



# La responsabilidad civil médico-sanitaria: Principales desafíos en torno a la *lex artis* durante la pandemia por Covid-19 en el Perú

## Medical-health civil liability: Main challenges around the *lex artis* during the Covid-19 pandemic in Peru

Gino Leonardo Miguel Barco Hidalgo\*

### Resumen:

Uno de los temas de discusión claves durante y después de la pandemia ocasionada por la aparición del covid-19 alrededor del mundo, es la responsabilidad civil generada a propósito de la actuación de los profesionales de la salud (tomando en cuenta la estructura sanitaria) ante las situaciones de emergencia imprevisibles en dicho contexto. De igual modo, el sistema de salud peruano se vio en la obligación de hacer frente a diversos desafíos, a través de herramientas como la aplicación de políticas públicas e implementación de normativa especial, que, en gran medida, tuvieron un impacto en la determinación de la responsabilidad de los profesionales de la salud durante el estado de emergencia sanitaria. En ese sentido, en el presente trabajo de investigación se abordará la responsabilidad civil médico-sanitaria, a partir de un estudio de la aplicación de la *lex artis* según el sistema jurídico nacional. Para ello, se partirá con un estudio de la responsabilidad civil médico-sanitaria en el Perú, detallando que tipos de obligaciones se aplican según el caso particular e identificando a los actores en el sistema sanitario que pueden ser imputados. En segundo término, se presenta a la *lex artis* como un parámetro de diligencia, para lo cual se brinda un estudio de conceptos y se le diferencia de nociones ligadas como la *lex artis ad hoc*. Finalmente, se establecen los principales desafíos que el Perú enfrentó durante la pandemia por covid-19 y su impacto en la determinación de la responsabilidad civil médico-sanitaria.

### Abstract:

One of the key topics of discussion during and after the pandemic caused by the appearance of covid-19 around the world is the civil liability generated by the actions of health professionals (considering the health structure) before unforeseeable emergency situations. Likewise, the Peruvian health system was forced to face various challenges, through tools such as the application of public policies and implementation of special regulations, which mostly had an impact on the determination of the responsibility of health professionals during the state of health emergency. In this sense, in this research work, civil medical-sanitary liability will be addressed, based on a study of the application of the *lex artis* according to the national legal system. To do this, it will start with a study of medical-health civil liability in Peru, detailing what types of obligations apply depending on the case and identifying the actors in the health system who can be accused. Secondly, the *lex artis* is

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado extraordinario de la Asociación Civil IUS ET VERITAS. Egresado del XXI Programa de Extensión Universitaria de OSINERGMIN en la especialidad de Derecho de la Energía y Minería. Actualmente es practicante calificado en la Secretaría Técnica de Órganos Resolutivos de Osinergmin. Contacto: leonardobarco29@gmail.com

presented as a parameter of diligence, for which a study of concepts is provided, and it is differentiated from linked notions such as the *lex artis ad hoc*. Finally, the main challenges that Peru faced during the covid-19 pandemic and their impact on the determination of civil medical-health responsibility were established.

**Palabras clave:**

Derecho médico, *lex artis*, pandemia por covid-19, responsabilidad civil médico-sanitaria, daño a la salud.

**Keywords:**

Medical law, *lex artis*, covid-19 pandemic, medical-sanitary civil liability, damage to health.

## 1. Introducción

A fines del 2019 empezó la proliferación del virus del SARS-CoV-2, mejor conocido como covid-19 o coronavirus; su rápido avance a nivel mundial y su característica mortalidad conllevaron a que la Organización Mundial de la Salud declarara la emergencia sanitaria el 30 de enero de 2020<sup>1</sup> (Sohrabi et al., 2020); esto incitó a que muchos países empezaran a tomar medidas de prevención y control para contrarrestar el avance del virus.

En el Perú, si bien se tomaron medidas tempranas, para el año 2020 se alcanzó a superar el millón de casos, puesto que para el dieciocho de diciembre del mismo año, ya se contaba con más de un millón de personas contagiadas<sup>2</sup> (La Republica, s.f.). Esta situación afectó la vida diaria de millones de peruanos, pues las medidas que tomó el Gobierno paralizaron muchas empresas y pequeños negocios, lo que puso en riesgo la estabilidad en el empleo; y, por consiguiente, la única fuente de ingresos de muchas familias.

Por otro lado, la situación de los profesionales de salud también resultó seriamente afectada. Los facultativos y los establecimientos de salud tuvieron que hacer frente a situaciones que se presentaron de manera extraordinaria y representaron un inconveniente al momento de enfrentar el avance del covid-19. En efecto, dichas dificultades no solo debían ser resueltas exclusivamente por el personal sanitario, sino que, al equivocarse, se enfrentaban a una posible demanda por daños y perjuicios. En ese sentido, se puede afirmar que la inseguridad jurídica se convirtió en un obstáculo más para los actores del sistema sanitario que hacían frente a la pandemia.

Teniendo en cuenta este escenario, la presente investigación versará sobre los principales desafíos que tuvieron que enfrentar los profesionales de salud y como ello puede conllevar a una posible imputación de responsabilidad civil médico-sanitaria. Cabe precisar que, el análisis tomará

en cuenta la *lex artis* médica, la que, según se demostrará, sirve como parámetro de actuación ante situaciones médicas imprevistas.

En un inicio, se busca explorar el tratamiento legal que se le da a la responsabilidad médico-sanitaria en el Perú. En ese sentido, primero se explica la diferencia entre una obligación profesional de medios y una obligación de resultados. Asimismo, se identifica la responsabilidad resultante de la actuación de diversos actores del sistema sanitario ante una emergencia médica. Todo ello servirá para analizar el artículo 1762 del Código Civil peruano, el cual exime de responsabilidad a los profesionales que se enfrentan a casos de especial dificultad.

Como segundo punto importante, se explica como el comportamiento de los médicos se determina según el parámetro de la *lex artis* (o el arte de la ciencia médica), la cual establece lineamientos y saberes que todo profesional sanitario deberá conocer en el ejercicio de su profesión. En ese sentido, se conceptualiza la figura de la *lex artis* y se establece una diferencia entre la *lex artis* en general y la *lex artis ad hoc*, para encuadrar su ámbito de aplicación. Asimismo, hay dos puntos controvertidos que se deberán tomar en cuenta al momento de juzgar la responsabilidad civil médico-sanitaria en el contexto especial de la pandemia por covid-19: (i) el deber de informar y el consentimiento informado, y (ii) la situación de las enfermedades desconocidas.

Finalmente, se realiza un estudio de los principales desafíos que se han presentado durante la pandemia para los profesionales de la salud. De esta manera, se descomponen las siguientes problemáticas: (i) la escasez de recursos y el aumento de la demanda médica; (ii) el irregular avance de las publicaciones científicas sobre el covid-19; (iii) la necesidad de protocolos eficaces para la actuación de los profesionales sanitarios; y (iv) la inexistencia de tratamientos especializados para cada caso particular.

1  
2

## 2. Naturaleza jurídica de la Responsabilidad Civil médico-sanitaria en el Perú

Es importante empezar este punto señalando que, de manera general, y en base a una lectura del Código Civil peruano, en nuestro país nos encontramos ante un sistema dual de la responsabilidad. Es decir, existen casos en los que dos personas, o más, expresan su voluntad, obligándose a cumplir las cláusulas de un contrato o las obligaciones pactadas entre ambos, sin necesidad de un documento formal. En caso uno de los obligados incumpla sus deberes, estaría incurriendo en una responsabilidad civil contractual. Diferente es el caso en el que una persona le causa daño a otra sin siquiera conocerla, simplemente por el hecho de haber sido imprudente por incumplir las normas sociales que rigen en nuestro país. En este caso particular se aplica una responsabilidad extracontractual.

Es importante aclarar la naturaleza de la responsabilidad civil médico-sanitaria, para así determinar cómo entender la aplicación de esta en el contexto de la pandemia por covid-19 y los daños que se generan por el actuar de los médicos.

Como en el Perú el Código Civil de 1984 ha establecido un sistema dual de responsabilidad: la contractual y la extracontractual, la responsabilidad civil médico-sanitaria debería acogerse a uno de los dos subtipos de la responsabilidad. A pesar de ello, como se va a explicar más adelante, la responsabilidad médico-sanitaria es más complicada de lo que parece, puesto que hay diferentes aspectos que se deben tomar en cuenta, como el tipo de relación (médico-paciente, equipo médico-paciente, estructura sanitaria-pacientes, etc.) o la tarea encomendada al médico según su tipo de especialidad.

La naturaleza de la responsabilidad civil no es única, pues esta varía según cada situación particular, especialmente en el caso de los profesionales de la salud. Esta naturaleza se va a guiar según parámetros que se aplican dependiendo de la situación particular, teniendo en cuenta no solo su actuación diligente, sino, también, la dificultad de la situación. Dicho ello, se puede afirmar que la responsabilidad de los médicos recae en la imputación de las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico les impone por su actuar culpable en el ejercicio de su profesión.

La relación entre el médico y su paciente es vista como una de carácter contractual, doctrina que se utiliza en nuestro país; por ello, en la actualidad no cabe discusión respecto de establecer como regla general que la responsabilidad del prestador de salud frente a su paciente es de carácter contractual (García, 2016).

Para afirmar que la teoría de la naturaleza contractual de la responsabilidad médico-sanitaria tiene asidero, Lorenzetti (2005) propone que se tomen en cuenta tres aspectos históricos que han cambiado respecto del campo de la medicina:

- Privatización de la medicina, siendo que esta no es brindada exclusivamente por el Estado, sino que existen establecimientos de salud privados con médicos que deciden a qué pacientes atender.
- Autonomía del paciente, quien impone las condiciones del tratamiento antes de que se realice.
- Aumento de profesionales médicos, ocasionando que muchos no sean médicos de cabecera, sino que se conviertan en dependientes o auxiliares de estructuras sanitarias.

En principio, la responsabilidad de los médicos sería de tipo contractual; ya que, debido a los aspectos detallados anteriormente, hay una confluencia de voluntades al momento de requerir la atención médica. Dicha voluntad puede ser expresada entre el paciente y los diferentes actores que conforman la estructura sanitaria (médico particular, equipo médico, auxiliares, etc.).

Hasta ahora se ha referido a la responsabilidad de los galenos como una de carácter contractual, debido a que existe una manifestación de voluntad entre el médico y el paciente, quienes establecen un contrato, ya sea formal o informal. La doctrina que afirma que la responsabilidad médica debería ser entendida como de tipo extracontractual se acoge en la existencia mayoritaria de situaciones de emergencia médica, en las que no hay una manifestación de voluntad por parte del paciente y, al contrario, es obligación (ética o legal) de los médicos atender a las personas que necesitan atención de emergencia. Si bien se ha dado a entender que no existe un contrato, pues la teoría del contacto social no resulta razonable, aun así, y acorde a la legislación peruana, podemos afirmar que incluso en situaciones de emergencia se aplican las reglas de la responsabilidad contractual. Esta postura será explicada más adelante cuando se desarrolle el tratamiento legal de las circunstancias de emergencia médica.

En el Perú, existen casos en los que se aplica la responsabilidad extracontractual ante una negligencia médica. Esto ocurre porque en la jurisprudencia peruana no hay un enfoque claro sobre la calificación de la naturaleza de la responsabilidad médica; por el contrario, imparte confusión respecto de qué norma se tiene que aplicar. En la Casación N° 344-2000-Lima, la Corte

Suprema de la República se refiere a un contrato verbal sobre prestación de servicios médicos y estableció lo siguiente: “de la exposición de los hechos que motivan la demanda se advierte, como se ha dicho, una zona gris o indefinida en la medida que existen hechos que pueden encuadrar tanto en la culpa contractual como en la extracontractual”. Como ha quedado evidenciado, la Corte, en vez de establecer un precedente sobre qué tipo de responsabilidad debe ser entendida en el campo de la medicina, solo generó más confusión, dejando a la futura jurisprudencia la tarea de definir qué tipo de responsabilidad es la que debe aplicarse para el galeno.

## 2.1. ¿Obligación de medios o de resultados?

Para continuar con el análisis de la naturaleza de la responsabilidad civil médico-sanitaria, consideramos que es importante realizar la distinción entre las obligaciones de medios y la de resultados con el objetivo de establecer en cuál de estos tipos se encuadra el actuar del médico en el contexto de la pandemia.

De manera sucinta, para García (2016) la obligación de medios es aquella en la que el deudor no asegura el cumplimiento de un resultado, pero sí se compromete a actuar de forma diligente para poder llegar al mismo; por el contrario, la obligación de resultados es aquella en la que no basta con el actuar diligente del deudor, sino que es necesario que se llegue al resultado esperado por el acreedor.

Se puede creer que la distinción entre la obligación de medios o de resultados es innecesaria, puesto que, en nuestro Código Civil, según los artículos 1329 y 1969, para todos los casos de responsabilidad civil la culpa se presume, por lo que solo le bastaría al acreedor alegar dolo o culpa por parte del deudor. Sin embargo, dejando de lado la determinación de las reglas sobre la carga de la prueba, consideramos que la distinción hecha es relevante en el campo de la medicina porque “ayuda a establecer el contenido del deber y de los presupuestos del cumplimiento y, por lo tanto, de los extremos del incumplimiento” (García, 2016, p. 104).

Dicho ello, en la obligación de medios el médico no se obliga como tal a llegar a la cura del paciente enfermo, sino que cumple con el deber de actuar con la diligencia debida, aplicando los cuidados necesarios para que el resultado de la curación sea una posibilidad, o incluso, en los casos en los que la cura es prácticamente imposible (debido a que el estudio de la ciencia médica no ha logrado descubrir una cura exacta) y el galeno actúa administrando las atenciones necesarias para mantener el bienestar del paciente.

