Proyecto de Ley N° 4709/2022-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

JUAN BARTOLOME BURGOS OLIVEROS

"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"
"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
12 ABR 2023
RECIBIDO
Firma _____ Hora 12:04 PM

PROYECTO DE LEY QUE EXENTA DE RESPONSABILIDAD PENAL AL PROFESIONAL DE LA SALUD QUE PRACTICA ACTOS Y/O PROCEDIMIENTOS MÉDICOS MEDIANDO CONSENTIMIENTO INFORMADO

El congresista **JUAN BARTOLOME BURGOS OLIVEROS**, en ejercicio del derecho a iniciativa de formación de leyes que confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, y en concordancia con los artículos 22° inciso c), 67°, 74°, 75°, y, 76° del Reglamento del Congreso de la República, pone a consideración el siguiente Proyecto de Ley:

Fórmula legal

LEY QUE EXENTA DE RESPONSABILIDAD PENAL AL PROFESIONAL DE LA SALUD QUE PRACTICA ACTOS Y/O PROCEDIMIENTOS MÉDICOS MEDIANDO CONSENTIMIENTO INFORMADO

Artículo 1. Objeto de la Ley

El objeto de la presente ley es exentar de responsabilidad penal al profesional de la salud que practica un acto y/o procedimiento médico mediando consentimiento informado, modificando para tal efecto la normativa penal correspondiente.

Artículo Único. – Adición del inciso 12 del artículo 20 del Código Penal

Se adiciona el inciso 12 del artículo 20 del Código Penal en los siguientes términos:

> *"Articulo 20.- Está exento de responsabilidad penal:*
> *(...) 12.* ***El profesional de la salud que practica actos y/o procedimientos médicos, mediando un consentimiento informado, que incluya: la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como, del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados. La información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; y, el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente.***

Av. Abancay N°251 – Edificio Complejo Legislativo - Li
Jr. Almagro N°545 Of.304 – Centro Empresarial La Marquesa
www.jburgos@congreso.gob.pe

FIRMA DIGITAL
Firmado digitalmente por: BURGOS OLIVEROS Juan Bartolome FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 12/04/2023 11:38:29-0500

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Fundamentación

Jonás, Hans (1997), en su libro Técnica medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad, indica algo certero: ***"La medicina es una ciencia, la profesión médica es el ejercicio de un arte basado en ella, todo arte tiene una finalidad, llevar a cabo algo, pero el arte del ejercicio médico que es "el arte de curar" no tiene por finalidad conseguir algo, sino restablecer un estado".***

De esta primera afirmación se puede indicar que el acto médico surge en el momento en el cual, una persona –paciente– acude a una segunda –médico– para que éste en base a su esfuerzo, conocimientos y técnicas la restablezca al estado en que se encontraba.

Así lo corrobora la autora Rivera (2014), cuando indica que: ***"Visto de esta manera, el acto médico es un contrato verbal entre dos personas en el cual cada una de ellas se compromete a unas obligaciones determinadas. Para el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el profesional de la salud, éste acude a sus conocimientos, entrenamiento y se apoya de los recursos técnicos y tecnológicos; es decir, emplea todos los medios disponibles para llevar a cabo un tratamiento o, si se requiere, para adelantar un procedimiento, con miras a una sola finalidad: la recuperación de la salud del paciente".***

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 26842, Ley General de Salud, en su artículo 29, señala 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.

Es decir, para la materialización correcta de un acto médico, el profesional de la salud tiene que cumplir con una serie de requisitos legales. Sin embargo, aun cuando el profesional atiende dichos requisitos y procura el bien del paciente, este se encuentra ante la imposibilidad de garantizar un resultado, cualquiera que éste sea.

Av. Abancay N°251 – Edificio Complejo Legislativo - Lima
Jr. Almagro N°545 Of.304 – Centro Empresarial La Marquesa – Trujillo
www.jburgos@congreso.gob.pe

Precisamente, a partir de la realización de un acto médico, se puede derivar ciertas consecuencias o repercusiones adversas para el paciente, lo que a su vez podría derivar en diferentes tipos de responsabilidad para con el profesional de la salud, como: administrativa, penal, o, civil, las mismas que no son excluyentes entre sí.
Según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, la responsabilidad penal es ***"una consecuencia jurídica derivada de la comisión de un hecho tipificado en una ley penal por un sujeto imputable, y siempre que dicho hecho sea contrario al orden jurídico, es decir, sea antijurídico, además de punible".***

Es importante precisar que la responsabilidad penal podría quedar excluida ante la configuración de alguna de las causas eximentes que contempla la legislación penal. De esta manera, no recaerá ninguna pena sobre la persona que hubiera actuado de forma antijurídica.

