hospitalización. Contiene información suficiente y útil para el manejo ulterior del paciente.

⁴⁹ DS. 005-90-SA (DOEP, 25/5/1990).

En ella se considera:

- La fecha de ingreso y de egreso del paciente.
- Información acerca de su padecimiento (síntomas, signos y/o problemas principales).
- Exámenes auxiliares.
- Causa del padecimiento.
- Tratamiento, evolución, diagnóstico final y los resultados logrados.
- El motivo de egreso.
- Los problemas pendientes de diagnóstico y de tratamiento
- Las recomendaciones al egreso.
- Es firmada por el médico residente.

El diagnóstico definitivo principal y los diagnósticos secundarios estarán escritos de acuerdo a la clasificación internacional de enfermedades de la OMS.

En detalle tenemos que la epicrisis debe ser preparada por el médico al egreso del paciente y deberá resumir el cuadro clínico que presentó el paciente en la atención recibida.

344 IX. Informe de alta

A pesar de no formar parte de la historia clínica es necesario referir que el informe de alta médica (o nota de alta, como se le conoce genéricamente) es un documento administrativo que emite el establecimiento de salud cuando el paciente ha concluido su hospitalización o decide abandonarlo.

Es aquel documento emitido por el médico responsable en un centro de salud al finalizar el proceso asistencial de un paciente, en el que se especifican los datos, resumen de su historial clínico, la actividad asistencial prestada, el diagnóstico y las recomendaciones terapéuticas.

En este sentido, al egreso del paciente, el responsable del establecimiento de salud está obligado a entregar al paciente o a su representante el informe de alta que contiene el diagnóstico de ingreso, los procedimientos efectuados, el diagnóstico de alta, pronóstico y recomendaciones del padecimiento que ameritó el internamiento (art. 44, LGSalud).

Es firmada por el médico tratante y contiene el nombre del paciente, diagnóstico, tratamiento, resultados obtenidos (curado, mejorado, estabilizado, empeorado, abandonado, solo diagnóstico o fallecido), es decir un resumen de la historia clínica, así como las recomendaciones del caso.

Es preciso tener en cuenta algunos aspectos de importancia:

- *Firma de alta voluntaria*, se emite cuando el paciente no acepta el tratamiento prescrito. Se denomina *hoja de retiro voluntario* y es definida como:

«El documento en el que el paciente o su representante legal deja constancia de su decisión de abandonar el establecimiento donde permaneció hospitalizado, asumiendo responsabilidad de las consecuencias que de tal decisión pudieran derivarse; en caso que esté en peligro la vida, se deberá considerar la necesidad de convocar la presencia del juez»⁵⁰.

- *Alta forzosa*, cuando el paciente no admite el tratamiento y se niega a firmar el alta voluntaria, el médico responsable podrá disponer el alta forzosa.
- *Tratamientos alternativos*, el hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa si existen tratamientos alternos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro de salud y el paciente los acepte.
- *Intervención judicial*, en caso que el paciente no acepte el alta, previa comprobación del informe clínico correspondiente, el centro de salud deberá oír al paciente y de persistir su negativa, la pondrá en conocimiento del juez, a fin de que confirme o revoque la decisión.

El informe de alta debe contener como mínimo, según la Norma Técnica de Historia clínica, la identificación del paciente (nombre, apellidos, número de historia clínica, edad, sexo), diagnóstico de

⁵⁰ «Norma técnica de la historia clínica de los establecimientos del sector público y privado», aprobada mediante RM. 776-2004/MINSA (no publicada en el DOEP). Ver definiciones.

La norma técnica se irá implementando en los establecimientos del MINSA progresivamente hasta marzo del 2005. En los establecimientos de salud de otras instituciones del sector público y privado, el proceso de implementación se realizará según la planificación y programación.

ingreso, procedimientos efectuados, diagnóstico de alta, pronóstico y recomendaciones).

345 **X. Otras consideraciones**

La Norma técnica de la historia clínica trata además:

La apertura de la historia clínica, considerando que procede luego de comprobar que el paciente no cuenta con una en el establecimiento de salud. Se procederá a abrir una historia a:

- Los pacientes de atención ambulatoria de salud.
- Los pacientes de emergencia que requieran atención.
- Los pacientes de emergencia que se internan en el mismo establecimiento de salud.
- Los recién nacidos que requieren hospitalización para el manejo terapéutico o cuidados especiales.

El número de la historia clínica corresponderá al número del DNI del paciente; este proceso de implementación será gradual y progresivo. Tratándose de niños y adolescentes, se les asignará el número del padre o de la madre y se le adicionará un código alfanumérico en forma ordinal creciente. El número será único para las atenciones en cualquiera de los establecimientos a nivel nacional en el sector público o privado. En el caso de pacientes indocumentados se les asignará un código alfanumérico.

La custodia, conservación, confidencialidad y acceso, depuración y propiedad de la historia clínica es tratada en detalle.

346 **§ 9. Medicamentos**

347 **I. Prescripción de medicamentos**

La LGSalud (art. 26) establece que sólo los médicos pueden prescribir medicamentos. Los cirujanos dentistas y las obstétricas sólo pueden prescribir medicamentos dentro del área de su profesión.

La prescripción de un medicamento debe consignar obligatoriamente su 'denominación común internacional' (en siglas DCI), la marca, forma farmacéutica, posología, dosis y período de administración. Quienes prescriben un medicamento están obligados a informar al

paciente sobre los riesgos, contraindicaciones, reacciones adversas e interacciones que su administración pudiera ocasionar y sobre las precauciones que deben observarse para su uso correcto y seguro.

II. Venta de medicamentos

348

El profesional químico farmacéutico que labore en un establecimiento farmacéutico es responsable de aquéllo que afecte la identidad, pureza y buen estado de los productos que se elaboran, preparan, manipulan, almacenan o suministran en éstos (LGSalud, art. 66).

Se prohíbe la venta ambulatoria de productos farmacéuticos, salvo aquellos que la autoridad de salud haya clasificado como 'productos farmacéuticos de venta sin receta médica que pueden ser comercializados en establecimientos no farmacéuticos'.

Los productos farmacéuticos son clasificados por la autoridad de salud, para efectos de su expendio, en las siguientes categorías:

- De venta con presentación de receta especial numerada, que sólo pueden ser expendidos en farmacias y boticas;
- De venta bajo receta médica que sólo pueden ser expendidos en farmacias y boticas;
- De venta sin receta médica que se expenden exclusivamente en farmacias y boticas; y
- De venta sin receta médica que pueden ser comercializados en establecimientos no farmacéuticos.

Los productos farmacéuticos que cuentan con registro sanitario⁵¹ y están autorizados para su venta sin receta médica pueden ser objeto de publicidad a través de medios que se encuentren al alcance del público en general.

III. Publicidad de los medicamentos

349

La publicidad de medicamentos y recursos terapéuticos naturales se rige por la LGSalud, el Reglamento para el registro, control y vigilan-

⁵¹ De acuerdo a la LGSalud, todos los productos comprendidos en el Capítulo III de la LGSalud, 'de los productos farmacéuticos y galénicos y de los recursos terapéuticos naturales', requieren de registro sanitario para su fabricación, importación, distribución o expendio (art. 50).

cia sanitaria de productos farmacéuticos y afines⁵², los Lineamientos de publicidad de medicamentos y recursos terapéuticos naturales⁵³ de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

La promoción y publicidad de los productos farmacéuticos de venta bajo receta médica está restringida a los profesionales que los prescriben y dispensan.

Sólo por excepción y en atención a razones justificadas, la autoridad de salud de nivel nacional puede determinar los productos farmacéuticos de venta bajo receta médica que pueden ser objeto de publicidad, a través de medios que se encuentren al alcance del público en general; en este caso, la publicidad debe remitir al consumidor a leer las instrucciones contenidas en el prospecto o inserto que acompañan el producto.

La importancia de los medicamentos y su llegada al mercado de los consumidores ha determinado que la Municipalidad de Lima Metropolitana dicte una Ordenanza⁵⁴ que norma todo lo referente a la supervisión y control de la producción, comercialización, distribución y consumo de productos farmacéuticos y afines.

350 **A. Publicidad de medicamentos y recursos terapéuticos naturales**

Como hemos visto, la LGSalud distingue entre medicamentos de venta con receta médica y medicamentos de venta sin receta médica. El Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines, clasifica los recursos terapéuticos naturales en recursos naturales y productos naturales de uso en salud, tanto de venta con receta médica como sin necesidad de ella.

Los anuncios de medicamentos y recursos terapéuticos naturales de venta con receta médica y de venta sin receta médica, se rigen por las normas en materia de publicidad contenidas en la LGSalud y en su

⁵² DS. 010-97-SA (DOEP, 24/12/1997).

⁵³ Res. 026-1998-CCD/INDECOPI (DOEP, 22/5/1998).

⁵⁴ Ordenanza N° 545 «Regulan la supervisión y control de la producción, comercialización, distribución y consumo de productos farmacéuticos y afines» (DOEP, 9/10/2003).

Reglamento, aprobado por DS 10-97-SA, así como por los principios generales que regulan la publicidad comercial, entre ellos, los principios de legalidad, veracidad y libre y leal competencia⁵⁵.

B. Publicidad comparativa entre medicamentos genéricos y medicamentos de marca

351

La Ley de Publicidad establece que es lícito hacer comparaciones siempre que no se engañe al consumidor y no se denigre a los competidores. Acerca de la posibilidad de realizar comparaciones entre los medicamentos genéricos y los medicamentos de marca, a fin de informar a los consumidores de las alternativas que tienen, nuestra legislación nacional (art. 33 LGSalud) ha optado por tomar como base para la sustitución genérica, la equivalencia farmacéutica existente entre ambos productos, por lo que basta que nos encontremos ante dos medicamentos elaborados en base al mismo principio activo y que tengan la misma forma de presentación y vía administrativa, para que se puedan comparar a nivel de productos farmacéuticamente equivalentes. Este criterio legislativo ha sido verificado en la práctica en la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Indecopi la cual, en materia de publicidad, ha establecido como precedente de observancia obligatoria, que es lícito efectuar publicidad de medicamentos genéricos, haciendo alusión a los productos química y farmacológicamente equivalentes que se distribuyen en el mercado. Esto lo ha hecho a través de la Resolución N° 84-1999/TDC-INDECOPI, de fecha 10 de Marzo de 1999, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de Marzo de 1999 y emitida en el expediente N° 26-1998/CCD de la Comisión de Competencia Desleal, seguido por la Asociación Nacional de Laboratorios Farmacéuticos – ALAFARPE y otros contra Colfarma Perú S.A., en la cual confirma la resolución de primera instancia, en diciembre de 1998, por la que se declara infundada una denuncia interpuesta por la difusión de publicidad a través de un Microvadenécum en el que se efectuaban comparaciones entre medicamentos genéricos y productos farmacéuticos de marca⁵⁶.

⁵⁵ Mayor referencia MONTOTOY MANFREDI, Ulises, MONTOTOY ALBERTI, Ulises y MONTOTOY ALBERTI, Hernando: *Derecho comercial*, 11ª ed., Lima, Grijley, 2004, t. I, p. 674.

⁵⁶ MONTOTOY MANFREDI *et al.*: *Derecho comercial*, cit., t. I, pp. 674 y 675.

Capítulo II

La relación médico - paciente en términos específicos

Para la LGSalud (art. V, en concordancia con el art. 4, Const.), son sujetos de derecho especial en el cuidado de la salud: el discapacitado, el niño, el adolescente, la madre y el anciano en situación de abandono social, en tal sentido, es responsabilidad del Estado velar por el bienestar general (entiéndase salud), de estos seres humanos que, dada sus características físicas o psíquicas, se presentan como grupos vulnerables.

§ 1. El paciente menor de edad 352

I. Generalidades 353

De acuerdo a nuestra legislación civil, es menor aquel que aún no ha cumplido los 18 años de edad (art. 42, CC.), sin embargo, goza de todos los derechos que el ordenamiento le atribuye.

II. Marco legal 354

A. Código de los Niños y Adolescentes 355

El CNA⁵⁷ considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce (12) años de edad y adolescente, desde dicha edad hasta cumplir los dieciocho (18) años.

⁵⁷ L. 27337, Código de los Niños y Adolescentes (DOEP, 07/08/2000).

Dentro de esta lógica legal, el concebido –aquel ser humano concebido, pero aún no nacido– es un niño y por tanto, goza de la protección que le otorga la legislación, incluso se ofrece una protección especial a la mujer gestante, a efectos de garantizar el desarrollo pleno de la gestación y del concebido.

Todo niño y adolescente tiene el derecho a la atención integral de la salud y, en el supuesto que éste se encuentre enfermo, con limitaciones físicas o mentales, impedido o sea dependiente de sustancias tóxicas, tiene derecho a un tratamiento y rehabilitación que faciliten su participación en la comunidad de acuerdo a sus capacidades (art. 21).

356 **B. Ley General de Salud**

La LGSalud, al tratar el tema del consentimiento del paciente, previo a un tratamiento médico, señala que en el caso que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces (para el caso de los mayores de 16 y menores de 18 años, los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad), negaren su consentimiento para el tratamiento de las personas a su cargo, el médico o el establecimiento de salud comunicará a la autoridad judicial, para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos (art. 4).

357 **C. Legislación especial**

358 **a) *Transplantes***

Existen leyes que restringen la participación de menores de edad en actos médicos, tal es el caso de la Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, L. 28189 (DOEP. 18/3/2004), establece que los menores de edad o incapaces podrán ser donantes siempre que los padres o tutores, con el Juez competente, otorguen la autorización correspondiente (art. 9, inc. 2).

El Reglamento de la ley⁵⁸ en referencia considera que dichos requisitos no son aplicables cuando se trata de donación de sangre de cordón umbilical y placenta, considerándolos productos de desecho

⁵⁸ DS. 014-2005-SA (DOEP, 27/05/2005), Reglamento de la ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos.

(art. 26, d). Pero lo más importante, que funciona como restricción según norma expresa, es que el trasplante en la que es parte el menor cedente está limitado a dos situaciones:

- Que se trate de exclusivamente de tejidos regenerables (Título IV). No procede el trasplante para el caso de tejidos no regenerables ni órganos.
- Sea realizado en su hermano(a), quien será el único beneficiario o receptor(a) (art. 9, inc. e). Esto limita la participación de menores de edad frente a actos de trasplantes a personas que no tenga la vínculo fraternal con él.

Por su parte, la ley que declara de orden público e interés nacional la obtención, donación, conservación, transfusión y suministro de sangre humana⁵⁹ no establece expresamente como requisito ser mayor de edad; en aplicación supletoria de las normas sobre trasplante de órganos y tejidos se debe considerar a la mayoría de edad como requisito para donación, la sangre es un tejido de tipo conjuntivo especializado (donde las células están representadas por los eritrocitos, leucocitos, plaquetas y el plasma sanguíneo). Incluso, en la práctica médica se han fijado ciertos límites para la donación: en el caso del varón, éste puede donar sangre si tiene entre 18 a 55 años, mientras que la mujer puede hacerlo entre los 18 y 50 años.

b) De protección al estado gestacional

359

«Toda mujer que se encuentre en el momento del parto tiene derecho a recibir en cualquier establecimiento de salud la atención médica necesaria, estando los establecimientos de salud sin excepción obligados a prestar esta atención mientras subsista el momento de riesgo para su vida o la del niño. Después de atendido el parto, el reembolso de los gastos será efectuado de acuerdo a la evaluación del caso que realice el Servicio Social respectivo, en la forma que señale el Reglamento. Las personas indigentes debidamente calificadas están exoneradas de todo pago»⁶⁰.

Se evitarán los procedimientos de diagnóstico o de terapia que ocasionen exposición en el abdomen de una mujer embarazada o pro-

⁵⁹ L. 26454 (DOEP, 25/5/1995).

⁶⁰ L. 27604 (DOEP, 22/12/2001), Art. 2. Atención médica en los establecimientos de salud en momentos del parto.

blemente embarazada, a menos que existan fuertes indicaciones clínicas, en cuyo caso se deben tomar todas las medidas de protección para reducir las dosis al embrión o feto⁶¹.

360 § 2. El enfermo mental

361 I. Generalidades

La Ley General de la Persona con Discapacidad⁶² consagra la siguiente definición:

«La persona con discapacidad es aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad» (art. 2).

Respecto a la materia analizada, la legislación nacional no consagra una definición del enfermo mental, en todo caso, parafraseando el artículo citado, podríamos decir que el enfermo mental es aquella persona que adolece de una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna de sus funciones mentales que impliquen la disminución o ausencia de su capacidad de realizar actividades normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad.

La enfermedad mental implica una alteración en el funcionamiento del cerebro y viene en una variedad de formas acompañadas por un número de síntomas relacionados, como por ejemplo: abuso de sustancias, depresión, desórdenes de conducta, esquizofrenia, fobias, trastornos obsesivo compulsivos o maníaco depresivos.

⁶¹ DS. 009-97-EM, Art. 39 (DOEP, 29/5/1997). Reglamento de Seguridad Radiológica.

⁶² L. 27050 (DOEP, 06/01/1999) y el Reglamento de la Ley General de la Persona con Discapacidad, DS. 003-2000-PROMUDEH (DOEP, 5/4/2000).

II. Marco legal 362

A. Constitución 363

La Constitución (art. 7) establece que la persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

B. Código Civil 364

Para el CC., el enfermo mental puede ser considerado como incapaz absoluto (si se encuentra privado de discernimiento, art. 43, inc. 2) o relativo (si adolece de retardo o deterioro mental que le impida expresar su voluntad, art. 44, inc. 2 y 3, respectivamente). En este sentido, son los representantes legales del enfermo mental, quienes deben dar su consentimiento previo a un tratamiento médico o quirúrgico. En el supuesto que éstos se negaren, el médico o el establecimiento de salud, deberá comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar, en salvaguarda de la vida y la salud del mismo (art. 4, LGSalud).

C. Ley General de Salud 365

Siguiendo los postulados de la OMS, en el sentido que el concepto salud mental es más amplio que el de enfermedad mental, la LGSalud considera que toda persona tiene derecho a la recuperación, rehabilitación y promoción de su salud mental, abordando los problemas como el alcoholismo, farmacodependencia, trastornos psiquiátricos y violencia familiar (art. 11). Establece la responsabilidad del Estado de vigilar, cautelar y atender los problemas de desnutrición y de salud mental de la población, los de salud ambiental, los problemas de salud del discapacitado, del niño, del adolescente, de la madre y del anciano en situación de abandono social (art. V del Título preliminar, LGSalud). Se dispone que toda persona discapacitada física, mental o sensorialmente tiene derecho al tratamiento y rehabilitación. El Estado da atención preferente a los niños y adolescentes y en el caso de las personas con discapacidad severa que se encuentren afectadas por una enfermedad, tienen preferencia en la atención de su salud (art. 9).

366 **D. La Ley General de la Persona con Discapacidad⁶³**

Se define a la persona con discapacidad, como aquella que adolece de deficiencias evidenciadas con la pérdida de sus funciones físicas, mentales o sensoriales que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad, limitándola en el desempeño de su función y restándole oportunidades para participar en sociedad (art. 2). Para el logro de los fines y la aplicación de la ley se ha creado el Consejo Nacional para la Integración de la Persona con Discapacidad (CONADIS), que es un organismo público descentralizado del PROMUDEH. Entre sus principales funciones están: formular y aprobar la política para la prevención, atención e integración social de las personas con discapacidad, y difundir, fomentar y apoyar la formulación e implementación de programas de prevención, educación, rehabilitación e integración social de las personas con discapacidad. La persona con discapacidad tiene derecho al acceso a los servicios de salud (arts. 5 al 10).

La calidad de persona con discapacidad y el otorgamiento del certificado que la acredita como tal es otorgado por el MINSA y el Ministerio de Defensa y del Interior, a través de sus centros hospitalarios (art. 11). En materia de salud, las medidas de prevención están orientadas a impedir las deficiencias físicas, mentales y sensoriales y a evitar que las deficiencias ya producidas tengan mayores consecuencias negativas tanto físicas, psicológicas como sociales. El CONADIS, en ejecución de su política de prevención y en coordinación con las instituciones públicas correspondientes, realiza las investigaciones científicas necesarias para detectar las causas que ocasionan discapacidad en las diferentes zonas del país (art. 14 y ss).

367 **§ 3. El paciente en etapa terminal**

No existe una legislación en el Perú acerca de los pacientes en etapa terminal. Los médicos se rigen exclusivamente por su diagnóstico y clasifican a los pacientes, de acuerdo a la gravedad de su enfermedad, en agudamente enfermos o terminales, de acuerdo a determinados principios⁶⁴.

⁶³ L. 27050 (DOEP 06/01/1999) y su Reglamento.

⁶⁴ Entrevista realizada a Juan Carlos Meza García, Jefe de la Unidad de cuidados intensivos «Cirujano Mayor Santiago Tabarra» del Centro Médico Naval del Perú el 05/08/1999.

I. Paciente agudamente enfermo

368

El paciente agudamente enfermo es aquel que está muy grave, pero que se puede recuperar y es tratado en las denominadas Unidades de Cuidados Intensivos (UCI) de los centros de salud.

Las UCIs se clasifican en: médica, quirúrgica, pediátrica, coronaria, neuro-quirúrgica, ginecológica y la que corresponda de acuerdo a la especialidad. El número y especialidad de las UCIs depende de cada centro de salud. En las UCIs existen 3 grupos de pacientes: pacientes agudamente enfermos, pacientes recuperables y pacientes terminales que lentamente van llegando a su fase final.

II. Paciente terminal

369

El paciente terminal es aquel que adolece de un padecimiento o enfermedad que ha ido desarrollándose a punto tal que ya no se puede recuperar.

En su ponencia realizada en el II Congreso Internacional de Bioética en la Universidad de Lima, Yuri Vega Mere perfila una definición del enfermo terminal diciéndonos que:

«es un moribundo; es aquel que ha comprado el boleto para el último viaje de la travesía vital. No es un paciente común; no es una persona cuyo diagnóstico arroje un pronóstico. Es aquél para el cual no hay cura posible; para el cual –por la enfermedad, por el progreso de la misma, por los antecedentes o males vinculados al paciente–, la medicina no constituye una cura, una puerta de salida hacia la recuperación de su bienestar y reestablecimiento de su salud»⁶⁵.

En estos casos, se convoca a una Junta médica en la que se determina dicha situación terminal. En este tipo de pacientes sólo se aplican medidas paliativas para calmarles el dolor o molestias. Es decir, no se le brindan cuidados intensivos.

⁶⁵ VEGA MERE, Yuri: «Criterios ético-jurídicos sobre la muerte de los seres humanos: sobre la necesidad de consagrar y proteger el derecho a una muerte digna a favor de los enfermos terminales», en: *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, N° 50, setiembre, Trujillo, 2003, p. 89.

370 § 4. El paciente en estado de emergencia

371 I. Generalidades

Independientemente del valor individual que tiene el derecho a la protección de la salud, la ley le reconoce un legítimo valor social. La actividad médica ha de ser ejercida comunitariamente, prestando un servicio y atención oportuna a quien más lo necesita; en casos especiales el cuidado de la salud requiere una atención prestada con urgencia, prontitud e inmediatez, trayendo como consecuencia la inoperancia de muchas de los elementos del acto médico propiamente dicho y de la relación médico paciente en términos generales.

372 II. Definición

La atención médica de emergencia es aquel acto mediante el cual se brinda un servicio en el cuidado de la salud y de la vida urgente y primario, tratando la patología que el paciente demande con el profesionalismo y equipamiento adecuado con el posterior, pero inmediato, traslado para la continuación del tratamiento médico.

373 III. Características

Las características de la atención médica de emergencia son las siguientes:

- Comparecencia urgente en el sitio que el padecimiento o patología del paciente lo demande.
- Atención profesional y material adecuado.
- Prestación médica esencial.
- Traslado inmediato para la continuación del tratamiento médico.

374 IV. Aspectos normativos

La LGSalud fue modificada por la L. 27604, referida a la obligación de los establecimientos de salud de dar atención médica en casos de emergencias y partos.

Toda persona tiene derecho a recibir atención médica en cualquier establecimiento de salud sin excepción, el que está obligado a brindar la atención médico-quirúrgica de emergencia cuando el pacien-

te lo necesite y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida o su salud. Después de atendida la emergencia, el reembolso de los gastos será efectuado de acuerdo a la evaluación del caso que realice el Servicio Social respectivo. Las personas indigentes debidamente calificadas están exoneradas de todo pago. Los criterios para determinar la responsabilidad de los conductores y personal de los establecimientos de salud, sin perjuicio de la denuncia penal a que hubiere lugar contra los infractores establecido por el reglamento (art. 3 y 39, LGSalud)⁶⁶.

El Reglamento de la Ley⁶⁷ trata acerca de la obligación de los establecimientos de salud de dar atención médica en casos de emergencias y partos, en tal sentido nos ofrece las siguientes pautas:

La atención médica quirúrgica de emergencia es la que se presta en un establecimiento de salud a aquellos pacientes que en forma repentina e inesperada presentan alteración de la salud, poniendo en peligro inminente su vida o grave riesgo para su salud y que requieren atención y procedimientos médicos y/o quirúrgicos inmediatos, empleando los recursos de personal, equipamiento y manejo terapéutico de acuerdo a su categoría (art. 3, num. 3.1.).

Debe considerarse que la emergencia médica es toda situación, repentina e inesperada, que requiere atención inmediata al poner en peligro inminente la vida, la salud o que puede dejar secuelas invalidantes en el paciente (art. 3, num. 3.5).

El tratamiento de emergencia es un derecho especial del paciente y, a la vez, una obligación de todo centro de salud ofrecerla, sin ningún tipo de limitación o condicionamiento. Esto se da en el entendido cierto que el cuidado de la salud representa el máximo anhelo de la sociedad, en este sentido se establece que:

«Todos los establecimientos de salud⁶⁸, sin excepción, están obligados a prestar atención inmediata a toda persona en situación de emergencia, y de poner en conocimiento del público ese derecho en algún lugar visible de la zona de atención por emergencia» (art. 4).

⁶⁶ Artículos modificados por la L. 27604, art. 1 (DOEP, 22/12/2001).

⁶⁷ DS. 016-2002-SA (DOEP, 19/12/2002).

⁶⁸ El establecimiento de salud comprende los hospitales, clínicas, centros de salud, puestos de salud y otros análogos, públicos, no públicos y privados, que funcionen en forma temporal o permanente (art. 3, num. 3.6).

El derecho al tratamiento de emergencia adecuado, oportuno e inmediato lleva implícita la obligación de cancelar los servicios del caso (art. 11), de manera que:

«Luego que la persona atendida en un establecimiento de salud no presente ningún riesgo para su vida o su salud, ésta reembolsará los gastos ocasionados por su atención, siendo de su responsabilidad, de sus familiares o de sus representantes legales, decidir en qué establecimiento de salud continuará su tratamiento» (art. 12).

Con un fin social y de atención a los más necesitados, la legislación ha considerado como excepción los casos de indigencia que serán evaluados según cada caso (art. 15) y de acuerdo a las normas pertinentes (arts. 11 b, 13 y 14).

Tratándose de un acto médico de trascendencia, la atención de emergencia debe estar descrita en una historia clínica que deberá contener (art. 9) como mínimo, la siguiente información:

- a) Fecha y hora de atención;
- b) Filiación;
- c) Anamnesis, enfermedad actual, motivo principal de la consulta;
- d) Antecedentes;
- e) Examen físico;
- f) Hoja de consentimiento informado de ser el caso;
- g) Hoja de autorización de procedimiento quirúrgico, de ser el caso;
- h) Exámenes auxiliares;
- i) Diagnóstico presuntivo;
- j) Plan de trabajo;
- k) Terapéutica y seguimiento; y
- l) Epicrisis y/o resumen de Historia Clínica.
- m) En caso de parto, llenar la Historia Clínica Perinatal y el Partograma.
- n) Firma y sello del médico tratante

Por la seguridad del caso, toda atención de emergencia deberá registrarse en el Libro de Emergencias (o mediante medio magnético) en el que se anotará, como mínimo, los siguientes datos (art. 10):

- a) Fecha y hora de ingreso;
- b) Nombre del paciente;
- c) Edad y sexo;
- d) Dirección domiciliaria;
- e) Diagnóstico de ingreso;
- f) Diagnóstico final de emergencia;
- g) Destino y hora de terminada la atención;
- h) Observaciones;
- i) Nombre y firma del médico tratante; y
- j) Nombre y firma del acompañante o persona responsable.

– Defensoría del Pueblo y análisis situacional

375

La Defensoría del Pueblo⁶⁹ realizó una investigación que concluyó en un interesante informe que trata acerca de los servicios de emergencia, *grosso modo* consideró:

La supervisión se centró en los aspectos prioritarios en los servicios de emergencia de los establecimientos de salud del MINSA y resultados obtenidos; se analizaron: accesibilidad, cumplimiento de las obligaciones legales de publicar en lugar visible el derecho de toda persona de recibir atención médica inmediata sin condicionamientos, así como de efectuar la evaluación socioeconómica previamente al requerimiento de pago y, finalmente, el grado de aceptabilidad de los usuarios sobre la atención recibida.

Accesibilidad. - Señalización y facilidades de ingreso a los servicios de emergencia de los establecimientos supervisados. Se verificó que, en términos generales, se brindan las condiciones mínimas necesarias. Tal situación se apreció en mayor medida en Lima y Callao, no así en provincias donde las condiciones de acceso son más limitadas.

Obligación legal de publicar en un lugar visible el derecho de toda persona en situación de emergencia a recibir atención médica inmediata. - El 72 por ciento de los establecimientos a nivel nacional no cumplen con esta obligación legal contenida en el artículo 4 del DS. 016-2002-SA.

⁶⁹ Informe Defensorial N° 87-2004/DP, «El derecho a la salud y a la seguridad social: supervisando establecimientos de salud» (DOEP, 26/08/2004).

Obligación de brindar atención inmediata sin condicionamientos.-Supone que el servicio se brinde sin tardanza o dilación y sin que se exija condición alguna, garantizando que se realice de manera oportuna para evitar complicaciones posteriores. Condicionar la atención a la compra de materiales médicos evidencia la falta de abastecimiento suficiente en los establecimientos del MINSA, especialmente al interior del país.

Obligación legal de efectuar la evaluación socioeconómica previamente al requerimiento de pago.- El reembolso de los gastos debe ser efectuado de acuerdo a la evaluación del caso que realice el servicio social. Sólo el 12.42 por ciento de las personas entrevistadas fueron evaluadas por la asistencia social para determinar su condición socioeconómica.

Percepción de los usuarios.- El 78 por ciento de las personas entrevistadas opinaron que sí se encontraban satisfechas con la atención médica recibida, no obstante el alto porcentaje de personas que manifestaron que se había condicionado su atención a la compra de materiales o al pago por el servicio prestado.

Naturaleza jurídica de los cobros: Los establecimientos visitados establecen tarifas distintas por la atención que brindan en los servicios de emergencia, incluso en algunos lugares el costo varía dependiendo de si el servicio se presta de día o de noche. Dichas tarifas no se sujetan a una habilitación legal expresa y la situación se torna más grave cuando el cobro afecta el acceso de la población a los servicios de salud y cuando se condiciona la atención de personas en situación de emergencia a dicho pago.

En tal sentido, el Poder Legislativo fija expresamente la tasa por servicio de atención de emergencia en establecimientos públicos de salud, en el marco de los principios de igualdad y accesibilidad, así como de universalidad y de solidaridad que rigen la seguridad social.

Obligación de efectuar la evaluación socioeconómica de los usuarios: El artículo 13 del Reglamento de la LGSalud establece que la evaluación de la situación socioeconómica de los pacientes que requieran exoneración de pago por atención en casos de emergencia o de parto, será efectuada por el servicio social respectivo. Este artículo debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto en la Ley General de Salud y los principios de la seguridad social, particularmente el relativo a la universalidad, por el cual todos tienen derecho a dicha prestación, y el de solidaridad, según el cual cada persona debe reembolsar los costos del servicio de acuerdo a su capacidad económica.

Respecto al cobro por derecho de atención en servicios de emergencias, se deben observar las siguientes reglas:

- La atención médica de la persona en situación de emergencia debe efectuarse inmediatamente.
- Después de atendida la emergencia, el servicio social, o quien haga sus veces, debe realizar la evaluación socioeconómica a fin de determinar la capacidad económica del usuario.
- Si la persona atendida se encuentra cubierta por una entidad aseguradora o por una persona natural o jurídica obligada, el reembolso se solicitará a dichas entidades o personas.
- Si se encuentra inscrita y afiliada en el Seguro Integral de Salud (SIS), dicho gasto lo asume el indicado seguro a través del Fondo Intangible de Solidaridad de Salud (FISSAL).
- Si es calificada en situación de indigencia, será exonerada de todo pago y, de ser el caso, deberá ser afiliada al SIS.
- Si no se encuentra asegurada por ningún sistema y tampoco es calificada en situación de indigencia, deberá efectuar el pago del derecho consignado en el TUPA del establecimiento, en la proporción que la evaluación socioeconómica determine, de acuerdo a su capacidad económica.

- *Estructura y contenido general*

376

El Informe Defensorial N° 87-2004/DP analizado, tiene la siguiente estructura:

I. Antecedentes

La función de la Defensoría del Pueblo es proteger los derechos fundamentales de la persona y la comunidad, así como supervisar el cumplimiento de los deberes de la administración estatal y la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía, correspondiéndole velar por la vigencia del derecho a la salud, supervisar la actuación del Estado destinada a garantizar el efectivo cumplimiento del derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social.

La Defensoría ha venido atendiendo quejas, petitorios y consultas en las que se constatan problemas vinculados a la falta de

equidad en el acceso a los servicios de salud, información deficiente y falta de medicinas e infraestructura adecuada en los establecimientos de salud, así como casos de negligencia médica.

El derecho a la salud es entendido no sólo como la ausencia de enfermedad, sino como componente indispensable para lograr el bienestar del individuo y un desarrollo humano sostenible, además su naturaleza prestacional genera la obligación estatal de ejecutar políticas públicas que garanticen la prestación de servicios públicos de salud disponibles, accesibles, aceptables y de calidad (según sentencia del Tribunal Constitucional publicada el 20 de abril de 2004 en el Diario Oficial *El Peruano*).

En ese sentido, la Defensoría del Pueblo planificó y ejecutó en agosto de 2003, una supervisión a los servicios de emergencia de los establecimientos de salud del Ministerio de Salud (MINSA).

II. Objetivo de la supervisión

El objetivo principal fue verificar las condiciones en que se prestan los servicios de emergencia de los establecimientos de salud del MINSA a la población y en qué medida éstos garantizan el ejercicio del derecho a la salud.

III. Universo

Se efectuó en 107 establecimientos de salud, de los cuales 58 corresponden al MINSA y 49 a ESSALUD, ubicados en los departamentos de Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes, Ucayali y la Provincia Constitucional del Callao. El universo de personas entrevistadas asciende en total a 768: 314 usuarios del MINSA y 454 de ESSALUD.

Capítulo III

Actividades médicas específicas

El tema de las actividades específicas está referido a aquellos actos médicos que tienen una trascendencia y especialidad. Ciertas prácticas médicas merecen un estudio dedicado a fin de comprender la posición de la ley en cada caso. Sobre el particular, se han elegido temas discutibles en los que el fundamentalismo, los criterios religiosos y las presiones foráneas no están exentas, por el contrario son parte de los principios que inspiran la normatividad y los criterios jurisprudenciales.

Algunos casos a estudiarse, por no decir todos, como el aborto, esterilización, eutanasia, técnicas de reproducción asistida y manipulación genética han sido identificados con la denominada *cultura de la muerte*⁷⁰, en el sentido que sus prácticas denigran a la especie humana, minimizan al hombre y buscan un beneficio inmediato orientado a intereses industriales, sociales, políticos, demográficos o económicos.

§ 1. Aborto

377

I. Concepto

378

El aborto es un tema multidimensional. El tema de trascendencia jurídica es el inicio de la vida.

⁷⁰ A estas prácticas se les ha denominado *epivalotanasia*, que significa la muerte impuesta o la disminución de las capacidades físicas de una persona. Al respecto Vid. VALDIVIA CANO, Ramiro: «Epivalotanasia», en: *Derechos ciudadanos. Comentarios acerca de la Constitución Política del Perú*, Lima, Editorial Horizonte, 1998, pp. 25 y 26.

Vásquez Shimajuko⁷¹ indica que un sector de la doctrina considera que la vida humana debe ser respetada en su real *dimensión físico-biológica* lo que implica que hay que descartar todo criterio limitativo a la misma, protegiéndosle como un valor absoluto. Por otro lado, con una *visión valorativa*, se sostiene que la vida humana ha dejado de considerarse como un valor inmutable y absoluto, careciendo en la actualidad de una protección ilimitada y de una protección absoluta. Cada una de estas posiciones tienden a prohibir o liberalizar los actos atentatorios contra la vida del ser humano. Mientras que la primera pugna por la penalización de la eutanasia y el aborto (entre otros), la segunda busca su legalización o despenalización e incluso hay sectores mediáticos o intermedios.

Respecto de la despenalización sostiene Montoya Calle⁷² que si bien es cierto que el artículo 120 del Código Penal prevé una pena leve para los delitos de aborto eugenésico y sentimental, debería declararse la impunidad en esta clase de infracciones, pues la víctima no debe seguir soportando tantos agravios para su persona y el entorno familiar, así como de su comunidad.

La tesis intermedia sostiene que,

«Con todo, la protección jurídico-penal de la vida *debe descansar sobre una base naturalística*, como realidad físico-biológica, que permita, en algunos casos, *la penetración de elementos valorativos* en dicha protección y en la que aquélla sirva de límite a la valoración jurídica o social de la que puede ser objeto»⁷³ (Las cursivas colocadas en la cita nos permiten identificar la posición intermedia).

379 *Inicio de la vida*

Respecto del inicio de la vida debe indicarse que el criterio del Derecho Civil se condice con el del Derecho Penal.

⁷¹ VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: «La vida humana independiente: contenido y límites de su protección jurídico penal», en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Lima, N° 3, 2002, pp. 372 y 373.

⁷² MONTOYA CALLE, Segundo Mariano: *Impunidad del aborto frente a la eugenesia y al honor*, Lima, RAO, 2004, pp. 161 y ss.

⁷³ *Cit.* VÁSQUEZ SHIMAJUKO: «La vida humana independiente: contenido y límites de su protección jurídico penal», *cit.*, pp. 374.

Para el primero, la vida humana se inicia con la concepción (art. 1 CC.), mientras que para el segundo la doctrina penal está dividida en tres sectores, en la medida que la norma penal no es expresa en su posición.