En las obligaciones de medios, en caso el profesional de la salud no logre el resultado de la curación o, en general, el resultado esperado por el paciente no incurrirá en responsabilidad civil, en caso haya actuado con la diligencia debida, es decir, aplicando los cuidados y atenciones necesarios para que el paciente goce de la salud mínima que debe ser brindada a través de la actuación del médico o hasta donde le permita el avance de la ciencia y la experiencia práctica. Así, en caso el paciente no sane o incluso este muera, no se podrá aducir que el médico ha incumplido una obligación, siempre y cuando haya prestado sus servicios con la diligencia debida para cada caso concreto.

Ahora, el hecho de que existan casos en los que el resultado de la curación sea mínimo, como los casos graves de pacientes que padecen de cáncer, no significa que el médico deba generar una esperanza falsa, puesto que es su deber como profesional informar al paciente. Al respecto, el artículo 27 de la Ley General de Salud (Ley N° 26842) señala que “el médico tratante, así como el cirujano-dentista y la obstetriz están obligados a informar al paciente sobre el diagnóstico, pronóstico, tratamiento y manejo de su problema de salud, así como sobre los riesgos y consecuencias de los mismos”.

En todo caso, es indudable que, generalmente, los médicos asumen obligaciones de medios; sin embargo, existen determinados casos de “intervenciones de fácil realización donde la ciencia médica ha alcanzado prácticamente la seguridad del éxito y para las cuales la estadística suministra índices muy altos de probabilidad de eficacia” (García, 2016, p. 107). En este último supuesto, el médico estaría ante una obligación de resultados, puesto que los pacientes que requieren dichas intervenciones de fácil realización no buscan una cura, sino un resultado concreto como, por ejemplo, una intervención quirúrgica embellecedora, una operación odontológica o la vasectomía para no tener hijos.

En las obligaciones de resultado, en caso de que el médico no logre el resultado deseado por el paciente, éste incurrirá en una responsabilidad civil, ya que el objeto del contrato médico, en este supuesto, es la realización de un objetivo concreto. Así, bastará con que el afectado denuncie la responsabilidad aduciendo culpa o dolo, puesto que el avance de la ciencia ha permitido que el procedimiento médico al que se somete el paciente tenga seguridad de éxito, de lo contrario no se sometería a este.

En el Perú, existe jurisprudencia que remarca la importancia de la distinción entre la obligación de medios y de resultados en el caso de la prestación

de servicios de salud. Así, en la Resolución N° 1179-2015/APC-INDECOPI, la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi ya ha hecho una diferencia entre las obligaciones de medios y de resultados<sup>3</sup> (El Peruano, 2016).

Ahora bien, suponiendo que la diferenciación entre obligaciones de medios y de resultados podría resultar complicada, dependiendo de la complejidad de cada caso, García (2016) propuso algunos parámetros para ayudar a la diferenciación entre ambos aspectos:

- a) La ausencia de gravedad del caso a tratar; la actividad médica no está encaminada a curar, sino a un procedimiento de fácil realización.
- b) La implícita voluntad de las partes; las partes convienen de manera tácita o expresa si la obligación determinada es de medios o de resultados.
- c) La presencia del riesgo o álea que conlleva la actuación médica; el carácter aleatorio del resultado se usa como criterio para calificar la obligación.

Así, la naturaleza de la obligación de resultados se entiende como una de responsabilidad objetiva; es decir, para acreditar el daño y reclamar la indemnización, el paciente afectado tendrá que probar que no se logró el resultado esperado, puesto que se presume la culpa del galeno por el simple hecho de no cumplir con la obligación.

Por otro lado, una obligación de medios ocurre cuando el deudor se obliga a actuar de manera diligente en aras de lograr un resultado no garantizado; es decir, el deudor no responderá en caso no llegue al resultado, solo lo hará en caso se verifique que este no ha actuado con la diligencia requerida. Así, se entiende que “en este supuesto, nos encontramos ante una responsabilidad subjetiva; dado que el incumplimiento será imputado cuando el deudor incurra en dolo o culpa” (Fuentes, 2020). Ello se conduce con Veloso (2020), cuando afirma lo siguiente:

Para que se configure la responsabilidad civil médica es necesario que el galeno con su actuar

negligente, imperito o imprudente (culpa médica) genere un daño a un tercero que no se habría producido de haberse obrado con el estándar medio de diligencia (p.101).

Una vez entendida la diferencia entre obligación de medios y de resultados, es relevante mencionar que en el artículo 36 de la Ley General de Salud indica que “los profesionales, técnicos y auxiliares a que se refiere este Capítulo, son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades”.

A partir de lo dispuesto en el artículo citado, se entiende que la responsabilidad que se aplica a los profesionales de salud es una responsabilidad por culpa, ya se trate de obligaciones de medios o de resultados. Es importante que la norma determine la responsabilidad, puesto que “la mitigación de responsabilidad reduce el temor de aquellos que en una tragedia dudarían en auxiliar a terceros por el riesgo de ser demandados por lesiones o muerte por negligencia” (Rosensvald, 2020, p. 111).

En último término, es importante tener en cuenta que el contexto de la pandemia por covid-19 es una situación extraordinaria, lo cual significa que, debido a la ausencia de información precisa acerca de la enfermedad, los médicos pueden cometer algún error. Al respecto, Ortiz (2020) señala que incluso, los estudios científicos anteriores a la pandemia no permitieron prever la naturaleza e impacto del covid-19, por lo que no es justo exigir que los profesionales de la salud lleven a cabo una actuación totalmente diligente, pues, sencillamente, no es posible (pp. 292-293). Así, respecto al juzgamiento al personal de salud que comete errores en el contexto de la pandemia, Cárdenas y Pérez (2020) afirman lo siguiente:

En el contexto del tratamiento de personas con covid-19, los prestadores de salud que, con la intención de tratar a los pacientes, causen daños que no eran previsibles al momento que ejecutaron su acción, serán exonerados de responsabilidad: precisamente porque su acción u omisión no podrá ser considerada culpable (p. 157).

3 En el texto se lee lo siguiente:

“A juicio del colegiado administrativo, en el caso de un servicio médico sujeto a una obligación de medios, el consumidor tendrá la expectativa que durante su prestación no se le asegurará un resultado, pues este no es previsible. Sin embargo, sí 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, detalla la citada sala.

En cambio, considera que en el caso de un servicio médico sujeto a una obligación de resultados corresponderá al consumidor esperar que al solicitar esta atención se le asegure un resultado, el cual no solo es previsible, sino que también constituye el fin práctico por el cual lo ha contratado. Es así como un consumidor considerará cumplida la obligación, cuando se haya logrado el resultado prometido por el médico o la persona encargada, explica el colegiado. En este supuesto, el parámetro de la debida diligencia es irrelevante a efectos de la atribución de la responsabilidad del proveedor, pero será tomado en cuenta para graduar la sanción, agrega.

En el caso materia de la referida resolución se discutió la idoneidad del servicio médico dado a una paciente, toda vez que una clínica le diagnosticó un tratamiento en su mano derecha, pese a que después otro centro de salud detectó que tenía una fractura en su dedo medio. Dicha sala concluyó que es un servicio médico sujeto a una obligación de medios, en el que siempre hay algún nivel de riesgo que no permite asegurar un resultado”.

En ese sentido, la responsabilidad subjetiva, que establece que el médico no está obligado a sanar al enfermo, sino a dedicarle la atención cuidadosa, prudente y técnica, debe analizarse teniendo en cuenta la cantidad de conocimiento respecto del estudio del covid-19 al que el personal sanitario tiene acceso.

## 2.2. Responsabilidad civil en situaciones de emergencia médica

El 19 de diciembre de 2022, mediante Decreto Supremo N° 016-2002-SA, se aprobó el Reglamento de Ley N° 27604 que modifica la Ley General de Salud N° 26842, respecto de la obligación de los establecimientos de salud de brindar atención médica en caso de emergencias y partos. Según dicha norma, "se entiende por emergencia médica toda condición 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".

Del texto normativo anterior podemos rescatar varios aspectos de una situación de emergencia médica. En primer lugar, la afectación a la salud de la persona a ser atendida debe ser repentina e inesperada; es decir, no hay manera de prever que la afectación a la salud ocurriría. En segundo lugar, se debe dar el supuesto de que la situación ponga en peligro inminente la vida o la salud del paciente; o sea, que, de no ser atendido rápidamente, las consecuencias podrían conllevar a daños irreparables o incluso la muerte.

Al respecto, en el artículo 3 de la Ley General de Salud, se señala que "toda persona tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico-quirúrgica de emergencia cuando la necesite y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida o su salud". Así, se entiende que existe un derecho del paciente a recurrir a la atención médica de emergencia y a utilizar los servicios ofrecidos por el establecimiento de salud para resguardar su vida e integridad. De igual modo, tanto el médico como la estructura sanitaria tienen la obligación de atender a los pacientes que se encuentren en estado de emergencia.

Una vez entendido a lo que se refiere la legislación nacional sobre una emergencia médica, vale la pena señalar que para afirmar que la responsabilidad médico-sanitaria es de carácter extracontractual habría que basarse, justamente, en que en las situaciones de emergencia no hay un concurso de voluntades, puesto que muchas veces ocurre que el paciente puede encontrarse inconsciente o en un estado convaleciente que no le permite manifestar su voluntad con rigor; es decir, que al ocurrir esto se hace indiscutible negar la existencia de algún tipo de contrato, incluso verbal. Así, si se toma en cuenta que la mayoría de

los casos se dan por atención de emergencia, se intuye que la responsabilidad civil de los galenos es de tipo extracontractual, por tanto, se deberían aplicar sus reglas.

Si bien, en principio, la responsabilidad que surge de una situación de emergencia médica es vista como una de carácter extracontractual, a esta se aplican las reglas de inexecución de obligaciones de una responsabilidad de tipo contractual. Antes de pasar a explicar el porqué de ello, es importante diferenciar entre dos posturas contractualistas de la responsabilidad médico-sanitaria ante estas circunstancias. Así, Eduardo Buendía (2020) identifica dos posturas: la del contacto social, por un lado; y la de la obligación de fuente heterónoma, por otro.

En primer lugar, la teoría del contacto social es aquella tesis que sostiene que "no existe una relación de tipo contractual, en los términos clásicos, sino que la relación obligatoria nace de las interacciones propias del tráfico jurídico" (Buendía, 2020, p. 103). Es decir, no es necesaria una declaración de voluntad para establecer la relación obligacional, puesto que los individuos confían en la actuación diligente de los médicos en cualquier tipo de situación. Sin embargo, si bien se entienden las buenas intenciones, no consideramos que dicha postura sea la adecuada, puesto que en nuestro país no contamos con jurisprudencia o una norma que establezca esta tesis como una fuente de obligaciones; por tanto, es incorrecto suponer que jurídicamente la responsabilidad en casos de emergencia es de tipo contractual por la existencia de un contrato imaginario sin manifestaciones de voluntad.

En segundo lugar, la teoría de la obligación de fuente heterónoma es aquella que sostiene que la obligación es de fuente legal, ya que emana de la ley (Buendía, 2020, p. 111). Esto quiere decir que, si bien las situaciones de emergencia son, inicialmente, de tipo extracontractual, existe una norma emitida por el Estado que determina que la relación médico-paciente es de carácter obligacional, según se cumplan los requisitos que plantea en la norma.

Ahora, en nuestro ordenamiento contamos con el artículo 39 de la Ley General de Salud, el cual dispone lo siguiente:

Los establecimientos de salud, sin excepción, están obligados a prestar atención médico-quirúrgica de emergencia, a quien la necesita y mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida o salud, en la forma y condiciones que establece el reglamento.

La norma citada establece una relación obligatoria entre los médicos que trabajan en un

establecimiento de salud y los pacientes que se encuentran en una situación de emergencia. Ahora, es importante precisar que no nos encontramos ante la imposición de un contrato forzoso, puesto que la ley no establece en ningún momento que se cree un contrato para que la relación obligacional médico-paciente exista. Simplemente, el Estado, mediante un acto de poder público, ha establecido una relación obligatoria.

Con ello dicho, podemos concluir que la relación entre el personal médico de los establecimientos de salud y los pacientes en estado de emergencia es una relación obligatoria nacida de la ley, a la cual son susceptibles de aplicación las normas de inejecución de las obligaciones.

Ahora bien, con respecto a la situación de los médicos durante la pandemia por covid-19, "parece lógico pensar que no se debe exigir a los centros una preparación total para este tipo de escenarios, máxime, porque la pandemia ocurrió de forma inesperada y, en cierta forma, imprevisible" (Ortíz, 2020, p. 296). El estándar exigido de atención médica está determinado por el conocimiento científico existente al momento de la actuación, un criterio muy relevante habida cuenta de la escasa evidencia científica para tratar la enfermedad SARS-CoV-2 (Lecaros y López, 2020); sin embargo, esto será explicado más adelante cuando se desarrolle el avance de la ciencia como parámetro de la *lex artis*.

### 2.3. Responsabilidad civil del equipo médico

Habiendo establecido que la relación médico-paciente es una de carácter obligacional que surge de una fuente legal, cabe preguntarnos cómo se debe caracterizar la relación que existe entre el equipo médico y el paciente.

El avance de la ciencia ha conllevado que los profesionales de hoy en día se especialicen cada vez más en el campo de su estudio. Esto ocurre también en el campo de la medicina. Efectivamente, el creciente desarrollo de los estudios en el área médica requiere cada vez conocimientos más profundos, actualizados y especializados para que la ejecución de la profesión sea más eficaz. Todo ello conduce a que la prestación individualizada del médico hacia el paciente se sustituya por un servicio de prestaciones colectivas de integración y apoyo para una mejor atención del solicitante (García, 2016, p. 129).

Dicho ello, vale la pena señalar que la actividad realizada por el equipo médico, actualmente, es la que se ejecuta mayoritariamente en la atención de los servicios de salud. Al respecto, Buendía (2020) define al equipo médico como "el conjunto de personas que de manera unipersonal no pueden individualizar su prestación, pero de manera

coordinada y dirigida por alguien, pueden proveer respecto del paciente una utilidad que esté destinada a mejorar su situación inicial" (p. 130).

