

Fundamentos básicos del Derecho Médico

PARA que el Derecho pueda cumplir su rol de garante del ser humano debe buscar el auxilio de otras disciplinas que coadyuven la realización de sus objetivos. Una de estas disciplinas es la Medicina. A pesar de contar con pensamientos doctrinarios muchas veces encontrados, el Derecho y la Medicina guardan una estrecha relación científico-institucional, ambas tienen como esencia la vida.

Es así como el Derecho Médico se nos presenta como una nueva metodología para regular jurídicamente las consecuencias del desarrollo, aplicación y práctica de las ciencias de la salud en la medida en que el Derecho, no obstante su carácter conservador y previsional, no puede adoptar una actitud pasiva frente al siempre variable avance de las disciplinas científicas liberales.

• Enrique Varsi
Rospigliosi
con la
colaboración
de Claudia
Canales Torres

I.- DERECHO, MEDICINA Y BIOÉTICA

El ejercicio de una profesión implica la realización de una actividad especializada y constituye, a su vez, una actividad que tiene un fin propio al que debe dedicarse por completo quien lleva a cabo dicha profesión, encontrando siempre la conexión con el bienestar de la sociedad, es decir, estar orientados a proporcionar bienes específicos, indispensables y de gran valor para todos. Toda profesión se ejerce junto con otras personas con los que se conforma una cierta comunidad con un mismo lenguaje, mismas metas y métodos comunes de actuación. La actividad profesional exige el respeto a normas éticas, codificadas o no. Estos deberes constituyen la denominada deontología, es decir la ética general aplicada a un objeto específico: las situaciones y relaciones que surgen en el desempeño de una determinada profesión.

Históricamente, dos de las primeras profesiones y ciencias más antiguas son el Derecho y la Medicina. El Derecho, es una disciplina cuya finalidad es el orden social justo, el cuidado de la relación social. Es un instrumento realizado por el hombre y al servicio del hombre, constituyéndose en su servidor en la vida de relación. Esta disciplina, a través de una coordinación ética-imperativa, regula la vida humana recurriendo al auxilio de las demás ciencias a fin de crear un marco eficiente de protección a la persona. Y la ley obra sólo como un instrumento del Derecho que sirve para ordenar racionalmente las conductas.

Por otro lado, la Medicina puede definirse como el arte de conservar y restaurar la salud, cuida la vida. Sus pilares son dos: oficio-arte y tecnología-ciencia. Tenemos que las cuatro metas más importantes de la medicina son: promover la salud, curar la enfermedad, aliviar el dolor y readaptar al individuo. La práctica de la medicina combina tanto ciencia como arte.

En este sentido, se determina el vínculo entre el Derecho y la Medicina. Una está encargada de regular las relaciones entre los miembros de la comunidad y la otra de velar por su salud, su bienestar corporal. Ambas disciplinas persiguen fines altruistas, orientados al bien común y entregados al servicio de sus semejantes. Tanto la una como la otra aspiran al rigor científico de sus postulados y a la averiguación de la verdad como fórmula para resolver los problemas que se les presentan. Los adelantos y posibilidades que brinda la ciencia médica, van seguidos de cerca por el Derecho. Por lo tanto, el ser humano se revela como el destinatario y eje común que el Derecho tiene con la Medicina, la Moral y la Ética.

Una adecuada regulación de la actividad médica por parte del Derecho debe conceder al médico un margen libre para la apreciación de sus actos. Sin embargo, para garantizar una protección de los derechos de los pacientes y consagrar la triada del Derecho Médico: vida, salud e integridad, las normas jurídicas en cuestión deben ser imperativas y obligatorias, y en caso de violación, sancionadoras.

La necesidad de fijar pautas morales y deberes básicos en el quehacer médico ha dado origen a la bioética, entendida como aquella rama de la ética encargada de los problemas generados por el ejercicio de la medicina y que sobre el particular fija los patrones esenciales para la correcta aplicación de las ciencias de la salud en los seres vivos. El sustento central de la

bioética es el problema de la relación ciencia-conciencia, libertad-cautela y desarrollo-protección.