Etapa	Posiciones Doctrinales
Con la concepción	ROY FREYRE, Luis: <i>Derecho penal peruano, Parte especial</i> , T.I, Ed. Eddili, Lima, 1986, p. 255; BRAMONT ARIAS, Luis: <i>Temas de derecho penal</i> , T.I, Ed. SP Editores Lima, 1990, p.25; CASTILLO ALVA, José Luis: <i>Homicidio. Comentarios a las figuras fundamentales</i> , Ed. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p.31, en especial, afirma que la vida humana es protegida por el Derecho penal, desde la concepción y durante su desarrollo intrauterino, «reconociendo la existencia de vida humana en el feto», aunque por otro lado afirma que «La vida no aparece por generación espontánea, súbita o inesperada en el nacimiento, sino que constituye un proceso, en permanente desarrollo cualitativo y cuantitativo, que se inicia con la anidación del óvulo fecundado en el útero de la mujer y termina con la muerte. Si el derecho a la vida no empieza con el nacimiento o el parto, ya que desde el punto de vista biológico, social y jurídico en este instante sólo se da la expulsión del niño al mundo exterior» CASTILLO ALVA, José Luis, «¿Es necesaria una regulación constitucional del aborto?», en <i>Actualidad Jurídica</i> Número 107, Octubre 2002, página 20.
Con la anidación	HURTADO POZO, José: <i>Manual de derecho penal, Parte especial</i> , T.I, Ed. Sesator, Lima, 1992, p.188, también en su <i>Homicidio y aborto</i> , Lima, Ed. Sesator, 1982, p. 188; PEÑA CABRERA, Raúl: <i>Tratado de derecho penal, Parte especial</i> , T. I, Ed. Ediciones Jurídicas, Lima, 1992, p.62; SALINAS SICCHA, Ramiro: <i>Delitos contra la vida y otros estudios de derecho penal</i> , Ed. Palestra, Lima, 1997, p.16; VILLA STEIN, Javier: <i>Derecho penal, Parte especial</i> , T. I-A, Ed. San Marcos, Lima, 1997, pp.25 y 153; BRAMONT ARIAS TORRES, Luis y GARCIA CANTIZANO, María del Carmen: <i>Manual de derecho penal, Parte especial</i> , Ed. San Marcos, Lima, 1998, pp. 36 y 78. BRAMONT-ARIAS, Luis y GARCÍA CANTIZANO, María, <i>Op.cit.</i> , p. 38 y 75. BRAMONT ARIAS, Luis Alberto: «El delito de manipulación genética», en: <i>Actualidad jurídica, Suplemento mensual de la Gaceta Jurídica</i> , Lima, febrero 2002, No. 99, p.67. PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: «Delito de Lesiones» Primera Edición, Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003, p. 164.
Con la viabilidad	«La vida del concebido es, a la inversa, orgánicamente indelible o inseparable de la vida de la madre. Por lo mismo aquella se nos presenta como decisivamente limitada, cuando menos hasta la etapa o período de la viabilidad.» SÁENZ DÁVALOS, Luis, «El Derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo», en <i>Revista Jurídica del Perú</i> , Número 29, Diciembre 2001, p. 4.

El embrión es una vida humana en una etapa primigenia de su desarrollo biológico. Jurídicamente es un concebido, no es una persona natural. La agresión contra su vida no es homicidio, sino el delito de aborto.

II. Definición

Es el aniquilamiento del producto de la concepción en cualquiera de sus dos momentos anteriores al término de la preñez, ya sea por

expulsión violenta del feto o por su destrucción en el vientre de la gestante⁷⁴.

De acuerdo al marco legal vigente, el aborto no es considerado un método de planificación familiar⁷⁵.

381 III. Generalidades

El bien jurídicamente protegido es la vida del nuevo ser durante el embarazo, aun cuando en segundo plano se encuentren otros bienes como la salud o la vida de la madre y más lejanamente, el capital demográfico de la sociedad⁷⁶. A este último, podemos vincularlo a la sociedad y al Estado; al respecto, existe un criterio jurisdiccional de marzo de 1980 que indicó:

«1) En el delito de aborto los agraviados son la propia gestante, sus herederos o terceros. 2) El Ministerio público interviene por tratarse de delito perseguible de oficio y en salvaguarda del interés social. 3) No cabe ninguna intervención del Procurador General de la República, por cuanto el Estado no tiene la condición de agraviado»⁷⁷.

El fundamento legal de la protección de la vida desde la concepción y de la penalización del aborto en el Perú se encuentra en:

- *Constitución Política* (art. 2, inc. 1), cuando refiere que 'Toda persona tiene derecho a la vida';
- *Código Civil* (art. 1) que establece 'La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción';
- *Ley de política nacional de población*⁷⁸ (inc. 1 del art. IV), que menciona: 'La política nacional de población garantiza los derechos

⁷⁴ ROY FREYRE, Luis: *Derecho penal*, 2ª ed., Lima, Eddili, 1986, t. I, Parte especial, p. 251.

⁷⁵ El DLeg. 346, Ley de política nacional de la población (DOEP 5/7/1985) y Normas del programa de planificación familiar, RM. 465-99-SA/DM (DOEP, 25/09/1999).

⁷⁶ HURTADO POZO, José: *Homicidio y aborto*, Lima, Sesator, 1982, p. 185.

⁷⁷ Vid. *Anales judiciales*, 1979-80-81, Corte Suprema de la República, Lima, T. LXXI, 1988.

⁷⁸ DL.346 (DOEP, 5/7/1985).

de la persona humana a la vida. El concebido es sujeto de derecho desde la concepción’,

- *LGSalud* (art. III del Título preliminar) dice que ‘toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable. El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud’;
- *Código de los Niños y Adolescentes* es más detallista y dice: en sus normas preliminares (art. I): Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los doce años de edad y adolescente desde los doce hasta cumplir los dieciocho años de edad. El Estado protege al concebido para todo lo que le favorece. Si existiera duda acerca de la edad de una persona, se le considerará niño o adolescente mientras no se pruebe lo contrario. Asimismo (art. 1): El niño y el adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y a su desarrollo físico o mental.
- *Reglamento de la obligación de los centros de salud de dar atención médica en casos de emergencias y partos*⁷⁹ dice: «En el caso de las emergencias obstétricas se incluye la atención del concebido o niño por nacer, a fin de proteger su vida y su salud».

El CP adopta un sistema de incriminación del aborto, pero introduce el sistema de indicaciones al considerar en qué casos existe aborto y cómo se penalizan los mismos.

Por principios éticos, el médico está prohibido de indicar o ejecutar, por cualquier motivo, prácticas conducentes a producir aborto o cualquier otra forma de interrupción del embarazo, salvo excepciones de ley. El que lo hiciera queda comprendido dentro de las sanciones que la ley señala.

IV. Marco legal

382

En el Perú, el aborto es un delito desde el primer CP (1863), y es en 1924, con la dación del segundo CP, cuando se consideró legalmente

⁷⁹ DS. 016-2002-SA (*DOEP*, 19/12/2002), Reglamento de la L. 27604, que modifica la LGSalud, L. 26842.

la agravación de las penas y la incorporación del aborto terapéutico como práctica ilícita.

En 1991, fecha en que se promulga el CP vigente, el aborto es considerado como delito bajo el título de los 'Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud', sancionado con pena privativa de libertad o alternativamente, con prestación de servicio comunitario.

La LGSalud indica que el médico que brinda atención médica a una persona en la que existen indicios que se le ha sometido a un aborto está obligado a poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente (art. 30).

383 **V. Morfología del delito**

Las clases de aborto que considera el CP. son: Auto aborto (art. 114), aborto consentido (art. 115), aborto no consentido (art. 116), aborto abusivo (art. 117), aborto preterintencional (art. 118), aborto terapéutico (art. 119) y aborto especial (art. 120).

384 **A. Auto aborto**

385 **a) *Bien jurídico protegido***

El bien jurídico protegido es la vida del embrión durante todo el tiempo del embarazo.

386 **b) *Sujetos***

El sujeto activo es cualquier mujer embarazada.

El sujeto pasivo es el embrión durante la etapa pre-natal.

La jurisprudencia penal ha considerado que en este delito la parte agraviada es la sociedad y no la embarazada que consintió el ilícito⁸⁰.

387 **c) *Elementos constitutivos***

Los elementos constitutivos de este delito son: Preexistencia de un estado de embarazo, empleo de medios dirigidos a la provocación del aborto, que el medio sea empleado por la gestante o por otra

⁸⁰ Exp. N° 1410-97, cit. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año 4, N° 19, Trujillo, pp. 69 y 70.

persona con su autorización o incitación, muerte del embrión, relación de causalidad y dolo.

d) Penalidad 388

La pena privativa de la libertad será no mayor de 2 años o prestación de servicio comunitario de 52 a 104 jornadas.

B. Aborto consentido 389

a) Bien jurídico protegido 390

El bien jurídico protegido es la vida del embrión durante todo el tiempo del embarazo.

b) Sujetos 391

El sujeto activo es más de una persona: la gestante y el que cause el aborto a ésta.

El sujeto pasivo es el embrión durante la etapa pre-natal.

c) Elementos constitutivos 392

Los elementos constitutivos de este delito son: Preexistencia de un estado de embarazo, empleo de medios dirigidos a la provocación del aborto, que la gestante preste su consentimiento para abortar, que se cause el aborto de la gestante y dolo.

d) Agravantes 393

Los agravantes son: la muerte de la mujer embarazada, siempre que el sujeto activo haya podido preverla y, según la persona que realiza el aborto; dependiendo de ello la pena se aumenta.

e) Penalidad 394

Se castiga con pena privativa de la libertad no menor de 1 año ni mayor de 4 años. Con el agravante la pena es no menor de 2 años ni mayor de 5 años.

C. Aborto no consentido 395

a) Bien jurídico protegido 396

El bien jurídico protegido es la vida del embrión durante todo el tiempo del embarazo y el derecho a la libertad de la gestante.

397 **b) Sujetos**

El sujeto activo es cualquier persona, excepto la mujer gestante.

El sujeto pasivo es tanto el embrión durante la etapa pre-natal como la gestante.

398 **c) Elementos constitutivos**

Los elementos constitutivos de este delito son: Preexistencia de un estado de embarazo, empleo de medios dirigidos a la provocación del aborto, que la gestante no haya dado su consentimiento, que un tercero mate al feto y dolo.

399 **d) Agravantes**

Los agravantes son: la muerte de la mujer embarazada, siempre que el sujeto activo haya podido preverla y según la persona que realiza el aborto, la pena se aumenta.

400 **e) Penalidad**

Se castiga con pena privativa de la libertad no menor de 3 años ni mayor de 5 años. El agravante la eleva a no menor de 5 ni mayor de 10 años.

401 **D. Aborto abusivo**

402 **a) Bien jurídico protegido**

El bien jurídico protegido es la vida del embrión durante todo el tiempo del embarazo.

403 **b) Sujetos**

El sujeto activo es el profesional de la salud. Es de tener en cuenta que la ley exige título profesional (no se comprende a los estudiantes o graduados).

El sujeto pasivo es el embrión durante la etapa pre-natal.

404 **c) Elementos constitutivos**

Los elementos constitutivos de este delito son: Preexistencia de un estado de embarazo, empleo de medios dirigidos a la provocación del aborto, abuso de su ciencia por parte del sujeto activo, que se cause el aborto de la gestante y dolo.

d) Penalidad	405
Se castiga con pena privativa de la libertad dependiendo si el aborto fue consentido o no consentido y las causas de inhabilitación para el ejercicio de la profesión.	
E. Aborto preterintencional	406
a) Naturaleza subjetiva de la figura	407
El aborto preterintencional es una forma de culpabilidad que está constituida por la mixtura de dolo en la acción (empleo de violencia) y de culpa en el resultado (aborto ocasionado por falta de previsión) ⁸¹	
b) Bien jurídico protegido	408
El bien jurídico protegido es la vida del embrión o feto durante todo el tiempo del embarazo y la vida, salud y libertad de la mujer embarazada.	
c) Sujetos	409
El sujeto activo es cualquier persona.	
El sujeto pasivo es el embrión o feto durante la etapa pre-natal y la mujer gestante.	
d) Elementos constitutivos	410
Los elementos constitutivos de este delito son: Preexistencia de un estado de embarazo, que el embarazo sea notorio o de conocimiento del agente, que el agente utilice violencia, que la violencia no esté dirigida a causar el aborto, que el aborto –a pesar de ser previsible– no haya sido previsto por el agente, que se cause el aborto.	
e) Penalidad	411
Se castiga con pena privativa de libertad no mayor de 2 años o con prestación de servicio comunitario de 52 a 104 jornadas.	
F. Aborto terapéutico	412
a) Definición	413
El aborto terapéutico es la interrupción del estado de gravidez que practica un médico, con el consentimiento de la mujer embarazada para salvar su vida o evitarle en su salud un mal grave y permanente.	

⁸¹ ROY FREYRE: *Derecho penal*, cit., t. I, Parte especial, p. 292.

414 **b) Bien jurídico protegido**

El bien jurídico protegido es la vida y salud de la mujer embarazada.

415 **c) Requisitos**

Para que se configure este aborto, se deben cumplir los siguientes requisitos: Preexistencia de un estado de embarazo, que el embarazo ponga en peligro la vida o salud de la madre, consentimiento de la mujer o de su representante, que el aborto sea el único medio para salvar la vida o garantizar la salud de la mujer grávida, que el aborto sea practicado por un médico.

416 **d) Penalidad**

No es punible.

417 **G. Aborto especial**

El CP peruano prevé la atenuación del aborto por consideraciones éticas y eugenésicas.

418 – **Aborto sentimental o ético**

El aborto se realiza cuando el embarazo es producto de una violación o inseminación no consentida.

419 **(a) Bien jurídico protegido**

Este tipo penal protege de manera fundamental la libertad sexual y de procreación de la mujer.

420 **(b) Elementos constitutivos**

Para que se configure este aborto, se deben cumplir los siguientes requisitos: Preexistencia de un estado de embarazo, que el embarazo haya sido producto de una violación o inseminación no consentida ocurrida fuera del matrimonio, que los hechos hayan sido denunciados o investigados públicamente y dolo.

421 – **Aborto eugenésico**

El aborto se realiza cuando el ser que se está gestando adolece de malformación o tara, sea física o síquica.

(a) Bien jurídico protegido 422

Este tipo penal protege la libertad de la mujer y su capacidad reproductiva eugenésica.

(b) Elementos constitutivos 423

Para que se configure este aborto deben cumplirse los siguientes requisitos: Preexistencia de un estado de embarazo, probabilidades de que el ser en formación tenga graves taras físicas o síquicas y que exista un diagnóstico médico.

– Pena para ambos casos 424

En ambos supuestos (aborto sentimental y eugenésico) se castiga con pena privativa de la libertad no mayor de tres meses. En la práctica es imposible condenar al sujeto activo, la duración de la investigación policial y la instrucción penal superan ampliamente este plazo⁸².

VI. Vacío legal 425

La eliminación de embriones⁸³ *ex utero* (eufemísticamente llamada descarte) no es un caso de manipulación sino un atentado directo contra la vida humana, por tanto, ilícito y contrario al Derecho. La discusión se centra con la siguiente pregunta: ¿es la eliminación de embriones un delito? De ser así, lo consideraríamos como un aborto *ex uterum*, *in vitro* o *micro aborto*, existe una variación en el tipo penal que debe proteger no sólo la interrupción del estado de gestación sino, también, la eliminación o truncamiento del desarrollo embrional.

Otro criterio (realmente forzado) será que no habiendo gestación pero sí vida humana –el embrión es persona–, se configuraría el homicidio.

Los criterios pueden ser variados pero el reproche real es, sin duda, jurídico.

Una aproximación a la regulación legal sobre el tema en nuestro medio ha sido presentada por el Proyecto del actual CEDCMP, al referir que:

⁸² BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal (Parte especial)*, cit., 2ª ed., p. 90.

⁸³ VARSÍ ROSPIGLIOSI: *Derecho genético*, cit., 4ª ed., pp. 275-277.

'Es falta grave a la ética ocasionar directa o indirectamente la muerte del embrión o del feto humano, especialmente cuando es con la finalidad de obtener material genético, partes de células, tejidos u órganos' (art. 41).

Véase que el artículo indicaba genéricamente la muerte del embrión o feto humano, independientemente del lugar donde éste se encuentre, sea *in* o *ex útero*, por lo que desde ya la eliminación de embriones o fetos cuenta con una sanción especial (falta grave) y se diferenciaba del aborto que era regulado por el mismo Proyecto de CEDCMP, de manera especial e independiente (art. 48). Lastimosamente, en el actual norma institucional no figura norma sobre el tema.

En la legislación comparada se han creado los denominados delitos biológicos, delitos por actos de manipulación genética y delitos por actos de manipulación ginecológica, sancionándose expresamente la eliminación de embriones, situación que en el Perú carece aún de solución.

426 § 2. Esterilización

427 I. Generalidades

Es derecho de toda persona elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia y recibir previamente a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puedan ocasionar. Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo de la persona. En el caso de métodos definitivos, como es el caso de la esterilización, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito (art. 6, LGSalud).

Nos dice Fernández Sessarego que:

«La esterilización, ya sea a través de la vasectomía o de la ligadura de trompas, supone un atentado contra la propia integridad física y psíquica. Por lo tanto le es de aplicación lo dispuesto en el art. 6 del CC. por el cual [...] se prohíben los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionan «una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres». Cabe señalar que el

concepto «buenas costumbres» equivale a la moral. La esterilización, en cualquiera de sus modalidades, constituye un acto de disposición del propio cuerpo que conlleva a una «destrucción permanente de la integridad física», en la medida que se priva a la persona humana del derecho-deber de procrear»⁸⁴.

Además, con claridad y precisión, el maestro Fernández Sessarego completa la idea:

«Procrear supone un derecho natural de todo ser humano destinado a perpetuar la especie y a tener descendencia. A nadie se le puede privar de este derecho ni nadie puede, voluntariamente, atentar contra esta facultad. Si cada persona tiene el derecho de procrear, la especie humana, en cuanto sujeto de derecho, tiene el derecho a perpetuarse por lo que cada persona, a su vez, tiene el deber de no lesionar el derecho natural. Por lo demás, nadie puede sostener que la esterilización se sustenta en un estado de necesidad médica o quirúrgica, ni que a través de ella se cumpla una finalidad «humanitaria». No es lo mismo, obviamente, privarse de la función procreativa que amputarse una pierna en gangrena. Desde un punto de vista jurídico, la esterilización es, sin duda, un acto de disposición del propio cuerpo que atenta contra la integridad psicosomática de la persona humana. Es imposible, por tanto, sostener que la esterilización es un método anticonceptivo. Ni el aborto ni la esterilización son métodos anticonceptivos sino que, jurídicamente, constituyen atentados contra la integridad psicosomática y contra la vida, respectivamente. La esterilización configura, en cuanto es irreversible, una «disminución permanente de la integridad física». De esta situación no cabe duda, desde una perspectiva estrictamente jurídica»⁸⁵.

II. Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria

428

La anticoncepción quirúrgica voluntaria (AQV), o esterilización, es un método anticonceptivo permanente, que se realiza mediante la intervención quirúrgica electiva, de complejidad intermedia en las mujeres (histerectomía o salpingectomía) y cirugía menor para los varones (vasectomía).

⁸⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «Reflexiones sobre la esterilización», en *El Comercio*, Lima, 4 de setiembre de 1995, p. A-3.

⁸⁵ *Ibidem*.

Si la persona usuaria decide optar por la AQV, se le debe informar que es un procedimiento electivo, bajo ninguna circunstancia puede ser considerado procedimiento de emergencia. Se ha establecido un plazo de reflexión que rige desde la toma de decisión informada, posterior a las sesiones de consejería, orientación y la intervención misma, el cual no será menor de 72 horas. Antes de tomar una decisión informada, la persona usuaria debe conocer que tiene libertad de elegir entre los métodos temporales y el permanente. La AQV es un procedimiento quirúrgico. Implica riesgos y beneficios y el efecto del procedimiento es permanente, salvo casos especiales.

En los casos en que se detecte gestación por falla del método de AQV y la persona usuaria haya cumplido con las indicaciones postoperatorias, el Programa de Planificación Familiar asumirá los costos en forma solidaria del control prenatal, atención del parto y del recién nacido en los establecimientos del MINSA.

429 **A. Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria Femenina**

El proveedor debe ser necesariamente un médico calificado. Requiere condiciones de infraestructura y equipamiento, por lo que los establecimientos en los que se realice requieren calificación. Durante la intervención el establecimiento debe contar con médico anesthesiólogo o médico con entrenamiento en anestesiología. Luego de la intervención la usuaria deberá observar reposo por 7 días.

430 **B. Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria Masculina**

Es una intervención quirúrgica electiva, considerada de cirugía menor, destinada a ligar y seccionar los conductos deferentes en el hombre. No es necesario tener ambientes que cumplan requisitos esenciales de una sala de operaciones, razón por la cual no será necesario un proceso de calificación específico. El usuario deberá guardar reposo por 5 días.

431 **III. Marco Legal**

432 **A. Ley de Política Nacional de Población**

Originalmente, la Ley de Política Nacional de la Población⁸⁶ (art. VI) excluía al aborto y a la esterilización como métodos de planificación

⁸⁶ DLeg. 346 (DOEP 5/7/1985), Ley que regula la política nacional de población. Su objeto es planificar y ejecutar las acciones del Estado relativas al volumen, estructura, dinámica y distribución de la población en el territorio nacional.

familiar. Esto fue modificado⁸⁷, de modo tal que sólo el aborto está excluido como método de planificación familiar, por lo tanto esta ley, si bien no lo establece expresamente, permite la esterilización como método de anticoncepción; de acuerdo a la Constitución, 'nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe' (art. 2, inc. 24, literal a).

B. Fallo del Tribunal Constitucional

433

El 6 de diciembre de 1996, treinta congresistas de la República interpusieron acción de inconstitucionalidad contra la L. 26530 ante el Tribunal Constitucional. Fundamentaron su demanda en que la única finalidad de la ley era modificar el artículo VI de la Ley de Política Nacional de Población y con ello se incluía a la esterilización quirúrgica entre los métodos de planificación familiar autorizados.

La sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N° 014-96-I/TC, del 28/4/1997), declaró que no considera la esterilización quirúrgica irreversible como método de planificación familiar ni autorizado por la ley impugnada, por lo que se declaraba improcedente la demanda por pretenderse en ella la derogación de un precepto legal que, a criterio del Tribunal, no existía. Según el voto singular de la Magistrada Delia Revoredo de Mur, la ley impugnada, al suprimir la prohibición de la ley anterior respecto a la esterilización, incluye a la esterilización quirúrgica entre los métodos de planificación familiar autorizados⁸⁸.

Debe mencionarse que el fallo del Tribunal Constitucional ha sido sobre la forma y no sobre el fondo; se pretende derogar un precepto legal que a criterio del Tribunal no existe (considerar a la esterilización quirúrgica irreversible como método de planificación familiar), sin embargo no podemos negar la naturaleza anticonceptiva de la esterilización debiendo resaltar que ésta es considerada como un método anticonceptivo.

⁸⁷ L. 26530 (DOEP, 10/9/1995), modifica el artículo VI de la Ley de Política Nacional de la Población.

⁸⁸ *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 1998, t. II, (período 96-97), pp. 992-998.

434 **C. Normas del Programa de Planificación Familiar⁸⁹**

435 **a. *Objetivo de la norma***

El objetivo de esta norma es poner a disposición de las mujeres y hombres del Perú la más amplia información y servicios de calidad para que puedan alcanzar sus ideales reproductivos. De esta manera, se garantiza la libre elección de las personas a la opción reproductiva, fomentar y garantizar el acceso indiscriminado a la salud reproductiva y la planificación familiar, fomentando la difusión de los derechos reproductivos.

436 **b. *Derechos de las personas usuarias de los servicios de planificación familiar***

Toda persona tiene derecho: a su privacidad, a recibir información completa y actualizada, a conocer la identidad de las personas proveedoras de los servicios, a tener seguridad en la atención y protección de su seguridad personal, a poder comunicarse de manera verbal o escrita con personas de su elección durante su hospitalización, a tomar decisiones sobre su tratamiento sin ser sometido a ningún tipo de presión, a no ser sometido a procedimiento alguno sin su consentimiento informado y voluntario, a rehusar a recibir tratamiento en cualquier momento, a que se le trate con respeto y dignidad tomando en consideración sus valores y creencias, a reclamar y recibir resarcimiento por los daños que se le puedan haber ocasionado por el ejercicio imprudente, negligente o imperito del personal de salud.

437 **c. *Derechos reproductivos***

Toda persona tiene derecho: a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental; al acceso, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, a los servicios que incluyan la planificación familiar y la salud reproductiva; a ser atendida en salud reproductiva sin ningún tipo de coacción; a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, educación y medios necesarios para poder hacerlo; a que las instituciones de salud velen porque se cumplan estos principios en todas las fases de la atención. Se trata de una autodeterminación reproductiva en razón que «El derecho a la autodeterminación sexual y

⁸⁹ RM. 465-99-SA/DM (DOEP, 25/09/1999).

reproductiva se basa en el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, y el derecho a estar libres de todas las formas de violencia y coerción que afecten la vida sexual y reproductiva»⁹⁰.

d. Responsabilidades de las personas usuarias en los servicios de salud 438

Las responsabilidades de los usuarios son: brindar, de acuerdo a sus posibilidades y conocimientos, información sobre sus antecedentes y estado de salud que contribuyan al diagnóstico y plan de salud adecuados; cumplir las recomendaciones e indicaciones que el profesional señale para el autocuidado de su salud, el restablecimiento y la rehabilitación.

e. Disposiciones para la atención en los servicios de planificación familiar 439

Se asegurará la libre elección y acceso informado de la persona en la opción anticonceptiva que quiera tomar. Bajo ninguna circunstancia se aplicará algún método, sea temporal o definitivo, sin su consentimiento libre e informado.

Para optar por un método anticonceptivo, incluso los definitivos, basta la decisión informada y personal de la usuaria o usuario, luego de la orientación y consejería adecuada. No es necesaria la autorización de la pareja (cónyuge o concubina).

Por ningún motivo se ofrecerá o entregará algún bien o servicio que preste el establecimiento como estímulo para persuadir a usar algún método anticonceptivo, sea éste temporal o definitivo.

La población adolescente en riesgo de embarazo no deseado o de contraer una enfermedad de transmisión sexual (ETS) o SIDA tendrá acceso al suministro de métodos anticonceptivos siempre que: haya recibido consejería, sea mayor de 16 años y sea sexualmente activo.

D. Ley General de Salud 440

La LGSalud menciona que respecto a los métodos anticonceptivos definitivos el consentimiento debe constar por escrito (art. 26).

⁹⁰ BELLIDO ANGULO, María Soledad: «Derechos sexuales y reproductivos... Cuando los derechos nacen», en: *Derecho. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín*, N° 4, Arequipa, 2002, p. 65.

441 **E. Normas Éticas**

El Proyecto de CEDCMP, en el Título VI, referido a la planificación familiar, establecía que el médico, sin coacción, podía prescribir regímenes o métodos para el espaciamiento de los embarazos, respetando la voluntad y la libertad de la persona al momento de elegir (art. 40). Consideraba faltas graves contra la ética la realización de métodos para evitar la fecundación contrarios a la voluntad de las personas (art. 50) y la participación en la decisión, diseño o programación de campañas destinadas a eliminar la capacidad reproductiva de un grupo nacional, étnico, social o religioso (art. 51), configurándose la llamada limpieza étnica, inclusive podemos hablar de genocidio.

La variada política de planificación familiar que se viene realizando en la práctica, al parecer, determinó la no consideración de estas normas en el actual CEDCMP.

442 **IV. Esterilizaciones sin consentimiento**

Notas periodísticas y reportajes propalados en medios de comunicación (radio y televisión) han denunciado prácticas de esterilización a la población femenina (ligadura de trompas) sin su consentimiento, lo cual habría ocasionado tanto la muerte de las pacientes como secuelas de complicaciones en su salud, permaneciendo hospitalizadas a consecuencia de las intervenciones quirúrgicas a las que fueron sometidas, en diferentes departamentos del país.

Por ello, la Comisión Ejecutiva del Ministerio Público designó un fiscal Ad Hoc para que investigue las denuncias de prácticas de esterilización a la población femenina⁹¹.

Entre 1997 y 1999, la Defensoría del Pueblo recibió más de 90 denuncias referidas a violaciones de los derechos reproductivos en la que estaban involucradas 157 personas (138 mujeres y 19 varones); se llegó a detectar que 17 de los denunciados fallecieron, mientras que el resto continuaba sufriendo las secuelas a su salud, como consecuencia de la aplicación del Programa Nacional de Salud Reproductiva y Planificación Familiar 1996-2000 a cargo del MINSA, que se basaba en una campaña a nivel nacional, cuya finalidad fue promover el uso de diferentes métodos anticonceptivos entre la po-

⁹¹ Res. 028-98-MP-CEMP (DOEP, 14/1/1998).

blación, de acuerdo al Manual de Reglas y Procedimientos para la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria. Claramente indica Mantilla Falcón⁹² que en estas prácticas se violaron un conjunto de derechos humanos como son los siguientes: el derecho a la vida, derecho a la libertad y seguridad personales, derecho a la educación, derecho a una vida libre de discriminaciones por razones de género, derecho a una vida libre de violencia y el derecho a la salud reproductiva y al servicio de atención de salud.

§ 3. Técnicas de Reproducción Asistida

443

I. Generalidades

444

Desde el punto de vista jurídico, las técnicas de reproducción asistida son métodos empleados para suplir la infertilidad en el ser humano.

Se clasifican en: inseminación artificial (IA), fecundación extracorpórea (FEC) con sus variaciones: transferencia de embriones (TE), transferencia intratubárica de gametos (TIG), transferencia intratubárica de embriones (TIE), y la denominada inyección intercitoplasmática de espermatozoide (ICSE). Las formas como se realizan son: interconyugal, cuando se emplea material genético (óvulo y/o semen) del cónyuge o conviviente; supraconyugal, interviene material genético de un cedente y la mixta, mezcla componentes genéticos de dos o más varones⁹³.

II. Marco legal

445

A. Realidad nacional

446

En el Perú no existe una legislación uniforme que regule las técnicas de reproducción asistida⁹⁴.

La LGSalud sólo establece los lineamientos básicos (art. 7) dentro de los que se considera que:

⁹² MANTILLA FALCÓN, Julissa: «El caso de las esterilizaciones forzadas en el Perú como una violación de los Derechos Humanos», en *Ius et Veritas*, N° 23, noviembre, Lima, 2001, pp. 17 y ss.

⁹³ VARSÍ ROSPIGLIOSI: *Derecho genético*, cit., 4ª ed., p. 258.

⁹⁴ VARSÍ ROSPIGLIOSI: *Derecho genético*, cit., 4ª ed., p. 304.

«Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos».

Toda persona tiene derecho a la procreación, por lo que puede recurrir a los métodos asistenciales. Las técnicas de reproducción son medios para el tratamiento de la infertilidad y el logro de la procreación. De esta forma, se busca evitar su uso inadecuado siendo aplicadas en problemas reproductivos con una finalidad terapéutica.

El consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos es necesario para toda práctica de reproducción asistida.

Estas consideraciones han llevado a determinar la existencia del denominado derecho a la procreación asistida.

La LGSalud ha dado pautas básicas que deberán desarrollarse ampliamente considerando temas como los derechos del concebido, el consentimiento de la pareja que accede a estas técnicas, la fecundación de mujeres solas, la determinación del vínculo paterno-filial, entre otros.

447 **B. Bases para una regulación jurídica**

Estos temas, han sido considerados en propuestas académicas⁹⁵ y en diversos anteproyectos de ley⁹⁶ a nivel nacional. Es importante rescatar las 'Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida' redactadas por el Centro de Investigación de la Fa-

⁹⁵ "Anteproyecto de Ley sobre técnicas de reproducción asistida", en: VARSÍ ROSPIGLIOSI: *Derecho genético*, cit., 4ª ed., pp. 353 y ss.; «Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción asistida», en: MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, *Derecho y genoma humano*, Lima, Editorial San Marcos, 1997, pp. 113 y ss.; 'Planteamientos para la regulación jurídica de las técnicas de reproducción asistida en el Perú', en: RODRÍGUEZ-CADILLA PONCE, Rosario, *Derecho Genético. Técnicas de reproducción humana asistida, su trascendencia jurídica en el Perú*, Lima, Editorial San Marcos, 1997, pp. 221 y ss.

⁹⁶ Proyecto presentado a la Comisión de Reforma del Código civil de 1984, Congreso Constituyente Democrático, en: *DOEP*, el 07/01/95.

cultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima⁹⁷, las que sustentan lo siguiente:

- Regular el aspecto administrativo, sanitario y el control de la autoridad sobre los centros de salud donde se realicen técnicas reproductivas, estableciéndose las sanciones en caso del incumplimiento de las disposiciones.
- Respeto al consentimiento informado y que conste por escrito.
- Las técnicas de reproducción asistida son aplicadas cuando otros tratamientos de fertilidad no hayan resultado.
- La autoridad sanitaria realizará un análisis de los gametos a utilizarse en las técnicas reproductivas, a efectos de evitar la transmisión de taras o enfermedades genéticas. La utilización de gametos anómalos está prohibida y se sancionará su uso.
- Los centros de salud conservarán los datos biológicos de los cedentes de gametos.
- Los datos personales son reservados y sólo podrán ser revelados por orden judicial.
- La fecundación con semen de cedente en mujer casada será practicada previo consentimiento del marido, quien no podrá impugnar su paternidad.
- No se puede investigar la paternidad del cedente (discutible con los nuevos criterios jurisprudenciales que sobrevaloran al derecho a la identidad).
- El cedente de semen no podrá obtener información de la mujer inseminada con su material biológico.
- La inseminación *post mortem* no está permitida, salvo casos en que el semen haya sido cedido a un banco.
- Carece de efectos la maternidad subrogada. La maternidad se establece por el parto.
- En la crioconservación de embriones debe tenerse en cuenta la autorización de los cedentes de espermatozoides y óvulo, a fin de realizar la transferencia a otra mujer que no sea la cedente.

⁹⁷ «Bases para una legislación sobre técnicas de reproducción humana asistida», en: *Cuadernos de Derecho*, Lima: Universidad de Lima, Facultad de Derecho, Centro de Investigación Jurídica, 1992, N° 1, p. 60.

- Se prohíben las prácticas contrarias a la dignidad humana (clonación, quimeras, híbridos y comercio de gametos y embriones).

448 III. Maternidad subrogada

449 A. Aspectos básicos

La maternidad subrogada puede realizarse de innumerables formas. Veamos en el siguiente gráfico:



Análisis:

450 a) *Madre portadora*

La mujer genera óvulos pero tiene una *deficiencia uterina o física* que le impide gestar, por lo que debe buscar una mujer que colabore con ella en dicha labor biológica. Es un caso sólo de préstamo de útero, dándose una maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Aporte de espermatozoides del marido, 2) Aporte de óvulo de su mujer y 3) La madre gestante es una tercera.

Casos extremos son el de la doble maternidad portadora, como aquel presentado en 1997 en Italia, cuando se anunció la gestación de dos fetos de parejas distintas en el útero de una mujer. Las dos madres genéticas no podían engendrar hijos por padecer del corazón, en un caso y por carecer de útero, en el otro.

451 b) *Madre sustituta*

La mujer ni genera óvulos ni puede gestar, es decir hay *deficiencia ovárica y uterina*, por lo que debe buscar una mujer que cumpla con dichas funciones que permita ser fecundada y termine el proceso de gestación. Es un caso de maternidad integral. Se produce un caso de progeneración humana: 1) Espermatozoides del marido, 2) Inseminación artificial.

nación en tercera mujer. La madre procreante es la misma que la gestante, en este caso no hay maternidad por sustitución, podríamos considerarlos como una derivación de una técnica de reproducción asistida por cedente.

c) Ovodonación

452

La mujer tiene una *deficiencia ovárica*, no genera óvulos pero sí puede gestar, por lo que necesita una mujer que sólo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de trigeneración humana: 1) Espermatozoides del marido, 2) Óvulo de una mujer cedente, y 3) Gestación de la mujer. La madre procreante no es la misma que la gestante.

d) Embriodonación

453

En este caso se presenta una infertilidad en la pareja, tanto hombre como mujer. La mujer no genera óvulos pero puede gestar, adolece de una *deficiencia ovárica*, mientras el hombre es infértil por lo que deben buscar un cedente de espermia y una mujer que facilite su óvulo, para ser fecundado. Es un caso especial de procreación humana integral cedida a otra pareja para su gestación. No es otra cosa que la cesión de un embrión. Se produce un caso de multigeneración humana. 1) El embrión es de una pareja cedente, 2) El marido es infértil, y 3) El embrión es gestado por su mujer. La madre genética o procreante no es la misma que la gestante o biológica, a lo que suma el problema de la paternidad, que no le corresponderá al marido.

B. Calificación jurídica

454

La maternidad subrogada es un acto jurídico ilícito por las siguientes consideraciones:

- Objeto física y jurídicamente imposible
- Fin ilícito
- Atenta contra el orden público pues se comercializa con el cuerpo humano.
- Es contrario a la ley al contrariar las normas naturales de la filiación.
- Es un fraude a la institución de la adopción.
- Es contrario a la moral y a las buenas costumbres, se asemeja al contrato de prostitución.

- Tipifica casos delictuales como el tráfico de niños, fingimiento de preñez, suposición de parto, alteración de la filiación y del estado civil, falsos reconocimientos.

455 C. Normatividad

Existe una prohibición a la fecundación extracorpórea con óvulo de cedente (ovodonación), a la transferencia de embrión ajeno (embriodonación) y a la maternidad subrogada. La LGSalud (art. 7) establece que la condición de madre genética debe coincidir con la de madre gestante.

La LGS no se ha pronunciado sobre la madre sustituta, que se da en aquellos casos en los que una mujer acepta ser inseminada con material genético del marido de otra mujer, con la finalidad de entregar a la criatura una vez nacida. Aquí, como vemos, la maternidad genética coincide con la de madre gestante, pero es un acto no arreglado a Derecho, ni a la moral, pero al no estar tipificados en la ley, no es ni ilícito, ni delito, ni falta, sucediéndose un vacío normativo. La prohibición indicada en la LGSalud resultaría inaplicable.

456 IV. Crioconservación

457 A. Denominación y concepto

La criogenia es llamada también crioconservación o criopreservación de embriones y se le conoce con el anglicismo *freezing of human eggs*.

Es un típico acto de manipulación que implica la existencia de 1) Aplicación excesiva de técnicas de fecundación extracorpórea, 2) Embriones supernumerarios, y 3) Transferencia embrional diferida.

458 B. Objetivo

Su objetivo técnico es:

- Ahorrar costos en las técnicas de reproducción bajo el lema *a más cantidad producida menor el costo de inversión*.
- Evitar la destrucción de embriones supernumerarios.
- Congelar los restantes para una transferencia.

Sobre el tema consideramos que la controversia en la utilización de embriones humanos divide a la opinión médica, a la legal y la ética, apuntando opiniones férreas entre los que se niegan a cualquier tipo

de experimentación, los que la consideran como una vía esencial para el avance médico y el bienestar social e incluso, como una vía de salvación futura de los embriones sobrantes.

C. Destino y casuística

459

El destino de los embriones es el tema central que debe ser asumido por la normatividad. Los problemas generados por la crioconservación serán mayores por causa de una separación, divorcio, disputa, ausencia o muerte de los padres biológicos. En este sentido, las posiciones jurisprudenciales han sido, también de lo más variadas:

- Decisión para crioconservar
- Custodia de los embriones y eventual régimen de visitas
- Decisión para transferencia e implantación
- Destino del embrión

D. Principios a considerarse

460

La crioconservación de embriones debe prohibirse por principio; sin embargo, en casos excepcionales ha de permitirse siempre que se otorguen todas las seguridades a los embriones. Entre estas medidas proteccionistas tenemos:

- Congelar los óvulos o tejidos ováricos aún no fertilizados.
- Fecundar la cantidad de óvulos necesarios y que todos sean implantados.
- Implantación inmediata.
- La mujer que se somete a la técnica no debe retirarse hasta ser implantado el (los) embrión (es) en su vientre.
- Entre la concepción y la transferencia no debe haber un plazo mayor de 48/72 horas.
- Debe ser considerada una práctica excepcional.
- Autorización judicial para el proceso de conservación
- Consentimiento informado.
- Determinación exacta del destino de los embriones será definido por la pareja.
- Predeterminación de los gastos de la crioconservación.

- Nadie puede oponerse a una transferencia si existe la voluntad de uno de los progenitores, esto en base al interés superior del niño.
- Registro de embriones.
- Historia clínica especial

461 **V. Clonación**

462 **A. Aspectos básicos**

463 **a) Clonación reproductiva**

En su oportunidad sosteníamos que la clonación reproductiva:

«Es una forma de reproducción biológica, al igual que la fecundación, producida por la enucleación y transferencia, la fisión o la activación nuclear (natural o asistida) de un embrión»⁹⁸.