Se entiende por "eximente" a aquellas circunstancias que anulan la responsabilidad penal del autor de un delito. Sin embargo, quedan vigentes otro tipo de responsabilidades como administrativas o civiles, como el pago de indemnizaciones oportunas y otras consecuencias.

Actualmente nuestro Código Penal en su artículo 20 señala que está exento de responsabilidad penal:

1. El que, por anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión;

2. El menor de 18 años.

3. El que obra en defensa de bienes jurídicos propios o de terceros, siempre que concurran las circunstancias siguientes:

a) Agresión ilegítima;

b) Necesidad racional del medio empleado para impedirla o repelerla. Se excluye para la valoración de este requisito el criterio de proporcionalidad de medios, considerándose en su lugar, entre otras circunstancias, la intensidad y peligrosidad

de la agresión, la forma de proceder del agresor y los medios de que se disponga para la defensa.

c) Falta de provocación suficiente de quien hace la defensa.

4. El que, ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de sí o de otro, siempre que concurran los siguientes requisitos:

a) Cuando de la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado; y

b) Cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro;

5. El que, ante un peligro actual y no evitable de otro modo, que signifique una amenaza para la vida, la integridad corporal o la libertad, realiza un hecho antijurídico para alejar el peligro de sí mismo o de una persona con quien tiene estrecha vinculación.

No procede esta exención si al agente pudo exigírsele que aceptase o soportase el peligro en atención a las circunstancias; especialmente, si causó el peligro o estuviese obligado por una particular relación jurídica;

6. El que obra por una fuerza física irresistible proveniente de un tercero o de la naturaleza;

7. El que obra compelido por miedo insuperable de un mal igual o mayor;

8. El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo;

9. El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

10. El que actúa con el consentimiento válido del titular de un bien jurídico de libre disposición.

11. El personal de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú que, en el cumplimiento de su función constitucional y en uso de sus armas u otro medio de defensa, en forma reglamentaria, cause lesiones o muerte.

La normativa antes expuesta, nos da cuenta que la realización de un acto médico podría constituir una responsabilidad penal, es decir, a partir de la conducta desplegada por el

profesional de la salud al realizar un acto médico determinado, sería merecedora de un reproche penal.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 6 del Decreto Supremo 024-2001-SA, que aprueba el reglamento de la Ley de Trabajo Medico señala la responsabilidad legal de los efectos del acto médico, indicando que: el médico cirujano asume responsabilidad legal por los efectos del acto médico, y el Estado garantiza las condiciones necesarias para su cumplimiento. (...)

Sin embargo, a nivel mundial, se discute desde hace mucho tiempo si uso de la pena privativa de libertad como respuesta principal a determinadas acciones en sociedad, es eficiente.

Una respuesta interesante la promueve la autora española Marco (2019), quien refiere que: ***"la pena privativa de libertad es, todavía hoy en día, la pena estrella del ordenamiento jurídico-penal. A pesar de los tímidos esfuerzos del legislador, intentando fomentar las penas de multa y las penas de trabajos en beneficio a la comunidad, las tendencias del populismo punitivo la han mantenido inasequible al desaliento del paso del tiempo, y de las corrientes que solicitan su abolición, o de que al menos, se aplique de manera menos generalizada. Las penas privativas de libertad, más allá de los ideales preventivo no dejan de ser un elemento retributivo por el delito cometido, una desocialización previa a una supuesta resocialización que implica desarraigo, en ocasiones rabia del condenado por la ineficacia de un sistema penal lento y pesado, cuyo costo económico es, además, muy alto".***

En el mismo sentido, la autora mexicana Flores (2004), indica que: ***"La existencia del Derecho penal, responde al principio de intervención mínima del control social sobre el ciudadano. En efecto, la ausencia del mismo conduciría, sin que apenas quepan dudas al respecto, a la aparición de instancias que producirían mayores sufrimientos al conjunto de la sociedad sin que, por otro lado, probablemente se viesen acompañados de efectos preventivos comparables a los del propio Derecho penal. En efecto, el indicado principio (inspirador principal del paradigma integrador), deriva de la necesidad del Derecho penal, el cual ha de ser el último recurso al que***

hay que acudir a falta de otros menos lesivos, pues sí la protección de la sociedad y de los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos, con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar la coacción penal".