Ahora, respecto de la normativa nacional, en la Ley General de Salud no contamos con una definición específica o una norma especial que regule la situación del equipo médico ante una negligencia. A pesar de ello, queda claro que las normas deben ser concordadas a fin de determinar la responsabilidad colectiva, tanto de los profesionales como de los técnicos o auxiliares que participaron en la consecución del evento dañoso (Buendía, 2020, p. 133). Así, se debe tomar en consideración lo establecido por el artículo 39 de la Ley General de Salud cuando señala que "los profesionales, técnicos y auxiliares (...) son responsables (...) por el ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades". Al respecto, Buendía (2020) señala lo siguiente:

Se debe realizar una interpretación extensiva y concordada con la Ley N° 28561 para determinar que los participantes de la operación quirúrgica y cualquier otro tipo de intervención que, de forma conjunta, requieran de dos o más personas para realizar respecto de un paciente una prestación médica y no se pueda determinar con certeza cuánta intervención tuvo cada uno de los individuos, estos responderán como un conjunto respecto de los daños que pudieran ocasionar a la víctima.

Así, queda evidenciado que la responsabilidad civil del equipo médico surge de una obligación de fuente legal a la que se le deberán aplicar las reglas de la responsabilidad contractual, cuando no se pueda determinar con certeza la responsabilidad individual de cada uno de los miembros del equipo. Lo que quiere decir que, ante una situación de negligencia, el equipo médico responderá de manera conjunta, independientemente de que luego se pueda determinar con exactitud el porcentaje de participación individual de cada integrante. En cambio, cuando en el equipo intervienen varios facultativos con autonomía, y es posible identificar al autor negligente del daño, será éste solamente el responsable (Lorenzetti, 2005, p. 66).

### 2.4. Responsabilidad civil de la estructura sanitaria

En la actualidad, la atención realizada por los médicos de cabecera, o los que atendían individualmente, ya no es la única manera de prestar servicios de salud. Como ya se mencionó, debido al avance de la ciencia y a la necesidad de la especialización en las ramas de la medicina, los equipos médicos han surgido casi como la regla al momento de realizar operaciones quirúrgicas

o cualquier otro tipo de prestación en materia de salud. Es importante señalar que el desempeño del equipo médico, o de cualquiera de sus integrantes, se da, actualmente, en un centro de salud o una estructura sanitaria.

En base a lo afirmado líneas arriba, hoy en día hablamos sobre el tema de la responsabilidad “médico-sanitaria”, según la cual la responsabilidad civil médica se debe analizar tomando en consideración la estructura sanitaria -sea pública o privada- en donde tanto el médico como los sustitutos, enfermeras, auxiliares, etc., desarrollan su propia actividad (Fuentes, 2020).

Así, nos encontramos de acuerdo con la definición que brinda García (2016) respecto de la estructura sanitaria, quien precisa lo siguiente: “se debe entender por estructura sanitaria o establecimiento de salud, aquella organización de profesionales que, contando con infraestructura, instalaciones, recursos humanos y medios técnicos, realiza actividades y presta servicios sanitarios para cuidar y atender la salud de los pacientes” (p. 116).

Ahora, respecto de la naturaleza de la responsabilidad obligacional de la relación entre la estructura sanitaria y el paciente, conviene citar lo dispuesto por el artículo 48 de la Ley General de Salud, que señala lo siguiente:

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.

Existen casos en los que el paciente realiza un contrato con la estructura sanitaria o establecimiento de salud, ya sea para la realización de una intervención quirúrgica, un internamiento o tratamiento especializado; por lo que la fuente de las obligaciones es el contrato que surge de estas manifestaciones de voluntades. Sin embargo, en los casos en los que no haya ocurrido un contacto directo con los administradores del establecimiento de salud o las personas encargadas para establecer un vínculo obligacional con el paciente, la ley ha determinado que la fuente de la obligación es una de tipo legal, puesto que se ha dispuesto que el establecimiento de salud es solidariamente responsable por los daños y perjuicios y exclusivamente responsable

al no actuar diligentemente. Así, queda claro que en los casos en los que no hay un contrato de por medio no se deben aplicar los efectos de la responsabilidad extracontractual, sino que se deben aplicar las consecuencias de la inejecución de obligaciones de una responsabilidad contractual.

En base a lo anterior, conviene citar lo expresado por Lorenzetti (2005), quien sugiere lo siguiente:

Quando la clínica toma a su cargo el cumplimiento de la prestación de salud, contratando con el enfermo, es directamente responsable por los acaecimientos dañosos que ocurran en el tramo de la prestación. Cuando tales sucesos provengan del hecho de sus dependientes, sustitutos o auxiliares queda obligada también directamente en razón de la estructura del vínculo obligatorio. Igualmente ocurre cuando los autores son miembros de un equipo estable de la entidad sanatorial, o bien enfermeras dependientes. (p. 78)

Ahora, respecto de la pandemia por covid-19, muchos centros hospitalarios llegaron al límite de su capacidad de atención, puesto que la cantidad de contagiados que necesitaban atención de urgencia excedía su capacidad operativa. De otro lado, están los centros de salud privados que se niegan a atender a personas en estados de gravedad por motivos económicos. Ante esta situación, Fuentes (2020) sugiere que los centros de salud, sobre todo privados, que hayan denegado la atención de un paciente en estado de gravedad, por el motivo de no contar con un seguro o por no haber efectuado un pago previo, incurrirían en una responsabilidad objetiva y exclusiva.

Es importante precisar lo señalado por el Decreto Supremo 013-2006-SA, que precisa que cuando nos encontramos ante un establecimiento sin internamiento que cuenta con trabajadores independientes, será este último el responsable por las acciones de negligencia que puedan ocurrir dentro del local. Esto último detallado en el artículo 46, que dispone lo siguiente:

Responsabilidad del profesional de la salud que ejerza su actividad en forma independiente

En los establecimientos de salud sin internamiento donde atienda un solo profesional de la salud, éste es el responsable del establecimiento y de la atención que presta, así como de cualquier daño que pudiera ocasionar en la salud de los usuarios.

Por otro lado, están los casos en los que un usuario acude a un centro con una patología determinada y que, por el transcurso de un espacio prolongado de tiempo en contacto con otros pacientes que estén afectados por el virus, resulta finalmente contagiado de covid-19. Para Ortiz (2020), al menos con carácter general, en estas situaciones

sería responsable el propio hospital y no los distintos profesionales de la salud (p. 296).

## 2.5. Breve análisis del artículo 1762 del Código Civil peruano

El artículo 1762 del Código Civil peruano dispone que “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.

En la norma referenciada se hace alusión a dos conceptos: (i) asuntos profesionales y (ii) problemas técnicos de especial dificultad. En principio, se puede entender a los asuntos profesionales como los actos o consecuencias que nacen del desarrollo de la actividad del profesional. Por otro lado, los problemas técnicos de especial dificultad podrían hacer referencia a la aleatoriedad del resultado. Ante ello, Buendía (2020) entiende que la obtención del resultado deseado es incierta, debido a la falta de certeza en la efectividad de los procedimientos médicos a aplicarse en el paciente, por lo que la falla en la aplicación del tratamiento es una posibilidad (pp. 204-205).

Ahora, el problema con esta norma es que se hace uso de la disyunción “o” y no de la conjunción “y” para unir ambos conceptos; de modo tal, que si se realiza una interpretación literal se entiende que ambos conceptos se aplican en manera separada (García, 2016, p. 204). Así, en el caso de la profesión médica, se entendería que cuando se comete una equivocación inesperada, sea o no en casos de fácil ejecución, y se generen daños al paciente, el galeno no responde por los daños y perjuicios, a menos que se pruebe la culpa inexcusable o dolo.

Realizar una interpretación literal del artículo 1762 del Código Civil es injusta y desproporcionada, puesto que se estaría colocando a todo profesional en una posición privilegiada que le permitiría actuar sin importarle causar daño a otras personas, amparándose en el ejercicio de su profesión y los asuntos profesionales.

Por el contrario, sopesamos realizar una interpretación restrictiva del artículo en discusión. Es decir, entender que los profesionales sólo podrán ser exonerados ante la culpa leve cuando se encuentren frente a situaciones de especial dificultad de los problemas técnicos, como, por ejemplo, situaciones excepcionales en las que no se tenga un grado avanzado de la ciencia respecto de un tratamiento o haya un estado de necesidad extremo (García, 2016, p. 137). Así, para imputar responsabilidad al galeno en los casos de especial dificultad se requerirá probar la existencia de dolo o culpa inexcusable. La lógica normativa analizada

de mitigar la responsabilidad se basa en el principio de solidaridad, es decir, cuando la sociedad pide que alguno de sus miembros, como los galenos, asuma grandes riesgos personales al servir los intereses del público, es razonable esperar que esa misma sociedad asuma algunas responsabilidades a cambio de los riesgos asumidos, principalmente en casos de especial dificultad (Rosensvald, 2020, p. 111), pero ello no significa que los profesionales de la salud tendrán impunidad ante toda situación que implique negligencia de su parte.

Cabe mencionar que, en los casos de fácil ejecución, como procedimientos quirúrgicos embellecedores o cirugías sencillas para curar patologías, no se podrá aplicar el artículo 1762, puesto que, guiándonos por la interpretación restrictiva, al haber un avance de la ciencia que asegura un alto porcentaje de éxito, los daños generados hacia el paciente serán responsabilidad, según sea el caso, del médico de cabecera, del equipo médico o de la estructura sanitaria.

Respecto del contexto de la pandemia ocasionada por la propagación del virus del covid-19, no puede obviarse que las obligaciones de los galenos varían en función del avance de la ciencia médica, ya que no es posible exigir una conducta que no puede preverse. Según Ortiz (2020), si no se conocen las causas, efectos o tratamientos de curación respecto del coronavirus, no resulta adecuado que deba reprocharse a los médicos mantener el mismo grado de diligencia que se tiene en situaciones normales. Por tanto, resulta razonable que el médico pueda justificar “ciertos errores que no serán reprochables (ética y legalmente) si es que este ha tratado al paciente con los medios adecuados, con los conocimientos actuales y siguiendo las normas que su deber le imponen” (Ríos, 2018, p. 134).

Para terminar, con respecto a la situación legal de los profesionales de la salud en el contexto de la pandemia por covid-19 es importante resaltar lo explicado por Lecaros y López (2020), cuando mencionan lo siguiente:

Una protección jurídica de este tipo busca que los profesionales de la salud puedan brindar el estándar de atención según las circunstancias del estado de emergencia sanitaria, donde el foco está puesto en la salud pública, sin el temor de recibir denuncias por falta de diligencia debida o mala praxis (p. 1222).

## 3. La *lex artis* médica como parámetro de diligencia de los profesionales de salud

La imputación de la responsabilidad civil debe realizarse bajo el cumplimiento de sus elementos constitutivos para que la demanda realizada prospere. Uno de estos elementos

es la culpa o negligencia; es decir, que, en el campo de la Medicina, se imputará esta cuando se haya identificado en el actuar de las labores profesionales; esto se realiza bajo un parámetro de conducta esperado, el cual se examina teniendo en cuenta el contexto de la atención médica y la situación de emergencia de la que se está haciendo cargo ya sea el médico, el equipo médico o la estructura sanitaria.

Cuando se analizan las acciones médicas bajo un aspecto jurídico se debe tener en cuenta la *lex artis*, puesto que es con este parámetro que determinará la existencia de culpa o negligencia en el actuar médico y si este será pasible de una demanda de responsabilidad civil. Así, la culpa se refiere a un acto médico ejercido en contra de la regla técnica establecida y que es violatorio del *standard* consagrado por las reglas y prácticas de la Medicina: una violación de la ley del arte, de la llamada *lex artis ad hoc* (Veloso, 2020, p. 99).

Asimismo, dicho examen deberá realizarse bajo el contexto de la pandemia por covid-19, así como todos los cambios que esta situación imprevista generó en el proceder de la atención médica. En efecto, Veloso (2020) comenta que “no puede juzgarse al profesional “con el diario del lunes”, sino que, por el contrario, quien juzga el actuar médico debe ponerse en la misma situación en la que estaba el médico al momento de efectuar el diagnóstico o al momento de tomar la decisión terapéutica” (p. 100).

### 3.1. Concepto de *lex artis* médica

Respecto del concepto de *lex artis*, en principio, se utiliza para hacer referencia a los conocimientos que adquiere un médico especialista en un área determinada o al estado de los conocimientos científicos o técnicos que determinan las pautas de actuación y la suma de obligaciones del galeno (Macía, 2021, p. 119). Dicho ello, se entiende que un médico debe actuar siempre teniendo en cuenta el avance de la ciencia, cuyas actualizaciones deben ser estudiadas constantemente por el profesional. Caso contrario, podría hablarse de responsabilidad civil respecto de los actos que no cumplen con dicho parámetro de diligencia; es decir, aquellos comportamientos, decisiones o tratamientos médicos que no responden al parámetro de diligencia médica (Macía, 2021, pp. 116-117).

Dicho ello, en el campo de la responsabilidad civil profesional, nos adherimos a la reflexión realizada por Campusano (2020), cuando explica que la *lex artis* conforma un criterio valorativo o modelo de comparación flexible que sirve para graduar la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones médicas, pues la disconformidad de la conducta

realizada por el deudor con dicho modelo de conducta implica, desde luego, que su actuar sea calificado como culposo para los efectos de un juicio de responsabilidad civil.

En el Perú, se puede encontrar de manera implícita la *lex artis* cuando se lee el Código de Ética y Deontología, emitido por el Colegio Médico del Perú, el cual impone el deber a los médicos de perfeccionar sus conocimientos de forma continua. Así en su artículo 1 dispone que “es deber del médico desempeñar su profesión competentemente, debiendo, para ello, perfeccionar sus conocimientos, destrezas y actitudes en forma continua y ejercer su profesión integrándose a la comunidad, con pleno respeto de la diversidad sociocultural del país”.