Y es que la verdad, la infertilidad es cuestión del pasado. La procrepática ha llevado a la generación de la vida a la más absurda artificialidad, una muestra es la clonación, generando un revuelo en las relaciones personales, familiares y sociales. Si bien toda persona cuenta con un derecho a tener descendencia, ello no es pretexto para contravenir los principios naturales de la procreación, situación que no quiere ser admitida por quienes practican la reproducción asistida. Clonar es generar seres con el mismo código genético, idénticos e indiferenciables, humanos fotocopiados tantas veces sea posible. Esto le resta sustento a la clonación para ser considerada un medio para suplir la infertilidad. Más que lograr la anhelada descendencia en una pareja infértil, sus fines radicales son la homogeneidad de los seres a través de ella producidos. Ilícitud y rechazo genera para el Derecho esta técnica.

La clonación artificial es la que causa problemas al Derecho, pues en su realización está la voluntad y el interés humano, presentándose como una técnica que crea una vida humana de una manera total y absolutamente antinatural, duplicándola. La naturaleza jurídica de la clonación es la de representar un hecho jurídico voluntario e ilícito, realizado a través de una manipulación genética en la etapa bioló-

⁹⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho y manipulación genética*, Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1996, p. 67; y en la 2ª edición, 1997, p. 88.

gica de la fecundación. No es un acto jurídico, pues su fin es ilícito al dañar los derechos del ser humano.

b) Clonación terapéutica

464

La clonación terapéutica es una muestra palpable del avance de la ciencia, teniendo como finalidad:

«... estudiar y curar enfermedades degenerativas (Parkinson), endocrinológicas (diabetes), hereditarias (hemofilia) y otros casos. Consiste en obtener células de un paciente –normalmente enfermo necesitado de un trasplante– para crear un embrión clonado a fin de conseguir tejidos destinados a implantes. Estos se pueden trasplantar sin rechazo inmunológico, ya que son genéticamente idénticos y por tanto compatibles. El embrión no se implanta en una mujer, sino que es utilizado *in vitro* para obtener sus células madre a fin de cultivarlas y cosechar los productos biológicos necesarios. Para ello se extrae el núcleo de un óvulo sin fecundar (enucleación) y vaciado se le introduce el núcleo (transnucleación) de una célula del paciente que recibirá el implante. La carga genética del embrión producido y la del receptor será idéntica, es decir clónica»⁹⁹.

Algunos biotecnólogos han dicho que la paraclonación (como también se le conoce) es un canibalismo tecnológico. Se basan en que no se puede aceptar la realización de una fecundación con un fin distinto a la procreación y ello es totalmente aplicable a esta técnica puesto que se induce un proceso de desarrollo embrional con el único fin de extraer su material biológico: *Clono sólo para curar*.

El problema real es que el embrión clonado será exprimido en su contenido con un inevitable fin, su destrucción. Contraria a todo principio bioético, esta técnica se suma al aborto y a la eutanasia como un atentado más contra la vida (método que para algunos es parte de la llamada *cultura de la muerte*). Crear una vida para experimentar, para establecer cultivos celulares, conlleva a la más absoluta denigración y, más aún, a la indefectible destrucción. Aun con fines de utilización terapéutica, la clonación constituye un atentado contra la dignidad. Una nueva vida para salvar otra. Un sacrifi-

⁹⁹ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: «Clonar para curar. Acerca de la legitimación jurídica de la clonación no reproductiva», en: *Legal Express*, Año 1, N° 3, marzo, Lima, 2001, p. 9.

cio real por un probable beneficio. Resulta humanamente desquiciante esta posibilidad.

Ahora bien, las opiniones al respecto no son unánimes, como bien lo expresó en más de una oportunidad el gran médico e investigador peruano Óscar Miró Quesada Cantuarias:

«Con el debido respeto y admiración al doctor Enrique Varsí, brillante investigador del Derecho Genético y al doctor Patrick Wagner, presidente del Comité de Ética del Colegio Médico del Perú, considero que la investigación de la clonación de embriones con fines terapéuticos no es motivo de alarma para la jurisprudencia ni para la ética, cuando se trata de evitar el sufrimiento de seres humanos»¹⁰⁰.

465 **B. Tipología de la clonación**

Nuestra ley no distingue entre la clonación reproductiva y la clonación terapéutica, siendo necesaria una posición clara y definida, en la medida que los efectos, como se han visto, son diferentes y los objetivos disímiles. Existen posiciones que argumentan que la clonación de órganos debe regularse con fines de investigación terapéutica, a fin de proporcionar una vida plena y digna, mientras que la clonación de seres humanos debe ser prohibida¹⁰¹.

Para la norma no es así. La prohibición de la clonación es general. El CNA «garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad ...» (art. 1), y la LGSalud contiene una norma especial que «prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos» (art. 7), lo que ha determinado que se concrete la punición y sanción penal del delito de clonación en nuestro CP.

466 **a) Generalidades**

Como indicamos, la concreción legal punitiva de estas dos normas, tanto del CNA y de la LGSalud, se dan en una sanción expresa, es

¹⁰⁰ *El Comercio*, Lima, 7 de diciembre de 2001.

¹⁰¹ VÁSQUEZ OLIVERA, Salvador: «La clonación humana y el Derecho», en: *Derecho. Revista De la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín*, N° 3, Arequipa, 2001, p. 148.

decir como delito, tipificado en el Código Penal¹⁰² en su artículo 324, que dice:

«Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 4 y 8».

Antes de la dación de esta ley, en el caso de darse una situación de manipulación genética la responsabilidad de quien la realizaba repercutía únicamente en el ámbito civil y administrativo; es decir, la clonación se presentaba como un ilícito civil. Con la L. 27636 se tipifica la clonación como un delito sancionable con pena privativa de la libertad, dejando de ser un mero acto ilícito. Precíscese que esto no significa que sólo se pretenda prohibir o restringir la clonación, sino más bien dar salidas acordes al avance científico actual sobre la base del respeto de la vida humana.

b) Estructura del tipo penal

467

(1) Bien jurídico protegido

468

El bien jurídicamente protegido es tanto la identidad como la irrepetibilidad del ser humano en tanto principio de selección biológica y heterogeneidad de la humanidad. Directamente, se protegen los derechos del ser humano en general (embrión, persona y cadáver), sobre los que no podrán realizarse estas formas de manipulación genética e indirectamente de la humanidad, a efectos que la misma no se perjudique por estas técnicas.

Con mayor extensión hemos sostenido que:

«La clonación vulnera *el principio del origen natural de la vida*, en el sentido que la vida humana surge de una manera directa a través de la fecundación, y *el principio de selección biológica y de heterogeneidad*, por el cual el ser humano se presenta como único, singular e irrepetible desde el momento de la singamia. La clonación ocasionará una transfiguración de la antropología, trayendo como consecuencia uniformidad y empobrecimiento genético por

¹⁰² Modificado por la Ley 27636 (DOEP, 16/1/2002) incorpora al Código Penal, en su Título XIV-A, Delitos contra la Humanidad, el Capítulo V, Manipulación genética.

pérdida de variedad en la especie humana, originando una monotonía génica. Como método de reproducción, contraría a las normas morales, éticas y naturales, al orden público, a las buenas costumbres y a la paz social. Es un ilícito considerado como delito por manipulación genética, al atentar directamente contra la individualidad y unidad del ser humano»¹⁰³.

Para Bramont-Arias el bien jurídico protegido «es la autenticidad de la persona, es decir el derecho a la individualidad o a la identidad genética o a no ser producto de un patrón genético artificial»¹⁰⁴.

469 **(2) Sujetos**

El sujeto activo puede ser cualquier persona, no limitándonos a señalar como tales a los profesionales de la salud. Bramont-Arias manifiesta que debe tratarse de determinadas personas con formación científica que les permita realizar la clonación de seres humanos, por esta razón es un delito especial propio¹⁰⁵.

El sujeto pasivo es el ser humano y la humanidad.

470 **(3) Objeto material**

Según el tipo de técnica usada, debe estar dirigida sobre el ser humano (en su total dimensión): óvulos, células somáticas, embriones, personas o cadáveres sobre los que se desarrollen las técnicas de duplicación genética.

471 **(4) Conducta típica**

La aplicación o tentativa de uso de cualquier procedimiento de manipulación genética con el fin de crear seres humanos idénticos.

No cabe la comisión por omisión.

472 **(5) Tipicidad subjetiva**

Se requiere dolo. No se castiga la forma imprudente de la comisión del tipo.

¹⁰³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: «¡El octavo día de la creación! Cuando el hombre desafía a la naturaleza y a Dios», en: *Legal Express*, Año 2, N° 25, enero, Lima, 2003, p. 7.

¹⁰⁴ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: «El delito de manipulación genética», en: *Actualidad Jurídica*, N° 99, febrero, Lima, 2002, p. 66.

¹⁰⁵ BRAMONT-ARIAS TORRES: «El delito de manipulación genética», cit., p. 67.

Bramont-Arias manifiesta que

«se necesita el actuar doloso del sujeto activo, es decir, que tenga la conciencia y voluntad de hacer uso de la manipulación genética, pero adicionalmente se exige una finalidad (elemento subjetivo del tipo) que es el fin de clonar seres humanos»¹⁰⁶.

(6) Ausencia de antijuridicidad

473

No hay ninguna causa que justifique los procesos de duplicación genética. La clonación de embriones para crioconservarlos como reserva de órganos, así como la clonación de individuos nacidos para dar lugar a un embrión que desarrolle órganos que sean usados posteriormente por el individuo originario, no suponen estados de necesidad justificante.

(7) Consumación

474

El delito se consuma con la manipulación genética destinada a clonar seres humanos.

(8) Tentativa

475

Se admite la tentativa en aquellos actos previos a la clonación.

(9) Situaciones concursales

476

Cabe la posibilidad que se den situaciones concursales (de orden real) con posteriores actuaciones no terapéuticas sobre los embriones *postimplantarios* o con transferencia de embriones sin consentimiento. Asimismo, podría darse el concurso (de orden ideal) con algunas lesiones realizadas a la mujer, si las actuaciones en el embrión son *in utero*.

(9) Pena

477

La pena a aplicarse es privativa de libertad no menor de seis años, ni mayor de ocho años e inhabilitación. Para Bramont-Arias¹⁰⁷; la sanción impuesta es bastante elevada y se compara con la pena prevista para el delito de aborto; tal vez la justificación es que la referida conducta se considera como un delito contra la humanidad.

¹⁰⁶ BRAMONT-ARIAS TORRES: «El delito de manipulación genética», *ibidem*.

¹⁰⁷ BRAMONT-ARIAS TORRES: «El delito de manipulación genética», cit., *ibidem*.

Más allá de la tipificación de este tipo de delito y a efectos de lograr una adecuada normatividad de los delitos por manipulación genética, debe considerarse, a decir de Céspedes Suzuki, que:

«El jurista, para lograr una adecuada regulación política criminal, debe buscar límites jurídico penales a las intervenciones genéticas, sin perder nunca de vista el principio de *ultima ratio*, protegiendo los bienes jurídicos fundamentales... de los ataques intolerables, al igual que la taxatividad por la que se debe regir esos posibles límites penales»¹⁰⁸.

478 § 4. Diagnóstico pre-natal

479 I. Generalidades

Estas técnicas, que buscan determinar las afecciones que sufre el embrión durante la época de la gestación, representan un gran valor para el clínico y podrían constituir un verdadero servicio a la maternidad pero, por otro lado, contrariamente a los principios fundamentales de la deontología médica, se han transformado en técnicas de control de calidad fetal y consiguientemente, de interrupción del embarazo en caso de no corresponderá las condiciones deseadas¹⁰⁹, lo que desnaturaliza su esencia, que es proteger al concebido (embrión o feto).

En la práctica, se vienen realizando: ecografías, determinación de alfafetoproteína en suero (AFP-sm), amniocentesis, fetoscopia y biopsia corial, entre otras técnicas. Si bien el diagnóstico prenatal se utiliza durante el período embrio-fetal, es importante destacar que también se viene empleando en el análisis de embriones previo a su implantación (diagnóstico preimplantario).

480 II. Marco legal

El diagnóstico prenatal como método utilizado para conocer en el desarrollo embrio-fetal, los posibles trastornos genéticos y la aplica-

¹⁰⁸ CÉSPEDES SUZUKI, Erika: «Genética y Derecho: Hacia una regulación jurídico penal de las manipulaciones genéticas», en *I Coloquio de estudiantes de Derecho*, Lima, PUCP, 2003, p. 117.

¹⁰⁹ RODRÍGUEZ-CADILLA PONCE, Rosario, *Derecho Genético. Técnicas de reproducción humana asistida, su transcendencia jurídica en el Perú*, Lima, Editorial San Marcos, 1997, p. 186.

ción de los tratamientos correspondientes no cuenta con una regulación expresa en el Perú.

Si bien el CNA prohíbe la manipulación genética (art. 1), deja abierta la posibilidad de someter al concebido a un diagnóstico o terapia genética (sea preconceptiva, preimplantatoria o prenatal), lo cual es positivo, pudiéndose evitar que un embrión o feto al que se le ha detectado una enfermedad genética sufra de ésta si se le somete a un tratamiento preventivo¹¹⁰. Esto es acorde con el principio considerado en la LGSalud, que postula que el concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud (art. III, Título preliminar, LGSalud), mereciendo que la protección en cuanto a su bienestar integral sea preventiva como curativa.

§ 5. Intervenciones psico-quirúrgicas

481

I. Aspectos básicos

482

A nivel científico se le conoce como neurocirugía funcional¹¹¹, siendo intervenciones sobre las funciones cerebrales.

Representan un tema médico sumamente amplio y se divide en cirugía estereotáxica y en psicocirugía. Esta última (relacionada con la singulotomía), al abarcar trastornos afectivos (esquizofrenia, neurosis compulsiva depresiva, neurosis de ansiedad, etc.), ha sido la más controvertida y ha generado toda una discusión ética sobre sus aplicaciones. También existe la amigdalectomía, que es una cirugía sobre la amígdala (utilizada en la epilepsia parcial compleja o epilepsia del lóbulo temporal, cuando no responde a un tratamiento médico y en la epilepsia retractaria) y se realiza a través de una lobotomía del lóbulo temporal.

Quienes están en contra de la psicocirugía se refieren a ella como lobotomía, la que ya no se practica (salvo casos de un tumor en el lóbulo frontal o una epilepsia completa).

¹¹⁰ VARSÍ ROSPIGLIOSI: *Derecho genético*, cit., 4ª ed., pp. 347-348.

¹¹¹ Entrevista realizada al neurólogo peruano Dr. Humberto HINOJOSA, el 23/07/1999.

483 **II. Marco legal**

En el Perú estas intervenciones se realizan sin ningún tipo de restricción ética ni legal. La base de la legalidad de estas intervenciones radica en el viejo principio que el cerebro es un templo y por tanto intocable; hoy en día esto resulta un absurdo total. Si debe operarse el cerebro para salvar una vida, la intervención se realizará sin mayor restricción ética ni legal.

484 **§ 6. Transplante de órganos**485 **I. Generalidades**

El transplante de órganos jurídicamente es un acto de libre disposición del cuerpo humano (art. 6, CC.), mediante el que una persona cede una parte de su cuerpo con fines humanitarios, para beneficiar la salud o salvar la vida de otra persona.

Nuestra legislación regula los denominados macrotransplantes, es decir órganos que son visibles y palpables (hígado, corazón, pulmón, páncreas, etc.) y tejidos mayores, regenerables (cornca, piel, hueso, médula, vasos sanguíneos, válvulas cardíacas, etc.).

No existe una regulación jurídica acerca de los microtransplantes. Es decir, de sustancias que escapan de las tradicionales concepciones de los actos de libre disposición del cuerpo humano y que, por su esencia y técnica a aplicarse, requieren de una estructuración legal especial. No es lo mismo, en orden médico, ni legal, ni social, transplantar un riñón que transplantar un elemento genético (genes, moléculas genéticas, secuencias de ADN). En esto, el Derecho debe mostrar un interés especial y crear una legislación acorde con los avances biocientíficos, este vacío se acrecienta con las técnicas de reproducción humana asistida y la canalización del Proyecto genoma humano¹¹².

486 **II. Marco legal**

Sosteníamos en la primera edición que:

¹¹² Citando como sustento VARSÍ ROSPIGLIOSI: *Derecho genético*, cit., 4ª ed., p. 181.

«Hasta ahora no existe una ley que regule de manera concreta y especial, los trasplantes de órganos en el Perú. Las normas están dispersas, su tratamiento es inorgánico debiéndose contar con un texto uniforme y, sobre todo, que llene la especialidad del sinnúmero de casos, a fin de regular tan importante materia¹¹³».

Actualmente, la base legal de los trasplantes de órganos y tejidos de cadáveres como de personas vivas es el CC, la LGSalud, la legislación especial, el CP y el CEDCMP. En adelante el análisis de cada cual.

A. Código Civil

487

Para el derecho privado el trasplante de órganos es un acto de libre disposición del cuerpo humano válido, siempre que su exigencia corresponda a un estado de necesidad, sea de orden médico o quirúrgico o esté inspirado en motivos humanitarios (art. 6, CC) y sea puro, simple e incondicionado.

El CC regula genéricamente los supuestos de disposición de partes del cuerpo humano bajo los siguientes principios:

- La cesión de órganos o tejidos no regenerables no debe perjudicar la salud ni reducir el tiempo de vida del cedente y se tendrá en cuenta su consentimiento expreso y escrito (art. 7).
- El carácter altruista, humanitario y de solidaridad determina la validez de los actos de disposición del cuerpo humano *post mortem* (art. 8).
- El carácter revocable de los actos de libre disposición del cuerpo humano. La revocación no da lugar al ejercicio de acción (judicial o extrajudicial) alguna (art. 9).
- La disposición *post mortem* del cuerpo humano por parte de la autoridad de salud previo consentimiento de los familiares (cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden). En caso de cadáveres no identificados o abandonados, la disposición se realiza de manera directa (art. 10). Este artículo ha merecido un análisis especial, dado el sentir del mismo.

¹¹³ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: «Anteproyecto de ley sobre trasplantes de órganos y material anatómico humano», en: *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, N° 3, Trujillo, 1996, pp. 103-109.

En su oportunidad tratamos¹¹⁴ el tema partiendo de la premisa que el cadáver (CAro DAta VERminibus, carne dada a los gusanos, véase como las primeras sílabas formar la palabra) tiene como destino normal y natural su descomposición y su regreso a la tierra (*Génesis*, 3:19), sin embargo puede tener un destino distinto establecido por la propia ley, que es su utilización en la conservación de la salud, prolongación de la vida o el interés social, siendo sus fines solidarios y altruistas. De esta manera, se regula directamente el derecho de occisión social, que está representado por los actos de disposición de terceros no familiares sobre el cadáver, es decir, sobre el cuerpo muerto, sobre los restos mortales, partiendo siempre de la premisa que, a pesar de que el cadáver no es un ser humano sino un resto físico de él, merece respeto y consideración exclusiva, ello en reconocimiento de la protección 'ultraexistencial' del sujeto de derecho¹¹⁵.

Dada su naturaleza jurídica, el cadáver es un objeto de derecho especial (resto cuasi sacro de la personalidad, como se menciona en la doctrina), digno de la más amplia protección, respeto y piedad; está fuera del comercio de los hombres (*corpore humane est res extra commercii Mancipi*). Sin embargo, ello no le resta la calidad de poder ser un donante fallecido y que se utilice su cuerpo con fines beneficiosos. Este es el sentir normativo sustentado tanto en el interés individual (cautela de los restos mortales) como en el interés social (fin terapéutico o investigación), lo que en esencia determina las posibilidades altruistas, solidarias, generosas del ser humano en aquello que hace digna su existencia¹¹⁶. Cuando nos referimos al fin terapéutico, estamos hablando que el cadáver es apto para proveer de salud o para salvar una vida, no para crear una nueva vida restringiéndose la cesión de gametos *post mortem*; es una técnica de reproducción con fines asistidos no naturales.

El artículo 10 plantea dos hipótesis legales claramente diferenciadas:

¹¹⁴ VARI ROSPIGLIOSI, Enrique: «Actos de disposición de terceros no familiares sobre el cadáver», en: *Código Civil comentado*, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2003, t. I, p. 141 a 144.

¹¹⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*, Lima, Editorial Huallaga, 1996, p. 125.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *Derecho de las personas*, 8ª ed., Lima, Grijley, 2001, p. 70.

a) Utilización parcial de cadáveres identificados con fines terapéuticos

488

El supuesto central de este artículo es que la persona no dispuso en vida de su cadáver, ni en sentido positivo ni en sentido negativo¹¹⁷. La posibilidad que el profesional de salud, en cuya custodia esté el cadáver, pueda disponer de manera gratuita y parcial de él para bien de otros, previo el consentimiento de sus familiares. Este supuesto está en perfecta concordancia con la LGSalud (art. 8 *in fine*) en el sentido que, de morir una persona sin haber expresado su voluntad de ceder o no su cuerpo, corresponde a sus familiares dicha facultad (derecho de los familiares a disponer del cadáver de su difunto). Con el mismo norte el Reglamento de la Ley de Transplantes indica que en caso de muerte, natural o accidental, y ante la ausencia de voluntad expresa del fallecido la autorización podrá ser otorgada en forma excluyente, y en el siguiente orden, por: a) El ó la cónyuge b) Descendientes mayores de edad c) Ascendientes, d) Hermanos. Téngase presente que la facultad de disposición conferida es parcial, no total, pues se entiende que habría que dejar 'algo' del cadáver para darle cristiana sepultura.

El consentimiento dado en vida por el fallecido y la *pietas* familiar para la disposición cadavérica, no siempre serán tomados en cuenta, prevaleciendo el interés de la colectividad lo que implica una limitación al derecho subjetivo personal y familiar pertinente. Téngase en cuenta que ninguna intervención realizada clandestinamente en cadáveres humanos puede justificarse.

En determinados casos la ley permite al profesional de salud la libre disposición cadavérica y estas excepciones se indican en la LGSalud (art. 110) y son: en las necropsias de ley, embalsamamiento o cremación del cadáver y en los casos de accidentes en que la muerte se produce en un centro asistencial, siempre que los restos no sean reclamados por los familiares o se cuente con autorización de estas. El Reglamento de la ley de Transplantes, con similar criterio, que se presume la voluntad presunta por: Muerte accidental en los que deba aplicarse la necropsia (R, art. 6) y en casos de embalsamamiento o incineración (R, art. 10).

¹¹⁷ RUBIO CORREA, Marcial: *El ser humano como persona natural*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992 (Para leer el Código Civil, t. XII), p. 65.

Estas situaciones están subsumidas dentro de la denominada *tesis de la nacionalización o socialización del cadáver*, mediante la cual el Estado puede disponer libremente del cadáver de sus ciudadanos para salvar vidas.

La naturaleza jurídica de esta facultad *sui generis*, tan discutida en la doctrina nacional y comparada, es que se trata de un derecho social sustentado en la primacía de la vida humana, justificándose la ablación como una forma de rescate de una vida y que, también, ante la falta de órganos sólo puede ser salvada por medio de un transplante.

Como puede apreciarse, la LGSalud ha derogado tácitamente al Código Civil pues fija el interés social por encima del principio de primacía de la voluntad del causante y del derecho de disposición de los familiares sobre el cadáver de su difunto.

489 ***b) Utilización total de cadáveres no identificados con fines de interés social***

El destino legal de los cadáveres no identificados o abandonados (indigentes, vagabundos) es su utilización con fines de interés social, es decir, que tengan un uso científico o pedagógico. En este caso la ley hace bien en considerar esta utilización especial que, en cierta manera, frena el tráfico de restos humanos. Se entiende que el cadáver no reclamado se rige por las disposiciones de la *res nullius* o *res derelicta*, de manera que el Estado lo confisca por razones de utilidad pública, pasando a ser un difunto socializado; las indemnizaciones que corresponderían a los parientes son letra muerta en nuestro medio.

Todo lo explicado y además el artículo 10 del CC, concuerda con el Reglamento de Servicios de Necropsias (DS. 003-69-PM), la Ley de Cementerios y Servicios Funerarios (L. 26298, art. 27) y su Reglamento (DS. 03-94-SA), pero fundamentalmente con la LGSalud (art. 114) en el sentido que los cadáveres no identificados o reclamados dentro del plazo de treinta y seis (36) horas luego de su ingreso a la morgue, podrán ser dedicados a fines de estudio o investigación científica. El Reglamento de la Ley de Transplantes indica que en personas con diagnóstico de muerte encefálica el director del establecimiento de salud podrá autorizar, luego de 48 horas de suscrita el acta de comprobación de muerte encefálica, la extracción de órganos y tejidos en los siguientes casos: a) Personas no identificadas y, b) Per-

sonas identificadas en situación de abandono, sin voluntad expresa para la donación en su documento de identidad (art. 15).

Es de aclararse que la consagración del cadáver a objetivos científicos o humanitarios es una facultad exclusiva de la propia persona y excepcionalmente, de la autoridad pública. De esta manera, nuestro ordenamiento hace bien en señalar que esta disposición cadavérica especial, se aplicará de forma exclusiva en cadáveres no identificados o abandonados.

Indiscutiblemente, este destino investigativo y pedagógico, permite el desarrollo de una cirugía sustitutiva aplicada en el hombre, surgiendo nuevas alternativas como son los microtransplantes (células, genes, secuencias de ADN), xenotransplantes (elementos biológicos de animales), la implantación de piezas mecánicas, electrónicas o computarizadas en el cuerpo humano (*ciborgs* o *bionics*)¹¹⁸. La medicina regenerativa viene progresando a través del estudio de tejidos *post mortem*, tal es el caso de las investigaciones sobre el cerebro de cadáveres humanos, que se presenta actualmente como una fuente alternativa para obtener células madres (*Stem cells*) con fines terapéuticos; esta técnica se presenta como una alternativa con menos problemas bioéticos, a diferencia de la utilización de fetos o embriones inviables en este tipo de investigaciones.

Es de mencionarse que los fines de interés social de la disposición cadavérica deben estar acorde con el orden público y las buenas costumbres (embalsamar un cadáver para ser exhibido en un museo por poseer alguna característica corporal especial sería discutible). Distinto podría ser el hecho de obtener un molde de la estructura corporal para hacer una réplica de yeso (siameses Eng y Chiang, 1811, oriundos Siam). Las prohibiciones presentadas en la jurisprudencia comparada son, por ejemplo, la utilización de cadáveres en la realización de pruebas de los mecanismos de seguridad vehicular en casos de accidente o para la comprobación de los efectos de instrumentos balísticos.

Entendemos que el cadáver, como bien jurídicamente tutelado, no es objeto de propiedad privada, por el contrario, está afecto a las normas sanitarias que de por sí son de orden público y su destino, en este caso, lo establece la ley¹¹⁹, debiéndose tener presente que la uti-

¹¹⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI: *Derecho genético*, cit., 4ª ed., p. 62.

¹¹⁹ FERNÁNDEZ SESSARECO, Carlos: *Derecho de las personas*, 7ª ed., 1ª reimpr., Lima, Grijley, 1996.

lización de los cadáveres para estos fines deberá respetar los derechos fundamentales y los postulados bioéticos de las investigaciones científicas.

A todo lo expuesto, y siendo el cadáver un bien perfectamente aprovechable incluso en sus productos de desecho (pelo, uñas, placenta), existen determinados elementos como el cordón umbilical, de los que se extraen los progenitores hematopoyéticos o células madre, que actualmente no tienen la calidad jurídica de productos de desecho, requiriéndose para estos efectos una regulación especial.

Dada su naturaleza jurídica especial, no se encuentran dentro del ámbito de este dispositivo:

- Los embriones, fetos y anencéfalos, pues son sujetos de derecho especial. Sus células, tejidos u órganos, pues son bienes jurídicamente protegidos y
- Las momias históricas, restos humanos antiguos y otros de orden arqueológico, pues son patrimonio cultural.

490 B. Ley General de Salud

La LGSalud establece fundamentalmente que (arts. 8, 41, 45 y 110):

- Es un derecho de toda persona el recibir órganos o tejidos de seres humanos vivos, de cadáveres (halotransplantes) o de animales (xenotransplantes¹²⁰) para conservar la vida o recuperar la salud.
- Si el transplante, injerto o transfusión es en vida, no debe perjudicar la salud.
- Como acto será gratuito.

Este es el sustento del principio *corpore humane est res extra commercii mancipi* (El cuerpo humano está fuera del comercio). La base legal la tenemos en la LGSalud, art. 45 *in fine* ...: 'Los establecimientos de salud sólo podrán disponer de órganos y tejidos con fines de transplante o injerto a título gratuito' y art. 116 'Queda prohibido el comercio de cadáveres y restos humanos'. La ley de

¹²⁰ El transplante de órganos o tejidos de animales a humanos ha sido cuestionado, pues a pesar de que existen dos tipos: el de los animales criados en ambientes esterilizados y el de los animales transgénicos, esto puede determinar el surgimiento de epidemias.

transplante de órganos (art. 7) y su Reglamento (art. 17) consideran que todo acto de disposición de órganos y/o tejidos es gratuito (...). El CP., es más, ha tipificado el *delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos* (art. 318-A). El CEDCMP establece 'Comete falta grave contra la ética profesional, el médico que, con propósito de lucro o sin él, propicia o ejecuta tráfico o comercio de material genético, partes de células, células, tejidos u órganos de origen humano, sin perjuicio de las responsabilidades civil y penal que puedan corresponderle' (art. 23).

En su momento, el anterior Reglamento de la Ley de transplante (DS. 014-88-SA) indicó 'Art. 3.- Ninguna cesión de órganos o tejidos para transplantes o injertos, entre seres vivos o procedentes de un cadáver, podrá realizarse en forma onerosa o bajo modalidades encubiertas de compensaciones, ventajas, beneficios de orden pecuniario, económico o contraprestaciones de similar o análoga naturaleza. Todo acto en contra es nulo. El cuerpo humano y en su caso, sus restos mortales, carecen jurídicamente de significado económico-patrimonial. Toda cesión o disposición de órganos o tejidos efectuada de conformidad a la Ley, responde al supremo valor de la solidaridad humana.' En el mismo sentido lo establecía el art. 2 de la L. 27282.

- Se requiere el consentimiento del donante, en el caso de incapaces, sus representantes no pueden otorgar consentimiento.
- Para la disposición de órganos y tejidos de cadáveres se tendrá en cuenta lo declarado en el Documento Nacional de Identidad¹²¹, salvo declaración posterior en contrario que conste de manera indubitable o cuando por mandato de la ley deba hacerse la necropsia o cuando se proceda al embalsamamiento o cremación del cadáver. En estos casos se realizará la ablación sin requerirse autorización dada en vida por el fallecido o el consentimiento de sus familiares (art. 110).
- En caso de muerte de una persona, sin que ésta haya expresado en vida su voluntad de ceder sus órganos o tejidos o su negativa de hacerlo, corresponde a sus familiares más cercanos disponerlos.

¹²¹ L. 26497, modificada L. 26745 (Ley Orgánica del RENIEC) establece que el DNI contendrá la declaración del titular de ceder o no sus órganos para fines de transplante después de su muerte (inc. k, art. 32). Hay que concordarlo con el Reglamento art. 13.

- Al momento de la admisión de un paciente (salvo los casos de emergencia), el establecimiento de salud consignará por escrito la voluntad del paciente de donar, en caso de muerte, sus órganos y tejidos para fines de trasplante, injerto, docencia o investigación o en su caso, la negativa de hacerlo (art. 41).
- Los trasplantes sólo pueden realizarse en establecimientos de salud especializados y habilitados (art. 45).

491 **C. Legislación especial**

La legislación especial está conformada por la L. 28189¹²² (en adelante L.) Ley General de donación y trasplantes de órganos y tejidos humano y su Reglamento¹²³ (en adelante R) regula las actividades y procedimientos relacionados con la obtención y utilización de órganos y/o tejidos humanos para fines de donación y trasplante. El uso de los mismos con fines de investigación científica, el autotrasplante, el trasplante de órganos y tejidos de origen animal no constituyen objeto de la ley (art. 1).

Entre las instituciones más importantes que en esta legislación se tratan, tenemos:

492 **a) Garantías y principios**

La extracción de órganos y/o tejidos (*inter vivos* o *post mortem*) sólo se realizará con el fin de beneficiar o mejorar la salud o condiciones de vida de otra persona, siempre teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos y los postulados éticos de la investigación biomédica (L. art. 5).

Son garantías y principios de la cesión y trasplante de órganos y tejidos (L. arts. 3, 6 y 8):

- Defensa de la persona humana y respeto a la dignidad.
- Voluntariedad.
- Confidencialidad del receptor y cedente

¹²² DOEP, 18/3/2004. Derogó la L. 23415, modificada por L. 24703 (salvo el Registro Nacional de Donantes, Comité de Solidaridad Social y creación del Banco de Órganos y Tejidos) y su Reglamento el DS. 014-88-SA.

¹²³ DS. 014-2005-SA (DOEP, 27/05/2005).

- Anonimato.
- Altruismo y solidaridad.
- Gratuidad, ausencia de ánimo de lucro.
- Equidad en la selección del cedente y receptor
- Acceso oportuno al trasplante.
- Adopción de medidas para minimizar la transmisión de enfermedades u otros riesgos a la vida o la salud, asegurando las máximas posibilidades de éxito del trasplante.
- Establecimiento de sistemas de evaluación y control.

Indica el Reglamento que la donación de órganos y tejidos de personas fallecidas o vivas debe ser un acto altruista, solidario, gratuito y voluntario, acorde con los postulados éticos de la investigación médica (art. 11).

b) Determinación de la Muerte

493

La muerte se produce con la cesación definitiva o irreversible de las funciones encefálicas. La constatación de ésta es responsabilidad del médico que la certifica (L, art. 3). El Reglamento considera que la muerte encefálica se da con el cese irreversible de las funciones del tronco encefálico (art. 4).

La muerte cerebral corresponde a la muerte legal de una persona (art. 61 del CC y art. 108 de la LGSalud). Sin embargo, la LGSalud, y recientemente el Reglamento de la Ley de transplantes (art. 3), establece un criterio adicional para determinar la muerte y este es con la constatación de la paralización de la actividad cardio-respiratoria. Este criterio, que junto con el anterior forma el denominado *criterio dicotómico de la determinación de la muerte*, ha sido sustentado en el hecho que los servicios tecnológicos de salud no son vastos ni suficientes en todo el país; en aquellos lugares donde no se pueda acreditar la muerte cerebral se validará el fin de la vida con la paralización cardiovascular.

Es de tener presente que la legislación especial aclara que por el hecho de la muerte la persona, que en vida es sujeto de derecho, se convierte en un objeto de derecho especial, digno de respeto y piedad (en este sentido, el art. 4 de la Ley, al tratar el tema de los *restos mortales de la persona humana*).

Como tal, el cadáver carece de significado económico patrimonial y por ser diferente a todos los demás objetos, no cabe incluirlo en nin-

guna de las clasificaciones de bienes a que se refieren la doctrina y la legislación comparada¹²⁴.

494 **c) *Traslado Nacional e Internacional de los Órganos y/o Tejidos***

El transporte de órganos y/o tejidos del establecimiento de extracción hasta el centro en el que se realizará el trasplante se efectuará en condiciones y medios adecuados de transporte, según las características de cada órgano y/o tejido. Para esto se acompañará la información y documentación correspondientes, la misma que será evaluada a efectos de determinar lo más adecuado.

Para el ingreso y salida de órganos y/o tejidos del y hacia el territorio nacional, se requiere (L, art. 14):

- Autorización previa del MINSA.
- Que se efectúe a través de la conexión con una organización de intercambio de órganos y/o tejidos legalmente reconocida en el país de origen o de destino.
- Constatar que el órgano y/o tejido reúne las garantías éticas y sanitarias exigibles en el territorio nacional y que concurren las siguientes circunstancias:
 - Que provenga de un donante cadavérico, salvo el caso de donación de tejidos regenerables.
 - Que exista receptor adecuado en el territorio nacional.
 - Que se acredite la viabilidad del órgano y la ausencia de enfermedad transmisible u otro riesgo para la vida o la salud.
- Para la salida de órganos y/o tejidos se debe constatar adicionalmente:
 - Que el órgano y/o tejido provenga de un donante cadavérico.
 - Que no exista receptor adecuado en el territorio nacional.
 - Que exista un receptor adecuado en el país de destino.

El Reglamento ha dado especial importancia a la búsqueda, y el eventual internamiento al territorio nacional o salida de células madres

¹²⁴ MORALES GODO, Juan: *Hacia una concepción jurídica unitaria de la muerte*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 51.

y/o progenitores hematopoyéticos compatibles con fines terapéuticos (art. 53).

d) Promoción y Educación

495

Corresponde a los sectores gubernamentales de salud y educación, en sus respectivas competencias realizar las siguientes acciones (L, art. 8):

- Promover una cultura de solidaridad en la población, que tienda a favorecer la cesión y trasplantes de órganos y/o tejidos humanos, resaltando la solidaridad, voluntariedad, altruismo, los beneficios que suponen para las personas que los necesitan.
- Supervisar el fiel cumplimiento de las condiciones, requisitos y garantías de los procedimientos.
- Brindar capacitación a los profesionales que se dedican a las actividades de ablación y trasplante.
- Implementar un sistema de notificación con la finalidad que todos los establecimientos de salud a nivel nacional notifiquen inmediatamente la existencia de un potencial cedente cadavérico.

Está prohibida la publicidad sobre cesión de órganos y/o tejidos en beneficio de personas individualizadas, establecimientos de salud o instituciones determinadas (R, art. 17 y, en especial, el 24).

El Reglamento menciona que las instituciones que conforman el Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud y el Sector Educación promoverán en la población una cultura de solidaridad a fin de favorecer la donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos, resaltando su carácter solidario, voluntario, altruista, desinteresado y los beneficios que suponen para las personas que los necesitan (art. 19).

e) Comité de Transplante de Órganos

496

Está compuesto por el director del establecimiento de salud donde se efectuará la operación y por aquellos médicos especialistas. Su objetivo es autorizar la extracción y trasplante, verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley.

La legislación derogada de trasplantes consideró la existencia de un Comité de comprobación de muerte cerebral. Se sustentaba en que

en todo establecimiento de salud autorizado para ejecutar transplantes debe existir un Comité de comprobación de la muerte cerebral y otro de transplante de órganos, el que estará integrado por el director del establecimiento de salud donde se encuentra el paciente o su representante, por el médico tratante y por un neurólogo o neurocirujano. Los médicos que integran el comité no pueden intervenir como miembros del equipo que realice la extracción del órgano ni el transplante. La comprobación de la muerte cerebral se basa en la constatación y concurrencia, durante treinta (30) minutos al menos y la persistencia seis (6) horas después del comienzo del coma, de los siguientes signos:

- Ausencia total de respuesta cerebral a estímulos externos, especialmente nocioceptivos, con pérdida absoluta de conciencia;
- Ausencia de respiración espontánea;
- Ausencia de reflejos encefálicos, de pares craneanos y pupilas midriáticas o en posición intermedia, aun ante estímulos fóticos intensos;
- Electroencefalograma plano demostrativo de inactividad bioeléctrica cerebral.

Esta comprobación tiene lugar después de dos registros silenciosos e isoeléctricos con no menos de treinta (30) minutos de duración cada uno, efectuados con un intervalo mínimo de tres (3) horas entre ambos. Se aclara que los citados signos no son suficientes ante situaciones de hipotermia inducida artificialmente o de administración de drogas depresoras del sistema nervioso central.

La comprobación y certificación de la muerte cerebral se ha de efectuar por acuerdo unánime de los integrantes del Comité. Confirmado el silencio cerebral, se puede mantener la circulación y respiración del fallecido por medios artificiales, para asegurar que los órganos y/o tejidos se encuentren en óptimas condiciones para el transplante.