De otro lado, hace décadas que, en América y Europa existe un auge de las medidas restaurativas en la solución del conflicto. Por ello, se busca encontrar una respuesta que utilizada de manera autónoma ofrezca una solución menos dañina y tome en cuenta las necesidades surgidas de las partes como consecuencia de la lesión producida y cumpla con los fines de prevención general y prevención especial, siendo en todo momento, coherente con los principios que rigen el derecho penal.

Estamos hablando de la reparación, una fórmula que suprime las penas innecesarias de ciertos delitos, y cumple de mejor manera que la pena para los fines de prevención general y prevención especial.

En realidad, el modelo de justicia restaurativa no es más que la aplicación del principio de subsidiariedad, dejando que el derecho penal sólo intervenga cuando fracasen otros mecanismos de menor coste social, personal, psicológico, emocional y económico; y cediendo el protagonismo a los particulares interesados en resolver su controversia mediante un proceso dinámico de negociación.

La reparación atiende dos dimensiones fundamentales: la atención a la víctima y la asunción de responsabilidad por parte del autor. Confirma la vigencia de la norma, reconoce el valor del bien jurídico lesionado, refuerza la confianza de los ciudadanos en la ley; y apacigua la conciencia jurídica de los miembros de la comunidad que percibe el esfuerzo del victimario para resolver el conflicto que anida en el delito. Este modelo considera que el infractor es un sujeto que puede hacerse responsable de sus actos.

Por los fundamentos expuestos, la presente iniciativa pretende exentar la responsabilidad penal del profesional de la salud que realiza actos y/o procedimientos médicos, requiriendo de modo específico un consentimiento informado de características peculiares, manteniendo las responsabilidades administrativas y/o civiles que pudiera generarse, esto de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Salud que indica que el

establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia. Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que ofrece.

Así lo han entendido los países que han despenalizado o se encuentran en pleno proceso de despenalización del acto médico, como Ecuador, Colombia, México y otros, quienes sustentan que la pena privativa de libertad no debe aplicarse a los profesionales de salud que ha cumplido con la exigencia del consentimiento informado.

No hay que olvidar que, si bien o dispuesto por la norma penal en análisis es aplicable al caso de las actuaciones de profesionales de salud, y, por ende, dicho consentimiento genera atipicidad, puesto que no se lesiona ningún bien jurídico protegido cuando se produce el consentimiento válido respecto a bienes jurídicos disponibles, que este caso son todos lo bienes jurídicos penales individuales. No está de más especificar que en caso de los profesionales de salud, por la naturaleza de sus actuaciones, requiere de un consentimiento informado.

Precisamente la definición del consentimiento informado del Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos, de 1984, señala: ***"El consentimiento informado consiste en la explicación, a un paciente atento y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente".***

En nuestro país, la Ley General de Salud, en su artículo 4, título I, de los derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual, dispone que: ***"Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento***

previo". De igual forma, el Reglamento de la citada ley utiliza por primera vez el término consentimiento informado en una normatividad legal nacional, en el artículo 3.3, título II, definiciones, que dice: "***La aceptación por parte del paciente de una atención médica quirúrgica o procedimiento, en forma libre, voluntaria o consciente, después que el médico le ha informado de la naturaleza de dicha intervención y/o tratamiento, incluyendo sus riesgos y beneficios".***

Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional

La presente iniciativa legislativa está formulada dentro del marco legal que prescribe la modificación de leyes mediante el procedimiento prestablecido.

En ese sentido, la vigencia de la norma pretende delimitar comportamientos que en teoría tienen apariencia de ilicitud, pero que técnicamente son atípicos, por lo cual corresponde que se eximan de toda responsabilidad penal.

Análisis costo beneficio

El costo beneficio se resume en el siguiente cuadro:

Beneficios	Costos
- Materializa el principio penal de intervención mínima y subsidiariedad. - Garantiza el cumplimiento de un correcto consentimiento informado en los actos y/o procedimientos médicos. - Elimina la desocialización que produce la penalización de conductas.	- No genera costos económicos pues se trata de la modificación a una norma penal, que no tiene repercusiones en el tesoro público.

Vinculación con el acuerdo nacional

La presente iniciativa legislativa se encuentra enmarcada en las siguientes políticas de estado: Afirmación de un Estado eficiente y transparente (Política 24), y, Plena Vigencia de la Constitución y de los Derechos Humanos y Acceso a la Justicia e Independencia Judicial (Política 28).