Asimismo, en el mismo texto se hace mención de la permanente actualización de información respecto de los medicamentos y otros materiales que usa el médico durante su desempeño. Al respecto, en el artículo 5 se dispone que: “el médico debe informarse permanentemente sobre los medicamentos, insumos, dispositivos y otros materiales que usa o prescribe”.

Así, se puede definir a la *lex artis* como aquel conjunto de normas, protocolos o lineamientos que contienen criterios establecidos que guían el actuar del médico conforme al avance de la ciencia médica. De esta manera, el galeno deberá estar constantemente actualizando sus conocimientos científicos y revisando los diferentes criterios de actuación que se van estableciendo por la autoridad en salud nacional e internacional.

Ahora, es importante realizar una distinción de conceptos para que se pueda justificar la exigencia del estándar en el momento de la actuación del médico durante la pandemia, ello teniendo en cuenta el escaso estudio científico sobre tratamientos para la enfermedad causada por el covid-19. Para esto, se hará especial referencia a la separación de conceptos propuesta por Macía (2021), quien diferencia entre la *lex artis* en general y la *lex artis ad hoc*.

#### 3.1.1. La *lex artis* en general

Para referirnos a la *lex artis* en general, vale la pena acotar lo afirmado por Macía (2021), quien la define como aquel parámetro general de conducta exigible al médico medio, que se fija de acuerdo con los conocimientos científicos y técnicos que podrán ser exigidos a todo profesional de salud que se desarrolla en el campo de la medicina (p. 119). Al respecto, conviene decir que todo profesional en el campo de la salud debe tener conocimientos generales necesarios que le permitan desenvolverse y atender satisfactoriamente a sus pacientes; es

decir, procedimientos que todo médico debe conocer, como, por ejemplo, suministrar una inyección o aplicar un tratamiento para curar una gripe común. Son procedimientos y técnicas cuya aplicación ha sido probada y determinada como eficaz para tratar una dolencia o enfermedad. Todo ello debe ser conocido por el facultativo antes de hacerse cargo de un caso particular de especial dificultad.

Ahora, de lo anteriormente dicho, queda claro que todo médico debe estar en constante estudio de los avances científicos, de modo tal que cuando se valore su actuación se espera que conozca los lineamientos o parámetros que ha establecido el estudio de la Medicina hasta el momento de los hechos. Sin embargo, es preciso aclarar que tampoco se le puede exigir conocer todos los estudios científicos que existen en el campo general de la Medicina. Más allá del hecho de que conocer un «todo» respecto de un campo de estudio es irrazonable, esperar que el médico que tenga un conocimiento absoluto resulta absurdo como argumento para imputar la responsabilidad civil.

Dicho ello, este parámetro general no solo sirve para fijar qué información debe conocer el médico, sino también para limitar el volumen de protocolos o técnicas que debe dominar y/o manejar, tomando siempre como referente la dimensión que le sería exigible a un facultativo medio, conforme al estado de la ciencia médica valorado en el momento del acto desarrollado (Macía, 2021, p. 119).

Al respecto, cabe dejar en claro que el conocimiento exigido se restringe hasta el momento de la ocurrencia de los hechos, puesto que no se le podrá exigir al galeno el dominio de conocimientos sobre avances científicos, protocolos o lineamientos que no existían en el momento en el que se desarrollaba la actividad médica. Por tanto, cuando se impute responsabilidad civil al médico no es exigible que este haya actuado bajo un parámetro de diligencia establecido de manera posterior a su proceder.

Así, en el contexto de la pandemia por covid-19, un médico será imputable de responsabilidad civil en caso su actuación no se ajuste a los protocolos médicos establecidos y a la literatura médica que pueda llegar a conocer, como señala la *lex artis* general (Fuentes, 2020). Así, durante los inicios de la pandemia, los profesionales de la salud que actuaron bajo los parámetros de diligencia que existen para casos de emergencia general no podrán ser imputados de responsabilidad civil médico-sanitaria, puesto que no existían protocolos específicos aprobados que guiarán su conducta ante el avance del coronavirus.

En efecto, vale la pena aclarar que los profesionales de salud están obligados a prepararse académicamente de forma constante para actualizar sus conocimientos en el campo de su especialidad, entendiendo que ello se aplica también el estudio de tratamientos para curar a los pacientes del covid-19.

### 3.1.2. La *lex artis ad hoc*

La *lex artis ad hoc* o *lex artis* en el caso concreto es definida por Macía (2021) como el volumen de conocimientos o técnicas que deben ser conocidos por un médico medio, los cuales se deberán identificar en función de las particularidades del caso concreto (p. 120). Es decir, que al momento de valorar el comportamiento del galeno para determinar si actuó o no con diligencia, no basta con comprobar si manejaba el volumen de conocimientos exigibles a un médico medio (*lex artis* en general), sino que se debe verificar si los aplicó de la misma forma en la que lo hubiera hecho un médico medio en las mismas circunstancias relativas al paciente (Macía, 2021, pp. 120-121), tomando en cuenta las dificultades del caso particular.

En el campo jurídico, la *lex artis ad hoc* es un concepto indeterminado que se establece según cada caso; es decir, la actuación del médico deberá guiarse según los lineamientos establecidos para cada caso particular. Lo que más se le parece suele ser un protocolo de actuación médica (Vásquez, 2010, p. 182), aunque esto no significa que el médico ya no tenga la obligación de actualizar sus conocimientos científicos de manera continua solo porque ya existe un protocolo. Por el contrario, el avance de la ciencia permite que las guías se vayan actualizando, ya sea con la variación de ciertos procedimientos médicos o, incluso, con la prohibición de ciertas prácticas médicas que, gracias a nuevas investigaciones científicas, ahora son riesgosas para la salud.

En la jurisprudencia peruana, existe una sentencia que, si bien fue emitida ante una denuncia de materia penal, es un avance para la comprensión de la aplicación de la *lex artis ad hoc* en el campo jurídico. Así, la Casación N° 334-2019/ICA emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República señala lo siguiente:

Decimosegundo. En el ámbito de la actividad médica se suele circunscribir y definir las responsabilidades de los profesionales de la medicina bajo las llamadas reglas de la *lex artis*. Esta sola invocación puede ser comprensiva y elocuente en la determinación del ámbito de lo exigido a los médicos cuando realizan su actividad profesional, pero puede ser, al mismo tiempo, una vía de escape por su indeterminación, variabilidad y relatividad, dadas las condiciones estructurales

diferenciadas en las que el profesional de la medicina realiza su actividad.

Con esto, la Corte Suprema reconoce que la *lex artis* no cuenta con un campo de aplicación exacto, ya que cuando se valoriza la responsabilidad del médico se debe tener en cuenta la situación del caso concreto, lo que puede conllevar, en algunos casos, a que se utilice como vía de escape ante una denuncia por daños y perjuicios.

Por otro lado, en la misma sentencia, la Corte Suprema establece criterios diferenciadores sobre los rasgos característicos de la *lex artis*, especialmente cuando hablamos de su aplicación en el caso concreto (*ad hoc*). Al respecto, se debe tomar en cuenta esencialmente lo siguiente:

- (i) Contenido semántico. El significado de la *lex artis* debe adecuarse a las exigencias del contexto social actual. Las reglas que debe seguir el médico están condicionadas por las circunstancias específicas del caso.
- (ii) Flexibilidad. La actividad del médico está condicionada por la variabilidad y complejidad de las enfermedades; por lo que la *lex artis* sólo puede ser regulada de manera general y flexible.
- (iii) Ámbito de aplicación. Sea cual fuere el grado de riesgo que deba enfrentar el profesional de la medicina, el ámbito de aplicación de la *lex artis ad hoc* es amplio.
- (iv) Naturaleza normativa. El juicio de determinación de contravención de la *lex artis ad hoc* es normativo: debe realizarlo el juez, en el contexto situacional concreto.
- (v) Sentido práctico-deontológico. En la valoración del contenido y aplicación de la *lex artis ad hoc* deben considerarse fundamentalmente los ámbitos cognitivos y prácticos de la actividad médica.
- (vi) Carácter dinámico. La *lex artis* debe ser evaluada en función de las condiciones cambiantes del estado de la ciencia y el estado de los riesgos sociales.
- (vii) Aplicación relativa. La actividad médica se valora jurídicamente, de acuerdo con la especificidad de las circunstancias en las que el profesional médico realiza su actividad.
- (viii) Regula actividades. Las reglas médicas son reglas de acción, por lo que la vulneración del deber de cuidado también comprende momentos omisivos.
- (ix) Inherente a la actividad médica. La observancia de las reglas médicas es inherente a la actividad

médica. Solo los médicos son los llamados a cumplir las reglas de la profesión médica.

- (x) Finalidad benefactora. Las reglas de la *lex artis* se aplican para curar y rehabilitar, pero también lo hacen en un sentido preventivo o satisfactorio (estético). En general se busca disminuir el riesgo.
- (xi) Enfocado en el método no en los resultados. La valoración de la actividad médica debe enfocarse en el método, no en el resultado.

De los criterios establecidos por la Corte Suprema, se entiende que se refieren exclusivamente a la *lex artis ad hoc*, puesto que en todo momento se indica que el deber de cuidado debe valorarse jurídicamente teniendo en cuenta la situación que debió enfrentar el profesional de medicina en el caso particular.

Los casos de responsabilidad civil médico-sanitaria que ocurran durante el contexto de la pandemia por covid-19 deberán valorar la culpa comprobando si el profesional de salud actuó o no como lo habría hecho un médico medio en las mismas circunstancias (Macía, 2021, p. 116), es decir, si sus decisiones fuesen las mismas que cualquier médico hubiera tomado en un caso concreto. Por tanto, durante el inicio de la pandemia por covid-19, el actuar de los médicos que trataban a los pacientes contagiados estaba justificado, ya que había un desconocimiento general de la enfermedad, en concreto sobre su desarrollo, efectos y tratamientos, lo que generaba un contexto de especial dificultad.

### 3.2. El deber de informar y el consentimiento informado como contenido de la *lex artis* médica

El deber de informar y el consentimiento informado son dos figuras jurídicas que están ligadas y que forman parte de la *lex artis*. Primero se realizará un análisis del tratamiento legal nacional que se le ha dado a cada figura para poder entender por qué se encuentran ligadas.

Primeramente, con la Ley N° 29414 o «Ley que establece los derechos de las personas usuarias de los servicios de salud» se modifica el artículo 15° de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, señalando lo siguiente:

Artículo 15.- Toda persona tiene derecho a lo siguiente:

(...)

15.2 Acceso a la información

(...)

f) A recibir en términos comprensibles información completa, oportuna y continuada

sobre su enfermedad, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; así como sobre los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias de las intervenciones, tratamientos y medicamentos que se prescriban y administren. Tiene derecho a recibir información de sus necesidades de atención y tratamiento al ser dado de alta.

Según lo descrito por la norma citada, se infiere que el deber de información no solo es una obligación de todo profesional de la salud, sino que es un derecho del paciente a que se le informe sobre el estado de su salud. Incluso se menciona que dicha información no puede ser brindada de cualquiera forma, sino que esta tiene que ser completa, oportuna y continuada.

Ahora, con respecto al consentimiento informado, su fundamento está en la idea de autonomía individual del paciente y el estímulo a la toma de decisiones racionales (Barceló, 2018, p. 281). No se trata de una simple formalidad útil en la prevención de reclamaciones, sino que constituye un derecho esencial del paciente y una obligación ética y legal para el médico (Varas, 2011, p. 243). En efecto, en la Ley General de Salud, en su artículo 4°, se dispone lo siguiente:

Ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia.

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

En caso de que los representantes legales de los absolutamente incapaces o de los relativamente incapaces, a que se refieren los numerales 1 al 3 del Artículo 44 del Código Civil, negaren su consentimiento para el tratamiento médico o quirúrgico de las personas a su cargo, el médico tratante o el establecimiento de salud, en su caso, debe comunicarlo a la autoridad judicial competente para dejar expeditas las acciones a que hubiere lugar en salvaguarda de la vida y la salud de los mismos.

El reglamento establece los casos y los requisitos de formalidad que deben observarse para que el consentimiento se considere válidamente emitido.

Asimismo, en el inciso 15.4 del mismo artículo se señala lo siguiente:

#### 15.4 Consentimiento informado

a) A otorgar su consentimiento informado, libre y voluntario, sin que medie ningún mecanismo que vicié su voluntad, para el procedimiento o tratamiento de salud, en especial en las siguientes situaciones:

a.1) En la oportunidad previa a la aplicación de cualquier procedimiento o tratamiento, así como su interrupción. Quedan exceptuadas del consentimiento informado las situaciones de emergencia, de riesgo debidamente comprobado para la salud de terceros o de grave riesgo para la salud pública.

a.2) Cuando se trate de pruebas riesgosas, intervenciones quirúrgicas, anticoncepción quirúrgica o procedimientos que puedan afectar la integridad de la persona, supuesto en el cual el consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión. Si la persona no supiere firmar, imprimirá su huella digital.

a.3) Cuando se trate de exploración, tratamiento o exhibición con fines docentes, el consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión. Si la persona no supiere firmar, imprimirá su huella digital.

b) A que su consentimiento conste por escrito cuando sea objeto de experimentación para la aplicación de medicamentos o tratamientos. El consentimiento informado debe constar por escrito en un documento oficial que visibilice el proceso de información y decisión. Si la persona no supiere firmar, imprimirá su huella digital.