Sobre la eliminación de este Comité, se han mostrado criterios de oposición en el sentido que «...toda la legislación comparada sobre transplante establece que la certificación de la muerte, para dicho fin, debe hacerse por un grupo de médicos (en algunas leyes se fija de dos, en otras de tres). La nueva Ley (artículo 3), contradiciendo tan elemental principio universal, establece que la certificación la haga un

solo médico. La Ley omite, además, una norma que es de aplicación también universal, según la cual ningún médico que tuvo intervención en la determinación del hecho de la muerte y en el tratamiento de la enfermedad que la causó, podrá participar en el transplante»¹²⁵.

f) Transplante de órganos y tejidos de cadáver

497

Todo órgano o tejido de un cadáver puede ser utilizado para la prolongación o conservación de la vida humana o con fines de investigación científica. Es de interés público toda actividad médica relacionada con la investigación, obtención, donación, procesamiento y suministro de órganos, tejidos y sus componentes y derivados para fines de injerto de tejidos, transplante de órganos y otras finalidades terapéuticas o científicas.

La extracción de órganos de personas fallecidas se efectuará evitando mutilaciones o disecciones innecesarias y el cadáver debe ser recompuesto con el mayor esmero que su naturaleza exige.

Son requisitos del cedente cadavérico los siguientes:

- *Edad y/o capacidad.*- El mayor de edad capaz y el representante del incapaz comprendido en los incisos 4, 5 y 8 del artículo 44 del CC. (Pródigo, 5. Mal gestor y 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil). Estos pueden expresar su voluntad de manera indubitable, de ceder todo o algunos de sus órganos y/o tejidos, para después de su muerte. Asimismo, los representantes legales de los incapaces (art. 43 y en los inc. 1, 2, 3, 6 y 7 del art. 44 del CC.¹²⁶) a los que se les haya diagnosticado su muerte, podrán otorgar y/o revocar su consentimiento para la extracción de sus representados con fines de cesión.

¹²⁵ GUEVARA PEZO, Víctor: «Análisis de la nueva Ley de transplante de órganos», en: *Actualidad Jurídica*, t. 125, abril, Lima, 2004, p. 24.

¹²⁶ CC. Art. 43.- Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento y 3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Artículo 44.- Son relativamente incapaces: 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2. Los retardados mentales. 3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad (...) 6. Los ebrios habituales y 7. Los toxicómanos.

- *Consentimiento.*- A falta de voluntad, el consentimiento podrá ser otorgado por los parientes más cercanos que se hallen presentes (L. 11). El Reglamento complementa que si la voluntad de ceder todos o algunos de sus órganos para después de su muerte no consta de manera indubitable, el consentimiento (o revocación del mismo) podrá ser otorgado por los familiares más cercanos (R, art. 35 a). Con este criterio se descarta *la voluntad presunta*.

498 *La voluntad presunta*

Sólo se presume la voluntad en los siguientes casos:

- Muerte accidental en los que deba aplicarse la necropsia (R, art. 6)
- En casos de embalsamamiento o incineración (R, art. 10)

Con estos dos casos se subsana la grave omisión de la ley en lo referente a la regulación de la voluntad presunta lo que generó un sinnúmero de críticas, entre ellas la de Torres Carrasco:

«... llama poderosamente la atención que la nueva Ley N° 28189 no haya recogido la teoría de la voluntad presunta, de tanta importancia para alcanzar el objetivo de que una sociedad sea proclive a la cesión de órganos y que, en líneas generales, se encontraba prevista tanto en el Código Civil como en la ahora derogada legislación sobre cesión de órganos. En efecto, los artículos 6 y 12 del Código Civil y el artículo 8 de la Ley N° 23415, acogían la teoría de la voluntad presunta, por la cual si una persona fallece por un accidente de tránsito, sin haber expresado su negativa a ceder sus órganos para fines de trasplante, se presume *iuris tantum* que su silencio equivale a un asentimiento para que se disponga de su cuerpo a favor de terceros... [La] ley destierra la figura de la voluntad presunta, al prescribir que el donante mayor de edad y capaz, así como los pródigos, malos gestores y personas que tienen anexa una sanción penal de interdicción deben expresar su voluntad de donación de órganos y tejidos para después de su muerte. Por lo tanto, a diferencia de lo que se preveía en la legislación anterior sobre la materia, de producirse la muerte y no haberse expresado indubitablemente la voluntad de ceder los órganos, no sería posible el trasplante de órganos y tejidos, salvo que el consentimiento sea otorgado por los parientes más cercanos»¹²⁷.

¹²⁷ Cfr. TORRES CARRASCO, Manuel Alberto: «Transplantando errores» [Página editorial], en: *Actualidad Jurídica*, t. 125, abril, Lima, 2004, p. 5.

Incorporada la voluntad presunta para los supuestos indicados queda decir que su fundamento está en orden al valor supremo solidaridad, entendiéndose la decisión favorable de la persona para la ablación de sus órganos después de su muerte con la finalidad de mejorar la salud o preservar la vida, salvo que expresamente en vida haya manifestado su decisión en contrario en su DNI¹²⁸.

- *Información.*- Los familiares o representantes están facultados para solicitar la información relativa a la necesidad, naturaleza, circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria, para efectos de la manifestación del consentimiento.
- *Muerte.*- Comprobación y la certificación de la muerte (L, art. 3, R, arts. 3 - 5) por profesionales especialistas distintos de aquellos médicos que vayan a intervenir en la extracción o el trasplante.

g) *Confidencialidad de la Información*

499

La información de los cedentes y receptores de órganos y/o tejidos será recogida, tratada y custodiada con estricta confidencialidad. Está prohibida la difusión y proporcionar información por cualquier medio que permita la identificación del cedente o receptor. Es permisible la adopción de medidas preventivas ante la existencia de indicios que pongan en riesgo la salud individual o colectiva (L, art. 6)

h) *Gratuidad*

500

Los actos de disposición de órganos y/o tejidos son gratuitos, por lo que carecen de fin económico, prohibiéndose cualquier tipo de publicidad referida a la necesidad o disponibilidad de un órgano o tejido, ofreciendo o buscando algún tipo de beneficio o compensación (R, art. 17). Debe quedar en claro que los mecanismos de financiamiento para los procedimientos de extracción de órganos y/o tejidos serán establecidos por la Ley. En ningún caso, los costos serán exigidos al cedente vivo ni a la familia del cedente cadavérico (L, art. 7, R., art. 17).

¹²⁸ Antes en el Registro Nacional de Donantes de Órganos y Tejidos. Cfr. VARSÍ ROSPIGLIOSI: *Derecho Médico Peruano*, cit., pp. 153 y 154, numeral 494.

501 *i) Transplante entre Seres Vivos*

El médico certificará que el transplante o injerto no significa riesgo para la vida ni salud del cedente, de esta manera sólo puede realizarse:

- Con órganos múltiples,
- Con tejidos regenerables o no; y
- Cuando signifique para el receptor, la mejor alternativa terapéutica.

502 *(1) Requisitos para la cesión de tejidos regenerables de cedentes vivos*

- Certificación médica de ausencia de riesgos para la vida, salud o limitaciones de desarrollo del cedente (L, art. 9). Es decir, la extracción de procede siempre que exista: a) Interés terapéutico del receptor, b) No se disponga de un tejido adecuado de un fallecido y, 3) Ni de método terapéutico alternativo de eficacia comparable (R, art. 25).
- Los menores o incapaces podrán ser cedentes siempre que sus padres o tutores otorguen la autorización vía judicial (L, art. 9 y R, art. 26, d). Esto no es aplicable cuando se trata de donación de sangre de cordón umbilical y placenta, por ser considerados productos de desecho (R, art. 26). Se limita que el menor sólo pueda ser cedente en beneficio de su hermano (R, art. 26, e).

Además, el reglamento especifica tener en cuenta (art. 26):

- Los criterios de elegibilidad de un individuo específico para la donación de tejidos regenerables debe estar basada en la historia médica y social, examen físico, otros medios de apoyo diagnóstico y la condición clínica del mismo.
- Los criterios de edad del cedente para cada tipo de trasplante estarán establecidos en los Protocolos correspondientes.
- Consentimiento informado expreso del cedente.

503 *(2) Requisitos para la cesión de tejidos y órganos no regenerables de cedentes vivos*

La extracción de órganos estará permitida cuando: a) No cause grave perjuicio a la salud del cedente, b) Existan perspectivas de éxito para conservar la vida o mejorar la salud del receptor y, c) No haya otra alternativa de tratamiento (R, art. 28).

- Ser mayor de edad.
- Gozar de plenas facultades mentales y adecuado estado de salud, lo que deberá estar certificado por médicos especialistas distintos de los que vayan a realizar la extracción y el trasplante. Los representantes de los menores o incapaces no tienen facultad para brindar consentimiento para la extracción de órganos y/o tejidos de sus representados.
- Ser informado previamente de las consecuencias previsibles de su decisión. El paciente receptor de un trasplante debe ser informado por el jefe del Comité de trasplante de órganos y tejidos de todas las medidas de seguridad adoptadas para el buen resultado de la operación. Se informará, también, sobre la calidad concluyente de las pruebas efectuadas para determinar la compatibilidad entre los tejidos del receptor y los del órgano a trasplantarse, así como de las reacciones y consiguientes riesgos.
- Otorgar consentimiento por escrito ante Notario Público, de manera libre, consciente y desinteresada. No procederá la extracción cuando medie condicionamiento o coacción. El Reglamento, curiosamente, requiere dos tipos de consentimiento: consentimiento informado según Anexo N° 3 (se detalla un modelo a seguir) y consentimiento por escrito ante Notario Público (art. 29 c y d). En todo caso, el cedente tiene derecho a revocar su consentimiento en cualquier momento, lo que no da lugar a ningún tipo de indemnización
- Compatibilidad entre el cedente y el receptor.
- Se deberá garantizar que las funciones del órgano o tejido a extraer serán compensadas por el organismo del cedente, de manera que no se afecte sustancialmente su vida o salud.
- Facilitar al cedente, la asistencia médica necesaria para su restablecimiento.

j) Centros de Ablación y Trasplante de Órganos y Tejidos

504

La extracción de órganos debe practicarse en establecimientos que cuenten con instalaciones y equipos adecuados y el personal médico debe ser calificado y especializado. Los establecimientos de salud incluirán ambientes e instalaciones para la conservación y preservación de órganos y tejidos destinados a trasplantes. Son requisitos y condiciones de funcionamiento de estos Centros (L, art. 12):

- *Autorización y acreditación.* La extracción o trasplante de órganos o tejidos de cedentes vivos o cadavéricos, se realizará en establecimientos de salud debidamente autorizados y acreditados por el MINSA para el programa de trasplante respectivo.
- *Personal y recursos.* Contar con personal y recursos que garanticen el cumplimiento de los principios y derechos reconocidos por la Ley.
- *Información.* Los establecimientos de salud informarán periódicamente a la Organización Nacional de Trasplante de Órganos y Tejidos sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de los procesos de extracción y trasplante.

La autorización y acreditación de los establecimientos por parte del MINSA debe reunir los requisitos de ley, determinándose las condiciones para su renovación, suspensión y/o revocación. La inspección y supervisión de los establecimientos de salud corresponde a la autoridad de salud competente. Las unidades y centros proporcionarán la información relacionada con la actividad para la que hayan sido debidamente autorizados (art. 13).

Entre sus profesionales, deben contar con psicólogos y psiquiatras que evalúen a los pacientes antes y después de las operaciones, teniendo en cuenta que sus recomendaciones formuladas por escrito, serán atendidas por el Comité de trasplante de órganos.

505 *k) Registro Nacional de Donantes de Órganos y Tejidos*

En este registro el cedente inscribe su voluntad de ceder o no órganos para fines de trasplante después de la muerte. Tiene el carácter de ser obligatorio y de libre determinación. Es dirigido y organizado por el MINSA.

En él se inscribe obligatoriamente:

- La voluntad de una persona de donar o no sus órganos o tejidos después de su fallecimiento ocasionado por un accidente y
- La voluntad de una persona que ingresa a un establecimiento de salud para un determinado tratamiento de ceder o no a otro sus órganos y/o tejidos para fines de trasplante, después de su muerte.

Esta inscripción se efectuará en base a la copia del formulario suscrito por el donante al momento de recibir tratamiento en un establecimiento de salud.

l) Organización Nacional de Donación y Trasplantes

506

Antes se denominaba el Comité de Solidaridad Social. El MINSA dispondrá de las medidas necesarias para su funcionamiento y será el ente técnico responsable de los procedimientos de extracción y trasplante del Registro Nacional de Donantes, Órganos y Tejidos y del Banco de Órganos y Tejidos para Trasplantes. Es un organismo multisectorial que tiene como finalidad difundir los beneficios que se derivan de los programas de trasplantes de órganos y tejidos en cuanto al mejoramiento de la salud y la defensa de la vida de los pacientes necesitados de un trasplante.

Para el cumplimiento de su objetivo promoverá los trasplantes en base a su significación humanitaria y social, iniciará campañas de educación cívica y sanitaria.

Está integrado por representantes del MINSA, Episcopado peruano, Colegio de Abogados de Lima, Colegio Médico del Perú, Colegio de Periodistas, Academia Nacional de Medicina, Academia Nacional de Cirugía, Asociación Peruana de Facultades de Medicina, Cruz Roja Peruana, Ministerio de Educación, ESSALUD, Sanidades de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

m) Banco de Órganos y Tejidos para Trasplantes

507

Es un organismo de integración de informaciones que centraliza los datos sobre los pacientes que requieren un trasplante y de los casos de disponibilidad de órganos, permitiendo la individualización de los sujetos idóneos para recibir trasplantes y establecer las consiguientes prioridades.

Los establecimientos de salud autorizados podrán instalar y mantener, para fines terapéuticos, bancos físicos de órganos y tejidos (art. 45, LGSalud).

La legislación contra el SIDA indica que todo donante de sangre o sus componentes, de células, de tejidos o de órganos, debe ser sometido a tamizaje de infección por VIH, bajo responsabilidad civil, penal o administrativa de los profesionales de salud responsables y de su realización en forma negligente, imprudente o imperita¹²⁹.

¹²⁹ Art. 9, DS. 004-97-SA (DOEP, 18/06/1997).

En su momento se dictó la Ley de Fomento de la Donación de Órganos y Tejidos Humanos (L.27282, DOEP, 8/6/2000) que se encargaba de promover, proteger e incentivar estos actos médicos. El único tema que quedó vigente de esta Ley es el de la cesión de sangre y componentes sanguíneos, de órganos, tejidos y médula ósea, los permisos laborales y licencia para los actos de cesión, entre otros, dado que fue parcialmente derogada por la Ley 28189¹³⁰.

508 *n) Comentarios de la nueva legislación*

La necesidad de contar con legislación sobre transplantes de órganos y tejidos debe estar acompañada de los requerimientos sociales, humanos e institucionales en la materia. No es solo cuestión de dictar una norma que consolide todas las normas dispersas sino que debe pensarse con un criterio real. Con esta lógica, Espinoza Espinoza ya se ha planteado su crítica:

«La Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, Ley N° 28189, del 16.03.04, como ya se dijo, ha derogado tanto la Ley N° 23415, la Ley N° 24703, así como su Reglamento. Sin embargo, su dación significa una manifiesta involución con respecto a las leyes precedentes y a los modelos jurídicos contemporáneos que circulan en esta materia, por los siguientes motivos:

- 1) En el supuesto de dación de órganos o tejidos de un cadáver, se refiere al «donante cadavérico», expresión con la cual se incurre simultáneamente en dos errores: el primero, como ya se dijo, este acto de disposición, técnicamente no es una donación, sino una dación o cesión; el segundo es la insólita situación en la que se coloca al cadáver, el cual, no obstante ser considerado también como un objeto de derecho (art. 4), se le sigue entendiendo –al mismo tiempo– como sujeto de derecho, al calificarlo en el art. 11 como «donante» (¿?).
- 2) Inexplicablemente se destierra la figura de la voluntad presunta, al prescribir que el donante mayor de edad y capaz, así como los pródigos, malos gestores y personas que tienen anexa una sanción penal de interdicción, deben expresar su voluntad de donación de órganos o tejidos para después de su muerte. Así como «de producirse la muerte y no haberse expresado la

¹³⁰ Séptima Disposición Transitoria y Final, derogó a la L. 27282, salvo el capítulo II, referido a la donación de sangre y componentes sanguíneos y el artículo 16 que declara el 23 de mayo como el «Día Nacional del Donante de Órganos y Tejidos».

voluntad de donar que conste de manera indubitable, el consentimiento podrá ser otorgado por los parientes más cercanos que se hallen presentes» (art. 11.1).

- 3) Los representantes de los menores de 16 años, de los privados de discernimiento, de aquellos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, de los menores de 18 y mayores de 16 años, de los retardados mentales, de los que adolecen de deterioro mental, de los ebrios habituales y de los toxicómanos a los que se les haya diagnosticado su muerte, podrán otorgar y/o revocar su consentimiento para la extracción de órganos o tejidos de sus representados, con fines de donación (art. 11.2). Esta disposición va en contra de las modernas corrientes en materia de tutela de los sujetos débiles, por cuanto, al ser los actos de disposición del propio cuerpo (en este caso de lo que será el cadáver), actos de naturaleza existencial, debe tenerse en cuenta la voluntad del sujeto con capacidad restringida. Puede entenderse la intervención de los representantes legales en el caso de los (mal) denominados incapaces absolutos; pero resulta incomprensible que no se tome en consideración la decisión de los (mal) denominados incapaces relativos, máxime cuando es un principio consolidado en el Código Civil peruano el de darle relevancia a los actos estrictamente personales de los menores de edad con discernimiento (art. 455), el cual se hace extensivo, por argumentación *a simili*, incluso a todos los sujetos con capacidad restringida con discernimiento, sobre todo, en un caso en el cual no está en juego ni su integridad, ni su vida, ni su salud (recuérdese que se está disponiendo en vida de lo que se hará con el cadáver).

- 4) Para colmo de males, en el art. 11.5, se establece que, en el caso de autopsia, se podrá efectuar la extracción de tejidos para fines de trasplante o de injerto. Acá no se asume la voluntad presunta, sino que el Estado se está irrogando un derecho de «confiscación» de los tejidos de los cadáveres. Tampoco se entiende por qué sólo se limita a la extracción de tejidos y no de los órganos.

A este rosario de «legicidios» debe agregarse el hecho que, como suele ser costumbre por nuestros legisladores, se dejan pendientes una serie de situaciones para ser reguladas en un reglamento que todavía no se ha dictado. Evidentemente, resultó apresurado derogar el Reglamento aprobado por el D.S. N° 014-88-SA, por cuanto hubiera sido inteligente mantenerlo vigente hasta la dación del nuevo, a efectos que, en esta situación transitoria, se aplique lo que fuera pertinente y no estar ante una laguna legislativa¹³¹.

¹³¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de las Personas*, 4ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2004, p. 248. También «La nueva regulación legislativa en materia de trasplantes

509 **D. Código Penal**

La Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y Tejidos humanos (L. 28189) considera tres nuevos tipos de delitos:

- *Secuestro para obtener tejidos somáticos de la víctima sin grave daño físico o mental* (art. 152, inc. 10, CP.):

«Artículo 152º.- *Secuestro*. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años, el que, sin derecho, motivo ni facultad justificada, priva a otro de su libertad personal, cualquiera sea el móvil, el propósito, la modalidad o circunstancia o tiempo que el agraviado sufra la privación o restricción de su libertad. La pena será no menor de veinte ni mayor de veinticinco años cuando: (...) 10. Se comete para obtener tejidos somáticos de la víctima, sin grave daño físico o mental».¹³²

- *Ofensa a la memoria de los muertos* (art. 318, CP)

«Artículo 318º.- *Ofensas a la memoria de los muertos*. Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años: (...) 3. El que sustrae un cadáver o una parte del mismo o sus cenizas o lo exhuma sin la correspondiente autorización. En el supuesto previsto en el inciso 3 del presente artículo, cuando el acto se comete con fines de lucro, la pena será privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años e inhabilitación conforme a los incisos 1, 2 y 4 del artículo 36º del Código Penal».¹³³

- *Intermediación dolosa onerosa de órganos y tejidos* (art. 318-A)

«Artículo 318-Aº.- *Delito de intermediación onerosa de órganos y tejidos*. Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que, por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres, concurriendo las circunstancias siguientes: a) Utiliza los medios de prensa escritos o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras; o b) Constituye o integra una organización ilícita

de órganos. El salto (hacia atrás) del principio de voluntad presunta hacia el derecho de decisión de los parientes y el poder de confiscación del Estado)», en: *Actualidad Jurídica*, Lima, Publicación mensual de Gaceta Jurídica, abril, tomo 125, 2004, pp. 21 y 22.

¹³² Tercera Disposición Transitoria y Final que incorpora inciso al artículo 152º del CP.

¹³³ Cuarta Disposición Transitoria y Final que incorpora párrafo al artículo 318º del CP.

para alcanzar dichos fines. Si el agente es un profesional médico o sanitario o funcionario del Sector Salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36º incisos 1, 2, 4, 5 y 8. Están exentos de pena el donatario o los que ejecutan los hechos previstos en el presente artículo si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta»¹³⁴.

E. CEDCMP

510

Señala que las nuevas tecnologías de transplantes de células, tejidos y órganos serán regulados por el CMP vía reglamento, pasando a ser parte integrante del CEDCMP.

§ 7. Experimentos en seres humanos

511

I. Generalidades

512

La investigación científica es la búsqueda de conocimientos nuevos y se realiza a través de la observación o experimentación. La primera es la forma de ver o apreciar determinados fenómenos pero, sin interferir en su proceso natural. La segunda es todo lo contrario, no es una actitud pasiva sino más bien activa y dirigida, básicamente, a manipular o intervenir directamente componentes u organismos. Desde hace mucho, las ciencias aplicadas a través de la investigación científica (género) y de la observación y experimentación (especie),

¹³⁴ Quinta Disposición Transitoria y Final que incorpora el artículo 318º-A en el Capítulo I del Título XIV del Código Penal, en los términos siguientes:

«Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años el que, por lucro y sin observar la ley de la materia, compra, vende, importa, exporta, almacena o transporta órganos o tejidos humanos de personas vivas o de cadáveres, concurriendo las circunstancias siguientes:

- a) Utiliza los medios de prensa escritos o audiovisuales o base de datos o sistema o red de computadoras; o
- b) Constituye o integra una organización ilícita para alcanzar dichos fines.

Si el agente es un profesional médico o sanitario o funcionario del sector salud, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36º incisos 1, 2, 4, 5 y 8.

Están exentos de pena el donatario o los que ejecutan los hechos previstos en el presente artículo si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta».

se han encargado de estudiar directamente al ser humano, generando cuantiosos beneficios e incuantificables perjuicios¹³⁵.

En el Perú es de resaltar la auto experimentación realizada por Daniel Alcides Carrión (1859-1885), al hacerse inocular, el 28 de agosto de 1885, sangre de una verruga para estudiar por sí mismo los efectos y resultados de esta enfermedad indígena oriunda del Perú. Los resultados, por todos conocidos, derivó en su muerte, el 6 de octubre de 1885¹³⁶.

513 **II. Marco legal**

514 **A. Leyes nacionales**

515 **a) Constitución**

La Constitución regula el derecho de la persona a su integridad moral, psíquica y física (art. 2, inc. 1), reconociendo como derecho la libertad de creación científica (art. 2, inc. 2). Fija el rol del Estado en lo referente al progreso y avance científico, estableciendo como deber la promoción del desarrollo científico y tecnológico del país (art. 14), siendo uno de los fines de la educación universitaria, la investigación científica y tecnológica.

516 **b) Código Civil**

El CC establece el carácter irrenunciable del derecho a la integridad física (art. 5) y en concordancia indica la prohibición de los actos de disposición del propio cuerpo, excepto en casos de estado de necesidad, orden médico o quirúrgico o por motivos humanitarios (art. 6).

De la redacción del artículo 5 y 6 del CC, se aprecia que en el primero el derecho a la vida y el derecho a la integridad son irrenunciables, mientras que en el segundo ya no lo son si es que no ocasionan una disminución permanente en la integridad física o no contrarían el orden público o las buenas costumbres. Al estudiar Marcial Rubio estos dos artículos concluye que,

«No obstante estos errores, la comunidad jurídica siempre ha leído en los artículos 5 y 6 que sólo puede limitarse la integridad corporal según los mandatos del artículo 6 y que los demás derechos no pueden ser

¹³⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI: *Derecho genético*, cit., 4ª ed., pp. 132-133.

¹³⁶ Mayor referencia, *vid.* DELGADO MATAALLANA, Gustavo: *Daniel Alcides Carrión. Mártir de la medicina peruana. Héroe nacional*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001.

limitados por tales razones. Es una evidente situación en la que el error de expresión del legislador induce a la persona versada en leyes a entender que la norma *dice* lo que *no dice* sino lo que *quiere decir*¹³⁷.

c) *Código de los Niños y Adolescentes* 517

El CNA garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental (art. 1).

d) *Ley General de Salud* 518

(1) *Consideraciones generales* 519

La LGSalud parte del principio de promoción por parte del Estado de la investigación científica y tecnológica en el campo de la salud (art. XV).

De manera especial, refiriéndose a las técnicas de reproducción asistida, prohíbe la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación y la clonación de seres humanos (art. 7).

(2) *Consentimiento informado* 520

Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho a no ser objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos sin ser debidamente informada sobre la condición experimental de éstos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere, o si estuviere impedida de hacerlo (art. 15, inc. d).

(3) *Remisión a normas especiales* 521

Con relación a la investigación y experimentación en seres humanos, establece que la investigación experimental con personas debe ceñirse a la legislación especial sobre la materia y a los postulados éticos contenidos en la Declaración de Helsinki y sucesivas declaraciones que actualicen los referidos postulados (art. 28).

¹³⁷ RUBIO CORREA, Marcial: «Una Calobiótica social no obnoxia de frangirse senescentemente», en: *Temas de Derecho. Homenaje a José León Barandiarán*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000, t. I, p. 326.

522 **(4) Investigación *post mortem***

La voluntad del paciente es esencial para realizar después de su muerte docencia o investigación sobre su cadáver (art. 41), indicándose que los cadáveres de personas no identificadas o que habiendo sido identificados, no hubieren sido reclamados dentro del plazo de treintiséis (36) horas luego de su ingreso a la morgue podrán ser dedicados a la investigación o estudio (art. 114).

523 **e) Reglamento de Seguridad Radiológica¹³⁸**

No se justifica la exposición radiológica de personas con fines de investigación, a menos que esté de conformidad con las disposiciones de la Declaración de Helsinki, se ajuste a las directrices del Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas y se supedite a la asesoría de un comité de ética y a los reglamentos nacionales aplicables. En este caso, la exposición debe ser autorizada previamente por la autoridad nacional, y será efectuada sólo por personas calificadas y entrenadas en las condiciones prescritas específicamente (art. 38).

Las dosis de personas expuestas con fines de investigación deberán restringirse de modo que no rebasen los valores que establezca la autoridad nacional en cada caso. Las dosis de personas que prestan ayuda voluntaria en el cuidado, alivio o bienestar de pacientes, o de los visitantes de pacientes que tengan incluidos radionucleidos con fines terapéuticos, deberán restringirse al valor más bajo que se pueda lograr pero sin que sean mayores al nivel indicado (art. 46).

524 **d) Anteproyecto de Ley**

Existe un Anteproyecto de Ley de 1999 que fuera discutido por la comunidad científica nacional, por el MINSA, Proyecto Vigía y USAID, denominado *Aplicación de la bioética en la investigación en salud que involucra a seres humanos*, estableciendo que los requisitos de la investigación son (art. 4):

- Sólo se efectuarán investigaciones que involucren a seres humanos cuando no existan modelos alternativos de investigación de eficacia comparable.
- Sólo se puede realizar investigación que involucre a seres humanos cuando el beneficio esperado para el sujeto de la investigación será proporcionalmente mayor al riesgo al que se le expone.

¹³⁸ DS. 009-97-EM (DOEP, 29/5/1997).

- Se debe contar con la aprobación previa del «Protocolo de investigación», en el que se incluirá el formulario del consentimiento.
- Debe contar con el consentimiento expreso del ser humano en la investigación, otorgado de manera libre e informada.
- La investigación en la que los seres humanos participen como modelos biológicos, debe ser precedida de estudios en otros modelos biológicos que justifiquen efectuar la investigación.

B. Normas éticas

525

Debe tomarse en cuenta que el CEDCMP (Anexo 2) señala que es deber del médico comprometido en un trabajo de investigación, conocer y cumplir las estipulaciones de la Declaración de Ginebra (Juramento de fidelidad profesional)¹³⁹, a lo que debemos agregar el Código Internacional de Ética Médica¹⁴⁰ y la Declaración de Helsinki.

C. Documentos Internacionales

526

a) *Declaración de Helsinki*

527

(1) Aspectos Generales

528

La Declaración de Helsinki¹⁴¹ establece las recomendaciones para guiar a los médicos en la investigación en seres humanos, estableciendo que es necesario tomar en cuenta los principios científicos aceptados y basarse en experimentos bien realizados y en conocimientos teóricos.

¹³⁹ La Declaración de Ginebra fue adoptada por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (Ginebra, setiembre de 1948) y enmendada por la 22ª Asamblea Médica Mundial (Sidney, agosto de 1968).

¹⁴⁰ El Código Internacional de Ética Médica fue adoptado por la 3ª Asamblea General de la Asociación Médica Mundial (Londres, octubre de 1949) y enmendado por la 22ª Asamblea Médica Mundial (Sidney, agosto de 1968) y la 35ª Asamblea Médica Mundial (Venecia, octubre de 1983).

¹⁴¹ Adoptada por la 18ª Asamblea Médica Mundial celebrada en Helsinki en 1964, revisada por la 29ª Asamblea Médica Mundial (Tokio, 1975) y enmendada por la 35ª Asamblea Médica Mundial (Venecia, 1983) y la 41ª Asamblea Médica Mundial (Hong Kong, 1989). Es de señalar que la primera declaración internacional sobre la investigación en sujetos humanos fue el Código de Núremberg de 1947, surgida a raíz de los experimentos que en seres humanos se realizaron en la II Guerra Mundial. Este Código resalta la importancia del consentimiento voluntario.

529 **(2) Protocolo de experimentación**

El protocolo de experimentación será remitido para su estudio y opinión a un comité independiente del investigador y de la entidad que la patrocina. Este comité debe ajustarse a la legislación del país en el que se lleva a cabo el experimento.

530 **(3) Idoneidad del Profesional Médico**

La investigación será realizada por personas calificadas bajo la supervisión de un profesional médico.

531 **(4) Derecho a la integridad e intimidad**

Se respetará el derecho a la integridad del ser humano sujeto a la investigación y deberán adoptarse toda clase de precauciones para resguardar la intimidad del individuo.

532 **(5) Publicación de Resultado de la Investigación**

El médico tiene la obligación de respetar la exactitud de los resultados de su investigación al publicarlos. Los informes que no se ciñen a los principios descritos en la Declaración de Helsinki no deben ser aceptados para publicación.

533 **(6) Consentimiento informado**

Al participante debe informársele de los objetivos, métodos, beneficios, riesgos previsibles e incomodidades que el experimento puede implicar. La libertad para no participar en el experimento y para anular en cualquier momento su consentimiento debe ser puesta en conocimiento. Sólo entonces deberá ser solicitado por el médico el consentimiento voluntario, consciente y por escrito.

El consentimiento informado otorgado por quien se encuentra en situación de dependencia al médico o lo hace bajo coacción será obtenido por otro médico que no esté implicado en la investigación y que sea completamente ajeno a la relación oficial. Si el médico considera esencial no obtenerlo expresará las razones en el protocolo que se transmitirá al comité independiente. El médico puede combinar la investigación médica con la atención profesional, a fin de alcanzar nuevos conocimientos médicos, pero sólo en la medida que la investigación se justifique por su posible valor diagnóstico o terapéutico para el paciente.

(7) Investigación Médica no Terapéutica 534

En la investigación biomédica no terapéutica en seres humanos, el médico es el protector de la vida y la salud del individuo sujeto a la investigación biomédica cuyos fines sean puramente científicos. Los individuos deben ser voluntarios y de buena salud o pacientes cuyas enfermedades no se relacionen con el diseño experimental. La investigación se interrumpirá si es perjudicial para el individuo. Los intereses de la ciencia y de la sociedad no pueden anteponerse al bienestar del individuo en los procesos de investigación.

b) Propuesta de Normas Internacionales para la Investigación Biomédica en Sujetos Humanos 535

Para la investigación biomédica en sujetos humanos¹⁴² considera que:

(1) Ámbito de la Investigación en Humanos 536

La investigación en humanos se define como cualquier estudio destinado al avance de los conocimientos biomédicos que no sea considerado elemento de las prácticas clínicas o de salud pública y que suponga intervención o evaluación física o psicológica, la producción, almacenamiento o análisis de expedientes que contengan información biomédica atribuible a personas identificables.

(2) Consentimiento informado 537

El consentimiento informado debe ser acompañado de una evaluación ética independiente de las investigaciones propuestas.

c) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos 538**(1) Aspectos Generales** 539

La Declaración Universal sobre el genoma humano y los Derechos Humanos es el documento más importante que en materia de bioética se haya dictado (UNESCO, 11/11/1997) y si bien no tiene un carácter vinculante, es la base jurídica internacional en que deberán apo-

¹⁴² Consejo de Organizaciones Internacionales de Ciencias Médicas y Organización Mundial de la Salud, 1982. Busca ampliar aspectos que no fueron tratados en la Declaración de Helsinki, así como la adecuación de estos principios a las circunstancias particulares de cada país.

yarse los Estados miembros cuando quieran contemplar en su legislación nacional reglas en materia de Derecho genético y bioética.

540 (2) **Objetivo**

Su objetivo es fijar el marco ético de las actividades relacionadas al genoma humano a fin de que no se vulneren los Derechos Humanos ni se limiten las investigaciones biocientíficas.

Por vez primera se fija en un texto, el marco mundial de las implicancias de la genómica sobre el ser humano. Esta Declaración es un Código de Bioética Universal y surge como consecuencia del peligro que representaba la ausencia de normas internacionales en materia de bioética. La Declaración se basa en el respeto a la dignidad de cada persona frente a las investigaciones biotecnológicas sobre el genoma.

541 (3) **Investigación en el Genoma**

Cualquier investigación, tratamiento o diagnóstico en el genoma deberá efectuarse previa evaluación rigurosa de los riesgos y las ventajas que entrañe y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional (art. 5, literal a).

- Investigación beneficiosa: Si una persona no estuviese en condiciones de expresar su consentimiento, sólo podrá efectuarse una investigación sobre su genoma si representa un beneficio directo para su salud y a reserva de las autorizaciones y medidas de protección estipuladas por la ley (art. 5, literal e).
- Investigación perjudicial: Una investigación que no represente un beneficio directo previsible para la salud deberá efectuarse a título excepcional: con la mayor prudencia y procurando no exponer al interesado sino a un riesgo y una coerción mínima; y si la investigación está encaminada a redundar en beneficio de la salud de otras personas pertenecientes al mismo grupo de edad o que se encuentren en las mismas condiciones genéticas, a que la reserva de la investigación se efectúe en las condiciones previstas por la ley y sea compatible con la protección de los Derechos Humanos individuales (art. 5, literal e).

542 (4) **Consentimiento informado**

El consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada es indispensable en todo proceso de investigación. Si la persona no está en condiciones de manifestarlo, el consentimiento o autoriza-

ción habrán de obtenerse de conformidad con lo que estipule la ley, teniendo en cuenta el interés superior del interesado (art. 5, literal b). La Declaración permite, por razones imperiosas y en estricto cumplimiento de las normas internacionales y los Derechos Humanos, limitar el derecho al consentimiento informado (art. 9).

(5) Derecho a la Intimidad Genética

543

Toda persona tiene derecho a su privacidad genética. En tal sentido, se debe respetar su derecho a decidir que se le informe (derecho a saber) o no (derecho a no saber) de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias (art. 5, literal c)¹⁴³.

(6) Protocolo de Investigación

544

Los protocolos de las investigaciones deberán someterse a una evaluación previa, de conformidad con las normas o directrices nacionales e internacionales aplicables en la materia (art. 5, literal d).

§ 8. Manipulación Genética

545

La manipulación genética se realiza en los componentes biológicos del ser humano, afectando de manera general su dignidad, su integridad e identidad genética, así como los demás derechos inherentes.

I. Concepto

546

En base al principio de defensa de la vida y de la humanidad diremos que la manipulación genética es una maniobra sobre la estructura biológica o genética del ser humano que lesiona, desconoce y conculca sus derechos pues se basa en técnicas que intentan modificar el patrimonio genético, variar las leyes naturales de la evolución y del desarrollo humano. Cualquiera sea su fin y utilidad, presente o futura, la manipulación siempre afectará la dignidad de nuestra especie. Ahora bien, puede aceptarse una manipulación genética con fines terapéuticos, más no una con fines eugenésicos.

¹⁴³ Mayor información especializada, véase la Declaración Universal de datos genéticos humanos, aprobada, por unanimidad y por aclamación, por la 32ª Sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el 16 de octubre de 2003.

547 **II. Marco Legal**

Tomando como referencia las normas aplicables a la experimentación humana, el tema de la manipulación genética presenta una característica legal especial.

548 **A. Código de los Niños y Adolescentes**

El CNA establece una protección directa al derecho a la vida y la integridad (art. 1), de manera tal que todo niño y adolescente tiene derecho a la vida desde el momento de la concepción y se le otorga una protección especial respecto de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental.

Con este planteamiento, el CNA se presenta como el primer texto legal en nuestro medio en prohibir la manipulación genética de manera taxativa y expresa, siguiendo la orientación *in extenso* de la Convención sobre los derechos del niño, debiendo considerar que su inspiración la tenemos en la Propuesta de la Asociación Mundial de Amigos de la Infancia al proyecto de Convención del Niño¹⁴⁴.

Del análisis del referido artículo apreciamos que es estricto en lo referente a la protección del concebido de las experimentaciones contrarias a la integridad y desarrollo físico o mental del ser humano, no estableciendo límite alguno a la práctica de aquellas intervenciones técnicas cuyos fines sean terapéuticos. El límite está en la realización de aquellos procedimientos genéticos que, en vez de ser aplicados en beneficio del ser humano, sirven fundamentalmente para definir o fomentar el desarrollo de las técnicas bio-médicas sin considerar la violación y atentado contra la unidad psico-somática cometida contra el sujeto de derecho.

Lo singular de esta importante norma, siguiendo el criterio de aplicación legal estricta, es que sólo sería aplicable al niño (desde la con-

¹⁴⁴ VALENCIA COROMINAS alega que en el marco de las sugerencias y recomendaciones presentadas al proyecto de Convención de los Derechos del Niño, la Asociación Mundial de Amigos de la Infancia hizo llegar en 1989 un informe a la Comisión de Derechos Humanos mostrando su preocupación por el silencio que guardaba el proyecto de la Convención respecto a la situación del concebido. La Asociación propuso que el proyecto ampare en sus disposiciones la protección del concebido puesto que los adelantos científicos referidos a la genética vienen contrariando la dignidad del ser humano (VALENCIA COROMINAS, Jorge: *Derechos Humanos del niño*, Lima, Instituto de Derechos Humanos, 1990, pp. 114-115).

cepción hasta los 12 años) y a los adolescentes (desde los 12 hasta los 18 años), no a los adultos, pues éstos se encuentran fuera de su ámbito de aplicación legal.

B. Ley General de Salud

549

La LGSalud (art. 7), en la misma línea, indica que la fecundación de óvulos humanos tiene como única finalidad la procreación de manera tal que, se descarta la posibilidad de realizar procesos de fecundación con fines científicos o experimentales. Siguiendo el criterio de la legislación comparada, se ha tendido a especificar la prohibición de dos prácticas de manipulación genética como son: la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación y la clonación¹⁴⁵.