II.- DERECHO MÉDICO

Como el Derecho regula la vida en sociedad con la finalidad de lograr la paz social, esta disciplina debe adecuarse a los cambios que de una u otra forma afectan la vida del hombre. El Derecho es paciente al momento de regular la vida del hombre, puesto que debe mediar las consecuencias de los hechos que regula. A diferencia de éste, las ciencias avanzan a cada instante. Una de las ciencias que influye directamente en la vida del hombre y por lo tanto en el Derecho es, como ya se dijo, la Medicina.

1. ORIGEN

Acerca del origen del Derecho Médico, los especialistas tratan de dar respuesta al interrogante de si esta rama jurídica existe desde hace tiempo o si por el con-

ten una misma esencia, el bienestar de la vida humana. Estas disciplinas son técnicamente distintas pero dogmáticamente similares.

3. DENOMINACIÓN

En la literatura comparada se ha podido observar que la denominación de Derecho Médico es la más utilizada para denominar esta rama autónoma del Derecho. Cabe resaltar que al Derecho Médico se lo entiende comprendido en una rama más amplia que es el Derecho Sanitario, por lo que a veces se equiparan estas disciplinas, no obstante que se entiende que están en una relación de género a especie.

4. DEFINICIÓN

Existen múltiples definiciones de Derecho Médico. Usualmente, este término es usado para indicar aquella área del Derecho encargada de la regulación de la práctica médica. Aun cuando no hay una defini-

• Enrique Varsi Rospigliosi, abogado por la U. de Lima. Profesor de Derecho en su *alma máter* y en la UNMSM.



trario se trata de una materia relativamente joven. Ambas posturas son válidas, dependiendo de la definición de Derecho Médico a la que uno se adhiera. Es decir, si consideramos al Derecho Médico como aquella rama del Derecho que estudia la profesión médica, los derechos y deberes del médico así como la ética profesional médica, entonces el origen del Derecho Médico se remonta a siglos atrás, con el Juramento Hipocrático el que constituye su fuente principal. Mientras que, para otro sector de la Doctrina, el Derecho Médico es reciente si se le considera como una especialidad desarrollada a causa de los problemas que han surgido por la tecnología médica.

2. GENERALIDADES

La vida, la integridad y la salud son la base de la ciencia biomédica. Asimismo, el Derecho no es ajeno a esta triada del ser humano, que no es otra cosa que su aspecto psicosomático.

Surge en este contexto una alianza jurídico institucional moderna: Medicina y Derecho, ya que compar-

ción de Derecho Médico aceptada a nivel mundial Gliglio Basto adopta una definición de Derecho Médico considerando a esta especialidad jurídica como 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. Como tal, 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 guían la relación médico-paciente, los derechos y deberes del médico, pacientes y otros profesionales, así como la protección integral de la salud. Básicamente, los grandes temas a abordar dentro de esta disciplina son: el acceso a la profesión médica, el ejercicio legal de la misma, la ética profesional, la relación médico-paciente y la responsabilidad profesional.

6. CARACTERÍSTICAS

El Derecho Médico reviste un conjunto de características que lo distinguen de otras ramas del Derecho:



• Acto médico en operación del corazón.

❑ Es mixto

Contiene normas de derecho público y privado, normas sustantivas y adjetivas, éticas y penales. Con respecto las normas de Derecho Público, el Derecho Médico regula las relaciones de los diversos órganos del Estado dispensadores y reguladores de la salud, entre sí y entre éstos y los particulares, cuando actúa revestido de potestad (ius imperium), mientras que las normas de derecho privado son las que regulan las relaciones jurídicas privadas entre el médico y el paciente, y entre estos particulares y el Estado cuando actúa despojado de su ius imperium. Asimismo, tenemos que las normas sustantivas regulan las relaciones ordinarias, estableciendo derechos, deberes, conductas, etc; y las normas adjetivas regulan los derechos y deberes otorgados por la norma sustantiva, estableciendo las normas que regulan las acciones, competencias, procesos, etc. Por lo que podemos apreciar que en el Derecho Médico hay una conjunción de normas imperativas y normas dispositivas.