Teniendo en cuenta la norma citada, se entiende que el consentimiento informado es una autorización autónoma del paciente para la práctica de una determinada intervención que implica que el individuo no sólo debe aceptar y cumplir una propuesta, sino que debe dar su autorización mediante un consentimiento voluntario (De Montalvo, 2011, p. 76). Incluso se puede deducir que el usuario tiene el derecho a negarse a recibir un tratamiento médico o quirúrgico, lo que quiere decir que el consentimiento informado es un proceso de diálogo entre el médico y el paciente. Además, la enfermedad es un proceso largo en el que hay que tomar varias decisiones, y lo apropiado es que el galeno proponga cada una de ellas al paciente para que éste decida si acepta o no el tratamiento.

Respecto del rol que juega el médico durante el proceso de toma de decisión por parte del paciente, conviene precisar lo señalado por Pantoja (2004), cuando afirma lo siguiente:

El consentimiento informado no exige que el profesional se coloque en posición neutral, como un mero espectador mientras el paciente hace uso de su libertad para decidir. Al contrario, demanda que el médico no deje solo al paciente y se implique con él en la toma de decisiones; que integre la información y los valores relevantes para

realizar una recomendación, y a través del diálogo, intente persuadir al paciente para que acepte las intervenciones que mejor garanticen su bienestar global. (pp. 477-478)

Como se puede notar, el deber de información y el consentimiento informado se encuentran íntimamente ligados, puesto que para que el paciente tome la decisión de dar o no su consentimiento médico deberá primero contar con la información que haya recibido por parte del profesional. Entonces, es aconsejable que los facultativos realicen todo el esfuerzo que esté en sus manos para informar al paciente sobre su condición, porque si el consentimiento informado se presta correctamente difícilmente van a ser imputados si su actuación se ajustó al estado de la ciencia médica (Barceló, 2018, p. 282).

Con respecto a la formalidad del consentimiento, este no necesita ser necesariamente escrito (excepto cuando se trate de situaciones riesgosas); por el contrario, se debe demostrar que se ha cumplido con el deber de informar y obtener la aprobación del paciente, independientemente de cuál sea el medio (oral o escrito) por el que su satisfacción se haya efectuado (De Montalvo, 2011, p. 79). Es aconsejable la firma del consentimiento médico para aquellos procedimientos más riesgosos o invasivos, pero esta firma no sustituye la información y se vuelve absolutamente irrelevante en ausencia de aquella (Varas, 2011, p. 243). Si bien los profesionales de salud han terminado por ajustar su actuación al cumplimiento de los deberes de información y obtención del consentimiento informado, se ha venido exigiendo en la práctica la firma del consentimiento hasta para las operaciones o tratamientos más sencillos; lo que denota cierta actitud defensiva (Barceló, 2018, p. 281) ante el miedo a ser acusados por responsabilidad médica, justamente porque tanto el deber de información y el consentimiento informado forman parte del contenido de la *lex artis* médica.

Con respecto a la relación entre el deber de información y el contenido de la *lex artis*, Barceló (2018) explica lo siguiente:

El deber de información es elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica y está incluido dentro de la obligación asumida por el médico. La obligación de informar y la de obtener el consentimiento se configuran como un elemento más del arte médico, por lo que su omisión puede dar lugar a un derecho de indemnización a favor del paciente y ello con independencia de si la actuación sanitaria se realizó o no correctamente. (p. 286)

Por tanto, incumplir con el deber de informar al paciente genera responsabilidad médica, ya

que se están vulnerando las reglas establecidas por la *lex artis*. Además, es preciso aclarar que el hecho de contar con un consentimiento firmado o haber obtenido tal de manera verbal no altera las obligaciones que debe tener en cuenta el médico al momento de su actuación.

En último término, es importante señalar que en la normativa se dispone que ante situaciones de emergencia no será necesario contar con el consentimiento informado. Así, el médico cuenta con mayor libertad de actuación, respecto de situaciones en las que obtener un consentimiento por parte del paciente sea probablemente imposible; y, ante la posible pérdida de la vida o afectación permanente y grave de la salud, el médico podrá intervenir sin temor a futuras represalias o denuncias por daños y perjuicios.

Incluso, la norma menciona que el consentimiento informado no será necesario cuando se pruebe la existencia de un riesgo para la salud de terceros o la salud pública. Esto quiere decir que, si bien el paciente cuenta con su derecho a la libertad de decisión para emitir o no un consentimiento respecto de un tratamiento, la salud pública o de terceros se impondrá por sobre este (recordando que no hay derechos absolutos). Entonces, cuando las consecuencias de una enfermedad generan una pandemia, hay un problema de salud pública que suele traer aparejado un cambio en el escenario normativo de la actividad médico-sanitaria (Cárdenas y Pérez, 2020, p. 163). Así, la actuación del médico estará justificada sin necesidad de un consentimiento informado, siempre y cuando haya procedido en protección de la salud pública o de terceros, bajo el parámetro de la *lex artis ad hoc*.

### 3.3. El parámetro de la *lex artis* ante enfermedades desconocidas

Cabe precisar que en el siguiente punto se desarrollará de forma más exhaustiva el proceder del médico ante una enfermedad desconocida, como lo fue el covid-19 en su momento; sin embargo, a manera de preámbulo, es importante realizar algunas precisiones sobre la aplicación de la *lex artis* ante una enfermedad desconocida.

En primer lugar, hay que precisar que, a lo largo de la historia, han existido diferentes pandemias que han afectado la salud de la población mundial. Incluso, muchos de los virus provocaron estas enfermedades han mutado con el tiempo, ocasionando que las epidemias surjan cada cierto periodo de tiempo, si no hay un control constante ante su avance. No obstante ello, ante pandemias que puedan surgir por enfermedades desconocidas, no se deberá detentar el mismo tratamiento que las epidemias que surgen cada

cierto tiempo, puesto que, respecto de las últimas, se tiene un conocimiento previo sobre su historia y desarrollo, lo que permite que haya un avance científico que conlleva inclusive a prevenir la proliferación de los virus que han mutado. Por tanto, si bien es cierto que los factores de novedad e ignorancia respecto de enfermedades nuevas han de influir sin duda en la valoración de la actuación de su tratamiento por parte de los profesionales de la medicina, no deberían tenerse tenidos igualmente en cuenta, en cambio, si la enfermedad mundialmente extendida fuera una ya conocida por la ciencia médica (Macía, 2021, pp. 114-115).

En segundo lugar, el estado de la ciencia varía según la voluntad de los científicos para estudiar una enfermedad, y no solo depende de ellos, sino también de la práctica que perfeccionan los médicos que aplicaron los nuevos procedimientos, en búsqueda de resultados satisfactorios. En ese sentido, no es sencillo determinar el momento en el que el estado de la ciencia es suficiente en un ámbito concreto. Bien podría pensarse que es suficiente saber los aspectos fundamentales de la enfermedad, pero, incluso ello, podría no ser exiguo para llegar a una cura o tratamiento eficaz. Asimismo, no puede obviarse que los virus constantemente evolucionan y que muchas de las vacunas se adaptan periódicamente para hacer frente a las variaciones (Ortiz, 2020, p. 294).

Por último, es importante advertir que por más que se haya controlado una pandemia, se deberá seguir teniendo en cuenta la *lex artis ad hoc*, ya que el avance de la ciencia será determinante para valorar el actuar de los médicos ante una enfermedad desconocida.

#### 4. Principales desafíos durante la pandemia por covid-19 en el Perú

Durante inicios del año 2020, el mundo empezó a enfrentarse al avance de una enfermedad desconocida causada por un virus también desconocido en la mayoría de los países. La pandemia se ha caracterizado por la asombrosa y rápida propagación del covid-19, junto con las graves consecuencias que acarrea, no solo respecto a las vidas que ha cobrado, sino precisamente por el desconcierto que produce y porque irrumpe en medio de otras crisis generalizadas (Pautassi, 2020, p. 79).

El Gobierno peruano, mediante el Decreto Supremo N° 008-2020-SA<sup>4</sup> declara el Estado de Emergencia a nivel nacional y dicta medidas de prevención y control del covid-19. Dicha medida es prorrogada consecutivamente, puesto que la enfermedad fue avanzando y cobrando más vidas a lo largo de los años. A partir de ello, el Estado empieza a emitir diferentes normativas, así como protocolos, que regulan la actividad de la población, especialmente sobre cómo deben actuar los profesionales de la salud para enfrentar y controlar la pandemia; por lo que la conducta médica debida durante el estado de emergencia se verá alterada por los actos de la autoridad administrativa (lo que debe ser tomado en cuando en los juicios de responsabilidad que van apareciendo con el avance de la enfermedad) (Cárdenas y Pérez, 2020, p. 160).

Con todo y lo anterior, el médico no sólo debe enfrentarse a situaciones imprevisibles, sino que debe acatar a los mandatos del Gobierno respecto del control de la emergencia sanitaria. Ante ello, todos los profesionales de la salud se ven afectados por diferentes situaciones que, si bien no son nuevas, sí nacen producto de la pandemia. Algunos ejemplos son la escasez de recursos, el aumento de la demanda médica, el irregular avance de los estudios científicos respecto del SARS-CoV-2, la emisión constantes protocolos y la inexistencia de tratamientos especializados para cada paciente. No siendo ellos suficiente, el facultativo y los establecimientos de salud deben enfrentarse con posibles denuncias de responsabilidad civil por supuesta negligencia médica. Por ello, conviene desarrollar algunas de las problemáticas descritas.

##### 4.1. La escasez de recursos y el aumento de la demanda médica

Al ser el covid-19 una enfermedad de rápido avance y de carácter mortal, una gran cantidad de personas requerían al mismo tiempo de atención de salud; específicamente, cuidados médicos e internación. Esto produjo un colapso del sistema sanitario agravado con la escasez de recursos materiales y de recursos humanos en salud (Velo, 2020, pp. 102-103).

Con respecto a la escasez de recursos, uno de los principales problemas evidentes en el país fue la falta de oxígeno. Esta escasez obligaba a miles de personas a hacer filas por días con tal de conseguir

4 Decreto Supremo N° 008-2020-SA (2020), artículo 1. Artículo 1.- Declaratoria de Emergencia Sanitaria

1.1 Declárese en Emergencia Sanitaria a nivel nacional, por el plazo de noventa (90) días calendario, por la existencia del COVID-19, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa del presente Decreto Supremo.

1.2 En un plazo no mayor de 72 horas, mediante Decreto Supremo, el Ministerio de Salud aprueba el Plan de Acción y la relación de bienes y servicios que se requieren contratar para enfrentar la emergencia sanitaria aprobada en el numeral 1.1 del presente artículo, el mismo que incluye al Seguro Social de Salud – EsSalud y las Sanidades de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú.

una recarga para un familiar enfermo<sup>5</sup> (El Comercio, 2021). La demanda de oxígeno se elevó en 20% sin que aumentara la oferta<sup>6</sup> (Gestión, 2021). No solo ello, sino que, al no haber más oferta, el poco oxígeno que había era revendido a precios inflados, provocando que sea difícil incluso para el mismo Gobierno obtener estos recursos. En la primera ola de la pandemia en el país, cientos de personas murieron por falta de oxígeno o porque los precios de los cilindros recargables aumentaron hasta ser inalcanzables para la mayoría, por ello, las iglesias, gobiernos regionales, empresas y artistas hicieron colectas públicas para comprar e instalar plantas de oxígeno en todas las regiones. Actualmente, hay más oxígeno en los establecimientos de salud, pero el personal y las camas de hospitalización y de cuidados críticos no alcanzan para atender la demanda (Fowks, 2021). Evidentemente, al no contar con los tanques de oxígeno necesarios en los centros de salud es difícil para los facultativos realizar de manera idónea su labor, no siendo capaces, en muchos casos, de curar a los pacientes contagiados con covid-19 que tienen dificultades para respirar.

La falta de oxígeno no es el único recurso escaso, sino que la falta de camas UCI y de ventiladores también han sido la causa de muchas de las muertes por covid-19<sup>7</sup> (Fowks, 2021). Esto ocasionó que los médicos no fueran capaces de atender a los pacientes, ya que sin dichos recursos era prácticamente imposible mantenerlos dentro de la unidad hospitalaria, por lo que muchas veces se mandó de regreso a los enfermos a sus casas o a otros centros de salud donde, probablemente, sí había recursos<sup>8</sup>.

Respecto a la escasez de recursos durante la pandemia por covid-19, Macía (2021) manifiesta lo siguiente:

La escasez de recursos sí ha afectado o ha podido afectar por igual a todos los enfermos.

No en vano, la pandemia por SARS-CoV-2, que ha generado un notable incremento del volumen de actos médicos, ha llevado a la saturación de los hospitales y, en sus peores momentos de crisis, al cierre de los centros de atención primaria y a la asignación de personal sanitario de forma casi exclusiva a la gestión de los enfermos de COVID-19. (p. 144)

Con ello, también surge el problema de la escasez de recursos humanos en salud; es decir, la escasez de profesionales de salud para atender a pacientes enfermos de covid-19. De hecho, con respecto a la densidad de personal de salud en el Perú, en el 2020 por cada 10 mil habitantes había 14,46 médicos (Pérez et al., 2020); mientras que en el 2021 por cada 10 mil habitantes había 16,79 médicos<sup>9</sup>. Es más impactante si tomamos en cuenta regiones específicas como Cajamarca (8,12 en 2020) o Amazonas (9,23 en 2020)<sup>10</sup>. Con ello, la pandemia ha demostrado que en los picos de contagio se presenta escasez de trabajadores médicos capacitados para enfrentar al virus; asimismo, el contagio del propio personal sanitario lleva a que rápidamente mermen los recursos humanos que están en condiciones necesarias para seguir prestando asistencia médica (Veloso, 2020, p. 107). Además, muchos de los trabajadores de salud se contagiaron con el virus, así que su disponibilidad se redujo, ya que tuvieron que aislarse; incluso, muchos de ellos fallecieron por complicaciones relacionadas al covid-19<sup>11</sup> (OMS, 2021).