Podemos decir que dentro de esta norma está tácitamente prohibida la crioconservación de embriones, ya que la misma es una manipulación genética realizada en la etapa conceptiva, en la que se paraliza el proceso de desarrollo embrional, sin ningún beneficio específico para el concebido, vulnerando el principio fundamental que el fin de la fecundación de óvulos es la procreación, no la paralización de una vida humana¹⁴⁶.

C. Código Penal

550

Como hemos referido, el Código Penal señala en su artículo 324:

«Toda persona que haga uso de cualquier técnica de manipulación genética con la finalidad de clonar seres humanos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme al artículo 36º, incisos 4 y 8».

Véase cómo el tratamiento de tipo penal se refiere genéricamente a «cualquier técnica de manipulación genética» destinada a realizar técnicas de clonación. En este caso, la norma trata de abarcar los diversos tipos de clonación como son: la transferencia nuclear, la fisión embrional y la partonogénesis.

¹⁴⁵ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho y manipulación genética (calificación jurídica de la clonación)*, 2ª ed., Lima, Universidad de Lima, 1997.

¹⁴⁶ El Comité de Vigilancia Ética y Deontología del CMP, a través de su presidente, el Dr. Patricio Wagner ha dicho que la 'Congelación de embriones es un atropello a la dignidad humana y una práctica antiética', en, *El Comercio*, Lima, 21/6/2000, p. A-10.

551 **D. CEDCMP**

El Proyecto de CEDCMP sustentaba de manera directa el resguardo a la vida humana, incluyendo el respeto al genoma y al embrión humano, siendo contrarias a la ética aquellas intervenciones o manipulaciones genéticas que lo expongan a riesgos o que no respeten su vida, integridad y desarrollo físico o psíquico, o que lo priven de su libertad, o que no sean hechas para mejoría de su salud o de su sobrevivencia (art. 40).

El actual Código (art. 84) sólo refiere que los experimentos dirigidos a la obtención de un ser humano mediante partenogénesis, fisión embrionaria, clonación, quimeras o cualquier otro procedimiento análogo son contrarias a la ética; esta norma es muy similar a la existente en el Proyecto del Código (art. 42).

Indica por los demás que, las nuevas tecnologías, tales como las diversas formas de reproducción asistida, la criopreservación de embriones, la utilización de genes humanos con fines experimentales, serán reguladas por reglamentaciones especiales del CMP las mismas que formarán parte del CEDCMP (art. 84).

552 **§ 9. Eutanasia**553 **I. Generalidades**

La Constitución protege la vida y la integridad de la persona (art. 2, inc. 1) y el CC establece que el derecho a la vida y la integridad física son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión (art. 5). De esta manera, el CP tipifica los delitos de homicidio piadoso (art. 112) y la instigación o ayuda al suicidio (art. 113).

Las normas éticas del CMP rechazan la eutanasia al oponerse ésta a los principios elementales de la profesión médica, los mismos que están establecidos en el CEDCMP en el sentido que:

De la Declaración de principios podemos deducir claramente que el respeto ante la vida y la persona humana son la esencia espiritual de los ideales médicos y mantienen su legítima vigencia, en el quehacer diario y como tributo del arte y ciencia médica a la cultura y a la civilización. El objetivo fundamental de la profesión médica es asistir y defender al ser humano contra todas las causas que puedan ocasionar peligro o daño a la salud o a la vida (art. 59). Entre los derechos del paciente está que se respete el proceso natural de su muerte, sin recurrir ni a un abusivo acortamiento de la vida (eutanasia) ni a una prolongación injustificada y dolorosa de la misma (distanasia) (art. 41, inc. m).

También lo vemos reflejado en dispositivos éticos a nivel internacional y sobre todo históricos:

El Juramento Hipocrático establece como uno de los compromisos del médico que éste no administre a nadie un fármaco mortal, aunque le haya sido solicitado, ni tomará la iniciativa de una sugerencia de este tipo. La Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial (que establece el Juramento de fidelidad profesional) establece el deber del médico de velar con el máximo respeto por la vida humana desde su comienzo, aún bajo amenaza y no emplear sus conocimientos médicos para contravenir las leyes humanas.

Rodríguez Iturri sostiene que:

«Defender la vida frente a la eutanasia ... no es una postura religiosa, sino humanista, aunque a ella puedan coadyuvar motivos religiosos en el caso de los creyentes. Y la eutanasia –aunque se haga con el beneplácito de las leyes– es intrínseca y esencialmente reprochable»¹⁴⁷.

II. Clases	554
A. Eutanasia Activa	555
El homicidio piadoso o a petición constituye la eutanasia activa y voluntaria.	
a) Bien jurídico protegido	556
El bien jurídicamente protegido en este delito es la vida humana.	
b) Sujetos	557
El sujeto activo puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo es el enfermo incurable.	
c) Elementos constitutivos	558
Los elementos constitutivos de este delito son: Preexistencia de una vida humana, extinción de una vida humana por motivos de piedad, que el acto sea solicitado expresa y conscientemente por el sujeto pasivo, que este enfermo sea incurable y que exista dolo.	

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ ITURRI, Roger: *El derecho de amar y el derecho de morir. Entre la vida y la muerte*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997, p. 279.

Los elementos esenciales establecidos por la ley penal son: el móvil de piedad (compasión, lástima) del autor, la petición expresa y consciente de la víctima y el padecimiento de una enfermedad incurable (imposibilidad de recuperación, no necesariamente mortal)¹⁴⁸.

559 **d) Realización**

Este delito puede realizarse por comisión (inyección letal) o por omisión impropia (dejar de brindar ayuda o auxilio).

560 **e) Penalidad**

Es un delito atenuado en el que la pena es reducida, a diferencia de otros tipos de homicidios. La penalidad es pena privativa de libertad no mayor de tres (3) años.

561 **B. Instigación o ayuda al suicidio**

El sistema penal peruano no sanciona el suicidio. No se penaliza al autor pero sí al partícipe del suicidio. Este criterio, contrario a la teoría penal de la participación, es válido por la necesidad de garantizar el derecho a la vida¹⁴⁹. El sistema penal peruano establece que la ayuda al suicidio sólo comprende el auxilio no ejecutivo¹⁵⁰.

El CP peruano considera dos comportamientos distintos: el instigar (promover) y la ayuda (colaboración) al suicidio.

En este supuesto, la eutanasia podría configurarse, respecto a la acción de ayudar, ya sea por acción u omisión a quitarse la vida, es decir, puede tratarse de eutanasia activa o pasiva.

562 **a) Bien jurídico protegido**

El bien jurídicamente protegido en este delito es la vida humana.

563 **b) Sujetos**

El sujeto activo puede ser cualquier persona. El sujeto pasivo es aquél que por voluntad intenta o consuma el suicidio.

¹⁴⁸ BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal (Parte especial)*, cit., 2ª ed., pp. 64-66.

¹⁴⁹ BRAMONT-ARIAS TORRES / GARCÍA CANTIZANO: *Manual de Derecho Penal (Parte especial)*, cit., 2ª ed., p. 71.

¹⁵⁰ ROY FREYRE: *Derecho penal*, cit., t. I, Parte especial, p. 244.

c) Elementos constitutivos 564

Los elementos constitutivos de este delito son: Preexistencia de una vida humana, extinción de una vida humana, acto suicida tentado o consumado, cooperación sea por instigación o ayuda, acatamiento de la instigación o aceptación de la ayuda por parte de la víctima, relación de causalidad y dolo.

d) Agravante 565

Se establece como agravante el móvil egoísta.

e) Penalidad 566

La penalidad es pena privativa de libertad no menor de uno (1) ni mayor de cuatro (4) años. Si el agente actúa por un móvil egoísta, la pena no será menor de dos ni mayor de cinco (5) años.

§ 10. Adecuación de sexo 567**I. Generalidades** 568

El sexo es uno de los caracteres principales de la identidad personal. La identidad sexual constituye un importante aspecto del ser humano, pues la sexualidad está presente en todas las manifestaciones de la personalidad del hombre¹⁵¹.

II. Derecho a la identidad 569

El derecho a la identidad es la facultad que tiene una persona de ser uno mismo, diferente a los demás. Como tal, este derecho se clasifica en derecho a la identidad personal, relacionado con el conjunto de atributos que determinan una individualidad propia (nombre, edad, sexo, capacidad, etc.); la identidad genética, mediante la cual el ser humano al ser biológicamente un genoma, cuenta con un código genético propio, heredado de sus padres (de donde surge el derecho a la investigación de la paternidad y derecho a conocer el propio origen biológico) y, finalmente, el derecho a la identi-

¹⁵¹ Vid. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *El derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 287 y 291.

dad sexual, que garantiza la integridad psicosomática relacionada con su sexo, de manera tal que se logre la identificación del sexo físico con el que psicológicamente cuenta. El derecho busca la reformulación legal a fin de lograr la coincidencia entre los diversos sexos (cromosómico, gonádico, anatómico, psíquico y registral) que tiene el ser humano¹⁵².

570 **III. Problemas jurídicos planteados**

El debate sobre la legalidad de la adecuación de sexo se centra en determinar si recurrir a esta intervención quirúrgica es ejercitar válidamente el derecho a la integridad, como acto de libre disposición del cuerpo humano, el derecho a la identidad sexual, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (inc. 1, art. 2, Const.) o el derecho a la protección de la salud, o *contrario sensu* ello implica una vulneración del orden público y las buenas costumbres.

571 **IV. Marco legal**

En el Perú no existe dispositivo legal alguno que regule expresamente este tipo de intervenciones corporales.

572 **A. Realidad nacional**

El CC establece que los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero serán válidos cuando su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios (art. 6).

Como se ha dicho en la doctrina nacional:

'Estos actos excepcionales tienen como claro límite el deber de conservar la propia salud, que es el correlato de un interés social por el cual cada persona se encuentre en óptimas condiciones para contribuir al bien común. De ahí que el art. 7 del CC señale que la

¹⁵² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: *Filiación, Derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*, Lima, Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 237-241.

cesión de órganos o tejidos que no se regeneren no «debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante»¹⁵³.

En este sentido, la adecuación de sexo es un acto válido de libre disposición del cuerpo humano, pues corresponde a un estado de necesidad y que consolida el derecho a la salud (al bienestar, a sentirse bien) y al libre desarrollo de la personalidad. Posiciones encontradas con este criterio han esgrimido que se trataría de un delito de lesión grave (art. 121, inc. 2 CP), en especial la mutilación de un miembro principal del cuerpo.

B. Bases para una regulación jurídica

573

El Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima elaboró unas bases a tenerse en cuenta en una futura legislación¹⁵⁴, las que sustentan lo siguiente:

- Teniendo como fundamento la libertad, identidad y salud, debe permitirse los procesos de adecuación de sexo en casos de transexualismo (Base VI);
- Son admisibles las intervenciones quirúrgicas tendientes a superar la disociación *soma-psique*, que presenta el transexual, pues tiene como finalidad adecuar los genitales al sexo vivido (Base VII);
- Las intervenciones quirúrgicas de adecuación de los genitales al sexo dinámico deben adoptarse en los casos de transexualismo, en los que no sean eficaces otros tipos de terapias (Base VIII);
- La adecuación de sexo debe ser el resultado de un procedimiento judicial reservado, en el que se evaluarán los peritajes, la entrevista con el recurrente, la dimensión del conflicto existencial vivido, informándose al peticionario de las consecuencias de su decisión (Base IX);

¹⁵³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *Derecho de las personas*, 8ª ed., Lima, Grijley, 2001, p. 67.

¹⁵⁴ «Bases para una legislación sobre adecuación de sexo en casos de transexualidad y consiguiente modificación del nombre», en: *Cuadernos de Derecho*, N° 1, Lima, Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Centro de Investigación Jurídica, N° 1, 1992, p. 61.

- La autorización para la intervención quirúrgica sólo puede ser otorgada a personas no casadas y para la modificación de la inscripción registral se requiere peritaje que demuestre la incapacidad para procrear (Base X);
- El proceso de adecuación de sexo y la consiguiente modificación del prenombre deben ser tutelados por el derecho a la reserva (Base XI);
- Los deberes y derechos emergentes de las relaciones familiares de quien adecuó su sexo no se alteran (Base XII).

574 C. Casuística

A nivel judicial se ha recurrido a procedimientos no contenciosos de rectificación de partida de nacimiento, a efectos de adecuar el prenombre del solicitante luego de haberse realizado la intervención médica.

Sin embargo, la jurisprudencia ha planteado que para efectos de la rectificación de nombre y de sexo como consecuencia de adecuación genital debe recurrirse a un proceso contencioso:

«...un proceso de conocimiento (ordinario) en el que es posible cambiar la condición civil referente al sexo y consecuentemente cambiar los prenombrados, previo peritajes médico físico y psicológico, no siendo procedente plantearlo en un proceso de rectificación de partida de nacimiento»¹⁵⁵.

Existen ciertos criterios judiciales, como cita Espinoza Espinoza, que han aceptado la correspondiente rectificación registral del nombre y del sexo:

«existen razones totalmente justificadas para proceder al cambio de nombre del demandante, que se ha sometido a una operación médico-quirúrgica con el objeto de tener caracteres sexuales femeninos y la condición de sexo masculino por femenino consignados en la partida de nacimiento, pues es evidente que dentro del ámbito de la sociedad, éste se desarrolla como persona

¹⁵⁵ Pronunciamiento de la Sala Civil del Callao. Exp. N° 7806-92/Callao, Segundo Juzgado Civil del Callao.

de sexo femenino, identificándose sin embargo con documentación que corresponde a persona del sexo masculino, aplicándose analógicamente lo dispuesto en el artículo 29 c.c.»¹⁵⁶.

El autor manifiesta su discrepancia con la fundamentación legal de la sentencia:

«No puedo dejar de manifestar mi asombro por la manera como el operador jurídico ha *forzado* la interpretación analógica del art. 29 c.c., llegando a incluir el 'cambio de sexo', a una hipótesis que tiene un ámbito muy determinado (cambio de nombre)»¹⁵⁷.

§ 11. Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) 575

El Perú presenta un crecimiento continuo y acelerado en el número de casos de Infecciones de Transmisión Sexual (ITS) y SIDA, estimándose que en 1997, habían ocurrido no menos de ocho mil casos de SIDA y que existen de cincuenta mil a setenta mil personas infectadas por el VIH, ésta es la base para crear un marco jurídico especial. La Coordinadora Nacional de Derechos Humanos¹⁵⁸ indica que en el 2003, existían 30 619¹⁵⁹ casos de VIH/SIDA registrados en el MINSA, de los cuales, 1668 han sido detectados en el año 2003.

I. Marco Legal 576

A. Constitución 577

La Constitución es la norma básica en el tema de lucha contra el SIDA pues en ella se desarrollan los derechos fundamentales de las personas, en especial la salud personal y colectiva.

¹⁵⁶ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de las personas*, 3ª ed., Lima, Editorial Huallaga, 2001, p. 191. La referencia del expediente es incompleta, pero se detallan los siguientes datos: Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, 1994.

¹⁵⁷ ESPINOZA ESPINOZA: *Derecho de las personas*, cit., 3ª ed., p. 192.

¹⁵⁸ *Informe Anual 2003*, «Año de avances y retrocesos en la vigencia de los Derechos Humanos», <http://www.dhperu.org> (30 de agosto de 2004).

¹⁵⁹ MINSA: Nota de prensa Lima, 7 de enero del 2004.

578 **B. Legislación Contrasida**

Existe una legislación especializada que rige este ámbito, se denomina Legislación CONTRASIDA¹⁶⁰ en la que se declara de necesidad nacional e interés público la lucha contra la infección por el VIH, el SIDA y la infecciones de transmisión sexual (ITS)¹⁶¹.

579 **a) Plan Nacional de Lucha contra el VIH, el SIDA y las ITS**

Las normas contenidas en este Plan Nacional CONTRASIDA trazan la política para la lucha y determinación de la política de salud que debe aplicarse en el país.

580 **(1) Ente encargado**

El MINSA es el encargado de la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las Infecciones de Transmisión Sexual (ITS), el que se denominará CONTRASIDA.

581 **(2) Objetivos**

El Plan CONTRASIDA tiene los siguientes objetivos:

- Coordinar y facilitar la implementación de las estrategias nacionales de control del VIH y SIDA y las ITS.
- Promover la cooperación técnica y económica nacional y extranjera, destinada a la prevención, control y asistencia del VIH y SIDA y las ETS.
- Proponer los cambios legislativos que faciliten y garanticen el adecuado desarrollo de la lucha contra el VIH y SIDA y las ETS en el país.

582 **(3) Funciones**

La entidad que elabore el Plan CONTRASIDA tendrá las siguientes funciones:

¹⁶⁰ L. 26626 (DOEP, 20/6/1996, ampliada y modificada por la L. 28243 (DOEP, 1/06/2004) y su Reglamento, DS. 004-97-SA (DOEP, 18/6/1997).

¹⁶¹ La L. 28243, art. 5 (DOEP, 1/06/2004) cambia la denominación enfermedades de transmisión sexual (ETS) por infecciones de transmisión sexual (ITS)

- Coordinar las acciones de prevención, control y asistencia del VIH y SIDA y las ETS con las instituciones públicas y privadas;
- Promover y desarrollar investigaciones técnicas e intervenciones apropiadas para la prevención y control de VIH y SIDA y las ETS; y
- Mantener estadísticas actualizadas de la situación del VIH y SIDA y las ETS.

(4) Características de las Pruebas

583

Las pruebas para diagnosticar el VIH y SIDA son voluntarias y se realizan previa consejería. Se consideran casos de excepción, el de los donantes de sangre y órganos y el de la madre gestante (art. 4). Los resultados de las pruebas diagnosticadas con VIH y SIDA y la información sobre la causa cierta o probable de contagio, son de carácter confidencial.

Dichos resultados e información sólo podrán ser solicitados por el Ministerio Público o el Poder Judicial, siempre que las circunstancias lo justifiquen y únicamente para fines de investigación delictiva. Los profesionales de la salud están obligados a notificar al MINSA los casos diagnosticados, aun cuando el enfermo hubiese fallecido (art. 5).

Las personas con VIH y SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones. Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH y SIDA (art. 6).

b) Reglamento del Plan Nacional CONTRASIDA

584

Este Reglamento del Plan CONTRASIDA¹⁶² contiene normas que permiten el logro de los objetivos del Plan Nacional de Lucha Contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las Infecciones de Transmisión Sexual (ITS), denominado CONTRASIDA, conteniendo disposiciones de aplicación obligatoria en los establecimientos públicos y privados.

(1) Características de las Pruebas

585

Las pruebas diagnósticas de infección por VIH sólo podrán realizarse luego de consejería y autorización escrita de la persona (art. 11).

¹⁶² DS. 004-97-SA (DOEP, 18/6/1997).

La consejería preventiva para ITS y para infección por VIH y SIDA, es requisito obligatorio para quienes pretendan contraer matrimonio civil. La consejería podrá ser proveída por la Municipalidad respectiva o por el Establecimiento de Salud más cercano (art. 13).

No podrá condicionarse ningún tipo de atención médica o quirúrgica a la realización previa de exámenes diagnósticos de infección por VIH (art. 14).

La prueba de diagnóstico de VIH no debe ser requerida como condición para iniciar o mantener una relación laboral, educativa o social (art. 15).

Los resultados de las pruebas diagnósticas de infección VIH y SIDA y la información sobre la causa cierta o probable de contagio, son de carácter confidencial con las siguientes excepciones (art. 16) cuando sean usados por el personal de salud tratante, exclusivamente para brindar atención a la persona infectada (a), cuando sean solicitados por el Ministerio Público o el Poder Judicial si fueren indispensables para la denuncia o acusación fiscal o para el proceso penal por delito contra la salud pública, en cualquiera de sus etapas (b).

586 **(2) Informe sobre los Casos de Infección**

Con el máximo respeto al derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los datos los casos de infección por VIH y los casos de SIDA serán reportados al momento de hacerse el diagnóstico, así como la primera vez que sean atendidos en un establecimiento de salud. También deberá reportarse la evolución de los infectados reportados anteriormente y el fallecimiento de los mismos (art. 17).

Tendrán la responsabilidad de realizar el reporte de los casos de infección los profesionales de la salud que soliciten la pruebas diagnósticas de infección por VIH, los que realicen la primera atención en los establecimientos de salud de aquellos pacientes con diagnóstico previo, los que diagnostiquen la evolución al estadio SIDA y los que certifiquen el fallecimiento (art. 18).

587 **C. Manual de doctrinas, normas y procedimientos para el control de enfermedades de transmisión sexual (ETS) y el SIDA**

Este manual¹⁶³ establece como principio que toda persona con VIH y SIDA tiene derecho a la atención médica y a la prestación previsional

¹⁶³ Vid. VÍA LIBRE: *Manual sobre legislación peruana sobre VIH/SIDA*, Lima, 1997.

que el caso requiera. Con este fin, el Estado debe brindar los servicios del caso encargándose al MINSA la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS).

Las pautas legales genéricas son: el donante de sangre o sus componentes, de células, tejidos u órganos, debe ser sometido a tamizaje de infección por VIH; para la realización de pruebas diagnósticas de infección por VIH es necesaria una consejería previa y el consentimiento escrito; la atención médica no está condicionada a la realización previa de exámenes diagnósticos de infección por VIH; la prueba de diagnóstico de VIH no debe ser requerida como condición para iniciar o mantener una relación laboral, educativa o social; la confidencialidad de los resultados de las pruebas diagnósticas; en materia educativa se debe incluir en la currícula académica, contenidos preventivos y de control de ITS/VIH/SIDA y de bioseguridad.

§ 12. Anticoncepción Oral de Emergencia

588

En una entrevista que me hicieran en la *Legal Express*¹⁶⁴, respondíamos de la siguiente manera:

1. ¿Desde cuándo podemos hablar que existe vida humana? ¿Desde la fecundación o desde la implantación del óvulo en el útero?

589

La vida humana se inicia biológicamente desde la concepción. Es decir, desde el momento en el que espermatozoide ingresa al óvulo dándose inicio a la estructuración del código genético del nuevo ser. Este proceso es indetenible. Desde una posición bioética no puede ser analizado en base a intereses particulares, ni por algunas experiencias en laboratorio. El ser humano es uno, en su esencia y fin. Digno de la más amplia protección desde el momento en el que se inicia su existencia. El Derecho lo acepta de esta manera.

La mayoría de Constituciones, Códigos Civiles, Códigos de los Menores, leyes del derecho comparado como Tratados y leyes internacio-

¹⁶⁴ *Legal Express*, Año 4, N° 42, julio, Lima, 2004, pp. 3 y ss.

nales han asumido que la vida se inicia con la concepción¹⁶⁵, mientras que otras normas supranacionales otorgan una plena protección al ser humano¹⁶⁶. En el mismo sentido los modernos criterios jurisprudenciales¹⁶⁷. De qué estamos hablando entonces, de un sustento científico o de criterios jurídicos de protección a la vida humana. El Derecho ya fijó su posición, no hay más que hablar.

En cuanto al tema de la anidación, debemos reconocer que hay una tendencia doctrinal (obviamente superada por su desfase histórico) liderada por *Jean Carbonier*, *Roberto de Ruggiero* y *Arturo Valencia Zea*, que alega que la vida se inicia con la anidación. Consideran que el concebido es una porción u órgano de la madre, dependiente de ella. Esta es la teoría se sustenta en la tesis materialista que «El hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus vísceras» (Ulpiano, D. 25.4.1.1). Véase con cuantos siglos de antigüedad y, atraso conceptual. Si esta teoría mantiene aún su vigencia —y seamos claros en esto—, es a propósito de promover el aborto, bajo el slogan «mi vientre es mío», erróneo desde su base.

En el Perú, la Defensoría del Pueblo, sin mayor sustento científico ni rigor académico en la confrontación de opiniones y de la normatividad vigente sustentó a propósito de su informe a favor de la AOE que es «... recién a partir de la anidación que se considera iniciado el embarazo ... antes de la implantación no es posible determinar que la fecundación se haya producido»¹⁶⁸. Felizmente es sólo informe y la labor de esta institución, para variar, no ha llegado a más.

¹⁶⁵ Pacto de San José de Costa Rica (art. 1), Consejo de Europa a través de su Comité Directivo de Bioética (CDBI).

¹⁶⁶ Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo, arts. I, II y ss.), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Preámbulo, arts. 1 y 6), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Preámbulo (arts. 3 y 16), Convención de los Derechos del Niño (art. 1).

¹⁶⁷ Fallo dictado por la Corte Suprema en el Caso Portal de Belén en Argentina (*La Ley*, 2002-B, 520; 2002-C, 487; 697; *Diario Judicial*, 2002-2-13), en el que se reconoció que la protección constitucional del derecho a la vida, en el ámbito del Derecho constitucional argentino, comienza en el mismo momento de la concepción, ya que a partir de ese mismo momento, hay un niño, una persona humana, a la que el Derecho debe dar la máxima tutela posible ante cualquier acción que la amenace o dañe.

¹⁶⁸ Resolución Defensorial N° 040-2003/DP, emiten Recomendación referente a la anticoncepción oral de emergencia y a la aplicación de la R.M. N° 399-2001-SA/DM, *DOEP*, 19/12/2003, p. 257688.

2. ¿La píldora del día siguiente es abortiva?

590

El hecho que la píldora sea *ex post* al coito implica que desde ya pueda afectar la anidación de embrión, transgrediendo el derecho a la vida de aquel ser en gestación. Ésto es un ¡aborto!, no creo que sea una simple técnica de lavado uterino. Si se llega a probar que sólo impide la fecundación (llegada del espermatozoide al óvulo) o el proceso de ovulación, no habría mayor problema, pues funcionaría como un método anticonceptivo. Pero hay evidencias científicas divergentes (unas a favor y otras en contra). En este sentido, deberíamos aplicar el principio *indubio pro vita*, en caso de duda favorezcamos a la vida.

Por eso propongo un nuevo slogan, más acorde con el ser humano y su dignidad, «La vida es primero, el placer después». Los dos son importantes (el segundo ni que decirlo desde el aspecto pragmático) pero la vida es un valor, más que un derecho, que se encumbra sobre los denominados derechos sexuales o reproductivos. Salvo mejor parecer.

§ 12. Lesiones al concebido

591

I. Generalidades

592

Este delito fue incorporado al CP por la Ley 27716¹⁶⁹ y presenta la siguiente descripción típica:

«Artículo 124 A.- El que causa daño en el cuerpo o en la salud del concebido, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres».

El tipo penal, se refiere a las lesiones al concebido, denominación acorde con los criterios y principios civiles.

En el campo penal se considera (mayoritariamente) que la vida empieza con la anidación y no con la concepción, cuando luego de 14 días (aproximadamente) de la fecundación, el óvulo fecundado se adhiere al útero momento en que empieza la vida. Ésto lleva a la (aparente) distinción entre el *concebido*, que se inicia con la concepción y termina con la anidación y el *feto*, que se inicia con la anidación terminando con el nacimiento.

¹⁶⁹ Promulgada el 7/5/2002 y publicada en el DOEP, 8/5/2002.

Desde este punto de vista, agrega Portocarrero que «la atención penal se concreta al feto»¹⁷⁰, en la medida que «se requiere, para una efectiva aplicación de la norma penal, la posibilidad de vida cierta y ello (...) se da con la anidación»¹⁷¹, considerando al feto como titular de bienes jurídicos protegidos, mas no al concebido.

Este delito, a pesar de estar situado como un anexo de un delito culposo, es un delito doloso, que debería estar contemplado preferentemente en un capítulo especial admitiendo, además, su forma culposa de comisión, ya que es la conducta más usual en nuestro medio.

La conducta típica, señala el doctor Portocarrero, «está vinculada al delito de aborto, quedando la conducta en tentativa (aborto frustrado) que termina en causar lesión sin producir la muerte»¹⁷². Ésto si el dolo con el que se realiza la acción típica abarca la conciencia y voluntad de atentar contra la vida del feto. Como dice García Cantizano:

«... en caso que se pudiera determinar claramente la intención abortiva del sujeto, corresponde necesariamente sancionar el hecho como delito de aborto en grado de tentativa; pero si esta intención no pudiera determinarse claramente, habrá que afirmar que la calificación correcta sería la de lesiones al concebido»¹⁷³.

593 II. Estructura del Tipo Penal

594 A. Bien Jurídico Protegido

Tratándose de un delito de lesiones, lo que se protege es la salud.

595 B. Sujetos

El sujeto activo, puede ser cualquier persona, inclusive la propia gestante.

El sujeto pasivo es el concebido.

¹⁷⁰ PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: *Delito de lesiones*, Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003, p. 164.

¹⁷¹ PORTOCARRERO HIDALGO: *Delito de lesiones*, cit., p. 165.

¹⁷² PORTOCARRERO HIDALGO: *Delito de lesiones*, cit., p. 176.

¹⁷³ GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: «El nuevo delito de lesiones en el concebido», en: *Actualidad jurídica*, N° 103, Lima, 2002, p. 76.

C. Acción Típica y Antijurídica

596

El tipo penal se refiere a *causar daño en el cuerpo o en la salud del concebido*, lo que nos remite a las lesiones graves, leves y aquellas con resultado fortuito, cuya tipicidad subjetiva tiene como contenido al dolo, mas no a las lesiones culposas, ya que la lesión al feto es dolosa.

Este tipo penal trata de las lesiones de cualquier gravedad que puedan ocasionarse al feto a través de cualquier medio, siendo el juez quien aprecie la gravedad en el momento de aplicar la pena.

La acción típica comprende dos clases de lesiones: la primera es la *lesión en el cuerpo* que «se limita a ocasionar deformaciones, tanto en el aspecto externo, como interno del feto, tanto en la etapa de formación como en la etapa desarrollada»¹⁷⁴ y la otra es la *lesión, daño o menoscabo, tanto en la salud como en el funcionamiento de los órganos*; que puede prolongarse luego del nacimiento, sin dejar de ser tipificada la conducta como lesiones al feto¹⁷⁵. Se entiende que la afectación a la salud puede ser grave para su formación y evolución y puede ocasionarle trastornos irreparables que influirán en forma negativa en su vida fuera del vientre materno.

D. Tipicidad Subjetiva

597

La lesión al concebido tiene como contenido de su tipicidad subjetiva: el dolo, habiendo el legislador omitido, la forma culposa. No obstante, es difícil encontrar una conducta de lesiones al concebido, con dolo de lesionar directo, indirecto y eventual. Cabe resaltar que en la práctica médica es factible el llamado *error de tipo*, que puede llevar a las lesiones al concebido o la provocación de enfermedades fetales. Como se sabe, el error de tipo excluye o elimina el dolo de la acción.

E. Tentativa

598

Como delito doloso y de resultado, se admite la tentativa, la que es posible cuando se realiza el comportamiento orientado a lesionar y no alcanza su objetivo.

¹⁷⁴ PORTOCARRERO HIDALGO: *Delito de lesiones*, cit., p. 173.

¹⁷⁵ PORTOCARRERO HIDALGO: *Delito de lesiones*, cit., p. 178.

599 **F. Consumación**

El delito se consuma con la lesión, con el daño que ocasiona el agente en el cuerpo o en la salud del concebido. No es necesario esperar al nacimiento para dar por consumado el delito, el avance de la ciencia permite detectar su comisión antes.

600 **G. Pena**

La pena a aplicarse es privativa de libertad no menor de un año, ni mayor de tres años. El juez puede variar la pena dentro del límite, de acuerdo con la gravedad y proyección de la lesión hasta la etapa posterior al nacimiento. Acerca de la sanción penal Portocarrero opina que se ha omitido independizar la conducta del médico, el cual de ser el caso, debe hacerse acreedor a una inhabilitación¹⁷⁶.

¹⁷⁶ PORTOCARRERO HIDALGO: *Delito de lesiones*, cit., p. 178.

TERCERA PARTE
EL MÉDICO EN RELACIÓN CON EL
SISTEMA DE SALUD

Capítulo I

Relaciones institucionales

§ 1. Asociaciones 601

I. Generalidades 602

Constituye un derecho de la persona (art. 2, inc. 13, Const.), asociarse libremente sin fines de lucro.

II. Asociaciones Gremiales 603

Los Colegios Profesionales son instituciones autónomas con personería de derecho público.

Mediante el principio constitucional antes indicado, los profesionales pueden agruparse a efectos de defender sus derechos y lograr sus objetivos.

Existen dos asociaciones gremiales importantes: el CMP y la FNM. El primero se dedica a la parte ética de la medicina y la segunda a la parte operativa de la medicina (aspecto laboral, derechos, obligaciones y remuneraciones).

Las demás profesiones de la salud cuentan con sus propios Colegios Profesionales, lo que les permite un trabajo especializado y un trato directo con sus agremiados.

A. Colegio Médico del Perú 604

El CMP fue creado por L. 15173¹.

¹ Promulgada el 16 de octubre de 1964.

Respecto de su creación, se ha dicho:

«La aspiración corporativa de tener una institución que custodie *«la majestad de la Orden y los valores éticos de la profesión»*, apareció muy tardíamente en nuestro país. En la década de los cincuenta, la dirigencia de la Asociación Médica Peruana «Daniel Alcides Carrión» (fundada el 5 de octubre de 1930 y reconocida oficialmente el 6 de mayo de 1931) y los colegas que sin pertenecer a ella, lideraban el ejercicio asistencial, el claustro universitario, la curul parlamentaria y la defensa de los derechos profesionales y sociales, ya tenían un claro criterio respecto a las características que debía tener un Colegio Médico y las funciones que debía cumplir. Se sentía ya la necesidad de eliminar el ejercicio ilegal de la medicina, el empirismo, el intrusismo y la ruptura de valores éticos. Se requería la presencia de una institución representativa de todos los médicos que, a nombre de ellos, participara en las grandes decisiones nacionales sobre la salud. Era imperativo normar y regular la práctica profesional, desde el mismo momento de la inscripción del médico en un registro único de identificación y acreditación. Había necesidad de garantizar la idoneidad de los concursos y el respeto a la carrera médica.

Sólo ocho meses después que fuera creado el Seguro Social del Empleado, por el Decreto Ley N° 10902 dictado el 18 de noviembre de 1948 se acordó durante la Primera Convención Médica Peruana realizada entre el 22 y el 28 de julio de 1949, la fundación de la Federación Médica Peruana (FMP). Hugo Dejo Bustíos, en sus *Avatares Testimoniales*, recuerda este hecho como *«un acontecimiento que fue recogido en las páginas preferenciales de los diarios de la capital»*. La Carta Médica Peruana aprobada en dicha convención recogió con clara precisión, el pensamiento de la dirigencia médica de entonces:

«...El derecho de todos a vivir en salud. La sanidad pública y la atención de las personas económicamente débiles, es función del Estado. Todos los habitantes de la República deben gozar de idéntica posibilidad de asistencia. El régimen de Seguridad Social Obligatoria es un sistema benéfico para la promoción de la Salud y el Bienestar de la población. El trabajo de los médicos, en cualquier cargo que desempeñen, debe ser debidamente estimado y justicieramente retribuido»².

² BARSALLO BURGA, José: «Colegio Médico del Perú», en: *Historia de la medicina peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATA LLANA, Gustavo: Compilador), Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000, t. I, p. 79.

Como institución representativa de la profesión médica, el CMP tiene como objetivo principal, velar por la ética médica y por las condiciones administrativas del trabajo médico en el Perú. Está conformado por todos los médicos colegiados del país.

Es obligatoria la inscripción en el padrón médico para poder ejercer la profesión.

B. Federación Médica Peruana

605

La FMP se funda con anterioridad al CMP.

Su objetivo es buscar las mejores condiciones para el desarrollo de la medicina y de los médicos en el territorio nacional. Está integrada por todos aquellos médicos que desean ser defendidos en sus derechos. Su inscripción es facultativa.

III. Asociaciones Científicas

606

A. Sociedades Médicas

607

Las sociedades médicas científicas son asociaciones de médicos que, de acuerdo a sus especialidades, realizan una labor de investigación (eventos académicos, publicaciones, etc.), cuyos resultados benefician la labor del médico en el cuidado de la salud.

Estas instituciones (que aproximadamente son 72 inscritas en el CMP), si bien no realizan una labor directa de atención al paciente, indirectamente velan por el cuidado de la salud, a través de sus aportes en el campo de la investigación médica.

B. Academia Nacional de Medicina

608

La Academia Nacional de Medicina está conformada por los médicos más prestigiosos del país, quienes con su experiencia, tanto práctica como teórica, difunden el desarrollo de la medicina.

Entre los principales objetivos de la Academia Nacional de Medicina, mencionamos:

- Participar activamente en el debate y orientación de los problemas del campo de la salud;
- Absolver, como cuerpo consultivo, los asuntos que tengan a bien someter los poderes públicos y sus dependencias, sobre problemas concernientes a la salud y la medicina;

- Contribuir al progreso de las ciencias de la salud, a través de actividades científicas y de investigación de la realidad médico-social del Perú.

609 § 2. Establecimientos de Salud

Haciendo una historia de la atención de la salud en nuestro medio, se ha dicho que «En el presente siglo [se refiere al siglo XX], el «médico de familia» se constituyó en el proveedor de servicios médicos, gozaba de la confianza de la familia y era llamado para concurrir al domicilio del paciente, cada vez que se le requería para una consulta. Paralelo a este hecho, estaba la costumbre general que los partos se realizaban en los propios hogares»³.

«Los hospitales y policlínicos, que existieron a inicios del siglo, estaban a cargo del Gobierno, de las Beneficencias Privadas y de la Dirección de Salubridad Pública y ofrecían sus servicios de consulta y hospitalización. Concurrían a ellos, los habitantes de las clases sociales menos favorecidas económicamente. La oferta de estos hospitales siempre fue menor que la demanda, los niveles de satisfacción fueron bajos»⁴.

610 I. Aspectos Generales

Son aquellos centros de salud, en donde existe por lo menos un (1) médico.

En el ámbito nacional, se calculan un promedio de 6,290 establecimientos de salud.

611 II. Clases de Establecimientos de Salud

612 A. Establecimiento de Salud Público

Según el II Censo de infraestructura sanitaria y recursos del Sector Salud de 1996, puede señalarse entre los locales de salud, los siguientes:

³ OSORIO VALVERDE, Felizardo: «Clínicas privadas», en: *Historia de la medicina peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATAALLANA, Gustavo: Compilador), Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000, t. I, p. 41.

⁴ OSORIO VALVERDE: «Clínicas privadas», cit., p. 42.

a) Hospital 613

(1) Concepto 614

Es un establecimiento técnicamente planeado, construido, equipado y administrado para que brinde atención de salud integral (asistencial y preventivo promocional) a través de la consulta externa, emergencia y hospitalización (por más de 24 horas).

Cuenta con los cuatro servicios básicos: medicina general, cirugía, pediatría y gineco-obstetricia y tiene un servicio de laboratorio clínico.

Se encuentra localizado en capitales de provincia y su número de camas fluctúa entre 20 y 140.

(2) Marco Legal 615

El Reglamento General de Hospitales del Sector Salud⁵ fue promulgado como consecuencia de los lineamientos de la política del Sector Salud de acuerdo al que se crea un nuevo enfoque en las funciones del hospital; de esta manera su estructura se orienta a desarrollar actividades de apoyo.

Con esta nueva concepción, el hospital es un establecimiento de salud destinado a la atención integral, servicios ambulatorios y de hospitalización, proyectando sus acciones a la comunidad.

El MINSA, órgano rector del Sector, dicta las normas para la planificación, construcción, equipamiento y administración de los hospitales. En lo referente a la actividad y administración hospitalaria interna, es decir a su labor y estructura, el MINSA ha aprobado el Modelo de Reglamento de Organización y Funciones de los Hospitales⁶ que detalla los órganos, departamentos y las funciones que debe cumplir cada uno de ellos.