❑ Es dinámico

La normatividad que rige el ejercicio profesional médico debe adaptarse siempre a la necesidad de nuevos procedimientos diagnósticos, terapéuticos y de investigación. Por lo que esta rama del Derecho debe incorporar normas acordes con el avance de la ciencia médica. No es un derecho estacionario, se encuentra en constante transformación y adecuación a las nuevas necesidades que la actividad médica trae consigo.

❑ Es objetivo

Tiene su consistencia en la norma escrita, siendo ésta su principal fuente. El Derecho Médico es un derecho fundamentalmente legislado por cuanto tiene su consistencia en la ley. Toda normatividad referente al ejercicio de la medicina, la relación jurídica médico-paciente y las consecuencias derivadas del mismo se encuentran reguladas directa o indirectamente, principal o secundariamente por normas de derecho escrito.

❑ Es imperativo

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. Por tal razón, la gran mayoría de dichas normas son de carácter imperativo, especialmente cuando en una u otra forma están interesados el orden y la salud pública.

7. ELEMENTOS

Los elementos del Derecho Médico son aquellos factores que se requieren para el surgimiento de las relaciones jurídicas que sirven de protección al ser humano. Los referidos elementos son:

A. Sujetos

Constituido por el elemento personal. Se divide en: **Sujeto Activo:** la persona autorizada para el ejercicio de la medicina, es decir aquella que cumple con los requisitos legales, administrativos y académicos para el ejercicio de esta profesión.

Sujeto Pasivo: es cualquier ser humano (concebido o persona natural), que reciba la acción de parte del sujeto activo,

B. Objeto

El Derecho Médico regula la actividad médica. Su finalidad es brindar protección y seguridad jurídica al ser humano y a las relaciones sociales derivadas del avance de la Medicina.

8. FUENTES DEL DERECHO MÉDICO

Las fuentes del Derecho Médico, al igual que otras ramas del Derecho, son formales y están contenidas en las normas jurídicas que conforman los cuerpos normativos. Asimismo, la conciencia, la moral, el fuero interno, la ética, las normas de comportamiento dentro del ejercicio profesional médico plasmadas en los distintos Códigos de Ética y Deontología Médica son fuentes específicas del Derecho Médico.

A. FUENTES NACIONALES

(1) Ley

La principal fuente del Derecho Médico es la ley. Es a través de ésta que se regula la actividad médica y el cuidado de la salud. Comúnmente estas normas legales 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.

Estas normas legales pueden ser clasificadas de la siguiente manera:

❑ **Específicas:** son aquellas normas que regulan directamente la materia médica.

❑ **De carácter específico principal:** La Ley General de Salud, la Ley del Trabajo Médico y el Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú son la materia orgánica fundamental del Derecho Médico, a nivel nacional, 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 de creación del Seguro Social de Salud (Essalud), la Ley general de donación y trasplante de órganos y/o tejidos humanos y su reglamento, entre otras.

□ **Generales:** en este grupo de leyes encontramos la Constitución y el Código Civil.

(2) Jurisprudencia

La tendencia jurisprudencial debe ir asimilando y aplicando las nuevas concepciones que trae consigo esta rama del Derecho a fin de que sus resoluciones estén acordes con los avances de la Medicina, disciplina que se debe constituir en una permanente aliada que dé luz a los magistrados en el establecimiento de criterios y precedentes a seguir en materia sanitaria.

B. FUENTES INTERNACIONALES

La fuente internacional más importante del Derecho Médico es la Declaración Universal de Derechos Humanos (NN UU 10/12/1948). Asimismo, tenemos 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 considerar como fuente internacional del Derecho Médico las 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, la Asociación Médica Mundial, entre otras.