Esta situación propició que, ante la escasez de profesionales de salud, médicos de otras especialidades, ajenas a las de los cuidados intensivos, asuman asistencia en dicho campo, aun cuando no cuentan con la especialización necesaria para proceder (Veloso, 2020, p. 107). De hecho, cabe acotar que, en el Código de Ética y Deontología, emitido por el Colegio Médico del Perú, en su Capítulo 3, hace referencia al trabajo especializado del médico, disponiendo que “el médico debe abstenerse de atender pacientes

5

6

7 Lisbeth Castro, representante de la Defensoría del Pueblo de la amazónica región Loreto, informó en una radio que, desde julio, 25 camas de cuidados intensivos en el módulo covid del Hospital Regional no pueden ser usadas porque no hay ventiladores mecánicos o porque a los diez existentes les faltan implementos. El viernes falleció en Loreto uno de los músicos más importantes de Perú, Alberto Sánchez Casanova, fundador del grupo de cumbia amazónica Los Wemblers. Su hija comentó en Facebook que esperaban un espacio en el módulo covid del Hospital Regional, pero nunca lo derivaron. “Solo funcionan 27 camas, pero no hay para mi papá”, escribió.

8 Abanto reporta que en las emergencias de los hospitales devuelven a sus casas a los pacientes. “Les dicen que su saturación no está muy baja, pero lo que deben hacer es referirlos a un hospital donde haya disponible una cama”, indicó. Si bien a diario las autoridades sanitarias informan que aún hay camas de cuidados críticos, están localizadas en regiones donde los indicadores de la segunda ola aún son moderados (Fowks, 2021).

9 Revisar el siguiente enlace para más información: <http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/5783.pdf>

10 Al respecto, Bardales (2020) señala lo siguiente: “En un estudio realizado respecto del impacto del Covid-19 en la ciudad de Iquitos, se señala que el problema no solo gira en torno a las insuficiencias en insumos, sino al mismo personal médico que atiende en la ciudad: un aproximado de 157 médicos infectados, la atención reducida al 50% o 70% del personal o las llamadas desesperadas registradas en canales de televisión por parte de los médicos que siguen laborando y que piden la rápida atención de un médico quien tiene el 100% de los pulmones dañados”.

11 Según la Organización Mundial de la Salud “en un estudio realizado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) respecto de cinco países: Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y Perú; se determinó que entre el 3,27% y el 12,62% de los trabajadores de salud de los países de estudio fueron infectados por el virus, de los cuales entre el 0,20% y el 1,97% ha fallecido”.

cuya dolencia no corresponda al campo de su dominio o especialidad, salvo que se trate de una atención de emergencia o de la solicitud expresa del paciente, o no haya otro médico”.

Al respecto, queda claro que, en caso de suscitarse un colapso de los servicios sanitarios y una escasez de recursos humanos en salud, que ponga en peligro a la población, el médico que es llamado a brindar asistencia sea cual sea su especialidad, no puede negarse a hacerlo invocando que carece de especialización y, por el contrario, tiene el deber de atender en lo que esté a su alcance al paciente en situación de riesgo de vida (Veloso, 2020, p. 108). Se hace referencia a la situación de emergencia, durante la pandemia por covid-19, en la que se asiste a un centro de salud en busca de ayuda. Así, no podrá imputarse por responsabilidad civil a los médicos que se vieron obligados a atender a los enfermos de covid-19, debido a que no había los especialistas en cuidados intensivos o médicos de emergencia en ese momento<sup>12</sup>.

Si bien en el Decreto Supremo N° 013-2006-SA - «Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo» se obliga a los establecimientos de salud a contar con personal suficiente e idóneo para garantizar la continuidad de la atención o con los equipos necesarios<sup>13</sup>, no se puede dejar de lado que en muchas ocasiones no hay médicos suficientes. Al respecto, en el artículo 81 del mismo texto normativo se señala lo siguiente:

Los establecimientos de salud que cuenten con servicios de atención de emergencias están obligados a prestar atención inmediata a toda persona en caso de emergencia.

En caso el paciente deba ser referido de un establecimiento a otro, según requiera el caso, el traslado se llevará a cabo en una ambulancia que deberá cumplir los requisitos establecidos para el traslado de acuerdo al estado y condiciones del paciente.

Así, en casos de emergencia es razonable que un médico que no cuenta con especialidad en emergencia, y a falta de uno en el establecimiento sanitario, tenga que verse en la obligación de

prestar asistencia médica a los pacientes enfermos de covid-19, sin recaer en responsabilidad; puesto que no aún no existe el avance necesario en el estado de la ciencia médica que permita establecer un protocolo de actuación eficaz. Teniendo en cuenta ello, difícilmente, los médicos no especializados serían considerados negligentes, en la medida que su comportamiento se justifica por eventos que escapan a su control y dominio.

Por último, es importante aclarar que, en tiempos normales, la *lex artis* se mide en función de cómo un médico medio ejerce sus habilidades y conocimientos para satisfacer las necesidades de sus pacientes; sin embargo, cuando hay que asignar recursos escasos en la situación particular de la pandemia por covid-19, el deber de cuidado no se puede determinar en forma aislada de consideraciones más amplias de salud pública (Rosenvald, 2020, pp. 110-111). Los médicos son un recurso humano esencial para combatir el avance del virus; se destacan por su carácter esencial e incluso heroico, el cual se ha vislumbrado en manifestaciones masivas de aprobación (Pautassi, 2020, p. 80); sin embargo, la actuación de estos, lamentablemente, se puede ver menguada ante una falta de una protección jurídica en los casos sin éxito.

#### 4.2. El irregular avance de las publicaciones científicas sobre el Covid-19

Otro aspecto importante a tener en cuenta para poder entender los principales desafíos a los que se enfrentan los profesionales de salud es el fenómeno de la proliferación de diferentes publicaciones científicas sobre el covid-19. Específicamente, las revistas científicas han sido el medio de divulgación por excelencia durante la pandemia (Vásquez-Uriarte et al., 2021, p. 230).

En términos mundiales, la producción científica sobre los tratamientos contra el covid-19 es elevada y de hecho hubo un crecimiento exponencial diario, al menos hasta el año 2021<sup>14</sup> (Ortiz y Stable, 2021). Cabe aclarar, sin embargo, que la mayoría de publicaciones se han realizado en el idioma inglés, lo que demuestra que la participación de Latinoamérica, en comparación con el resto del

12 Ley General de Salud (1997), artículo 3.

Artículo 3.- Toda persona tiene derecho a recibir, en cualquier establecimiento de salud, atención médico-quirúrgica de emergencia cuando lo necesite, estando los establecimientos de salud sin excepción obligados a prestar esta atención, mientras subsista el estado de grave riesgo para su vida y salud.

13 Decreto Supremo 013-2006-SA (2006), artículo 49.

Artículo 49.- Equipo y ambientes

Los establecimientos sin internamiento deben contar con equipos que garanticen la calidad del servicio o actividad realizada, así como con un espacio aparente para la realización de los procedimientos específicos y un ambiente con camas o camillas para observación o reposo del paciente, cuando dichos procedimientos así lo requieran.

Debe contar además con un área de almacenaje, de trabajo, de limpieza y de desinfección o esterilización del material, en los casos correspondientes.

14 Según Ortiz y Stable: “la distribución regional de las publicaciones se concentra principalmente en Asia (34,7 %) y Europa (32,9 %); la región de Las Américas representa el 29,5 % (América del Norte registra el 27,6 %), mientras Oceanía y África producen solamente el 1,5 y 1,4 % respectivamente”. (p. 17)

mundo, es escasa (Ortiz y Stable, 2021, p. 17). Aun así, hay un interés general mundial enfocado en encontrar tratamientos eficaces contra el covid-19, con el objetivo principal de mantener la supervivencia de la humanidad.

En el caso latinoamericano, a pesar de que el nivel de avance científico en comparación con el mundo anglosajón es, claramente, menor, el estado de las publicaciones científicas sobre el covid-19 ha tenido un avance sostenido y exponencial, dejando en claro que las revistas científicas latinoamericanas han estado actuando con rapidez (Gregorio-Chaviano et al., 2020, p. 113); es decir, que han estado publicando en el menor tiempo posible y con acceso abierto al público los resultados de estudios respecto al covid-19, utilizando términos que puedan ser entendidos alrededor del mundo<sup>16</sup>.

Por su parte, en el Perú, el Estado sí ha intentado fomentar la realización de estudios científicos<sup>17</sup>; a pesar de ello, la publicación de artículos científicos no ha mostrado un avance regular<sup>18</sup>. Cabe precisar que el tipo de publicación que normalmente se reconoce como fuente legítima es la que surge de los ensayos clínicos, los cuales realizan estudios experimentales en humanos<sup>19</sup> para generar evidencia fiable respecto de posibles tratamientos (Carracedo, 2021). En el Perú, apenas se han realizado tres publicaciones de ensayos clínicos sobre el covid-19, al menos hasta el 2021; esto ocurre porque el país aún no cuenta con un recurso humano calificado para diseñar y liderar este tipo de estudios (Vásquez-Uriarte, 2021, p. 229).

La información científica general respecto al covid-19 existe y el número de publicaciones sobre este tema ha ido en aumento; sin embargo, no podemos afirmar que todos los textos de esta materia sean artículos académicos de calidad. En algunos casos puede ocurrir que se den a conocer sólo resultados preliminares o sobre muestras de población poco significativa; en otros casos, se ha permitido la publicación de estudios sin que pasen por los filtros de evaluación por pares, que le da mayor fuerza objetiva (Macía, 2021, pp. 124-125). De ahí que se ponga en duda la calidad de muchas publicaciones.

A su vez, las conclusiones a la que llegan los estudios científicos pueden distar mucho entre sí o negar la posible eficacia de diversos tratamientos que se llevaron a cabo con diferentes medicamentos o compuestos químicos<sup>20</sup> (Ortiz & Stable, 2021). Esta desemejanza provoca que los médicos lectores de estas publicaciones científicas no sean capaces de identificar un procedimiento uniforme y eficaz para todos los casos de covid-19. Resulta fácil requerir una respuesta exacta y eficaz a los profesionales de la salud frente al coronavirus sin tener en cuenta que el conocimiento sobre la aplicación de terapias específicas para tratar el covid-19 aún no cuenta con lineamientos cuya efectividad haya sido comprobada (Quijano-Escate et al., 2020, p. 375). Entonces, se debe tomar en cuenta no solo sobre la producción científica en sí, sino también la calidad de las publicaciones que servirán para que los profesionales médicos dominen la enfermedad.

15 Para Gregorio-Chaviano: "la alta tasa de colaboración internacional encontrada en el análisis (52,8 %), resultado de la cooperación en torno al tema, así como la elevada producción con liderazgo, muestra la capacidad de las instituciones regionales de generar investigaciones y aportar recursos a la investigación mundial" (p. 113).

16 Según Gregorio-Chaviano: "términos como SARS-CoV-2, el virus causante de la enfermedad, y sus diferentes nombres adoptados, así como los factores de riesgo de la pandemia, los tratamientos necesarios, la transmisión de la enfermedad y las consecuencias del contagio, se relacionan con los resultados de otras investigaciones globales (p. 114).

17 Vale la pena citar lo afirma por Vásquez-Uriarte et al. (2021), quienes señalan lo siguiente: "a fin de establecer lineamientos que orienten la investigación sobre la COVID-19, el Estado peruano emitió un decreto supremo orientado a fomentar los ensayos clínicos sobre la prevención, diagnóstico y tratamiento de esta enfermedad, y a registrar todas las investigaciones científicas que se realicen en el territorio nacional. Los ensayos clínicos que se rigen por el Reglamento de Ensayos Clínicos (Decreto Supremo N° 021-2017-SA) se inscriben en el Registro Peruano de Ensayos Clínicos (REPEC, <https://ensayosclinicos-repec.ins.gob.pe/>), el resto de los ensayos clínicos u otros diseños de investigación se inscriben en la plataforma de Proyectos de Investigación en Salud (PRISA, <https://prisa.ins.gob.pe/>)". (p. 225)

18 La presente investigación encontró 106 artículos publicados con algún autor con filiación institucional peruana, con una producción científica creciente hasta julio del 2020, para luego empezar a decaer desde noviembre del 2020.

19 Carracedo afirma lo siguiente: "la investigación en salud con seres humanos es esencial para la humanidad. Gracias a ella, hoy contamos con vacunas, medicamentos y nuevas tecnologías seguras y eficaces para la prevención, diagnóstico y tratamiento de diferentes enfermedades. Piénsese, por ejemplo, en los primeros ensayos clínicos, a finales de los 80's, que demostraron la eficacia del primer fármaco para el tratamiento del SIDA: AZT, y en las posteriores investigaciones que han llevado a que el día de hoy existen diversas terapias antirretrovirales para el VIH que benefician a diversas personas en el mundo". (p. 217)

20 Ortiz y Stable señalan lo siguiente: "hay un grupo de publicaciones que muestran estudios sobre el uso de alfa tocoferol, ácido ascórbico, cloroquina, hidroxicloloroquina, cinanserina, ciclosporina, derivados de diarilheptanoide, inhibidor de la dipeptidil, carboxipeptidasa, emodina, flavonoide, inmunoglobulina, interferón, interferón alfa, hierro, lopinavir más ritonavir, anticuerpo monoclonal, nelfinavir, nicotianamina, ácido graso omega 3, ácido graso poliinsaturado, promazina, inhibidor de proteasas, remdesivir, retinol, ribavirina, selenio, timopentina, timosina alfa1, grupo de vitamina B zinc, plasma, inmunización pasiva, arbidol, baloxavir marboxil, camrelizumab, carrizumab, favipiravir, glucocorticoides, agente inmunomodulador, ruxolitinib, timosina alfa1 y ciclosporina A. Asimismo, explican otra dimensión de publicaciones que reveló el uso de teicoplanina, azitromicina, glicirricina, diacereína, baicalina, baloxavir marboxil, baricitinib, danoprevir, darunavir, dipiridamol, ebastina, emtricitabina, fingolimod, heparina, losartan, luteolina, metilprednisolona, osetamivir, quercetina, tenofovir, tranilast, umifenovir, agentes moduladores redox, glutatión reducido y natalizumab".