(3) Clasificación 616

El Reglamento General de Hospitales del Sector Salud clasifica los hospitales de acuerdo al grado de complejidad, número de camas y ámbito geográfico de acción.

Según la atención, el hospital puede ser general o especializado. De acuerdo a su dimensión y complejidad, serán clasificados tomando

⁵ DS. 005-90-SA (DOEP, 25/5/1990).

⁶ R.M. 616-2003-SA/DM (DOEP, 4/6/2003).

en consideración las características de sus instalaciones, la calificación de su personal, la calidad de su equipo. También se tomará en cuenta el número de camas y las comodidades o facilidades que se brindan a los pacientes hospitalizados y los ambulatorios.

617 **(4) Funciones**

Las funciones generales del hospital del sector público, son las siguientes: prestación de servicios integrales de salud, docencia, investigación, asesoría y apoyo técnico-administrativo.

618 **b) Centro de Salud**

Es el encargado de desarrollar actividades de promoción, protección y recuperación de la salud. Prestan servicios de consulta médica (medicina general, cirugía menor, obstetricia y pediatría), consulta odontológica, inmunizaciones, saneamiento ambiental y visita domiciliaria de enfermería.

Algunos centros de salud pueden tener camas de internado.

Su radio de acción corresponde a una jurisdicción de 2,000 o más habitantes.

619 **c) Puesto de Salud**

Es el establecimiento encargado de desarrollar actividades de promoción, protección y recuperación de la salud, tales como atención médica elemental, primeros auxilios, inmunizaciones, promoción de saneamiento ambiental y registro de información bioestadística. Es atendido por personal auxiliar que desarrolla actividades en base a manuales e instrucciones, que orientan y limitan sus funciones. Recibe supervisión periódica del Centro de Salud.

Estos establecimientos están dirigidos por técnicos de enfermería o por preventores de salud. No hay necesariamente presencia médica.

620 **B. Establecimiento de Salud no Público⁷**

Es el conjunto de recursos físicos (planta física, instalaciones, equipos y materiales) que constituyen un local destinado a la atención de la salud.

⁷ Autorizado por el Ministerio de Salud mediante DS. 023-87-SA, Reglamento General de Establecimientos de Salud del Sub-Sector no Público (DOEP, 26/05/1987).

Las formas de acceso a los servicios privados, a decir de Osorio Valverde, son las siguientes:

1. *Directa*.- El paciente paga por el servicio prestado en el momento de la atención recibida.
2. *Sistemas de Prepago o Programas de salud*.- El Prepago es ofrecido tanto a personas como a grupos familiares y empresas. El usuario sólo puede atenderse en la Clínica donde se inscribe y/o clínicas afiliadas a los intermediarios financieros. El sistema surge en 1983 y es consecuencia de las deficiencias notables de la Seguridad Social. Lidera esta etapa el Club de la Salud que es creado por la Sociedad Francesa de Beneficencia, precisamente como una solución a la grave situación que le había creado un contrato con la Seguridad Social en esa época. El Club de la Salud se fundó el 3 de septiembre de 1983.

Este sistema puede darse a través de:

- a. *Compañías de Seguro*.- Normalmente los contratos de pólizas son anuales, siendo los pagos a través de primas mensuales reajustables. El paciente se puede atender en clínicas exclusivas o en la que desee, según su póliza.
- b. *Autoseguros*.- Son planes médicos-familiares con las mismas características que las que ofrecen las compañías de seguros; pero, con un menor costo de prima porque reduce los gastos administrativos, debido a la gestión directa de los fondos recaudados.
- c. *Clínicas privadas*.- Ofrecen algún sistema o programa de seguro médico a la población a menos costo mensual en razón de la no intervención de aseguradoras y/o agentes intermediarios que reciben retribución por la administración de los recursos.
- d. *Las Empresas Prestadoras de Salud (EPS)*.- De reciente creación (L. 26790), destinadas a administrar los fondos de sus afiliados, con participación porcentual de la Seguridad Social y a través de programas de cobertura. Los pacientes serán atendidos en las clínicas o centro de salud que previamente firmaron contrato con las EPS⁸.

⁸ OSORIO VALVERDE: «Clínicas privadas», cit., p. 49.

Los establecimientos de salud no públicos son:

621 **a) Consultorio Médico Particular**

A cargo de uno o más profesionales de las ciencias de la salud, adecuadamente instalado y equipado para la atención de pacientes ambulatorios.

622 **b) Policlínico**

Integrado por dos o más consultorios que realizan la atención de pacientes ambulatorios y tiene un servicio de enfermería de doce (12) horas de atención mínima permanente.

Cuenta con los cuatro servicios básicos: medicina, cirugía, pediatría y gineco-obstetricia. No incluye hospitalización.

623 **c) Centro Médico**

Brinda servicio de consulta en diversas especialidades a cargo de un médico, dispensando atención de laboratorio clínico y de radiología. Funciona las veinticuatro (24) horas del día, contando con atención de enfermería y botiquín para uso interno.

624 **d) Hospital Privado o Clínica**

Es el establecimiento de atención médica integral que tiene como función principal, la recuperación de la salud a través de servicios médicos y auxiliares de diagnóstico y tratamiento, internamiento y asistencia ambulatoria.

625 **e) Instituto Médico o de Salud**

Brinda atención tanto ambulatoria como de internamiento en áreas médicas altamente especializadas que se complementan entre sí. Se encuentra a cargo de personal altamente calificado, cuyas actividades están orientadas hacia la investigación y la docencia.

626 **f) Servicios Médicos de Apoyo**

Son aquellos establecimientos denominados centros de rehabilitación y terapia física y centro de recuperación y/o reposo, que reci-

ben pacientes en período de convalecencia y que requieren rehabilitación.

g) Servicio de Apoyo Diagnóstico y Terapéutico 627

Brindan servicios de laboratorio clínico, anatomía patológica, radio diagnóstico, servicio de diagnóstico por imágenes (tomografía axial computarizada, hemodiálisis, ecografía, ecocardiografía), entre otros.

h) Servicio de Traslado de Paciente 628

Este servicio cuenta con ambulancias debidamente equipadas, personal profesional y auxiliar, con la implementación adecuada para asegurar el traslado de pacientes y cuidando su supervivencia en tales circunstancias.

i) Laboratorio de Prótesis Dental 629

Es un establecimiento adecuado para la confección de prótesis o aparatos de uso dental, a cargo de uno o más tecnólogos especializados en la materia.

j) Centro Óptico 630

Se dedica a la elaboración y comercialización de lentes oculares de refracción para anteojos y/o lentes de contacto. Su funcionamiento está a cargo de un técnico óptico en lentes de montura y de contacto.

k) Centro de Atención para Dependientes de Sustancias Psicoactivas 631

Es un sistema de tratamiento residencial donde el paciente asume la responsabilidad para el cambio de su vida, libre de drogas y de otras sustancias que generan dependencias.

l) Empresa de Saneamiento Ambiental 632

Es aquella que se dedica a la fumigación, desinfección, desratización y limpieza de ambientes, con equipos apropiados y personal especializado.

633 § 3. Deberes Profesionales con los Colegas

634 I. Marco Ético Legal

La Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial - Juramento de fidelidad profesional⁹, establece que: 'En el momento de ser admitidos como miembros de la profesión médica, prometen solemnemente considerar como hermanos a sus colegas'.

Por su parte, el Código Internacional de Ética Médica¹⁰ menciona que: 'El médico debe comportarse hacia sus colegas como él desearía que ellos se comportasen con él'. 'El médico no debe atraer hacia sí, los pacientes de sus colegas'. 'El médico debe observar los principios de la Declaración de Ginebra aprobada por la Asociación Médica Mundial'.

635 II. Deberes

Reconociendo los deberes mundialmente consagrados entre los colegas médicos, el CEDCMP establece los siguientes deberes profesionales:

- El médico prestará atención gratuita a los colegas que la requieran, a la esposa e hijos y a los padres que dependen económicamente de él. Este servicio lo realizará previo acuerdo respecto al momento y lugar, salvo en caso de emergencia en que la atención debe ser inmediata y en el lugar de la emergencia (art. 67).
- El médico que solicita los servicios de un colega debe evitarle toda molestia o pérdida de tiempo, recurriendo a la consulta domiciliaria sólo en caso de impedimento físico y de requerirse servicios de otro colega que reside en un lugar distante, reembolsará los gastos que ocasione su traslado (art. 86).
- Cuando un médico se ve imposibilitado por enfermedad, de atender a sus pacientes y su condición económica es difícil, es deber moral de los colegas, amigos y discípulos, reemplazarle en la aten-

⁹ Ginebra, septiembre de 1948 y enmendada por la 22ª Asociación Médica Mundial, Sydney, agosto de 1968.

¹⁰ Londres, octubre de 1949, enmendado en Sydney, agosto de 1968 y en Venecia, octubre de 1983.

ción a esos pacientes desinteresadamente, entregándole los honorarios percibidos (art. 88).

- Cuando un médico por un viaje de carácter profesional, encomiende su clientela en su propio consultorio corresponde al encargado, percibir los honorarios, haciéndose cargo de los gastos de alquiler, mantenimiento del local y pago de las obligaciones tributarias que surjan por causa del reemplazo y de una compensación económica por el uso del equipo médico (art. 89).
- Los médicos se deben respeto mutuo, evitando las expresiones o críticas que puedan herir la reputación moral o científica de cada uno, las que en último término redundan contra el buen nombre de la profesión médica (art. 70).

Capítulo II

Relación con otros profesionales de salud

El médico debe respetar la autonomía de los otros profesionales de la salud tratando con justicia, consideración, respeto y cortesía al personal a su cargo, fomentando su capacitación. El tratamiento de la salud o mejor dicho, su ejercicio, requiere de un conjunto de profesionales capacitados y preparados para ello. El médico (hoy en día) ya no puede hacer nada solo, es un trabajo conjunto y compartido con las demás profesiones de la salud.

La normatividad nacional casi de manera uniforme¹¹, considera una relación de profesionales de la salud. A manera de referencia, tenemos:

¹¹ L. 23536, Normas generales que regulan el trabajo y carrera de los profesionales de la salud (DOEP, 24/12/1982), DS. 019-83-PCM (25/3/1983) y su modificatoria el DS. 024-83-PCM (08/04/1983), reglamentan dicha ley. Por su parte, el DS. 005-97-SA Reglamento del SERUMS, en especial el art. 6, considera también al tecnólogo (DOEP, 226/1997)

Reglamento del SERUMSDS. 005-97-SA	Ley del trabajo y carrera de los profesionales de la salud LEY N° 23536
El SERUMS es realizado por los siguientes profesionales de la salud	Son considerados para esta Ley como profesionales de la salud.
Médicos-Cirujanos Odontólogos Enfermeras Obstétrices Químico-Farmacéuticos Biólogos Nutricionistas Médicos Veterinarios Psicólogos Asistentes Sociales Ingenieros Sanitarios Tecnólogos Médicos	Médico-Cirujano Cirujano-Dentista Enfermero Obstetiz Químico-Farmacéutico Biólogo Nutricionista Médico-Veterinario Psicólogo Asistente Social Ingeniero Sanitario

Para estos efectos, son profesionales de la salud, los siguientes: médico cirujano, cirujano dentista, químico farmacéutico, obstetiz, enfermero, médico veterinario, biólogo, psicólogo, nutricionista, ingeniero sanitario y asistente social, además de los tecnólogos médicos. En este orden los analizaremos.

636 § 1. Odontólogo

637 I. Generalidades

El odontólogo trata las afecciones y enfermedades buco-dentales y conexas. Desarrolla acciones de carácter integral, de diagnóstico, prevención, promoción, tratamiento, recuperación, rehabilitación y administración de la salud del sistema estomatológico, tanto a nivel individual como de la comunidad.

En el Perú, la odontología tiene una gran demanda profesional y asistencial. Sin embargo 10,000 personas ejercen ilegalmente la odontología en Lima, de los cuales el 80 por ciento está constituido por técnicos dentales (aquellos capacitados para trabajar modelos de dien-

tes en yeso). Sólo existen 6,000 odontólogos acreditados en el Colegio de Odontólogos del Perú para ejercer la profesión¹².

Según la Ley de Trabajo del Cirujano Dentista¹³ éste es un profesional de la ciencia y la salud, que presta sus servicios en forma científica, técnica y sistemática en los procesos de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud bucal, mediante la interacción de la persona, la familia y la comunidad, considerando a cada una de ellas dentro del contexto sociocultural, económico, ambiental en los que se desenvuelven, con el propósito de contribuir a elevar la calidad de vida y lograr el bienestar de la población en general (art. 2). El trabajo del cirujano dentista es reconocido como la práctica estomatológica que fundamentalmente, es el ejercicio del acto estomatológico u odontológico¹⁴, en razón de su grado de complejidad y su responsabilidad final, por sus consideraciones éticas, morales y legales (art. 4). Las denominaciones Odontólogo, Odontostomatólogo y estomatólogo son equivalentes a Cirujano Dentista (Segunda Disposición Final).

Recientemente, se ha implementado la carrera profesional de estomatología, en la que se estudia el aparato dental y masticador, la lengua, encía y paladar.

II. Estudios

638

Los estudios universitarios de odontología tienen una duración de cinco (5) años y un (1) año de internado.

III. Colegiación y Práctica

639

Para desempeñar actividades profesionales propias de la odontología se requiere tener título profesional universitario y cumplir con

¹² «Falsos dentistas invaden Lima», en: *El Comercio*, Lima, 7 de mayo de 2000, § B, p. 20.

¹³ L. 27878 (DOEP, 14/12/2002).

¹⁴ El acto médico-odontológico o acto odontológico es el conjunto de operaciones que el médico estomatólogo y el odontólogo realizan en cada uno de los períodos de tiempo en que mantiene relación inmediata con el enfermo, con el sujeto sano o con elementos derivados de ambos y que persiguen la prevención, el diagnóstico, el tratamiento o la rehabilitación del sistema estomatognático. Vid. GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto: «Acto médico y acto odontológico», en: <http://www.cop.org.pe/asesoria.html> (18/12/2002).

la colegiación en el Colegio de Odontólogos del Perú (art. 22, LGSalud)¹⁵.

Los odontólogos sólo pueden prescribir medicamentos dentro del área de su profesión.

640 § 2. Enfermera(o)

641 I. Generalidades

La enfermera(o), como profesional de la ciencia de la salud, participa en la prestación de servicios de salud integral, en forma científica, tecnológica, sistémica y humanista, en los procesos de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación de la salud, mediante el cuidado de la persona, la familia y la comunidad, considerando el contexto social, cultural, económico, ambiental y político en el que se desenvuelve, con el propósito de contribuir a elevar la calidad de vida y lograr el bienestar de la población¹⁶.

El ejercicio profesional del enfermero se realiza en cuatro (4) áreas funcionales: administrativa, asistencial, docente y de investigación. Se efectúa en dependencias del sector público o privado vinculadas a la salud poblacional del país. En cuanto al ámbito de la profesión, se determina que ésta:

«...se desarrolla a través de un conjunto de acciones orientadas a la solución de los distintos problemas de naturaleza bio-psico-social del individuo, la familia y la comunidad, desenvolviéndose básicamente en las áreas: Asistencial, Administrativa, Docente y de Investigación»¹⁷.

642 II. Estudios

Los estudios universitarios de enfermería tienen una duración de diez (10) semestres. Se prohíbe la utilización de la denominación de en-

¹⁵ Cfr. art. 2 de la L. 15251 (DOEP, 16/12/1964. Crea el Colegio Odontológico del Perú) y su Reglamento el DS. 280-65-SA/DGS, art. 2.

¹⁶ Cfr. Art. 3 de la Ley 27669 (DOEP, 16/02/2002. Ley del Trabajo de la Enfermera(o)) en concordancia con el art. 2 de su Reglamento, D.S. 004-2002-SA (DOEP, 22/06/2002).

¹⁷ Cfr. Art. 3 de la Ley y Art. 5 del Reglamento.

fermero u otra análoga, a quien carezca del título profesional universitario y/o colegiatura respectiva.

La especialidad tiene una duración de un año y medio y se da en: cuidados intensivos; emergencia y desastres; neurología; salud mental y psiquiatría; oncología y pediatría.

III. Colegiación y Práctica

643

El título de enfermero y la matrícula en el Colegio de Enfermeros del Perú, son obligatorios para el ejercicio de la profesión (art. 22, LGSalud)¹⁸.

En el Perú, existe un promedio de 33,000 enfermeras registradas. Sin embargo este número no se adecúa con la práctica, existiendo una enfermera por cada 40 pacientes en los hospitales de Lima, no lográndose cumplir el estándar internacional promedio que es de 15 pacientes por cada enfermera¹⁹.

§ 3. Obstetriz

644

I. Generalidades

645

En las zonas marginales del Perú, un número considerable de personas utilizan el método de parto natural por diversas razones, sea porque la obstetricia no está difundida, los costos de atención no están al alcance de todos o porque piensan que en el hospital, le van a cambiar a su bebé por otro.

Para llenar este vacío en la atención profesional, existen personas con conocimientos empíricos (comadronas o parteras), que atienden a las parturientas.

La práctica de la obstetricia se demuestra con el descenso en las tasas de mortalidad materna y de los lactantes. El número de mortinatos (nacidos muertos después de 20 semanas de gestación) o de lactantes

¹⁸ Cfr. arts. 2 y 3 del DL. 22315 (DOEP, 17/10/1978, crea el Colegio de Enfermeros del Perú) en concordancia los arts. 2, 3 y 7 de su Reglamento el DS. 007-78-SA (DOEP, 26/10/1978) y su modificatoria DS. 006-90-SA (DOEP, 4/06/1990). Así como, Art. 7 del Reglamento de la Ley del Trabajo de la Enfermera(o)

¹⁹ Vid. *El Comercio*, 6 de mayo de 2000, § B, p. 16.

que fallecen durante los primeros 28 días después del parto, ha descendido. En todo caso, no todas estas muertes son evitables, ya que las anomalías congénitas son la causa más importante de muerte del lactante.

Según la Ley de Trabajo de la Obstetriz²⁰ y su Reglamento²¹ ésta provee, oferta y administra atención obstétrica de salud en el ámbito de su competencia, a la mujer, familia y la comunidad, en forma científica, tecnológica, sistematizada y coordinada con los demás profesionales de la salud. Asimismo, se encuentra legalmente apta para prestar atención a la mujer, familia y comunidad en el campo asistencial, administrativo, docencia e investigación dentro del sector público, no público y en el ejercicio privado.

Su función más amplia es la asistencia de acuerdo a su preparación curricular, que le permite dar prestaciones de salud a la mujer, preparándola para su capacidad reproductiva a través de la educación y consulta, en la que aplica los conocimientos del diagnóstico y terapéutica, indica los exámenes auxiliares de ayuda al diagnóstico, prescribe los fármacos necesarios que le permitan conducir a la futura madre hacia una óptima gestación, evitando la morbilidad y mortalidad materno-infantil.

La obstetricia es una profesión médica con capacidad preventiva, diagnóstica y terapéutica, que presta atención integral en las etapas preconcepcional y concepcional (prenatal, intranatal, posnatal e internatal) y al neonato.

646 II. Estudios

La obstetricia es una carrera integrada dentro de las profesiones de las ciencias médicas y de nivel universitario.

Los estudios universitarios de obstetricia tienen una duración de diez (10) semestres.

²⁰ L. 27853 (DOEP, 21/10/2002).

²¹ DS. 008-2003-SA (DOEP, 15/5/2003).

III. Colegiación y Práctica 647

Dada su especialidad y tecnicismo en el estudio cuenta con una autonomía académica y profesional²² y la colegiación es indispensable para el ejercicio de la profesión.

§4 Químico farmacéutico 648

I. Denominación 649

Esta denominación, tan específica y técnica, identifica a aquellos profesionales de la salud cuya función es preparar, expender y comercializar medicamentos.

Existe otro proveedor de la salud, denominado farmacéutico, cuya función, netamente técnica, es colaborar con las funciones del químico farmacéutico.

II. Funciones 650

Para la LGSalud (art. 33), el químico farmacéutico es la persona responsable de la dispensación, información y orientación al usuario sobre la administración, uso y dosis del producto farmacéutico, su interacción con otros medicamentos, sus reacciones adversas y sus condiciones de conservación. Está facultado para ofrecer al usuario, alternativas de medicamentos equivalentes al prescrito en la receta, en igual forma farmacéutica y dosis.

III. Educación 651

Los estudios universitarios de farmacia y bioquímica tienen una duración de cinco (5) años y un (1) año de internado.

²² RM. 198-90-SA/DM (DOEP, 20/5/1990) Aprueba autonomía absoluta a profesionales de la salud de la línea de carrera obstetrix con título universitario. Asimismo, la L. 23346 (DOEP, 18/12/1981) reconoce a la obstetricia como profesión médica.

652 **IV. Colegiación y práctica**

Para la práctica de la farmacia, se requiere obligatoriamente el título profesional universitario de químico farmacéutico y la matrícula en el Colegio Químico Farmacéutico del Perú (art. 22, LGSalud)²³.

653 **§ 5. Biólogo**

654 **I. Generalidades**

El biólogo estudia los organismos vivos y sus interrelaciones, considerando los aspectos morfológicos, bioquímicos, moleculares, ecológicos, taxonómicos, etc. Investiga en laboratorios y en condiciones naturales, la estructura genética, fisiológica y otros aspectos fundamentales de todas las formas de vida.

655 **II. Estudios**

El régimen de estudio de la carrera profesional es semestral, el plan de estudios consta de 10 semestres académicos o cinco años y se obtiene el título profesional de biólogo con mención en biología celular y genética, botánica, hidrobiología y pesquería, microbiología y parasitología y zoología.

656 **III. Colegiación y práctica**

La colegiación es indispensable para el ejercicio de la profesión.

657 **§ 6. Nutricionista**

658 **I. Generalidades**

El nutricionista es un especialista en el área de la alimentación y nutrición. Su objetivo fundamental es contribuir a la solución de la problemática alimentaria nacional del país, mejorando la calidad de vida del poblador.

²³ Cfr. art. 2 de la L. 15266 (DOEP, 18/12/1964, crea el Colegio Químico Farmacéutico del Perú), en concordancia con el art. 1.1.03 del DS. 187-65-SA (DOEP, 16/7/1965).

II. Estudios 659

Los estudios universitarios de nutrición tienen una duración de cinco (5) años. El título que se otorga es licenciado en nutrición.

III. Colegiación y práctica 660

La colegiación es indispensable para el ejercicio de la profesión.

§ 7. Médico veterinario 661

I. Generalidades 662

El médico veterinario estudia y aplica procedimientos científicos y tecnológicos para la preservación y proyección de la salud animal, la crianza, producción, reproducción y mejoramiento genético de los animales domésticos, buscando la mejora del medio ambiente.

II. Estudios 663

Los estudios universitarios tienen una duración de cinco (5) años.

III. Colegiación y Práctica 664

La colegiación es indispensable para el ejercicio de la profesión.

§ 8. Psicólogo 665

I. Generalidades 666

El psicólogo es el científico que estudia el comportamiento humano contribuyendo al desarrollo del potencial psíquico del individuo para que logre mejores condiciones de vida mediante relaciones interpersonales armoniosas.

Según la Ley de Trabajo del Psicólogo²⁴ éste es un profesional de la conducta humana, con competencia en la promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y recuperación de la salud mental de la per-

²⁴ L. 28369 (DOEP, 29/10/2004).

sona humana, de la familia y la comunidad, en el ámbito psico-social (art. 2).

667 **II. Estudios**

El título profesional se obtiene por tesis, por la sustentación de un caso psicológico, por la acreditación de tres (3) años de prestación de servicios en labores propias de la profesión del psicólogo, por examen de titulación, a la que podrán acceder en forma directa, los bachilleres con tesis.

Los estudios universitarios tienen una duración de cinco (5) años.

668 **III. Colegiación y Práctica**

La colegiación es indispensable para el ejercicio de la profesión, es decir estar inscrito en el Colegio de Psicólogos (art. 6, L. 28369).

669 **§9. Asistente Social**

El asistente o trabajador social aplica los principios y leyes de las ciencias sociales para el estudio y tratamiento de los problemas sociales. Formula diagnósticos integrales, contribuye al desarrollo social y humano, facilita alternativas de solución a los problemas sociales, plantea un conjunto de acciones orientadas a la promoción de las familias y comunidades en los aspectos económico, educativo, social y cultural.

670 **§ 10. Ingeniero Sanitario**

671 **I. Generalidades**

El ingeniero sanitario es el encargado de la aplicación de los principios de la ingeniería al medio ambiente en relación con el agua, aire, suelo, alimentos, vivienda y centros de trabajo, para la protección y promoción integral de la salud.

672 **II. Estudios**

El régimen de estudios de la carrera profesional es semestral, el plan de estudios consta de 10 semestres académicos o cinco años y se obtiene el título profesional de ingeniero sanitario.

III. Colegiación y Práctica

673

La colegiación es indispensable para el ejercicio de la profesión.

§11. Tecnólogo médico

674

I. Generalidades

675

El tecnólogo médico es el profesional capacitado para la aplicación de la tecnología en el área de la salud, empleando modernos equipos electrónicos y adecuando los recursos con que se cuenta en la actualidad. Desarrolla actividades asistenciales que coadyuvan al diagnóstico, tratamiento, rehabilitación de las enfermedades y sus secuelas discapacitantes, mediante la realización de análisis y exámenes de laboratorio.

Los tecnólogos médicos fueron incorporados como profesionales de la salud, a efectos que realicen el SERUMS²⁵.

La Ley del trabajo del profesional de la salud tecnólogo médico²⁶ indica que «El profesional que ejerce la ciencia de la Tecnología Médica se le denomina Tecnólogo Médico y se desarrolla en las áreas de Terapia Física, y Rehabilitación, Laboratorio Clínico y Anatomía Patológica, Radiología, Optometría, terapia Ocupacional y Terapia del Lenguaje» (art. 7), asimismo indica que «La tecnología Médica es una profesión universitaria de las ciencias de la salud, disciplina científica, tecnológica y humanística que orienta y contribuye resolver problemas de naturaleza bio-sico-social, mediante la creación, modificación y/o aplicación de metodología y tecnología que avanza acorde con los conocimientos científicos de los tiempos modernos y las exigencias sociales de nuestra realidad» (art. 8).

II. Estudios

676

Los estudios universitarios de tecnología médica tienen una duración de cinco (5) años. El título que se otorga es de licenciado en

²⁵ DS. 005-97-SA (DOEP, 22/06/1997) Reglamento de la Ley que establece el Servicio Rural y Urbano Marginal de Salud (SERUMS).

²⁶ L. 28456, Ley del trabajo del profesional de la salud tecnólogo médico (DOEP, 4/1/2004).

tecnología médica y con mención en una de las cuatro especialidades: laboratorio clínico y anatomía patológica; terapia física y rehabilitación; radiología y terapia ocupacional.

Capítulo III

Relación con técnicos y auxiliares de salud

La LGSalud (art. 35) determina que quienes realizan actividades profesionales, técnicas o auxiliares relacionadas con la salud de las personas, están limitadas a ejercerlas en el área que el título, certificado o autorización expedido conforme a ley, lo determine.

§ 1. Técnicos en el Área de Salud

677

Dada la gran demanda tanto en el estudio como en la *praxis* de la medicina, existen los denominados técnicos de la salud, cuya formación se realiza en un centro de educación superior (no universitario), preparándose en un período de tres (3) años, en el campo teórico, técnico y práctico, para asistir y ayudar a los profesionales de la salud.

Los estudios técnicos en salud son: enfermería, laboratorista clínico, fisioterapia y rehabilitación (terapeutas ocupacionales, osteópatas), farmacia, obstetricia, técnicos en radiología, prótesis dental, entre los más importantes.

I. Paramédico

678

A. Terminología

679

El término paramédico se utiliza cada vez con más frecuencia, para denominar a aquella persona con formación médica, que trabaja en actividades asistenciales.

No existen restricciones en la actualidad sobre quién puede denominarse paramédico. Sin embargo, la LGSalud (art. 35) refiere que quienes desarrollan actividades profesionales, técnicas o auxiliares relacionadas con la salud de las personas, se limitarán a ejercerlas en el área que el título, certificado o autorización legalmente expedidos, determine.

680 **B. Funciones**

El paramédico es la persona que trabaja técnicamente en el campo de la salud. Está preparado para resolver situaciones de emergencia, participar en el rescate de accidentados y en el diagnóstico, reanimación y traslado de pacientes en estado de salud delicado.

El área paramédica brinda cuidados primarios a los enfermos y pacientes, incluyéndose dentro de la misma, a las siguientes especialidades: Inyectables, primeros auxilios, auxiliar de farmacia, auxiliar de enfermería, auxiliar de obstetricia, auxiliar de laboratorio clínico y mecánica dental (prótesis dental)²⁷.

681 **C. Educación**

La preparación académica y técnica del paramédico se realiza en institutos de educación superior (no universidades) y su duración es aproximadamente tres (3) años.

682 **§ 2. Auxiliares en el área de la salud**

Los auxiliares son asistentes de los profesionales de la salud. Sus estudios se realizan en institutos superiores por un período de un año.

Los auxiliares en el área de salud son los siguientes: auxiliar de enfermería y auxiliar de farmacia.

²⁷ Guía ocupacional. Nivel técnico. Ministerio de Trabajo y Promoción Social, Dirección General de Empleo.

Capítulo IV

Relación con otras instituciones de salud

§ 1. Centro de Prevención

683

La 'Dirección General de Salud de las Personas del Ministerio de Salud' cuenta con un programa preventivo que centra sus labores en la salud escolar y del adolescente a nivel nacional, teniendo una orientación netamente promocional y preventiva (por ejemplo: el programa preventivo de micronutrientes se encarga de realizar actividades para mejorar el consumo y prevenir la deficiencia de vitamina A, Yodo, Hierro y Flúor)

Dentro de esta línea de trabajo, el programa ha creado a nivel nacional, los 'Centros preventivos de atención integral' o también conocidos como los 'Centros de atención integral diferenciada'. Su metodología es ofrecer multiservicios a los adolescentes, tales como talleres de habilidades sociales, talleres de manualidades, espacios de recreación y cultura, educación para la salud, consejería y orientación, etc.

§ 2. Seguro de Salud

684

I. Generalidades

685

El seguro de salud es una forma de cubrir o resarcirse de los gastos originados por una enfermedad o dolencia que aqueja a una persona, de modo que, quien adolece de un mal puede acudir a una consulta médica y seguir un tratamiento, que serán cubiertos por la compañía aseguradora.

686 **II. Estructura del Seguro de Salud**

El Sistema de Seguros de Salud en el Perú está estructurado de la siguiente manera:

687 **A. Seguro Privado**

688 **a) Marco Legal**

De acuerdo a la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Ley Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros L.26702²⁸, el Sistema de Seguros está conformado por las empresas de seguros y de reaseguros, sus subsidiarias y los intermediarios y auxiliares de seguros.

Las empresas de seguros y de reaseguros operan en dos ramos: 1) el de seguros de vida y 2) el de seguros generales.

La Ley de seguros mencionada (art. 318), establece que las empresas del sistema de seguros pueden constituir como subsidiarias una empresa prestadora de salud, en concordancia con lo establecido en la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud²⁹.

689 **b) Necesidad de una Ley General de Seguro de Salud**

Como puede verse, en el Perú no existe una Ley General de Seguro de Salud, siendo necesaria, a fin de canalizar adecuadamente la prestación de los servicios de salud, a través del seguro privado.

690 **B. Seguro Social de Salud**

691 **a) Antecedentes**

Fue creado sobre la base del IPSS³⁰, que fue una institución autónoma y descentralizada con personería jurídica de derecho público interno, dependiente del Poder Ejecutivo, que se encargaba de la Seguridad Social, es decir, ofrecer a los miembros de la comunidad,

²⁸ Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (DOEP, 09/12/1996).

²⁹ L. 26790 (DOEP, 17/5/1997).

³⁰ IPSS, L. 24786 (DOEP, 24/12/1987), norma derogada.

una protección contra los diferentes riesgos, mediante sistemas organizados que otorgan cobertura frente a contingencias.

b) Actualidad

692

Como parte integrante directa de la seguridad social de salud, ESSALUD³¹ es un organismo público descentralizado y autónomo, con personería jurídica de derecho público interno, adscrito al sector Trabajo y Promoción del Empleo.

c) Objetivo

693

Su objetivo es dar cobertura a los asegurados y sus derechohabientes, a través del otorgamiento de prestaciones de prevención, promoción, recuperación, rehabilitación, prestaciones económicas y sociales que corresponden al régimen contributivo de la seguridad social en salud y otros seguros de riesgos humanos.

d) Funciones

694

Sus funciones son, entre otras:

- Administrar el régimen contributivo de la seguridad social y otros seguros de riesgos humanos;
- Inscribir a los asegurados y entidades empleadoras;
- Recaudar, fiscalizar, determinar y cobrar las aportaciones y demás recursos;
- Determinar los períodos de calificación para el otorgamiento de prestaciones;
- Desarrollar programas de prevención de la salud ocupacional y riesgos profesionales;
- Promover la ejecución de programas de difusión sobre seguridad social en salud;
- Desarrollar programas especiales orientados al bienestar social, en especial del adulto mayor y las personas con discapacidad;
- Desarrollar programas de extensión social y planes de salud especiales, a favor de la población no asegurada y de escasos recursos;

³¹ L. 27056 (DOEP, 30/1/1999) y DS. 002-99-TR (DOEP, 27/5/1999).

- Apoyar a la población afectada por siniestros y catástrofes; y,
- Realizar las demás funciones que la ley le encomiende o permita.

695 **e) Prestaciones**

Las principales prestaciones son:

- Prevención y promoción de la salud (educación para la salud, la evaluación y control de riesgos e inmunizaciones);
- Prestaciones de recuperación de la salud (atención médica, medicinas e insumos médicos, prótesis y aparatos ortopédicos imprescindibles y servicios de rehabilitación);
- Prestación de maternidad (cuidado de la salud de la madre gestante y la atención del parto, extendiéndose al período de puerperio y al cuidado de la salud del recién nacido);
- Prestaciones de bienestar y promoción social (actividades de proyección, ayuda social y de rehabilitación para el trabajo);
- Prestaciones económicas (subsidios por incapacidad temporal, maternidad, lactancia y prestaciones por sepelio);
- Programas de extensión social y planes de salud a favor de los no asegurados y de escasos recursos los otros seguros de riesgos humanos, dentro del régimen de libre contratación.

696 **f) Beneficiarios**

El ámbito de aplicación de ESSALUD comprende:

- Trabajadores que realizan actividades dependientes o independientes y sus derechohabientes;
- Trabajadores del campo y del mar y sus derechohabientes;
- Poblaciones afectadas por siniestros o catástrofes;
- Pensionistas y sus derechohabientes;
- Personas con discapacidad física y mental; personas que carecen de ingresos;
- Personas que se afilien voluntariamente; personas que sufren pena privativa de la libertad;
- Trabajadores que prestan servicio al Estado en el extranjero;

- Extranjeros que ingresan al país en calidad de turistas;
- Personas que prestan servicios voluntarios no remunerados a favor de la comunidad, incluyendo a quienes integran organizaciones sociales que brindan apoyo a la población de escasos recursos;
- Escolares, universitarios y estudiantes de institutos superiores no universitarios; personas dedicadas exclusivamente a las tareas de su hogar;
- Artistas y otras personas que pueden ser comprendidas.

C. Seguro de Trabajo

697

De acuerdo a la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud³², el seguro complementario de trabajo de riesgo otorga cobertura adicional a los afiliados regulares del Seguro Social de Salud, que desempeñan actividades de alto riesgo.

Las actividades productivas de alto riesgo son las que se detallan a continuación: Pesca, producción de petróleo crudo y gas natural, extracción de minerales metálicos, extracción de otros materiales, industria del tabaco, fabricación de textiles, industria del cuero y productos de cuero y sucedáneos del cuero, industria de la madera y productos de madera y corcho, fabricación de sustancias químicas e industriales, fabricación de otros productos químicos, refinerías de petróleo, fabricación de productos derivados del petróleo y del carbón, fabricación de productos plásticos, fabricación de vidrio y productos de vidrio, fabricación de otros productos minerales no metales, industria básica de hierro y acero, fabricación de productos metálicos y construcción de maquinarias, electricidad, gas y vapor, construcción, transporte aéreo, servicios médicos y odontológicos, otros servicios de sanidad y veterinaria³³.

Este tipo de seguro es obligatorio y por cuenta de la entidad empleadora.

Los riesgos cubiertos por este seguro son los siguientes: otorgamiento de prestaciones de salud, de pensiones de invalidez temporal o

³² L. 26790 (DOEP, 17/5/1997) y su Reglamento el DS. 009-97-SA (DOEP, 09/9/1997).

³³ De acuerdo al Anexo 5 del DS. 009-97-SA.

permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades contraídas por el ejercicio de la profesión.

698 **D. Seguro Escolar Gratuito**

Este seguro fue constituido en agosto de 1997 ha atendido consultas gratuitas de patología básica común (bronquitis, golpes, diarreas, dolores pélvicos, esguinces, etc.) y también partos de adolescentes.

Desde fines de 1998, se ha constituido como 'Proyecto Piloto el Seguro Materno-Infantil', previéndose una expansión a 9 regiones del país, con la idea que cubra todo el territorio nacional.

699 **E. Seguro Integral de Salud (SIS)**

700 **a) Antecedentes**

En el año 2002, se creó el denominado Seguro Integral de Salud, a través del cual se brinda seguro de salud a precios muy bajos.

Nos dice el MINSA³⁴, que las estadísticas del INEI – ENAHO 2000, muestran que sólo 7,657,986 de peruanos, están cubiertos por el régimen contributivo de la seguridad social, cifra que representa al 30 por ciento del total de la población del país. El resto de la población, 5,355,165 peruanos, cuentan con recursos económicos para recurrir a un sistema de aseguramiento, sea público y/o privado. Pero, 13'333,689 peruanos, es decir 50 por ciento de la población total, se encuentran fuera del régimen contributivo y además se encuentran en situación de pobreza. Este último grupo corresponde a la población objetivo del SIS.

701 **b) Visión**

Contribuir al sistema de aseguramiento universal que garantice el ejercicio pleno del derecho a la salud, impulsando un modelo de atención integral con adecuación social y cultural.

702 **c) Objetivos**

En el ámbito sectorial:

³⁴ <http://www.sis.minsa.gob.pe> (agosto de 2004)

- Construir un sistema de aseguramiento público sostenible, que financie servicios de calidad, a fin de mejorar el estado de salud de las personas.
- Promover el acceso de la población no asegurada a prestaciones de salud de calidad, priorizando los grupos vulnerables y en situación de extrema pobreza y pobreza.
- Implementar políticas que generen una cultura de aseguramiento en la población.

En el ámbito institucional:

- Evaluar la calidad de la oferta de los prestadores de servicios y la satisfacción en la atención de salud de los beneficiarios.
- Facilitar servicios de calidad a los beneficiarios del Seguro Integral de Salud.
- Dirigir los procesos de afiliación y operación del Seguro Integral de Salud en todos los niveles.
- Proponer políticas y normas que permitan garantizar el logro de los objetivos funcionales.

F. Seguro Médico Obligatorio

703

El 21 de agosto de 2003 se presentó la propuesta legislativa N° 7938 bajo el título «Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil Médica» que propone modificar el inciso a) del artículo 15 de la L. 26842, Ley General de Salud, creando el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil Médica.

La modificación del texto del artículo propuesta:

«Toda persona, usuaria de los servicios de salud, tiene derecho:

- a) Al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad; a recibir una indemnización por el daño causado, en los casos de error, negligencia, impericia u omisión, que causen lesiones, invalidez temporal o permanente o muerte, para lo cual, quienes desempeñan actividades profesionales propias de la medicina, odontología, farmacia o cualquier otra relacionada con la atención de la salud; deberán contar con un seguro obligatorio por responsabilidad en el ejercicio profesional, de acuerdo a las condiciones que se establezcan por Decreto Supremo».