9. VINCULACIÓN CON OTRAS DISCIPLINAS

El Derecho Médico se nutre de diversas disciplinas que fundamentan sus principios y postulados, entre las que podemos mencionar: la filosofía, ética, religión, matemática, estadística, informática, biología, genética, antropología, entre otras.

10. RELACIÓN CON OTRAS RAMAS DEL DERECHO

El Derecho Médico se relaciona con las demás ramas del Derecho porque al estar vinculado al ser humano es inseparable el carácter jurídico interdisciplinario. La relación del Derecho Médico esencialmente se da con las siguientes disciplinas jurídicas:

□ **Derecho Constitucional:** actualmente la tendencia constitucional es la tutela integral del ser humano. Es por esta razón que los derechos fundamentales y personalísimos involucrados en la actividad médica se encuentran tutelados a nivel constitucional. Así también es usual encontrar, a nivel constitucional, la obligación de los estados, de velar por la protección de la salud de sus ciudadanos.

□ **Derecho Civil:** tanto el Derecho Civil como el Derecho Médico tienen como fin el ser humano. El Derecho de Personas (inicio y fin de la vida), el De-

recho de Familia (filialidad) y el Derecho de Sucesiones (transmisión hereditaria como consecuencia de la aplicación de las TERAS) se ven influenciados por los avances de la Medicina y, por lo tanto, el Derecho Médico debe regular esta situación. Otros aspectos que vinculan a estas dos ramas son lo relativo a la capacidad mental, la interdicción; el contrato como fuente de obligaciones médicas, el vínculo de responsabilidad entre personas naturales (médicos, enfermeras) y personas jurídicas (clínicas, hospitales, postas, etc.).

□ **Derecho Penal:** La principal relación con el Derecho Penal se da por la responsabilidad penal en que puede incurrir el médico en el ejercicio de su profesión, así como el ejercicio ilegal de la medicina.

□ **Derecho Administrativo:** El Derecho Médico está conformado por normas y preceptos de carácter público que protegen y garantizan los derechos de los pacientes, vigilando 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. La atención y el control de los servicios de salud es obligación básicamente estatal.

□ **Derecho Laboral:** El derecho del trabajo contiene asuntos como la incapacidad laboral, los accidentes de trabajo, la vejez, la invalidez y la muerte del trabajador, que necesitan ser analizados y definidos por la medicina, para mantener ese frágil equilibrio que a duras penas existe entre el trabajador y el empleador, llámese éste privado o público.

□ **Derechos Humanos:** Son fuentes internacionales del Derecho Médico, entre las que destacamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Todas estas normas forman parte de los Derechos Humanos, pero al mismo tiempo son la fuente de donde se

nutre el Derecho Médico para brindar una correcta protección al ser humano.

□ **Derecho de Seguros:** El Derecho de Seguros se relaciona con el Derecho Médico porque tanto los pacientes como los médicos están en la posibilidad de contratar un seguro. Una muestra de esto es que actualmente el seguro de responsabilidad médica es considerado como una de las formas de reparación civil más utilizadas.

11. TERMINOLOGÍA PROPIA

El Derecho Médico hace uso de terminología propia vinculada a la regulación precisa de un acto médico: *lex artis ad hoc*, acto médico, contrato de asistencia médica, iatrogenia, técnicas de reproducción humana asistida, trasplantes de órganos, consentimiento informado, ius in se ipsum, eutanasia, distanasia, entre otros. La terminología propia es uno de los elementos necesarios para establecer la autonomía del Derecho Médico.

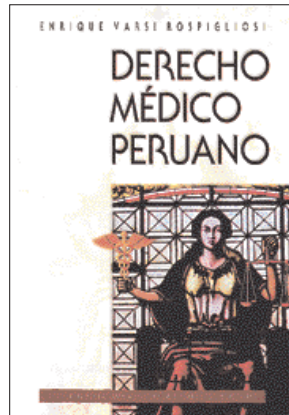
12. IMPORTANCIA

El Derecho Médico está compuesto por normas jurídicas y ético-morales, de carácter público y privado que regulan la actividad del médico con motivo del ejercicio de su profesión, la relación jurídica existente entre el médico y el paciente y las consecuencias derivadas de la misma, protegiendo la integridad del ser humano. La ciencia médica y sus correspondientes avances, son temas de interés público, por lo que la regulación adecuada de las mismas es necesaria.