Por una parte, respecto de la *lex artis* que debe ser dominada y conocida por todo profesional de la salud, no parece ser correcto afirmar que todos los médicos deban conocer todo el tiempo todas las publicaciones científicas que se producen en torno al covid-19 sin tomar en cuenta diferentes factores como el acceso a los textos o la calidad de los ensayos clínicos<sup>21</sup>. En efecto, sólo deberán tomarse en consideración las investigaciones que estén consolidadas y que hayan sido difundidas, de manera tal que su accesibilidad y existencia estén al alcance de cualquier médico medio. En resumidas cuentas, no todas las publicaciones científicas sobre el covid-19 formarán parte de la *lex artis*.

Por otro lado, puede ocurrir que existan publicaciones contradictorias entre sí; es decir, que plantean tratamientos distintos e incluso que desacreditan a la otra. Así, cabe preguntarnos ¿a qué estudio científico debe obedecer el médico? No es posible apoyar a una o a otra sin antes realizar más investigaciones sobre cada teoría planteada. Entonces, si ni siquiera hay una doctrina médica consolidada que se guíe por una sola teoría científica, no podemos derivar todas ellas a la *lex artis*, puesto que sería contraproducente exigirle a un profesional de la salud aplicar todas las conjeturas a la vez o adivinar cuál sería la más efectiva en ciertos casos sin una evidencia científica consolidada. Lo cierto es que en una situación de incertidumbre como la actual, incluso puede producirse la paradoja de que la intuición profesional de un facultativo sea distinta a la seguida por la mayoría de sus homólogos y, sin embargo, resulte ser la correcta (Ortiz, 2020, p. 296). El médico optará por utilizar el método que a su parecer será el más seguro para tratar al enfermo de covid-19 y por ello no incurrirá en una responsabilidad civil, justamente por encontrarse ante una situación de especial dificultad. Dicho ello, se puede afirmar que no hay negligencia donde no hay un parámetro establecido que seguir.

Es importante precisar que se debe hacer una división temporal respecto de este punto; es decir, en los primeros meses de la pandemia, es evidente que la producción científica, al ser acelerada, puede no gozar de calidad e incluso ser contradictoria, ocasionando inevitablemente que no se tenga un tratamiento consolidado de la enfermedad; por lo tanto, a inicios de la pandemia estaba justificado prácticamente para todos los profesionales médicos que desconocieran

la enfermedad, su evolución o efectos y su tratamiento y que actuaran, por ende, bajo esa ignorancia (Macía, 2021, p. 123). Sin embargo, con el avance de los años, y en la actualidad, más bien se puede percibir una extraordinaria proliferación de publicaciones sobre el coronavirus que sí gozan de calidad científica (Macía, 2021, p. 124) y que sirven a los profesionales de salud para consolidar sus conocimientos sobre la enfermedad, el virus y la cura. Por ello, en la actualidad, dependiendo de la particularidad del caso, podría ocurrir que algunos facultativos que han incurrido en responsabilidad civil no puedan alegar la falta de conocimiento científico integrado a la *lex artis* para exculparse.

#### 4.3. La necesidad de protocolos públicos eficaces para la actuación de los profesionales sanitarios

Los protocolos son documentos emitidos por la autoridad sanitaria que encaminan el actuar del facultativo en determinadas situaciones especiales, constituyendo así una importante orientación sobre la *lex artis* (Macía, 2021, p. 130). De este modo se reducen las alternativas de diagnósticos y tratamientos médicos, puesto que al establecer un determinado procedimiento se descartan estudios científicos que sean contradictorios a lo dispuesto en los protocolos. Conforme a ello, el Gobierno busca brindar una mayor seguridad jurídica a los médicos respecto de su proceder ante los casos de covid-19.

En el Perú, hasta poco antes de la detección del primer contagiado de covid-19 en el territorio nacional, apenas se tomaron tres medidas, entre ellas el “Plan Nacional de preparación y respuesta”, pero no se especificaron procedimientos detallados, como lo amerita la dinámica del virus (Alvarado et al., 2020, pp. 95-96). Sin embargo, luego de la detección del paciente cero, el Estado peruano empezó a tomar medidas concretas de actuación frente al avance del virus, especialmente con la emisión de protocolos especializados de actuación.

Por una parte, los protocolos dirigen el comportamiento de la población en general, sirviendo como guías para enfrentar la enfermedad y su avance. Es decir, se emiten protocolos de seguridad, de prevención, etc. para evitar que las personas se contagien e incentivarlos a tener mayores cuidados<sup>22</sup>. Así, hay una responsabilidad por parte de cada ciudadano en cumplir con comportamientos que son fundamentales para

21 La mayoría de la producción científica peruana se basa en análisis de fuentes secundarias, con escasos estudios experimentales.

22 Ley General de Salud (1997), artículo 79.

Artículo 79.- La Autoridad de Salud queda facultada a dictar las medidas de prevención y control para evitar la aparición y propagación de enfermedades transmisibles. Todas las personas naturales o jurídicas, dentro del territorio, quedan obligadas al cumplimiento de dichas medidas, bajo sanción.

que no se contagien con el virus. Asimismo, dichos protocolos también abarcan aspectos como medidas para evitar el hacinamiento de los centros hospitalarios o que los profesionales de salud se frustren ante la elevada cantidad de pacientes.

Por otro lado, al contar con protocolos de actuación para los profesionales de salud, se afecta el estándar de conducta por el que responderán los facultativos y las instituciones de salud durante la pandemia. En efecto, para imputar por negligencia a un médico que actuó acatando un protocolo emitido por el Gobierno no debería ser imputado por daños y perjuicios, ya que está obligado a acatar las disposiciones que dicta la autoridad sanitaria. Esto último también se especifica en el artículo 76 de la Ley N° 26842 - Ley General de Salud, cuando señala lo siguiente:

La Autoridad de Salud de nivel nacional es responsable de dirigir y normar las acciones destinadas a evitar la propagación y lograr el control y erradicación de las enfermedades transmisibles en todo el territorio nacional, ejerciendo la vigilancia epidemiológica e inteligencia sanitaria y dictando las disposiciones correspondientes.

Así mismo tiene la potestad de promover y coordinar con personas e instituciones públicas o privadas la realización de actividades en el campo epidemiológico y sanitario.

Ahora, el problema surge justamente porque dichos protocolos no resultan suficientes ni precisos para determinar un procedimiento eficiente a seguir por los médicos. Por ejemplo, el protocolo de «Prevención, diagnóstico y tratamiento de personas afectadas por COVID-19 en el Perú»<sup>23</sup> del 14 de abril de 2020, emitido por el Ministerio de Salud, ha sido modificado en dos oportunidades. En una primera ocasión, respecto del tratamiento antibacteriano a seguir y del seguimiento clínico de casos de covid-19<sup>24</sup>; y, en una segunda ocasión, sobre el tratamiento específico para covid-19 en casos leves y moderados<sup>25</sup> por parte del personal de salud. Si bien, el contenido de los protocolos forma parte de la *lex artis*, su inestabilidad y constantes cambios (debido a los avances de la ciencia) hace que sea difícil entender si debiesen ser tomados en cuenta al momento de imputar responsabilidad civil del médico. En todo caso, para no incurrir en negligencia, el comportamiento de los profesionales de salud o

de la estructura sanitaria en general deberá estar acorde a los protocolos vigentes en el momento en el que supuestamente se cometió el daño.

En otro término, es preocupante el hecho de que algunos protocolos emitidos por la autoridad sanitaria recomienden tratamientos perniciosos o la aplicación de medicamentos perjudiciales para la salud. Por ejemplo, el 8 de mayo de 2020, mediante Resolución Ministerial N° 270-2020, el Ministerio de Salud del Perú aprueba la inclusión de la ivermectina dentro del protocolo de tratamiento para casos leves, moderados y severos de Covid-19<sup>26</sup>. Sin embargo, la ivermectina (que es utilizado en animales) resultó ser un medicamento perjudicial para tratar la enfermedad en seres humanos. El criterio inicial del MINSa solo se respalda por un estudio *in vitro* del medicamento, obviando basarse en estudios que sigan las directrices presentadas en el Decreto Supremo N° 014-2020-SA que regula los ensayos clínicos de dicha enfermedad (Lescano y Pinto, 2020, p. 32). Un segundo suceso ocurre en el caso de la hidroxiquina, medicamento recomendado por el MINSa<sup>27</sup> a inicios de la proliferación del virus SARS-CoV-2. Con respecto a esta situación, se revelaron estudios importantes que reportaron la falta de efectividad del medicamento para el tratamiento del Covid-19 y, por el contrario, resultaba riesgoso para los pacientes contagiados con la enfermedad (Chirinos et al., 2020, p. 231). Si bien la respuesta del Gobierno ha tenido ha tenido muchos aciertos al enfrentar la pandemia, en el caso del manejo clínico del covid-19, las recomendaciones ministeriales para el tratamiento de la enfermedad no se han guiado bajo una evaluación rigurosa y dinámica de los estudios científicos (Chirinos et al., 2020, p. 232), ya que se han recomendado medicamentos que, en vez de brindar una cura, han contribuido con la puesta en riesgo de la vida de los pacientes contagiados con coronavirus.

En consecuencia, se advierte que la actuación de muchos profesionales médicos se guió por protocolos que recomendaban medicamentos perjudiciales para los enfermos de covid-19. Entonces, ¿cómo imputar a un médico que actuaba bajo las recomendaciones de la autoridad sanitaria? Es una situación perpleja, puesto que el uso de medicamentos o de ciertos tratamientos nocivos eran permitidos y en algunos casos

23 Resolución Ministerial N° 193-2020-MINSA (2020).

24 Resolución Ministerial N° 240-2020-MINSA (2020).

25 Resolución Ministerial N° 270-2020-MINSA (2020).

26 Al respecto, Lescano y Pinto (2020) manifiestan lo siguiente: "Asimismo, dicho documento señala que el protocolo propuesto se basa en las recomendaciones recogidas del informe "Intervenciones Farmacológicas para el tratamiento de la enfermedad por el coronavirus 2019 (COVID-19)", el cual presenta una revisión rápida de la evidencia científica actualmente disponible sobre drogas que se han postulado como potencialmente efectivas en el tratamiento de casos de COVID-19. Este informe recopiló información procedente de un total de 15 estudios (6 reportes de caso, 6 series de casos y tres ensayos clínicos) publicados en el año 2020". (p. 28)

27 Resolución Ministerial N° 193-2020-MINSA (13 de abril de 2020).

obligatorios ante la situación pandémica. Lo más problemático es que, como se explicó en el punto anterior, no había una fuente científica confiable que refutara con evidencias firmes la prejudicialidad de los procedimientos. Queda aún la incertidumbre, pero, según parece, no debería imputarse una responsabilidad civil, porque dichos protocolos, si bien pudiesen estar equivocados, formaban parte de la *lex artis* en dicho momento, antes de que se rechazaran tales métodos.

#### 4.4. La inexistencia de tratamientos especializados para cada caso particular

Como último punto, es importante resaltar la falta de tratamientos especializados durante el inicio de la pandemia. Específicamente, la inexistencia de un procedimiento claro o definitivo para la cura de la enfermedad (diferente al coronavirus) que padecen las personas contagiadas con covid-19; como, por ejemplo, cáncer, diabetes, hepatitis, etc. Hubo una clara falta de medidas que permitieran abordar adecuadamente su cura en función de cómo se desarrolla en cada paciente, según su edad, condición o circunstancias (Macía, 2021, p. 137). Por ello, resulta significativo precisar el hecho de que el servicio sanitario no puede prever cómo van a reaccionar los pacientes con enfermedades particulares una vez que contraigan el virus del SARS-CoV-2.

El Ministerio de Salud emitió el «Documento técnico: Manejo de personas afectadas por covid-19 en áreas de atención crítica» en el cual reconoció ciertas dolencias como factores de riesgo en el manejo sanitario del covid-19<sup>28</sup>; como, por ejemplo, el cáncer, trombofilia, pacientes con movilidad reducida, personas con alto índice de masa corporal, etc. Adicionalmente, emite el «Documento técnico: Manejo de pacientes oncológicos en la pandemia por COVID-19»<sup>29</sup>, mediante el cual estableció parámetros de actuación ante pacientes con cáncer y el covid-19, que deben ser seguidos por el personal de salud, así como por los establecimientos sanitarios.

Si bien la emisión de dichos documentos técnicos representó un avance en la lucha contra la enfermedad, al inicio de la pandemia estos no contaban con una base científica 100% fiable. Además, no existían protocolos de actuación para cada caso particular de los cientos de enfermedades que padecen los ciudadanos. Asimismo, como ya se ha abordado anteriormente, la producción científica respecto de tratamientos eficaces para el covid-19 ha sido deficiente durante los primeros meses de la pandemia, por lo que no es de extrañar que los ensayos clínicos de

enfermedades específicas sean escasos. Sumado a ello, la crisis y escasez de medios sanitarios ha influido negativamente en los pacientes con “otras” enfermedades, ocasionando que sus dolencias se vean agravadas por atención deficiente o falta de atención sanitaria (Macía, 2021, p. 115). Debido a dichas circunstancias y a la necesidad de retener los riesgos asociados a la pandemia, la conducta médica respecto del tratamiento de otras patologías se vio afectada (Cárdenas y Pérez, 2020, p. 159).

Todo ello nos lleva a concluir que los posibles casos de generación de daños no solo ocurren tratando a los enfermos por covid-19, sino también ante pacientes que padecen de otras enfermedades graves. Así, la imputación de la responsabilidad civil médico-sanitaria debe analizarse en función de los recursos escasos, la falta de capacidad de los establecimientos sanitarios y la inexistencia de tratamientos médicos especializados. Caso contrario, resulta razonable afirmar que nos encontramos ante una situación de alta complejidad que, como determina el artículo 1762 del Código Civil peruano, exime de responsabilidad al profesional de la salud.