Sobre el particular, se ha identificado a este Seguro obligatorio por responsabilidad en el ejercicio profesional con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito³⁵ (SOAT³⁶), en la medida que la víctima sólo deberá acreditar los daños producidos, para que la empresa aseguradora le indemnice. Debemos advertir que esta indemnización no implica la determinación de responsabilidad (ya sea civil, administrativa o penal), simplemente, lo que se pretende con este seguro, es la reparación inmediata a la víctima (paciente). Posteriormente, la empresa aseguradora podrá repetir contra el verdadero responsable.

A la fecha, se sigue debatiendo sobre este polémico seguro en el Congreso. Al respecto, se ha sostenido que:

«son argumentos insostenibles, aquéllos que niegan categóricamente esta propuesta por el sólo hecho que se van a encarecer los costos y que los médicos ganan poco. Si se aplica el seguro obligatorio, lo que se va a hacer es distribuir socialmente la asunción del riesgo y ello se verá reflejado, evidentemente, en una alza del costo de los servicios médicos, que se verá ampliamente compensada por la seguridad que los galenos deberán brindar al paciente frente a cualquier eventualidad»³⁷.

³⁵ ESPINOZA ESPINOZA, Juan: «El Seguro Médico Obligatorio: ¿Motivo humanitario o decisión demagógica?», en: *Legal Express*, Año 3, N° 33, septiembre, Lima, 2003, p. 10; ALARCÓN RANGEL, Teófilo. «A propósito del Seguro Médico Obligatorio. Alcances legales en materia de civil que afectan el acto médico indebido», en: *Actualidad Jurídica*, N° 122, Lima, 2004, p. 84.

³⁶ Aprobado por DS. 049-2000-MTC, que estableció el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito. Consúltase el DS. 024-2002-MTC (1406/2002): Aprueban Texto Único Ordenado del Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito.

³⁷ ESPINOZA ESPINOZA: «El Seguro Médico Obligatorio: ¿Motivo humanitario o decisión demagógica?», cit.

Bibliografía

- ADJUNTÍA EN ASUNTOS CONSTITUCIONALES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO, «Testigos de Jehová y Transfusiones Sanguíneas (Informe)», en: *Debate Defensorial*, N° 4, Lima, 2002.
- ALARCÓN RANGEL, Teófilo. «A propósito del Seguro Médico Obligatorio. Alcances legales en materia de civil que afectan el acto médico indebido», en: *Actualidad Jurídica*, t. 122, Lima, 2004.
- AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis: «La prueba difícil», en: *Homenaje a Jorge Avendaño*, t. II, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.
- BARCHI VELAOCHAGA, Luciano: «Responsabilidad civil en la atención médico-quirúrgica de emergencia», en: *Diálogo con la jurisprudencia*, año 6, N° 27, julio, Lima, 2000.
- BARSALLO BURGA, José: «Colegio Médico del Perú», en: *Historia de la medicina peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATA LLANA, Gustavo: Compilador), t. I, Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000.
- BASADRE, Jorge: *Fundamentos de la historia del Derecho*, Lima, Librería Internacional del Perú, 1956.
- BELLIDO ANGULO, María Soledad: «Derechos sexuales y reproductivos... Cuando los derechos nacen», en: *Derecho. Revista De la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín*, N° 4, Arequipa, 2002.
- BRAMONT ARIAS, Luis: *Temas de derecho penal*, t. I, SP Editores, Lima, 1990.

- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: «El delito de manipulación genética», en: *Actualidad Jurídica*, N° 99, febrero, Lima, 2002.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto y GARCÍA CANTIZANO, María: *Manual de Derecho Penal (parte especial)*, 2ª ed., Lima, Editorial San Marcos, 1996; 4ª ed., Lima, Editorial San Marcos, 1998.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*, Lima, Palestra, 2003.
- CABIESES, Fernando: *Dioses y enfermedades (La medicina en el antiguo Perú)*, Lima, Artegraf, 1974.
- CASTILLO ALVA, José Luis: *Homicidio. Comentarios a las figuras fundamentales*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000.
- CASTILLO ALVA, José Luis: «¿Es necesaria una regulación constitucional del aborto?» en: *Actualidad Jurídica*, t. 107, octubre, Lima, 2002.
- CASTILLO FREYRE, Mario y CÉSPEDES SUZUKI, Erika: «Características del contrato médico», en: *Actualidad Jurídica*, t. 116, julio, Lima, 2003.
- CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo: *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del Derecho por el Derecho Civil*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2004.
- CÉSPEDES SUZUKI, Erika: «Genética y Derecho: Hacia una regulación jurídico penal de las manipulaciones genéticas», en *I Coloquio de estudiantes de Derecho*, Lima, PUCP, 2003.
- CHÁVEZ HUALPA, Fabiola: «Curaciones del síndrome cultural del susto por operadoras terapéuticas femeninas en los andes septentrionales», en: *Historia de la Medicina Peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATA LLANA, Gustavo: Compilador), t. II, Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000.
- DE LA VEGA, Garcilaso: *Comentarios reales*, Vol. I, Lima, 1918.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO: «Testigos de Jehová y Transfusiones Sanguíneas», Informe elaborado por la adjuntía en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, dirigida por Samuel Abad y conformada por Pier Paolo Marzo, Daniel Soria, Roberto Pereira y Susana Klien, en: *Debate Defensorial*, N° 4, Lima, 2002.

- DELGADO MATA LLANA, Gustavo: *Daniel Alcides Carrión. Mártir de la medicina peruana. Héroe nacional*, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2001.
- DENEGRI HACKING, Marianne: «Análisis de la responsabilidad civil médica en la legislación peruana», en: *Advocatus*, N° 5, Lima, 2001.
- DÍAZ MUÑOZ, Oscar: «Invocando el derecho para no cumplir la ley», en: *El Dominical. Suplemento de El Comercio*, Año 50, N° 292, 24/10/2004.
- ESPINO PÉREZ, J.: *Código Penal*, 6ª edición, Lima, Editorial Importadora Sevillano, 1982.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Estudios de derechos de las personas*, Lima, Concytec, 1990.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Ensayos sobre teoría general del Derecho y los derechos de las personas*, Lima, Editorial Huallaga, 1996.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Responsabilidad Civil*, 2ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2003.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: «El Seguro Médico Obligatorio: ¿Motivo humanitario o decisión demagógica?», en: *Legal Express*, Año 3, N° 33, septiembre, Lima, 2003.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: «Radiografía de la responsabilidad civil y administrativa de los médicos», en: *Legal Express*, Año 2, N° 23, noviembre, Lima, 2003.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: *Derecho de las personas*, 3ª ed., Lima, Editorial Huallaga, 2001; 4ª ed., Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan: «La nueva regulación legislativa en materia de trasplantes de órganos. El salto (hacia atrás) del principio de voluntad presunta hacia el derecho de decisión de los parientes y el poder de confiscación del Estado», en: *Actualidad Jurídica*, t. 125, abril, Lima, 2004.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón: «El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias», en: AA.VV.: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*, Lima, Grijley, 2004.
- FERNÁNDEZ IBARGUÉN, Manuel: «Medicina Tradicional», en: *Historia de la medicina peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo

- [Editor] y DELGADO MATALLANA, Gustavo [Compilador]), t. II, Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *El derecho a la identidad personal*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», en: *Cuadernos de Derecho* (Universidad de Lima), N° 3, Lima, 1993.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «Reflexiones sobre la esterilización», en *El Comercio*, Lima, 4 de setiembre de 1995.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *Derecho de las personas*, 7ª ed., 1ª reimpr., Lima, Grijley, 1996; 8ª ed., Lima, Grijley, 2001.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: *El derecho de las personas (en el umbral del siglo XXI)*, Lima, Ediciones Jurídicas, 2002.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «Aspectos jurídicos del 'consentimiento informado' del paciente en la responsabilidad médica», en: AA.VV.: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*, Lima, Grijley, 2004.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «Fundamento filosófico-jurídico del consentimiento informado», artículo inédito facilitado gentilmente por el propio autor el 21/10/2004.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «La relación jurídica del médico con el paciente», artículo inédito facilitado gentilmente por el propio autor el 21/10/2004.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: «Aspectos jurídicos del secreto médico», en: *Revista Jurídica del Perú*, Año LI, N° 18, Trujillo.
- FRANCKE, Pedro y otros: *Análisis independiente del presupuesto público 2003 en el sector Salud*, Lima, octubre de 2003.
- FRISANCHO APARICIO, Manuel: *Delitos contra la administración pública*, Lima, Fecat, 1999.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo: «La nueva Constitución del Perú», en: LANDA ARROYO, César *et al.*: *Desafíos constitucionales contemporáneos*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996.

- GARCÍA CÁCERES, Uriel: «Salud», en: *Enciclopedia Temática del Perú*, t. XII, Lima, Ediciones El Comercio, 2004.
- GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen: «El nuevo delito de lesiones en el concebido», en: *Actualidad jurídica*, N° 103, junio, Lima, 2002.
- GIGLIO BASTO, Celia: *El Derecho Médico en el Perú*, Lima: Tesis (Título de Abogado), Lima, Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1999.
- GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto: «Acto médico y acto odontológico», en: <http://www.cop.org.pe/asesoria.html> (18/12/2002).
- GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto: «El acto médico en el Perú: Aciertos y confusiones conceptuales», en: *Gestión Médica*, Lunes 1 al domingo 7 de julio del 2002.
- GONZÁLEZ CÁCERES, Alberto: «El acto médico (Iatrogenia) y sus consecuencias», en: *Gestión Médica*, Lunes 16 de diciembre del 2002 al domingo 19 de enero del 2003.
- GUEVARA PEZO, Víctor: «Análisis de la nueva Ley de Transplante de Órganos», en: *Actualidad Jurídica*, t. 125, abril, Lima, 2004.
- GUEVARA PEZO, Víctor: «La protección de los datos sensibles», en: *Legal Express*, Año 4, N° 44, agosto, Lima, 2004.
- GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter: «Paciente o consumidor: El contrato de servicio médico y la responsabilidad del médico», en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 22, Lima, 2000.
- HURTADO POZO, José: *Homicidio y aborto*, Lima, Sesator, 1982.
- Informe Anual 2003*, «Año de avances y retrocesos en la vigencia de los derechos humanos», <http://www.dhpcru.org> (30 de agosto de 2004).
- KAUFFMANN, Federico: *Historia general de los peruanos (El Perú antiguo)*, t. I, Lima, Peisa, 1986.
- LEDESMA, Marianella, *Ejecutorias*, ts. 1 y 2, Lima, Cultural Cuzco, 1995.
- LEÓN, Leysser: «El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente», en: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 32, octubre, Trujillo, 2003.

- LIAU-HING CASTILLO, Carlos y LIAU-HING YEP, Cristina: «Acupuntura», en: *Historia de la Medicina Peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATA LLANA, Gustavo: Compilador), t. II, Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000.
- MANTILLA FALCÓN, Julissa: «El caso de las esterilizaciones forzadas en el Perú como una violación de los Derechos Humanos», en *Ius et Veritas*, N° 23, noviembre, Lima, 2001.
- MESINAS MONTERO, Federico: «El problema de azar moral: A propósito del seguro obligatorio por mala praxis médica», en: *Actualidad Jurídica*, t. 118, setiembre, Lima, 2003.
- MIRANDA CUETO, Hernán: «Apuntes de la medicina tropical», en: *Historia de la Medicina Peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATA LLANA, Gustavo: Compilador), t. II, Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000.
- MOLLMANN, Marianne: «¿Test de VIH/SIDA? No se puede forzar su obligatoriedad», en: *El Comercio*, Lima, 8 de mayo de 2004.
- MONGE TALAVERA, Luz: «Responsabilidad civil de los cirujanos plásticos», en: *Legal Express*, Año 2, N° 23, noviembre, Lima, 2003.
- MONGE ZEGARRA, Francisco: «La importancia de la historia clínica en la determinación de la responsabilidad médica», en: *Boletín Estadístico de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud*, Año V, N° 2, Lima, 2004.
- MONTOYA CALLE, Segundo Mariano: *Impunidad del aborto frente a la eugenesia y al honor*, Lima, RAO, 2004.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises / MONTOYA ALBERTI, Ulises / MONTOYA ALBERTI, Hernando: *Derecho comercial*, t. I, 11ª ed., Lima, Grijley, 2004.
- MORALES GODO, Juan: *Hacia una concepción jurídica unitaria de la muerte*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- MOSQUERA VÁSQUEZ, Clara, *Derecho y genoma humano*, Lima, Editorial San Marcos, 1997.
- OLIVARI, Walter: «Sociedad civil, democracia y ciudadanía en el Perú», en: *Revista del Foro*, N° 1, Año LXXXVI, enero-mayo, Lima, 1998.

- OSORIO VALVERDE, Felizardo: «Clínicas privadas», en: *Historia de la medicina peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATA LLANA, Gustavo: Compilador), t. I, Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000.
- OSSIO ACUÑA, Juan: *Los indios del Perú*, Madrid, Lima, Mapfre, 1992.
- OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario: *Tratado de las obligaciones*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú (Para leer el Código civil, Vol. XVI, Cuarta Parte, Tomo XIII), 2003.
- PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de derecho penal*, Vol. IV, Parte Especial, Lima, Editorial Sagitario, 1990.
- PEÑA CABRERA, Raúl: *Tratado de derecho penal. Parte especial*, T. I, Lima, Ediciones Jurídicas, 1992.
- POLIA MECONI, Mario: *Cuando Dios lo permite: encantos y arte curanderil*, Lima, Prometeo, 1994.
- POLIA MECONI, Mario: *La sangre del Cóndor. Chamanes de los Andes*, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2001.
- PORTOCARRERO HIDALGO, Juan: *Delito de lesiones*, Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003.
- PORTUGAL, Reinaldo, «Los pacientes sí tienen derechos (conozca las sanciones por mala práctica profesional y negligencia médica)», en: *DOEP*, Lima, 4 de agosto de 1999.
- QUEZADA, José: *Estudio del confort climático en Lima Metropolitana y Callao*, Tesis, Universidad Nacional Agraria - La Molina, Facultad de Ciencias, Departamento de Física y Meteorología, Lima, 1987.
- ROCCA, Esteban y otros: *Las trepanaciones craneanas en el Perú en la época pre-hispánica*, Lima, Editorial Santa María, 1980.
- RODRÍGUEZ ITURRI, Roger: *El derecho de amar y el derecho de morir. Entre la vida y la muerte*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- RODRÍGUEZ-CADILLA PONCE, Rosario, *Derecho Genético. Técnicas de reproducción humana asistida, su trascendencia jurídica en el Perú*, Lima, Editorial San Marcos, 1997.

- ROEL PINEDA, Virgilio: *Cultura peruana e historia de los Incas*, Lima, Coedición Fondo de Cultura Económica y Universidad Alas Peruanas, 2001.
- ROY FREYRE, Luis: *Derecho penal*, t. I, Parte especial, 2ª ed., Lima, Eddili, 1986.
- RUBIO CORREA, Marcial: *El ser humano como persona natural*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú (Para leer el Código Civil, t. XII), 1992.
- RUBIO CORREA, Marcial: «Una Calobiótica social no obnoxia de frangirse senescentemente», en: *Temas de Derecho. Homenaje a José León Barandiarán*, t. I, Lima, Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000.
- SÁENZ DÁVALOS, Luis: «El derecho a la vida y la interrupción voluntaria del embarazo», en: *Revista Jurídica del Perú*, N° 29, diciembre, Trujillo, 2001.
- SÁENZ DÁVALOS, Luis R.: «La objeción de conciencia. Un caso polémico en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en: *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 5, N° 32, octubre, Trujillo, 2003.
- SALINAS SICCHA, Ramiro: *Delitos contra la vida y otros estudios de derecho penal*, Palestra, Lima, 1997.
- SEDANO VÁSQUEZ, Duncan: «La responsabilidad civil médica en el Perú», en: *Revista Jurídica del Perú*, N° 36, Trujillo, 2002.
- SEIJAS RENGIFO, Teresa de Jesús: *Derecho Médico I (Aspectos legales del ejercicio médico y su responsabilidad profesional)*, Lima, Gráfica Horizonte, 2001.
- SILVA SANTISTEBAN, Fernando: «El pensamiento mágico-religioso en el Perú contemporáneo», en: *Historia del Perú*, 3ª ed., Tomo XII, Lima, Editorial Juan Mejía Baca, 1981.
- SILVA SANTISTEBAN, Fernando: *Antropología. Conceptos y nociones generales*, 4ª edición, Lima, Fondo de Cultura Económica y Universidad de Lima, 1998.
- SILVA SANTISTEBAN, Fernando: «El Perú mágico. Mitos y leyendas de nuestro país», en: *El Dominical*, N° 295, Suplemento de actualidad cultural del diario *El Comercio*, Lima, 14 de noviembre de 2004.

- SOSA SACIO, Juan Manuel: «Marco legislativo sobre enfermedades contagiosas y terminales», en: *Actualidad Jurídica*, t. 121, diciembre, Lima, 2003.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo: «La responsabilidad civil por aplicación defectuosa de las técnicas de reproducción humana asistida», en: *Revista jurídica del Perú*, Año XLVII, N° 13, octubre-diciembre, Trujillo, 1997.
- TORRES CARRASCO, Manuel Alberto: «Transplantando errores» [Página editorial], en: *Actualidad Jurídica*, t. 125, abril, Lima, 2004.
- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de: *La responsabilidad extracontractual*, t. I, 5ª ed., Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995.
- TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de: «La teoría jurídica del accidente», en: AA.VV.: *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*, Lima, Grijley, 2004.
- URTEAGA, Horacio y ROMERO, Carlos: 'Relación de fábulas y ritos de los Incas', en: *Colección de libros y documentos referentes a la historia del Perú*, Vol. I, Lima, 1916.
- VALDIVIA CANO, Ramiro de: «Epivalotanasia», en: *Derechos ciudadanos. Comentarios acerca de la Constitución Política del Perú*, Lima, Editorial Horizonte, 1998.
- VALDIVIA CANO, Ramiro de: «El objetor de conciencia», en: *Revista Jurídica del Perú*, N° 25, Trujillo, 2001.
- VALDIZÁN, Hermilio: *Historia de la medicina peruana*, Lima, Editorial Hora del Hombre, 1944.
- VALENCIA COROMINAS, Jorge: *Derechos Humanos del niño*, Lima, Instituto de Derechos Humanos, 1990.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: «Demanda por vida errada», en: *El Informativo* (Boletín estudiantil de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Lima), N° 45, julio, Lima, 1990.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: 'Anteproyecto de ley sobre transplantes de órganos y material anatómico humano', en: *Revista Jurídica del Perú*, Año XLVI, N° 3, Trujillo, 1996.

- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho y manipulación genética*, Lima, Universidad de Lima, 1996; 2ª ed., Lima, Universidad de Lima, 1997.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: «Derecho civil I», en: *Material de lectura*, separata N° 285, t. II, Lima, Universidad de Lima, 1998.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Filiación, Derecho y genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*, Lima, Universidad de Lima y Fondo de Cultura Económica, 1999.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: 'Comité Nacional de Bioética', en: *El Comercio*, Lima, 1 de octubre de 1999, sección A.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho médico peruano*, Lima, Universidad de Lima, 2001.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho genético*, 4ª ed., Lima, Grijley, 2001.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: «Clonar para curar. Acerca de la legitimación jurídica de la clonación no reproductiva», en: *Legal Express*, Año 1, N° 3, marzo, Lima, 2001.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: «Esterilización», en: *Revista Bibliotecal*, N° 3, noviembre, Lima, 2001.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: «Inducción al parto de un anencéfalo», en: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 6, agosto, Trujillo, 2001.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: «¡El octavo día de la creación! Cuando el hombre desafía a la naturaleza y a Dios», en: *Legal Express*, Año 2, N° 25, enero, Lima, 2003.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: «Actos de disposición de terceros no familiares sobre el cadáver», en: *Código Civil comentado*, t. I, Lima, Editorial Gaceta Jurídica, 2003.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: «La responsabilidad médica y la teoría de los daños», en: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 32, octubre, Lima, 2003.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: «Contrato celebrado entre incapaces», en: *Código Civil Comentado*, t. VII, Lima, Gaceta Jurídica, 2004.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: «El caso de la inoculación de anestesia adulterada y la (increíble) exención de responsabilidad médica», en: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 29, Trujillo, 2003.

- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: «Medicina, responsabilidad y daños», en: *Legal Express*, Año 2, N° 23, noviembre, Lima, 2003.
- VARSI ROSPIGLIOSI, Enrique: *Derecho y manipulación genética*, Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 1996; 1ª ed., 1996.
- VÁSQUEZ OLIVERA, Salvador: «La clonación humana y el Derecho», en: *Derecho. Revista De la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Agustín*, N° 3, Arequipa, 2001.
- VÁSQUEZ SHIMAJUKO, Carlos Shikara: «La vida humana independiente: contenido y límites de su protección jurídico penal», en: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Lima, N° 3, 2002.
- VEGA MERE, Yuri: *Derecho Privado*, t. I, Lima, Grijley, 1996.
- VEGA MERE, Yuri: «La responsabilidad administrativa médica y la protección a los consumidores. De la prueba de la culpa (responsabilidad civil) al análisis de la calidad del servicio (responsabilidad administrativa)», en: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 22, Lima, 2000.
- VEGA MERE, Yuri: *Contratos de consumo*, Lima, Grijley, 2001.
- VEGA MERE, Yuri: «Criterios ético-jurídicos sobre la muerte de los seres humanos: sobre la necesidad de consagrar y proteger el derecho a una muerte digna a favor de los enfermos terminalcs», en: *Revista Jurídica del Perú*, Año LII, N° 50, setiembre, Trujillo, 2003.
- VÍA LIBRE: *Manual sobre legislación peruana sobre VIH/SIDA*, Lima, 1997.
- VIDAL AMAT Y LEÓN, Jorge: «Banco de sangre», en: *Historia de la Medicina Peruana en el siglo XX* (SALVATIERRA GARCÍA, Oswaldo: Editor y DELGADO MATA LLANA, Gustavo: Compilador), t. I, Lima, Fondo Editorial Universidad Nacional Mayor de San Marcos y Asociación de Historia de la Medicina Peruana, 2000.
- WEBB, Richard: *Perú en números*, Lima, Cuánto, 1997.
- WOOLCOTT OYAGUE, Olenka: *La responsabilidad civil de los profesionales. Reflexiones y recomendaciones para su tratamiento en el ordenamiento jurídico peruano*, Tesis (Título de abogado), Lima, Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1995.
- WOOLCOTT OYAGUE, Olenka: «La culpa profesional en el campo sanitario», en: *Derecho y Sociedad*, N° 17, Lima, 2001.

WOOLCOTT OYAGUE, Olenka: *La responsabilidad civil de los profesionales*, Lima, ARA, 2002.

ZÚNIGA LUEY, Manuel Abelardo: «¿Quién responde por las transfusiones de sangre infectada con VIH-SIDA?», en: *Legal Express*, Año 4, N° 47, noviembre de 2004.

Índice Analítico

(Las cifras remiten a la enumeración marginal del libro)

A

Aborto, 377.

- abusivo, 401 y ss.
- consentido, 389.
- especial, 417 y ss.
- eugenésico, 421 y ss.
- *ex utero*, 425.
- no consentido, 395.
- preterintencional, 407 y ss.
- sentimental, 418.
- terapéutico, 412 y ss.

Autoaborto, 384.

Concepto, 378, 380.

Generalidades, 381.

Inicio de la vida, 379.

Marco legal, 382.

Morfología del delito, 383 y ss.

Vacío legal, 425.

Academia Nacional de Medicina, 154 y ss., 608.

Acreditación de facultades de Medicina, 59.

Actividad médica, 78.

Actividades médicas específicas, 377 y ss.

Aborto, 377 y ss.

- Acupuntura, 164.
- Autocuidado, 156.
- Cesión de sangre humana, 158.
- Consejos escritos, 165.
- Consejos orales, 165.
- Esterilización, 426 y ss.
- Examen de la vista, 162.
- Medicina preventiva, 155.
- Medida de desviaciones ópticas, 162.
- Medida de la presión arterial, 161.
- Permisos laborales y licencias, 159.
- Psicoanálisis, 163.
- Psicoterapia, 163.
- Radiografías, 160.
- Toma de sangre, 157.
- Uso de aparatos médicos simples, 161.
- Venapunción, 157.
- Acto de libre disposición del cuerpo humano, 265, 375.**
- Acto médico, 87 y ss.**
 - Características, 90.
 - Profesionalidad, 91.
 - Ejecución regular o típica, 92.
 - Licitud, 93.
 - Concepto, 89.
 - Formas, 94.
 - Generalidades, 88.
- Acupuntura, 164.**
- Adecuación de sexo, 567 y ss.**
 - Bases para una regulación jurídica, 573.
 - Casuística, 574.
 - Derecho a la identidad, 569.
 - Generalidades, 568.
 - Marco legal, 571.
 - Problemas jurídicos planteados, 570.
 - Realidad nacional, 572.
- Administradoras privadas de fondos de pensiones (AFP), 41.**
- Adulto, 12.**

Alcoholismo, 3, 40, 290, 365.

Alta (Informe de), 270, 344.

Anticoncepción

- quirúrgica voluntaria, 428.
- quirúrgica voluntaria femenina, 429.
- quirúrgica voluntaria masculina, 430.

Anticoncepción oral de emergencia, 588 y ss.

Antiguo Perú (Medicina folclórica), 96 y ss.

Arte tradicional de curar, 101.

Asistente social, 669.

Asociaciones

- científicas, 606.
- gremiales, 603.
- Academia Nacional de Medicina, 154 y ss., 608.
- Colegio Médico del Perú, 202 y ss., 217, 604.
- Federación Médica Peruana, 206 y ss., 605.
- Generalidades, 602.
- Sociedades médicas, 607.

Atención en casos de emergencia, 179, 279, 370 y ss.

Autoaborto, 384 y ss.

Autocuidado, 156.

Autoridad de salud, 19.

Autorización de los médicos, 71 y ss.

- Aspectos generales, 72.
- Colegiación, 73.

Auxiliares de la salud, 682.

B

Banco de Órganos y Tejidos para Transplantes, 507.

Biólogo, 653.

Biotechnología, 29.

Brujería, 101, 130, 132.

C

- Cadáver (es)**, 488 y ss., 497.
- Calidad en los cuidados médicos**, 196.
- Centro de atención para dependientes de sustancias psicoactivas**, 631.
- Centro de hemoterapia**, 158.
- Centro de prevención**, 683.
- Centro de rehabilitación**, 626.
- Centro de salud**, 618.
- Centro médico**, 623.
- Centro óptico**, 630.
- Centros de ablación y trasplante de órganos y tejidos**, 504.
- Certificado (s) médico (s)**
Expedición de -, 272.
Falsedad ideológica en -, 144.
- Chamanes**, 102.
- Charlatanismo**, 130 y ss., 138.
- Chukri-hampi-camayoc*, 100.
- Clínica**, 624.
- Clonación**, 461 y ss.
- reproductiva, 463.
- terapéutica, 464.
Tipología, 465 y ss.
- Coca (Hoja de)**, 110 y ss.
- Código Civil**, 18, 364, 487, 516.
- Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú (CEDCMP)**, 150 y ss.,
213 y ss., 510, 551.
- Código de los Niños y Adolescentes**, 355, 517, 548.
- Código Penal**, 25, 121 y ss., 466 y ss., 509, 550.
- Código Procesal Penal**, 26.
- Códigos profesionales**, 212 y ss.
- Colegiación**, 73.
- Colegio Médico del Perú**, 202 y ss., 217, 604.

- Casuística, 333.
- Composición, 203.
- Funciones, 208.
- Generalidades, 207.
- Organismos asesores, 205.
- Organismos directivos, 204.
- Quejas gremiales, 326.
- y práctica ilegal de la medicina, 150 y ss.
- Colegios profesionales**, 200 y ss.
- Comadrona**, 130, 645.
- Comité de auditoría médica**, 338.
- Comité de vigilancia ética y deontológica**, 215 y ss.
- Comité Nacional de Bioética (Proyecto de)**, 218.
 - Generalidades, 219.
 - Composición y funcionamiento, 224.
 - Estructura, 223.
 - Finalidad, 220.
 - Funciones, 222.
 - Objetivos, 221.
- Consejos y recomendaciones orales y escritas**, 165.
- Consentimiento informado**, 277, 284 y ss., 520.
 - Ámbito, 290.
 - Base legal, 297.
 - Características, 291, 295.
 - Definición, 296.
 - Derecho a consentir, 284 y ss., 294.
 - Estructura, 285.
 - Excepciones, 306.
 - Experimentación para medicamentos, 304.
 - Forma, 289, 300.
 - Formato, 307.
 - Generalidades, 287.
 - Información del proceso, 292.
 - Intimidad, 308.
 - Investigación docente, 305.
 - Límites, 293, 303.
 - Objeto, 302.

Tiempo, 301.

Titulares, 288, 299.

Consentimiento informado *ad hoc*, 300.

Constitución Política del Perú, 17, 515, 577.

Consultorio médico particular, 621.

Contrato de asistencia médica, 227 y ss.

Capacidad, 230.

Caracteres jurídicos, 234.

Derechos y obligaciones de las partes, 237 y ss.

Fin, 232.

Forma, 233.

Normatividad, 235.

Objeto, 231.

Partes, 229.

Requisito de validez, 228.

Control de la actividad médica, 197 y ss.

Aspecto administrativo, 198.

Aspecto ético, 199.

Ver Responsabilidad.

Control sobre las prácticas de la medicina, 166 y ss.

Crioconservación, 456 y ss.

Culpa médica, 173 y ss.

Culpa profesional, 175.

Culpa virtual, 176.

Curanderismo, 130 y ss.

D

Daño (s)

– a la persona, 188.

– emergente, 188.

– moral, 188.

– subjetivos, 188.

– ulteriores, 188.

Lucro cesante, 188.

Declaración de Helsinki, 527 y ss.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 32.

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, 538 y ss.

Deber (es) (del médico)

- de abstenerse de dar seguridad, 243.
- de informar, 244.
- de lealtad y cortesía, 241.
- de mantener la fórmula dual médico-paciente, 242.
- de proporcionar copia de la historia clínica, 250, 280.
- de seguridad, 249.
- genéricos, 251.

Asegurar un resultado (Abstenerse de), 243.

Dar atención debida, 240.

Ex officio, 78.

Deberes del paciente, 258.

Deberes profesionales con los colegas, 633 y ss.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, 32.

Defensoría del Pueblo, 375 y ss.

Delitos contra la salud pública,

Charlatanismo, 130 y ss., 138.

Curanderismo, 130 y ss.

Ejercicio abusivo de la medicina, 133.

Ejercicio ilegal de la profesión, 121 y ss., 133 y ss.

Ejercicio ilegal del arte sanitario, 124.

Generalidades, 122.

Delitos por la actividad médica, 123 y ss.

Derecho a consentir, 284 y ss., 294.

Excepciones, 306.

Experimentación, 304.

Formalidad, 300.

Formato, 307.

Investigación, 305.

Límites, 293, 303.

Objeto, 302.

Tiempo, 301.

Derecho a la atención adecuada, 271.

Derecho a la atención en casos de emergencia, 179, 279, 370 y ss.

Derecho a la dignidad, 268.

Derecho a la expedición de certificados de salud, 272.

Derecho a la identidad, 569.

Derecho a la igualdad, 269.

Derecho a la imagen, 312.

Derecho a la información de alta, 270, 344.

Derecho a la intimidad, 308.

– genética, 543.

Derecho a la imagen, 312.

Excepciones, 311.

Generalidades, 309.

Principio general, 309.

Reserva en la información, 310.

Derecho a la no discriminación, 269.

Derecho a la procreación asistida, 447.

Derecho a la protección de la salud, 18, 19, 264.

Derecho a la vida, 381.

Derecho a no saber, 287, 434.

Derecho a que se le proporcione copia de la historia clínica, 250, 280.

Derecho a saber, 287, 434.

Derecho a ser informado, 291.

Ámbito, 279.

Generalidades, 287.

Derecho al consentimiento informado, 277, 284 y ss., 520.

Derecho médico, 45.

Generalidades, 46.

Características, 48.

Definición, 47.

Fuentes, 53 y ss.

Derecho médico en el Perú

Generalidades, 46.

Definición, 47.

Características, 48 y ss.

Fuentes, 53 y ss.

Fuentes nacionales, 54.

- Ley, 55.

- Jurisprudencia, 56.

Fuentes internacionales, 57.

Derecho (s) (del médico)

- al goce del año sabático, 254.
- a percibir honorarios, 253.
- a la libertad y objeción de conciencia, 256, 263.
- a la propiedad intelectual, 255.

Derecho (s) (del paciente),

- a consentir, 284 y ss., 294.
- a la intimidad, 308.
- a la libertad, 262.
- a la salud, 264.
- a no ser retenido por falta de pago de la atención médica, 273.
- a otorgar o no su consentimiento válidamente informado, 277.
- a recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz, 276.
- a rechazar tratamientos o exámenes médicos con fines contractuales, 267.
- a rechazar tratamientos o exámenes médicos, 266.
- a ser atendido cuando se sienta inconforme por la atención médica recibida, 281.
- a ser informado, 276, 277, 278.
- a someterse a exámenes médicos, 265.
- a tener acceso a copia de su historia clínica, 250, 280.
- al manejo confidencial de su información, 278.
- de atención en casos de emergencia, 179, 279, 370 y ss.
- no discriminación, 269.

Atención adecuada, 271.

Consentimiento informado, 277, 284 y ss., 520.

Dignidad, 268.

Expedición de certificados de salud, 272.

Información de alta, 270, 344.

Objeción de conciencia, 256, 263.

Derechos reproductivos, 437.

Derechos y obligaciones,

- del médico, 240 y ss., 253 y ss.
- del paciente, 258, 263 y ss.

Diagnóstico pre-natal, 478 y ss.

Generalidades, 479.

Marco legal, 480.

Discapacidad (Persona con), 361.

Distanasia, 553.

Doctorado, 69.

Documentos médicos, 334 y ss.

Dosaje ético, 266, 306.

Drogadicción, 5, 6.

E

Ecografía, 479.

Ejercicio abusivo de la medicina, 133.

Ejercicio ilegal de la profesión, 121 y ss., 133 y ss.

Acciones típicas, 134.

Bien jurídico protegido, 135.

Consumación y tentativa, 137.

Elementos objetivos, 136.

Ejercicio ilegal de la medicina, 124 y ss.

Bien jurídico protegido, 125.

Consumación y tentativa, 129.

Charlatanismo, 130 y ss., 138.

Curanderismo, 130 y ss.

Delitos por la actividad médica, 123 y ss.

Dolo, 127.

Ejercicio abusivo de la medicina, 133.

Expendio irregular de medicamentos, 140.

Falsedad idcológica en certificados médicos, 144.

Pena, 128.

Sanciones, 120.

Tipicidad subjetiva, 127.

Tipo objetivo, 126.

Embriodonación, 453.

Embrión,

- Crioconservación, 456 y ss.
- Eliminación de -, 425.
- Emergencia (Atención en casos de)**, 179, 279, 370 y ss.
- Empresa de saneamiento ambiental**, 632.
- Enfermedades de transmisión sexual (ETS)**, 587.
- Enfermedades tropicales**, 116.
- Enfermera (o)**, 640.
- Enfermo mental**, 360 y ss.
 - Discapacidad, 361.
 - Generalidades, 361.
 - Marco legal, 362 y ss.
- Entidades prestadoras de salud (EPS)**, 42.
- Epicrisis**, 343.
- Escolar (Servicio médico)**, 13.
- ESSALUD** (*ver* Seguro Social de Salud).
- Establecimientos de salud**, 609 y ss.
 - no público, 620.
 - público, 612.
 - Aspectos generales, 610.
 - Centro de atención para dependientes de sustancias psicoactivas, 631.
 - Centro de salud, 618.
 - Centro médico, 623.
 - Centro óptico, 630.
 - Clases, 611.
 - Clínica, 624.
 - Consultorio médico particular, 621.
 - Empresa de saneamiento ambiental, 632.
 - Hospital privado, 624.
 - Hospital, 614.
 - Instituto de Salud, 625.
 - Instituto médico, 625.
 - Laboratorio de prótesis dental, 629.
 - Policlínico, 622.
 - Puesto de salud, 619.
 - Servicio de apoyo diagnóstico y terapéutico, 627.
 - Servicio de traslado de paciente, 628.

Servicios médicos de apoyo, 626.

Estado gestacional, 359.

Esterilización (es), 426 y ss.

Anticoncepción quirúrgica voluntaria, 428.

Anticoncepción quirúrgica voluntaria femenina, 429.

Anticoncepción quirúrgica voluntaria masculina, 430.

Marco legal, 431.

Normas éticas, 441.

– sin consentimiento, 442.

Estomatología,

Especialidad, 65.

Formación de los médicos, 58.

Internado, 60.

Maestría, 68.

Post grado académico, 67.

Post grado profesional, 64.

Pre grado, 59.

Residente, 65.

Servicio Rural y Urbano Marginal de Salud (SERUMS), 62.

Subespecialidad, 66.

Titulación médica, 61.

Eutanasia, 552.

– activa, 555.

Clases, 554.

Generalidades, 553.

Tipificación penal, 555 y ss.

Examen de la vista, 162.

Expendio irregular de medicamentos, 140.

Bien jurídico protegido, 141.

Consumación y tentativa, 143.

Tipicidad objetiva, 142.

Experimentos en seres humanos, 511.

Consentimiento informado, 520.

Generalidades, 512.

Investigación *post mortem*, 522.

Marco legal, 513.

Protocolo de experimentación, 529.

Experimentación para medicamentos, 304.

F

Facultades de Medicina, 59.

Falsedad ideológica en certificados médicos, 144.

Agravantes, 149.

Bien jurídico protegido, 145.

Consumación y tentativa, 148.

Tipicidad objetiva, 146.

Tipicidad subjetiva, 147.

Farmacodependencia, 3, 6, 365.

Fecundación extracorpórea, 444, 455, 457.

Federación Médica Peruana, 206 y ss., 605.

Composición, 210.

Financiación de cuidado de la salud, 14.

Funciones, 208.

Generalidades, 207.

Logros, 211.

Objetivos, 209.

Fuerzas Armadas (Profesionales de la medicina en las), 80.

Fuerzas Policiales (Profesionales de la medicina en las), 80.

G

Genoma, 538 y ss.

Grupos vulnerables, 702.

H

Hampi-camayoc, 100.

Hechiceros, 100, 102, 112.

Helsinki (Declaración de), 527 y ss.

Herbicultores, 104.

Historia clínica, 335 y ss.

Características, 338.

Clasificación y formatos, 341.
Comité de auditoría médica, 338.
Confidencialidad, 278.
Contenido, 340.
Definición, 337.
Derecho a que se le proporcione copia de la, 250, 280.
Epicrisis, 343.
Generalidades, 336.
Informe de alta, 270, 344.
Marco legal, 339.
Otras consideraciones, 345.
Propiedad intelectual, 338.
Registro de atención médica, 342.

Hoja de coca, 110 y ss.

Honorarios, 232, 253.

Hospital, 614.

– privado, 624.
Clasificación, 616.
Concepto, 614.
Funciones, 617.
Marco legal, 615.

I

Iatrogenia, 193.

Identidad (Derecho a la), 569.

Información en materia de salud, 65, 309.

Informar hechos delictuosos, 248.

Informe de alta, 270, 344.

Infraestructura, 2.

Ingeniero sanitario, 670.

Inseminación artificial, 444.

Instigación o ayuda al suicidio, 561.

Instituto de Medicina Tropical, 117, 118.

Instituto de salud, 625.

Instituto médico, 625.

Instituto Nacional de Medicina Tradicional, 103.

Interés superior del paciente, 93.