13. AUTONOMÍA

El Derecho Médico es un derecho principal y autónomo porque tiene principios, metodología y sus propias fuentes. Al ser autónomo, no depende de otro derecho para su existencia. Posee un sistema homogéneo de reglas orientadas al control específico de la salud, y se vale de órganos específicos encargados de su aplicación. En este sentido, el Derecho Médico goza de autonomía pedagógica y académica, puesto que su estudio escapa de las tradicionales ramas del Derecho.

Entendida la naturaleza autónoma e independiente del Derecho Médico, podemos concluir que nos encontramos frente a una especialidad jurídica que se constituye en un verdadero patrón o modelo de interrelación entre disciplinas, un instrumento puesto al servicio de la protección de los derechos de las personas. Es tarea de los especialistas coadyuvar a lograr el aprendizaje de la utilización de este instrumento de una manera eficiente y fortalecer la alianza jurídico-institucional de la Medicina y el Derecho ■



• Portada de la primera edición del libro del Doctor Varsi.

(1) SAN JULIAN PUIG, Verónica: El distanciamiento entre la Deontología y el Derecho Médico. En Cuadernos de Bioética. Revista cuatrimestral de investigación. Boética, Deontología y Derecho, N° 57. Volumen XVI, 2ª Murcia-España, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, mayo-agosto 2005, p.194-195. (2) WOOLCOTT OYAGUE, Olenka: La Responsabilidad Civil de los Profesionales. Lima, ARA Editores, 2002, p.145. (3) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Derecho Genético. Cuarta Edición. Lima, Editorial Grinley, 2001, p.67. (4) ESER, Albin: Estudios de Derecho Penal Médico. Lima, Editorial INDEMSA, Agosto 2001, p.112-114. (5) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Derecho Genético. Cuarta Edición. Lima, Editorial Grinley, 2001, p.51-52. (6) GIGLIO BASTO, Celia: El Derecho Médico en el Perú. Tesis (Título de Abogado). Lima, Universidad de Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1999, p.57. (7) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Derecho Médico Peruano. Segunda Edición. Lima, Editorial Grinley, 2006, p.29-30. (8) GIGLIO BASTO, Celia: Op.cit., p.59. (9) GIGLIO BASTO, Celia: Op.cit., p.59. (10) GIGLIO BASTO, Celia: Op.cit., p.61. (11) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Op.cit., p.30. (12) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Op.cit., p.30. (13) GIGLIO BASTO, Celia: Op.cit., p.64. (14) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Op.cit., p.31. (15) VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique: Op.cit., p.31. (16) GIGLIO BASTO, Celia: Op.cit., p.65. (17) GIGLIO BASTO, Celia: Op.cit., p.65. (18) Ley N° 26842, promulgada el 15/07/1997 y publicada el 20/07/1997. (19) Decreto Legislativo N° 559, promulgado el 28/03/90 y publicado el 29/03/1990. (20) Ley N° 26790, promulgada el 15/05/1997 y publicada el 17/05/97. (21) Ley N° 27056, promulgada el 29/01/1999 y publicada el 30/01/1999. (22) Ley N° 28189, promulgada el 16/03/2004 y publicada 18/03/2004. (23) Aprobado por Decreto Supremo N° 014-2005-SA, publicado el 27/05/2005. (24) GIGLIO BASTO, Celia: Op.cit., p.70. (25) GIGLIO BASTO, Celia: Op.cit., p.70. (26) GIGLIO BASTO, Celia: Op.cit., p.73. (27) GIGLIO BASTO, Celia: Op.cit., p.73. (28) GIGLIO BASTO, Celia: Op.cit., p.74.