#### 5. Conclusiones

La presente investigación ha tenido por objetivo analizar la responsabilidad civil médico-sanitaria, en torno a la *lex artis* médica y concretamente en el campo de la práctica profesional de la Medicina frente al covid-19. Ante esto, se han reconocido los principales desafíos que el Perú ha enfrentado en esta situación, lo cual debería ser considerado para reflexionar sobre la aplicación adecuada de esta figura jurídica al analizar casos similares.

Uno de los problemas principales identificados es que la actuación de los profesionales de la salud se vio limitada por la escasez de recursos materiales esenciales para el tratamiento del covid-19, así como por la falta de personal médico calificado y especializado. En consecuencia, sería poco razonable atribuir responsabilidad civil a un médico o a una institución sanitaria cuando no pueden controlar la escasez de recursos. Del mismo modo, no sería lógico exigir a un médico conocimientos especializados sobre el tratamiento de emergencia de pacientes con covid-19 si la ciencia o la práctica médica actual no proporcionan información precisa y de calidad al respecto.

Por otro lado, se ha observado que el Gobierno desempeña un papel fundamental al emitir protocolos de actuación obligatorios para los

28 Resolución Ministerial N° 254-2020-MINSA (2020).

29 Resolución Ministerial N° 262-2020-MINSA (2020).

profesionales de la salud y las instituciones sanitarias. Sin embargo, es importante tener en cuenta que estos documentos están sujetos a cambios constantes y pueden proponer tratamientos que, en ciertas circunstancias específicas, podrían resultar perjudiciales para la salud. Por lo tanto, para que se pueda asignar una responsabilidad, el médico no solo debería infringir los protocolos de actuación obligatorios, sino también causar el daño con dolo o negligencia.

La pandemia ha transformado profundamente la práctica médica, exigiendo una adaptación rápida y continua por parte de los profesionales de la salud y las instituciones sanitarias. Esta adaptación ha generado incertidumbre en el ámbito jurídico, especialmente en relación con posibles demandas de responsabilidad civil y la evaluación de la conducta médica bajo el estándar de la *lex artis*. A medida que el virus SARS-CoV-2 continúa mutando, es claro que los médicos deben mantenerse actualizados sobre sus características, estar preparados para futuros cambios y anticipar posibles desafíos que puedan surgir, incluyendo litigios por responsabilidad civil.

## 6. Lista de referencias

- Alvarado, K., Alvarado, S., Esenarro, D., Rodríguez, C., Iannacone, J., Alvarino, L., y Vásquez, W. (2020). Estrategia nacional peruana contra la propagación de la pandemia del coronavirus (COVID-19). *Cátedra Villarreal*, 8(1). Recuperado el 12 de noviembre de 2022 de: <https://doi.org/10.24039/cv202081767>
- Barceló, J. (2018). Consentimiento informado y responsabilidad médica. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (8), pp. 279-296. Recuperado el 13 de noviembre de 2022 de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6369285>.
- Bardales, I. (2020, 15 de mayo). *La indiferencia en los tiempos del COVID-19: aproximaciones constitucionales al caso de Iquitos*. IU 360. Recuperado el 11 de noviembre de 2022 de: <https://ius360.com/la-indiferencia-en-los-tiempos-del-covid-19-aproximaciones-constitucionales-al-caso-de-iquitos-ivana-bardales/>
- Buendía, E. (2020). *La Responsabilidad Médica. Un estudio comparado para la solución de un problema actual*. Jurista Editores EIRL.
- Carracedo, S. (2021). La regulación de la ética de la investigación en salud con seres humanos en el Perú En Varsi E. (Eds.), *Derecho y Medicina: Una perspectiva legal sobre salud* (pp. 216-231). *Themis*. p. 217.
- Cárdenas, H. y Pérez, M. (2020). Covid-19 y responsabilidad civil médica: desafíos de una enfermedad desconocida que devino en pandemia. *Acta Bioethica*, 26(2), 155-164. Recuperado el 16 de abril de 2022 de: [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1726-569X2020000200155](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2020000200155)
- Chirinos, J., Corrales-Medina, V., Heresi-Dávila, G., Hernández, A., Málaga, G., Mallea, J., Miranda, J., Morey, O., Rodríguez-Mori, J., Salinas-Gamero, J., Serpa-Álvarez, J., Taype-Rondan, A., y Zavaleta, C. (2020). Sobre las recomendaciones del Ministerio de Salud para el tratamiento farmacológico de la COVID-19 en el Perú. *Acta Médica Peruana*, 37(2), pp. 231-235. Recuperado el 12 de noviembre de 2022 de: <https://dx.doi.org/10.35663/amp.2020.372.1030>
- Congreso de la República de Perú. (1997, 20 de julio). Ley N° 26842 - Ley General de Salud. [https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2021/09/LEY\\_26842.pdf](https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2021/09/LEY_26842.pdf)
- De Montalvo, F. (2011). Consentimiento informado y prueba de la *lex artis*. La relevancia de la prueba de presunciones. *Derecho y Salud*, 21(1), pp. 75-84. Recuperado el 11 de noviembre de 2022 de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3669587>.
- Diario Oficial "El Peruano". (2016, 07 de julio). *Atención médica implica un deber de medios o de resultado*. <https://elperuano.pe/noticia/30771-atencion-medica-implica-un-deber-de-medios-o-resultado>
- El Comercio. (2021, 19 de enero). COVID-19: vuelven a registrarse largas colas para recargar balones de oxígeno. <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/callao-covid-19-vuelven-a-registrarse-largas-colas-para-recargar-oxigeno-angel-del-oxigeno-nndc-noticia/>
- Fuentes, C. (2020, 23 de octubre). *La responsabilidad civil médica ante la covid-19*. Enfoque Derecho. <https://www.enfoquederecho.com/2020/10/23/la-responsabilidad-civil-medica-ante-la-covid-19/>
- Fowks, J. (2021, 31 de enero). Perú se enfrenta al avance de la pandemia sin suficientes camas de UCI, oxígeno ni médicos en los hospitales. EL PAÍS. [https://elpais.com/sociedad/2021-02-01/peru-se-enfrenta-a-la-segunda-ola-de-la-pandemia-sin-camas-de-uci-oxigeno-ni-medicos-en-los-hospitales.html?event\\_log=oklogin](https://elpais.com/sociedad/2021-02-01/peru-se-enfrenta-a-la-segunda-ola-de-la-pandemia-sin-camas-de-uci-oxigeno-ni-medicos-en-los-hospitales.html?event_log=oklogin)
- García Huayama, J. (2016). *La responsabilidad civil médica en el Perú*. Aspectos básicos. Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Gestión (2021, 26 de febrero). Perú se asfixia por falta de oxígeno en fase crítica de la pandemia. <https://gestion.pe/peru/peru-se-asfixia-por-falta->

de-oxigeno-en-fase-critica-de-la-pandemia-noticia/

Gregorio-Chaviano, O., Limaymanta C. y López-Mesa, E. (2020). Análisis bibliométrico de la producción científica latinoamericana sobre COVID-19. *Biomédica*, 40 (2), pp.104-115. Recuperado el 11 de noviembre de 2022 de: [http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0120-41572020000600104](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-41572020000600104)

La República (s.f.) *Coronavirus en Perú: así evoluciona la pandemia en el país*. <https://data.larepublica.pe/envivo-casos-confirmados-muertes-coronavirus-peru/>

Lecaros J. y López, G. (2020). Límites de la responsabilidad médica durante la pandemia de coronavirus. *Revista Médica de Chile*, (148), 1219-1226. Recuperado el 16 de abril de 2022 de: [https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872020000801221&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0034-98872020000801221&script=sci_arttext)

Lescano, J., & Pinto, C. (2020). Ivermectina dentro del protocolo de tratamiento para la COVID-19 en Perú: Uso sin evidencia científica. *Salud y Tecnología Veterinaria*, 8(1), pp. 27-34. Recuperado el 12 de noviembre de 2022 de: <https://doi.org/10.20453/stv.v8i1.3789>

Lorenzetti, L. (2005). *Responsabilidad civil de los médicos*. Editora Jurídica Grijley.

Macía, A. (2021). El parámetro de la “lex artis” de los profesionales médicos en tiempos de Covid-19. *Revista de Derecho Patrimonial*, (54), pp. 111-150.

Ministerio de Salud. (2006, 25 de junio). Decreto Supremo 013. Por el cual se aprueba el Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/251365-013-2006-sa>

Ministerio de Salud. (2020, 11 de marzo). Decreto Supremo 008. Por el cual se declara en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dicta medidas de prevención y control del COVID-19. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-declara-en-emergencia-sanitaria-a-nivel-decreto-supremo-n-008-2020-sa-1863981-2/>

Ministerio de Salud. (2020, 14 de abril). Resolución Ministerial 193. Por la cual se aprueba el Documento Técnico: Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de personas afectadas por COVID-19 en el Perú. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/473575-193-2020-minsa>

Ministerio de Salud. (2020, 29 de abril). Resolución Ministerial 240. Por la cual se modifica el Documento Técnico: Prevención Diagnóstico y

Tratamiento de personas afectadas por COVID-19 en el Perú aprobado por R.M. N° 193-2020-MINSA. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/542922-240-2020-minsa>

Ministerio de Salud. (2020, 6 de mayo). Resolución Ministerial 254. Por la cual se aprueba el Documento Técnico: Manejo de personas afectadas por COVID-19 en áreas de atención crítica. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/558776-254-2020-minsa>

Ministerio de Salud. (2020, 8 de mayo). Resolución Ministerial 270. Por la cual se modifica el numeral 7.9 del Punto VII del Documento Técnico: Prevención, Diagnóstico y Tratamiento de personas afectadas por COVID-19 en el Perú, aprobado por Resolución Ministerial N° 193-2020-MINSA. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/563764-270-2020-minsa>

Ministerio de Salud. (2020, 8 de mayo). Resolución Ministerial 262. Por la cual se aprueba el Documento Técnico: Manejo de pacientes oncológicos en la pandemia por COVID-19. <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/563114-262-2020-minsa>

Organización Mundial de la Salud. (2021). Impacto de la COVID-19 en los recursos humanos para la salud y respuesta de política: el caso del Estado Plurinacional de Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador y el Perú: síntesis de hallazgos en cinco países de América Latina. <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789240039001>

Ortiz, M. (2020). Algunos apuntes sobre la responsabilidad civil sanitaria ante la situación generada por el Covid-19. *Revista IBERC*, (3), 289-304.

Ortiz, R., Stable, Y. (2021). Análisis de la producción científica internacional sobre tratamientos contra la COVID-19. *Revista Cubana de Información en Ciencias de la Salud*, 32(2), pp. 1-26. Recuperado el 11 de noviembre de 2022 de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7968587>

Pantoja, L. (2004), El consentimiento informado: ¿sólo un requisito legal? *Revista Española de Reumatología*, 31(8), pp. 475-478. Recuperado el 11 de noviembre de 2022 de: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-reumatologia-29-articulo-el-consentimiento-informado-solo-un-13067152>

Pautassi, L., (2020). La centralidad del derecho al cuidado en la crisis del COVID-19 en América Latina. Oportunidades en riesgo. *IUS ET VERITAS*, (61), pp. 78-93. Recuperado el 26 de octubre de 2022 de: <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202002.005>

Pérez, W., Moreno, S. y Loayza, J. (2020). Información de Recursos Humanos en el Sector Salud en el Marco de la Pandemia por el COVID-19, Perú 2020 (*Serie Bibliográfica Información de Recursos Humanos en Salud; n° 30*). Ministerio de Salud - Perú. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2040124/Documento.pdf?v=1627330182>

Quijano-Escate, R., Rebatta-Acuña, A., Garayar-Peceros, H., Gutiérrez-Flores, K., y Bendezú-Quispe, G. (2020). Aprendizaje en tiempos de aislamiento social: cursos masivos abiertos en línea sobre la COVID-19. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 37(2), pp. 375-377. Recuperado el 13 de noviembre de 2022 de: <https://dx.doi.org/10.17843/rpmesp.2020.372.5478>

Ríos, A. (2018). La responsabilidad médica en las constituciones de México y Perú. *Ius Comitalis*, 1(2), 133-154. Recuperado el 17 de abril de 2022 de: <https://iuscomitalis.uaemex.mx/article/view/10860>

Rosenvald N. (2020). Coronavirus cases. *Ius Et Praxis*, (50-51), 109-112.

Sohrabi, C., Alsafi Z., O'Neill, N., Khan, M., Kerwan A., Al-Jabir, A., Losifidis, C. & Agha, R. (2020). World Health Organization declares global emergency: A review of the 2019 novel coronavirus (COVID-19).

*International Journal of Surgery*, (76), 71-76. Recuperado el 13 de noviembre de 2022 de: <https://doi.org/10.1016/j.ijssu.2020.02.034>.

Varas, J. (2011). Responsabilidad médica y acto médico. *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología - Hospital Santiago Oriente Dr. Luis Tisné Brousse*, 6(3), pp. 240-244.

Vázquez, J. (2010) La "Lex Artis ad hoc" como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico. A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea). *Cuadernos de Medicina Forense*, 16(3), pp. 179-182. Recuperado el 10 de diciembre de 2022 de: [https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1135-76062010000200009](https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062010000200009).

Vásquez-Uriarte, K., Roque-Henriquez, J., Angulo-Bazán, Y. y Ninatanta, J. (2021). Análisis bibliométrico de la producción científica peruana sobre la COVID-19. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 38(2), 224-231. Recuperado el 13 de noviembre de 2022 de: <https://dx.doi.org/10.17843/rpmesp.2021.382.7470>.

Veloso, N. (2020). Responsabilidad médica en la emergencia sanitaria. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, (37), 95-112.