Internado, 60.

Intervenciones psico-quirúrgicas, 481.

Aspectos básicos, 482.

Marco legal, 483.

Intervenciones quirúrgicas, 99.

Intimidad (Derecho a la), 308.

Derecho a la imagen, 312.

Excepciones, 311.

Generalidades, 309.

- genética, 543.

Límites con la información de la -, 310.

Principio general, 309.

Reserva en la información, 310.

Intrusismo, 53, 78, 130, 604.

Investigación, 305.

Inyección intercitoplasmática de espermatozoide, 444.

Ius in se ipsum, 265.

J

Jóvenes (Salud de los), 6 y ss.

L

Labor ex officio, 78.

Laboratorio de prótesis dental, 629.

Laboratorista clínico, 677.

Legislación en materia de salud, 15 y ss.

Lesiones al concebido, 591 y ss.

Lex artis ad hoc, 81 y ss.

- Concepto, 83.
- Criterios jurisprudenciales a tener en cuenta, 86.
- Definición y pautas básicas, 84.
- Generalidades, 82.
- Marco legal, 85.
- Ley de Política Nacional de Población**, 28, 432.
- Ley de prevención de riesgos derivados del uso de biotecnología**, 29.
- Ley de Trabajo Médico**, 24.
- Ley General de la Persona con Discapacidad**, 361, 366.
- Ley General de Salud**, 19, 20 y ss., 356, 365, 440, 490, 518, 549, 689.
- Lobotomía, 482.
- Lucro cesante, 188.

M

- Madre (Salud de la)**, 9, 282.
- Madre portadora**, 450.
- Madre sustituta**, 451.
- Maestría en Medicina**, 68.
- Magia, 98.
- Mago, 100, 102.
- Manipulación genética**, 545 y ss.
 - Concepto, 546.
 - Marco legal, 547.
- Maternidad subrogada**, 448 y ss.
 - Aspectos básicos, 449.
 - Calificación jurídica, 454.
 - Crioconservación, 456.
 - Embriodonación, 453.
 - Madre portadora, 450.
 - Madre sustituta, 451.
 - Normatividad, 455.
 - Ovodonación, 452.
- Medicamentos**, 346 y ss.
 - Experimentación para, 304.

- Prescripción de -, 347.
- Publicidad de -, 349 y ss.
- Venta de -, 348.
- Medicina en el antiguo Perú,**
 - Curanderos, 100, 101, 102.
 - Hechiceros, 100, 102, 112.
 - Inspiradores, 100.
 - Intervenciones quirúrgicas, 99.
 - Mago, 100, 102.
 - Sacerdote, 100.
 - Trepanaciones, 99.
- Medicina folklórica,** 100.
- Medicina preventiva,** 155.
- Medicina tradicional,** 95 y ss.
 - y medicina occidental, 105.
 - Antecedentes históricos, 97.
 - Arte tradicional de curar, 101.
 - Enfermedades, 99.
 - Intervenciones quirúrgicas, 99.
 - Medicina, magia y religión, 98.
 - Técnicas curativas y la profesión de la medicina folklórica del Antiguo Perú, 100.
- Medicina tropical,** 115 y ss.
- Médico**
 - Deberes, 239 y ss.
 - Derechos y obligaciones, 238 y ss.
- Médico asimilado,** 80.
- Médico cirujano,** 24, 59, 74.
- Médico especialista,** 75.
- Médico general,** 74.
- Médico legista,** 76.
- Médico residente,** 65.
- Médico veterinario,** 661.
- Medida de desviaciones ópticas,** 162.
- Medida de la presión arterial,** 161.
- Medidas de seguridad,** 19.

Menor de edad

Determinación de la edad, 299.

Paciente -, 352 y ss.

Transfusión de sangre, 157.

Ministerio de Salud, 19, 34.

Mortalidad

- materna, 11.

- infantil, 11.

Muerte

- cerebral, 496.

Determinación de la -, 493.

Municipalidad (es), 36 y ss.

- provinciales, 37, 38.

- distritales, 39, 40.

N

Necropsias, 488.

Negligencia médica, 84.

Ver *Responsabilidad*

Nota de alta, 270, 344.

Nutricionista, 657.

O

Objeción de conciencia, 256, 263.

Obligación del médico,

- de medios, 173.

- de resultados, 173.

Obstetriz, 644.

Odontólogo, 637 y ss.

Ojos

Examen, 162.

Medida, 162.

Orden médica, 201 (*v. l. Colegio Médico del Perú*).

Organización Nacional de Donación y Transplantes, 506.

Organizaciones disciplinarias

Colegio Médico del Perú, 202 y ss., 217, 604.

Federación Médica Peruana, 206 y ss., 605.

Generalidades, 200.

Ovodonación, 452.

P

Paciente (Interés superior del), 93.

Paciente agudamente enfermo, 368.

Paciente en estado de emergencia, 179, 279, 370 y ss.

Aspectos normativos, 374.

Características, 373.

Definición, 372.

Generalidades, 371.

Paciente en etapa terminal, 367 y ss.

Eutanasia, 552 y ss.

Generalidades, 367.

Instigación o ayuda al suicidio, 561.

Paciente agudamente enfermo, 368.

Paciente menor de edad, 352 y ss.

Pacientes especiales

Enfermo mental, 360 y ss.

Etapa terminal, 367 y ss.

Generalidades, 361.

Menor de edad, 352 y ss.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, 31.

Paramédico, 678 y ss.

Educación, 681.

Funciones, 680.

Terminología, 679.

Partera, 98, 102.

Permisos laborales y licencias, 159.

Planificación familiar, 434 y ss.

Plantas medicinales, 106 y ss.

Hoja de coca, 110 y ss.

Comercialización, 109.

Generalidades, 107.

Marco legal, 108.

Producción, 109.

Plantas sagradas, 114.

Población (*u. Ley de Política Nacional de Población; Política Nacional de Población*).

Policlínico, 622.

Política Nacional de Población, 28, 432.

Práctica ilegal de la medicina, 119 y ss., 150 y ss.

Aspectos generales, 119.

Sanciones, 120.

– y el Código Penal, 121 y ss.

Práctica médica

Generalidades, 77.

Actividad médica, 78.

Práctica ilegal, 119 y ss., 150 y ss.

Profesionales de la medicina en las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, 80.

Trabajo médico, 79.

Presidiario (*ver Interno*).

Prevención y tratamiento, 6.

Procreación asistida, 447.

Productos farmacéuticos, 21.

Productos nocivos, 7.

Profesionales de la salud

Asistente social, 669.

Biólogo, 653.

Enfermero, 640.

Ingeniero sanitario, 670.

Médico veterinario, 661.

Nutricionista, 657.

Obstetriz, 644.

Odontólogo, 636.

Psicólogo, 665.

Químico farmacéutico, 648.

Tecnólogo médico, 674.

Propuesta de Normas Internacionales para la Investigación Biomédica en Sujetos Humanos, 535 y ss.

Protección de la salud, 18, 19, 264.

Protocolo de experimentación, 529.

Psicoanálisis, 163.

Psicólogo, 665.

Psicoterapia, 163.

Publicidad de medicamentos, 349 y ss.

– y recursos terapéuticos naturales, 350.

– genéricos y de marca en forma comparativa, 351.

Puesto de salud, 619.

Q

Quejas, 323 y ss.

– administrativas, 331.

– gremiales, 326.

– judiciales, 332.

Casuística y estadística, 333.

Clasificación, 325 y ss.

Derecho de –, 324.

Químico farmacéutico, 648.

R

Radiografías, 160.

Receta médica, 140, 348.

Recluso (*ver* Interno).

Recursos humanos, 70.

Registro de atención médica, 342.

Registro Nacional de Donantes de Órganos y Tejidos, 505.

Reglamento de establecimientos farmacéuticos, 23.

Reglamento de Seguridad Radiológica, 523.

Reglamento del Código de Ejecución Penal, 27.

Reglamento para el registro, control y vigilancia sanitaria de productos farmacéuticos y afines, 21.

Reglamento sobre vigilancia y control sanitario de alimentos y bebidas, 22.

Relación con otros profesionales de la salud, 636 y ss

Relación con técnicos y auxiliares de salud, 677 y ss

Relación médico-paciente, 226 y ss., 352 y ss.

Contenido de la –, 236 y ss.

Deberes del médico, 238 y ss.

Deberes del paciente, 257 y ss.

Derechos del médico, 252 y ss.

Derechos del médico, 261 y ss.

Derechos y obligaciones de las partes, 237 y ss.

Generalidades, 226.

Religión, 98.

Reparación de los daños, 188.

Reserva en la información, 310.

Residentado, 65.

Responsabilidad administrativa, 195.

Responsabilidad civil, 170.

Responsabilidad civil contractual, 171.

Responsabilidad civil extracontractual, 180.

Aspectos procesales, 187.

Casuística y aplicación de responsabilidad, 183.

El derecho de opción y el doble sistema de responsabilidad, 184.

Exclusión o exoneración, 192.

Reparación de los daños, 188.

Responsabilidad del médico y sus utensilios, 185.

Responsabilidad del establecimiento asistencial, 186.

Responsabilidad médica especial, 189.

Sistema objetivo, 181.

Sistema subjetivo, 182.

Responsabilidad del establecimiento asistencial, 186.

Responsabilidad del médico y sus utensilios, 185.

Responsabilidad indirecta, 194.

- Responsabilidad médica especial**, 189.
- Responsabilidad médica**, 169 y ss., 177 y ss.
- Responsabilidad penal**, 193.
- Responsabilidad por culpa del médico**, 174.
- Responsabilidad profesional**, 166 y ss., 168.
 - Aspectos procesales, 187.
 - Exclusión o exoneración, 192.
 - Generalidades, 167.
 - Reparación de los daños, 188.

S

- Sacerdotes**, 100.
- Salud (Calidad en la atención)**, 59.
- Salud (Derecho a la protección de la)**, 18, 19, 264.
- Salud de la madre y el niño**, 9, 282.
- Salud del adulto mayor**, 12.
- Salud del joven**, 4 y ss.
- Salud escolar**, 13.
- Salud mental**, 3.
- Salud pre-natal**, 478 y ss.
- Sangre**
 - Banco de -, 158.
 - Cesión, 158.
 - SIDA, 575.
 - Transfusión, 157.
 - Venapunción, 157.
- Secreto**, 313 y ss.
 - Excepciones, 315.
 - Generalidades, 313.
 - Notificación de actos criminales, 322.
 - Principio general, 314.
- Secreto profesional**, 316 y ss.
 - Aspecto ético, 318.
 - Aspecto general, 317.

Aspecto penal, 319 y ss.

Notificación de actos criminales, 322.

Seguro de salud, 684.

Estructura, 686.

Generalidades, 685.

Seguro de trabajo, 697.

Seguro escolar gratuito, 698.

Seguro privado, 687.

Seguro Social de Salud, 691.

Seguro integral de salud, 699 y ss.

Antecedentes, 700.

Objetivo, 702.

Visión, 701.

Seguro médico obligatorio, 703.

Seguro privado

Ley General de Salud, 19, 20 y ss., 440, 689.

Seguro Social de Salud, 35, 690 y ss.

Actualidad, 692.

Antecedentes, 691.

Beneficiarios, 696.

Funciones, 694.

Objetivo, 693.

Prestaciones, 695.

Servicio de apoyo diagnóstico y terapéutico, 627.

Servicio de traslado de paciente, 628.

Servicio médico escolar, 13.

Servicio rural y urbano marginal de salud (SERUMS), 62.

Servicios médicos de apoyo, 626.

Sexo (Adecuación de), 567 y ss.

Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), 575 y ss.

Cesión de sangre, 158.

Discriminación, 583.

Generalidades, 575.

Legislación Contrásida, 578.

Marco legal, 576 y ss.

Plan nacional de lucha, 579 y ss.

Resultado de pruebas, 585.

Sistema de cuidado de salud, 1, 2.

Administradoras privadas de fondos de pensiones (AFP), 41.

Característica, 2.

Entidades prestadoras de salud (EPS), 42.

Financiamiento, 44.

Infancia, 9.

Instituciones del Sistema de Cuidado de Salud, 1, 2, 33.

Maternidad, 9.

Ministerio de Salud, 19, 34.

Municipalidades, 36.

Regulación, 14.

Salud del adulto mayor, 12.

Salud del joven, 4.

Salud mental, 3.

Seguro Social de Salud (ESSALUD), 35.

Servicio médico escolar, 13.

Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud, 43.

Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud, 43.

Sociedades médicas, 607.

Subespecialidad, 66.

Suicidio

Instigación, 561.

Tipificación penal, 562 y ss.

Supervisión y control de la actividad médica, 197 y ss.

T

Tabaquismo, 8.

Tasa de mortalidad infantil, 10.

Tasa de mortalidad materna, 11.

Técnicas de reproducción asistida, 443 y ss.

Bases para una regulación jurídica, 447.

Generalidades, 444.

Marco legal, 445 y ss.

Maternidad subrogada, 448 y ss.

Técnicos de salud, 6

Generalidades, 677.

Paramédico, 678 y ss.

Tecnólogo médico, 674.

Titulación médica, 61.

Toma de sangre, 157.

Trabajo médico, 79.

Transferencia

– de embriones, 444.

– de gametos, 444.

– intratubárica de gametos, 444.

Transfusión de sangre, 157.

Transplante de órganos y tejidos, 484.

– de cadáveres, 488, 497.

– entre vivos, 392.

Banco de órganos y tejidos, 507.

Centros de ablación y transplante, 504.

Comité de comprobación de muerte cerebral, 496.

Comité de solidaridad social, 506.

Comité de transplante de órganos, 496.

Confidencialidad de la información, 499.

Garantías y principios, 487, 492.

Generalidades, 485.

Gratuidad, 500.

Macrotransplantes, 485.

Marco legal, 358, 486 y ss.

Microtransplantes, 485.

Organización Nacional de Donación y Trasplantes, 506.

Promoción y educación, 495.

Registro Nacional de Donantes de Órganos y Tejidos, 505.

Requisitos, 502, 503.

Transplante en cadáver, 488 y ss., 497.

Transplante entre seres vivos, 392.

Traslado internacional de los órganos y tejidos, 494.

Voluntad presunta, 498.

Traslado internacional de los órganos y tejidos, 494.

Trepanaciones, 99.

Tribunal Constitucional, 433.

U

Unidad de cuidados intensivos (UCIs), 368.

Uso de aparatos médicos simples, 161.

V

Venapunción, 157.

Veterinario médico, 661.

Vida (Derecho a la), 381.

Vida (Inicio de la), 379.

W

Wrongful birth, 190.

Wrongful life, 191.

Índice

<i>Palabras Preliminares</i>	xiii
<i>Introducción</i>	xvii
<i>Palabras del autor a la segunda edición</i>	xxiii
<i>Prólogo</i>	xxv
<i>Lista de abreviaturas</i>	xxix

INTRODUCCIÓN GENERAL

§ 1. Descripción general del sistema de cuidado de la salud	3
I. Revisión del sistema de cuidado de la salud	3
A. Salud mental	6
B. Salud del joven	6
C. Salud de la madre y el niño	9
D. Salud del adulto mayor	12
E. Salud y servicio médico escolar	13
II. Regulación del Sistema de Cuidado de la Salud	13
A. Legislación en materia de salud	13
a) Normas nacionales	13
(1) Constitución Política del Perú	13
(2) Código Civil	14
(3) Ley General de Salud	14
(4) Ley de Trabajo Médico	18
(5) Código Penal	18
(6) Código Procesal Penal	18

(7) Reglamento del Código de Ejecución Penal	19
(8) Ley de Política Nacional de Población	19
(9) Ley de prevención de riesgos derivados del uso de la biotecnología	20
b) Normas internacionales	21
(1) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	21
(2) Declaración Universal sobre el genoma humano y los Derechos Humanos	21
B. Instituciones del Sistema de Cuidado de la Salud	21
a) Ministerio de Salud	21
b) Seguro Social de salud (ESSALUD)	21
c) Municipalidades	22
d) Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (AFP)	24
e) Entidades Prestadoras de Salud (EPS)	24
f) Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud	25
III. Financiamiento del cuidado de la salud	25
§ 2. Derecho Médico en el Perú	29
I. Generalidades	29
II. Definición	30
III. Características	30
IV. Fuentes del Derecho Médico	31
A. Fuentes nacionales	32
(1) Ley	32
(2) Jurisprudencia	32
B. Fuentes internacionales	32

PRIMERA PARTE LA PROFESIÓN MÉDICA

Capítulo I EL ACCESO A LA PROFESIÓN MÉDICA

§ 1. Formación de los médicos	37
I. Educación médica de pre grado	37

A. Internado	39
B. Titulación médica	39
C. Servicio rural y urbano marginal de salud (SERUMS)	40
II. Educación médica de post grado	40
A. Post grado profesional	40
a) Especialidad	40
b) Subespecialidad	41
B. Post grado académico	41
a) Maestría	41
b) Doctorado	41
§ 2. Recursos humanos	42
§ 3. Autorización de los médicos	42
I. Aspectos generales	42
II. Colegiación	43
III. Médico general	44
IV. Médico especialista	44
V. Médico legista	45

Capítulo II LA PRÁCTICA MÉDICA

§ 1. Generalidades	47
§ 2. Actividad médica	48
I. Trabajo médico	50
II. Profesionales de la medicina en las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales	51
§ 3. Lex artis ad hoc	52
I. Generalidades	52
II. Concepto	52
III. Definición y pautas básicas	53
IV. Marco legal	53
V. Criterios jurisprudenciales a tenerse en cuenta	55
§ 4. Acto médico	55
I. Generalidades	55
II. Concepto	56

III. Características	57
A. Profesionalidad	57
B. Ejecución regular o típica	57
C. Licitud.....	57
IV. Formas.....	58
§ 5. Medicina tradicional	59
I. La ciencia de curar en el antiguo Perú	59
A. Antecedentes históricos.....	59
B. Medicina, magia y religión	61
C. Enfermedades, salud pública e intervenciones quirúrgicas ..	62
D. Las técnicas curativas y la profesión de la medicina folklórica del Antiguo Perú	64
II. Arte tradicional de curar.....	65
III. Instituto Nacional de Medicina Tradicional	68
IV. La medicina tradicional y la medicina occidental	69
V. Plantas medicinales	70
A. Generalidades	70
B. Marco legal	71
C. Producción y comercialización	71
VI. La hoja de coca	72
A. Aspectos básicos	72
B. La hoja de coca. Recurso andino y medicina tradicional.....	73
VII. Plantas sagradas	74
§ 6. Medicina tropical	75
I. Noción.....	75
II. Instituto de Medicina Tropical	76
III. Objetivos	76

Capítulo III PRÁCTICA ILEGAL DE LA MEDICINA

§ 1. Aspectos generales	77
§ 2. Sanciones a la práctica ilegal de la medicina	77
I. La práctica ilegal de la medicina y el Código Penal	78
A. Aspectos generales	78

B. Delitos por la actividad médica	79
a) Ejercicio ilegal del arte sanitario	79
(1) Curanderismo	83
b) Ejercicio abusivo de la medicina	85
(1) Charlatanismo	86
c) Otros tipos penales	87
(1) Expendio irregular de medicamentos	87
(2) Falsedad ideológica en certificados médicos	89
II. La práctica ilegal de la medicina y el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú	93
A. Aspectos generales	93
B. Casos	93
C. Sanciones administrativas	93
§ 3. Actividades médicas específicas	94
I. Medicina preventiva	94
II. Autocuidado	94
III. Toma de sangre. Venapunción	95
A. Cesión de sangre humana	96
IV. Radiografías	99
V. Medida de la presión arterial y el uso de aparatos de medición simples	99
VI. Examen de la vista y medida de desviaciones ópticas	99
VIII. Psicoanálisis y psicoterapia	100
IX. Acupuntura	100
X. Consejos y recomendaciones orales y escritas	101

Capítulo IV CONTROL SOBRE LA PRÁCTICA DE LA MEDICINA

§ 1. Responsabilidad profesional	103
I. Generalidades	103
II. La responsabilidad de los profesionales	105
III. Responsabilidad médica	105
IV. Responsabilidad civil	106

A. Responsabilidad civil contractual	108
A1. Disposiciones generales	109
A2. Naturaleza jurídica de la obligación asumida por el médico	109
A3. La responsabilidad por culpa del médico	113
A4. Requisitos de procedencia	116
A5. Casos de eximencia	117
A6. Atención en casos de emergencia	118
B. Responsabilidad civil extracontractual	120
B.1. Sistema objetivo	120
B.2. Sistema subjetivo	121
B.3. Casuística y aplicación de responsabilidad	121
C. El derecho de opción y el doble sistema de responsabilidad ..	122
D. Responsabilidad del médico y sus utensilios	123
E. Responsabilidad del establecimiento asistencial por los actos del personal médico	124
F. Aspectos procesales de la responsabilidad civil de los médicos	125
G. Reparación de los daños	126
H. Responsabilidad médica especial	129
H.1. Wrongful birth	129
H.2. Wrongful life	129
I. Exclusión o exoneración de responsabilidad	130
V. Responsabilidad penal	130
VI. Responsabilidad indirecta	133
VIII. Responsabilidad administrativa	136
§ 2. Calidad en los cuidados médicos	137
§ 3. Supervisión y control de la actividad médica	138
I. Aspecto administrativo	138
II. Aspecto ético	139
§ 4. Organizaciones disciplinarias	139
I. La orden médica	139
A. Colegio Médico del Perú	139
a. Composición	139

(1) Organismos directivos	139
(2) Organismos asesores	140
B. Federación Médica Peruana	140
a) Aspectos generales	140
b) Funciones	140
c) Objetivos	141
d) Composición	141
e) Logros	141
II. Códigos profesionales	141
A. Código de Ética y Deontología	141
B. Estructura y temática	142
III. Comité de vigilancia ética y deontológica	143
A. Consejo Nacional de Bioética	143
B. Colegio Médico del Perú	143
C. Proyecto de creación de un Comité Nacional de Bioética	144
a) Introducción	144
b) Finalidad	145
c) Objetivo	145
d) Funciones	145
e) Estructura	146
f) Composición y funcionamiento	146
g) Conclusión	146

SEGUNDA PARTE LA RELACIÓN MÉDICO - PACIENTE

Capítulo I DESCRIPCIÓN GENERAL

§ 1. Generalidades	149
§ 2. Contrato de asistencia médica	150
I. Requisito de validez	150
A. Partes	151
B. Capacidad	151
C. Objeto	151

D. Fin	152
E. Forma	152
II. Caracteres jurídicos	152
III. Normatividad	154

Sub-Capítulo 1 Contenido de la relación médico paciente

§ 3. Derechos y obligaciones de las partes	154
I. Del médico	154
A. Deberes	154
a) Deber de dar atención debida	154
b) Deber de lealtad y cortesía	155
c) Deber de mantener la fórmula dual médico-paciente	155
d) Deber de abstenerse de asegurar un resultado	155
e) Deber de informar	156
(1) El tratamiento	156
(2) La prescripción de medicamentos	156
(3) A la autoridad, acerca de enfermedades y daños de declaración obligatoria	156
(4) A la autoridad, acerca de la atención de pacientes víctimas de hechos delictuosos	157
f) Deber de seguridad	157
g) Proporcionar copia de la historia clínica	158
h) Deberes genéricos	158
B. Derechos	158
a) Derecho a percibir honorarios	158
b) Derecho al goce del año sabático	158
c) Derecho a la propiedad intelectual	159
d) Derecho a la libertad y objeción de conciencia	159
II. Del paciente	162
A. Deberes	162
a) Deber de información y de cooperación con las autoridades de salud	162
b) Cancelación de sus honorarios	163

B. Derechos	163
a) Derecho a la libertad	163
b) Derecho a la salud	166
c) Derecho a la dignidad	173
(1) No discriminación	173
(2) Entrega de la información de alta	174
(3) A la atención adecuada	174
(4) A la expedición de certificados de salud	174
(5) A no ser retenido por falta de pago de la atención médica	174
C. Derechos especiales. De la madre	177

Sub-Capítulo 2 Derechos especiales

§ 4. Consentimiento informado	178
I. Estructura	178
A. Derecho a ser informado	179
a) Nociones generales	179
b) Titulares	179
c) Forma	179
d) Ámbito	180
e) Características	181
f) Información del proceso	182
g) Límites	182
B. Derecho a consentir	182
II. Principio general del consentimiento informado	183
III. Definición	183
IV. Base legal	184
V. Componentes	185
A. Titular	185
B. Forma	185
C. Tiempo	186
D. Objeto	186
E. Límites	186

F. Experimentación para medicamentos	186
G. Investigación docente	187
VI. Excepciones	187
VII. Formato del consentimiento informado	188
§ 5. Intimidad	189
I. Principio general	189
II. Reserva en la información	190
III. Excepciones	190
IV. Derecho a la imagen	191
§ 6. Secreto	191
I. Principio general	191
II. Excepciones	192
III. Secreto profesional	193
A. Aspecto general	193
B. Aspecto ético	193
C. Aspecto penal	193
a) Revelación de secretos obtenidos por el trabajo	193
b) Secreto profesional	194
IV. Notificación de actos criminales	194
§ 7. Quejas	195
I. Derecho de queja	195
II. Clasificación de las quejas	195
A. Quejas gremiales	195
a) Queja	195
b) Resolución	195
c) Apelación	195
d) Resolución	196
B. Quejas administrativas	196
C. Quejas judiciales	196
III. Casuística y estadística	196

Sub-Capítulo 3. Documentos médicos y medicamentos

§ 8. Historia clínica	197
-----------------------------	-----

I. Generalidades	197
II. Definición	197
III. Características	198
IV. Marco Legal	200
V. Contenido	202
VI. Clasificación y formatos	203
VII. Registro de atención médica	205
VIII. Epicrisis	205
IX. Informe de alta	206
X. Otras consideraciones	208
§ 9. Medicamentos	208
I. Prescripción de medicamentos	208
II. Venta de medicamentos	209
III. Publicidad de los medicamentos	209
A. Publicidad de medicamentos y recursos terapéuticos naturales	210
B. Publicidad comparativa entre medicamentos genéricos y medicamentos de marca	211

Capítulo II

LA RELACIÓN MÉDICO - PACIENTE EN TÉRMINOS ESPECÍFICOS

§ 1. El paciente menor de edad	213
I. Generalidades	213
II. Marco legal	213
A. Código de los Niños y Adolescentes	213
B. Ley General de Salud	214
C. Legislación especial	214
a) Transplantes	214
b) De protección al estado gestacional	215
§ 2. El enfermo mental	216
I. Generalidades	216
II. Marco legal	217
A. Constitución	217

B. Código Civil	217
C. Ley General de Salud	217
D. La Ley General de la Persona con Discapacidad	218
§ 3. El paciente en etapa terminal	218
I. Paciente agudamente enfermo	219
II. Paciente terminal	219
§ 4. El paciente en estado de emergencia	220
I. Generalidades	220
II. Definición	220
III. Características	220
IV. Aspectos normativos	220

Capítulo III ACTIVIDADES MÉDICAS ESPECÍFICAS

§ 1. Aborto	227
I. Concepto	227
II. Definición	229
III. Generalidades	230
IV. Marco legal	231
V. Morfología del delito	232
A. Auto aborto	232
a) Bien jurídico protegido	232
b) Sujetos	232
c) Elementos constitutivos	232
d) Penalidad	233
B. Aborto consentido	233
a) Bien jurídico protegido	233
b) Sujetos	233
c) Elementos constitutivos	233
d) Agravantes	233
e) Penalidad	233
C. Aborto no consentido	233
a) Bien jurídico protegido	233

b) Sujetos	234
c) Elementos constitutivos	234
d) Agravantes	234
e) Penalidad	234
D. Aborto abusivo	234
a) Bien jurídico protegido	234
b) Sujetos	234
c) Elementos constitutivos	234
d) Penalidad	235
E. Aborto preterintencional	235
a) Naturaleza subjetiva de la figura	235
b) Bien jurídico protegido	235
c) Sujetos	235
d) Elementos constitutivos	235
e) Penalidad	235
F. Aborto terapéutico	235
a) Definición	235
b) Bien jurídico protegido	236
c) Requisitos	236
d) Penalidad	236
G. Aborto especial	236
– Aborto sentimental o ético	236
(a) Bien jurídico protegido	236
(b) Elementos constitutivos	236
– Aborto eugenésico	236
(a) Bien jurídico protegido	237
(b) Elementos constitutivos	237
– Pena para ambos casos	237
VI. Vacío legal	237
§ 2. Esterilización	238
I. Generalidades	238
II. Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria	239
A. Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria Femenina	240
B. Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria Masculina	240

III. Marco Legal	240
A. Ley de Política Nacional de Población	240
B. Fallo del Tribunal Constitucional	241
C. Normas del Programa de Planificación Familiar	242
a. Objetivo de la norma	242
b. Derechos de las personas usuarias de los servicios de planificación familiar	242
c. Derechos reproductivos	242
d. Responsabilidades de las personas usuarias en los servicios de salud	243
e. Disposiciones para la atención en los servicios de planificación familiar	243
D. Ley General de Salud	243
E. Normas Éticas	244
IV. Esterilizaciones sin consentimiento	244
§ 3. Técnicas de Reproducción Asistida	245
I. Generalidades	245
II. Marco legal	245
A. Realidad nacional	245
B. Bases para una regulación jurídica	246
III. Maternidad subrogada	248
A. Aspectos básicos	248
a) Madre portadora	248
b) Madre sustituta	248
c) Ovodonación	249
d) Embriodonación	249
B. Calificación jurídica	249
C. Normatividad	250
IV. Crioconservación	250
A. Denominación y concepto	250
B. Objetivo	250
C. Destino y casuística	251
D. Principios a considerarse	251
V. Clonación	252

A. Aspectos básicos	252
a) Clonación reproductiva	252
b) Clonación terapéutica	253
B. Tipología de la clonación	254
a) Generalidades	254
b) Estructura del tipo penal	255
(1) Bien jurídico protegido	255
(2) Sujetos	256
(3) Objeto material	256
(4) Conducta típica	256
(5) Tipicidad subjetiva	256
(6) Ausencia de antijuridicidad	257
(7) Consumación	257
(8) Tentativa	257
(9) Situaciones concursales	257
(9) Pena	257
§ 4. Diagnóstico pre-natal	258
I. Generalidades	258
II. Marco legal	258
§ 5. Intervenciones psico-quirúrgicas	259
I. Aspectos básicos	259
II. Marco legal	260
§ 6. Transplante de órganos	260
I. Generalidades	260
II. Marco legal	260
A. Código Civil	261
a) Utilización parcial de cadáveres identificados con fines terapéuticos	263
b) Utilización total de cadáveres no identificados con fines de interés social	264
B. Ley General de Salud	266
C. Legislación especial	268
a) Garantías y principios	268
b) Determinación de la Muerte	269

c) Traslado Nacional e Internacional de los Órganos y/o Tejidos	270
d) Promoción y Educación	271
e) Comité de Transplante de Órganos	271
f) Transplante de órganos y tejidos de cadáver	273
g) Confidencialidad de la Información	275
h) Gratuidad	275
i) Transplante entre Seres Vivos	276
(1) Requisitos para la cesión de tejidos regenerables de cedentes vivos	276
(2) Requisitos para la cesión de tejidos y órganos no regenerables de cedentes vivos	276
j) Centros de Ablación y Transplante de Órganos y Tejidos	277
k) Registro Nacional de Donantes de Órganos y Tejidos	278
l) Organización Nacional de Donación y Trasplantes	279
m) Banco de Órganos y Tejidos para Trasplantes	279
n) Comentarios de la nueva legislación	280
D. Código Penal	282
E. CEDCMP	283
§ 7. Experimentos en seres humanos	283
I. Generalidades	283
II. Marco legal	284
A. Leyes nacionales	284
a) Constitución	284
b) Código Civil	284
c) Código de los Niños y Adolescentes	285
d) Ley General de Salud	285
(1) Consideraciones generales	285
(2) Consentimiento informado	285
(3) Remisión a normas especiales	285
(4) Investigación post mortem	286
e) Reglamento de Seguridad Radiológica	286
d) Anteproyecto de Ley	286
B. Normas éticas	287

C. Documentos Internacionales	287
a) Declaración de Helsinki	287
(1) Aspectos Generales	287
(2) Protocolo de experimentación	288
(3) Idoneidad del Profesional Médico	288
(4) Derecho a la integridad e intimidad	288
(5) Publicación de Resultado de la Investigación	288
(6) Consentimiento informado	288
(7) Investigación Médica no Terapéutica	289
b) Propuesta de Normas Internacionales para la Investigación Biomédica en Sujetos Humanos	289
(1) Ámbito de la Investigación en Humanos	289
(2) Consentimiento informado	289
c) Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos	289
(1) Aspectos Generales	289
(2) Objetivo	290
(3) Investigación en el Genoma	290
(4) Consentimiento informado	290
(5) Derecho a la Intimidad Genética	291
(6) Protocolo de Investigación	291
§ 8. Manipulación Genética	291
I. Concepto	291
II. Marco Legal	292
A. Código de los Niños y Adolescentes	292
B. Ley General de Salud	293
C. Código Penal	293
D. CEDCMP	294
§ 9. Eutanasia	294
I. Generalidades	294
II. Clases	295
A. Eutanasia Activa	295
a) Bien jurídico protegido	295
b) Sujetos	295

c) Elementos constitutivos	295
d) Realización	296
e) Penalidad	296
B. Instigación o ayuda al suicidio	296
a) Bien jurídico protegido	296
b) Sujetos	296
c) Elementos constitutivos	297
d) Agravante	297
e) Penalidad	297
§ 10. Adecuación de sexo	297
I. Generalidades	297
II. Derecho a la identidad	297
III. Problemas jurídicos planteados	298
IV. Marco legal	298
A. Realidad nacional	298
B. Bases para una regulación jurídica	299
C. Casuística	300
§ 11. Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA)	301
I. Marco Legal	301
A. Constitución	301
B. Legislación Contrásida	302
a) Plan Nacional de Lucha contra el VIH, el SIDA y las ITS	302
(1) Ente encargado	302
(2) Objetivos	302
(3) Funciones	302
(4) Características de las Pruebas	303
b) Reglamento del Plan Nacional CONTRASIDA	303
(1) Características de las Pruebas	303
(2) Informe sobre los Casos de Infección	304
C. Manual de doctrinas, normas y procedimientos para el control de enfermedades de transmisión sexual (ETS) y el SIDA.	304
§ 12. Anticoncepción Oral de Emergencia	305
1. ¿Desde cuándo podemos hablar que existe vida humana? ¿Desde la fecundación o desde la implantación del óvulo en el útero?	305

2. ¿La píldora del día siguiente es abortiva?	307
§ 12. Lesiones al concebido	307
I. Generalidades	307
II. Estructura del Tipo Penal	308
A. Bien Jurídico Protegido	308
B. Sujetos	308
C. Acción Típica y Antijurídica	309
D. Tipicidad Subjetiva	309
E. Tentativa	309
F. Consumación	310
G. Pena	310

TERCERA PARTE EL MÉDICO EN RELACIÓN CON EL SISTEMA DE SALUD

Capítulo I RELACIONES INSTITUCIONALES

§ 1. Asociaciones	313
I. Generalidades	313
II. Asociaciones Gremiales	313
A. Colegio Médico del Perú	313
B. Federación Médica Peruana	315
III. Asociaciones Científicas	315
A. Sociedades Médicas	315
B. Academia Nacional de Medicina	315
§ 2. Establecimientos de Salud	316
I. Aspectos Generales	316
II. Clases de Establecimientos de Salud	316
A. Establecimiento de Salud Público	316
a) Hospital	317
(1) Concepto	317
(2) Marco Legal	317
(3) Clasificación	317
(4) Funciones	318
	405

b) Centro de Salud	318
c) Puesto de Salud	318
B. Establecimiento de Salud no Público	318
a) Consultorio Médico Particular	320
b) Policlínico	320
c) Centro Médico	320
d) Hospital Privado o Clínica	320
e) Instituto Médico o de Salud	320
f) Servicios Médicos de Apoyo	320
g) Servicio de Apoyo Diagnóstico y Terapéutico	321
h) Servicio de Traslado de Paciente	321
i) Laboratorio de Prótesis Dental	321
j) Centro Óptico	321
k) Centro de Atención para Dependientes de Sustancias Psicoactivas	321
l) Empresa de Saneamiento Ambiental	321
§ 3. Deberes Profesionales con los Colegas	322
I. Marco Ético Legal	322
II. Deberes	322

Capítulo II RELACIÓN CON OTROS PROFESIONALES DE SALUD

§ 1. Odontólogo	326
I. Generalidades	326
II. Estudios	327
III. Colegiación y Práctica	327
§ 2. Enfermera(o)	328
I. Generalidades	328
II. Estudios	328
III. Colegiación y Práctica	329
§ 3. Obstetriz	329
I. Generalidades	329
II. Estudios	330
III. Colegiación y Práctica	331

§4 Químico farmacéutico	331
I. Denominación	331
II. Funciones	331
III. Educación	331
IV. Colegiación y práctica	332
§ 5. Biólogo	332
I. Generalidades	332
II. Estudios	332
III. Colegiación y práctica	332
§ 6. Nutricionista	332
I. Generalidades	332
II. Estudios	333
III. Colegiación y práctica	333
§ 7. Médico veterinario	333
I. Generalidades	333
II. Estudios	333
III. Colegiación y Práctica	333
§ 8. Psicólogo	333
I. Generalidades	333
II. Estudios	334
III. Colegiación y Práctica	334
§9. Asistente Social	334
§ 10. Ingeniero Sanitario	334
I. Generalidades	334
II. Estudios	334
III. Colegiación y Práctica	335
§11. Tecnólogo médico	335
I. Generalidades	335
II. Estudios	335

Capítulo III RELACIÓN CON TÉCNICOS Y AUXILIARES DE SALUD

§ 1. Técnicos en el Área de Salud	337
---	-----

I. Paramédico	337
A. Terminología	337
B. Funciones	338
C. Educación	338
§ 2. Auxiliares en el área de la salud	338

Capítulo IV RELACIÓN CON OTRAS INSTITUCIONES DE SALUD

§ 1. Centro de Prevención	339
§ 2. Seguro de Salud	339
I. Generalidades	339
II. Estructura del Seguro de Salud	340
A. Seguro Privado	340
a) Marco Legal	340
b) Necesidad de una Ley General de Seguro de Salud	340
B. Seguro Social de Salud	340
a) Antecedentes	340
b) Actualidad	341
c) Objetivo	341
d) Funciones	341
e) Prestaciones	342
f) Beneficiarios	342
C. Seguro de Trabajo	343
D. Seguro Escolar Gratuito	344
E. Seguro Integral de Salud (SIS)	344
a) Antecedentes	344
b) Visión	344
c) Objetivos	344
F. Seguro Médico Obligatorio	345
BIBLIOGRAFÍA	347
ÍNDICE ANALÍTICO	359

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de
Editora Jurídica Grijley <grijley@speedy.com>,
en el mes de octubre de 2005.

Derecho Médico
Peruano

E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y

Libros

Derecho Genético: principios generales, 4ª edición, Lima, Grijley, julio 2001, pp. 548.

Derecho y Manipulación genética, 2ª edición, Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, septiembre 1997, pp. 224.

Filiación, Derecho y Genética. Aproximaciones a la teoría de la filiación biológica, Lima, coedición de la Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial y Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 347.

Derecho médico peruano, Lima, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2001, pp. 233.

Medical Law (Perú), in: International Encyclopaedia of Laws, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 2003, pp. 198.

Divorcio, filiación y patria potestad, Lima, Grijley, 2004, pp. 499.

Derecho genético y procreático, 1ª edición, Bolivia, coedición Ilustre Colegio de Abogados de La Paz y ABIODGE, 2005, pp. 547.



DUANY & KRESALJA
ABOGADOS

ISBN 9972-04-061-5



9 789972 040610

Editora Jurídica Grijley