

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO FRENTE A LOS DAÑOS OCASIONADOS EN LOS HOSPITALES PÚBLICOS

MESA REDONDA: (1)

ENRIQUE VARI ROSPIGLIOSI

Abogado por la Universidad de Lima.
Master en Derecho Civil y Derecho Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Doctor en Derecho y Ciencias Políticas Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Especialización en Bioética por la Pontificia Universidad Católica de Chile.
Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima y Derecho Genético en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Director de la Maestría de Derecho Empresarial Universidad de Lima.
Miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Civil del Colegio de Abogados de Lima.
Representante Intergubernamental de Bioética de Perú ante la UNESCO.
Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**.

JUAN ESPINOZA ESPINOZA

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Master en Derecho Civil por la misma Universidad.
Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Estudios de posgrado en la Scuola di Specializzazione in Diritto Civile dell'Università degli Studi di Camerino.
Profesor de Derecho Civil en la Universidad de Lima, en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**.

CARLOS ALBERTO PATRÓN SALINAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Master of Science (M.Sc.), Políticas Públicas en Latinoamérica, Becario "Small Contemporary Scholarship" por la Universidad de Oxford.
Master of Laws (LL.M.) por la Universidad de Yale.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial en la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor de Derecho Civil Patrimonial y Análisis Económico del Derecho en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

DOMINGO RIVAROLA REISZ

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Master en Derecho (LL.M.), Becario Fulbright y Becario John M. Olin por la Universidad de Virginia.
Profesor de Derecho Civil y Derechos Legales en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Derecho de Contratos y Responsabilidad Civil en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Nadie está libre de contraer una enfermedad infecto-contagiosa. La calidad de los servicios de salud que se ofrecen en nuestro país, no responden a las necesidades o requerimientos de los pacientes. Es por ello, que en los últimos años se han presentado casos en los cuales estos se han visto afectados como consecuencia de recibir transfusiones sanguíneas, adquiriendo un virus tan letal como el del Síndrome de Inmuno Deficiencia Adquirida - SIDA.

Es así que, nace la preocupación por parte de **ADVOCATUS** por encontrar la solución a este mal que aqueja a nuestra sociedad. La responsabilidad del Estado en estas circunstancias y las consecuencias de la implementación de un Seguro Médico Obligatorio son algunos de los temas tratados en la presente Mesa Redonda.

(1) La presente sección estuvo a cargo de Natalia Vargas Soto, alumna del Octavo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y miembro de la Comisión de Edición de **ADVOCATUS**. Agradecemos a Luciano Barón Velandrago por su valiosa colaboración en la elaboración de la presente sección, miembro del Consejo Consultivo de **ADVOCATUS**.

I. En la teoría objetiva de la responsabilidad civil no se necesita analizar el factor de atribución (dolo o culpa) por el que se causó daño para que la reparación sea concedida. En ese sentido, ¿cree usted que la Responsabilidad del Estado también sería "objetiva" debido a que las actividades de la administración se encuentran básicamente normadas?

VARSI: Considero que la responsabilidad del Estado será objetiva cuando los daños que ocasione sean como consecuencia de una actividad administrativa irregular. Es decir, cuando se aparte de los cánones legales y, violando las normas, afecte los intereses de los ciudadanos. Es discutible esta posición pero la asumo.

ESPINOZA: No necesariamente. El fundamento de la responsabilidad objetiva se puede basar, entre otros, en los siguientes supuestos:

a. Situaciones de riesgo, que se podrían traducir en la siguiente fórmula: si se genera una situación riesgosa, se responderá por los daños ocasionados, independientemente del parámetro de conducta del agente dañante o de que haya obtenido un beneficio (artículo 1970 del Código Civil)

b. Situaciones de ventaja, vale decir, si una persona genera una situación que le ofrece un resultado favorable o beneficio, tendrá que responder también por los daños que se ocasionen producto de dicha situación. Típicos ejemplos serían el de responsabilidad civil por el hecho del dependiente (artículo 1981 Código Civil) o del tercero del cual se vale el deudor (artículo 1325 Código Civil), el ser propietario de un animal (artículo 1979 del Código Civil) o propietario de un edificio (artículo 1980 del Código Civil)

c. Situaciones legales individualizadas por el ordenamiento jurídico, como la de ser representante legal (artículos 1975 y 1976 del Código Civil)

Al ser el Estado una persona jurídica y por tanto, al ser realizadas sus actividades a través de terceros, se aplica el modelo de la responsabilidad civil por el hecho del dependiente (artículo 1981 del Código Civil, si su responsabilidad es extra-

contractual, como el caso de los serenos que asaltaron y mataron a un torero español) o del tercero del cual se vale el deudor (artículo 1325 del Código Civil, es el supuesto del mero incumplimiento contractual).

PATRÓN: Confieso no ser partidario de "objetivizar" la responsabilidad civil por el mero hecho de "objetivizar". Tengo la impresión que en nuestro medio muchas veces se asume o se vende la idea de que adoptar un factor de atribución objetivo para casos puntuales resuelve los problemas de la responsabilidad civil y ello es una falacia.

Los problemas de la responsabilidad civil en el Perú tienden ser de orden estructural e institucional más que normativo, y por tanto su solución pasa por reformas del primer tipo y no tanto por cambios normativos sustantivos. El caso norteamericano es ilustrativo, donde el principio de "negligence" o responsabilidad subjetiva es la regla general, siendo los supuestos de "strict liability" o responsabilidad objetiva excepciones muy particulares y aisladas. El tema no es si debemos sujetar al Estado a un régimen de responsabilidad distinto al general, sino que debemos trabajar para que el régimen general de responsabilidad civil funcione adecuadamente y para que cumpla sus funciones, independientemente de la identidad del causante de los daños.

RIVAROLA: Aunque tímidamente, la Ley del Procedimiento Administrativo General ha intentado introducir la responsabilidad objetiva del Estado cuando ejerce función administrativa. Esto contrasta, por ejemplo, con la responsabilidad subjetiva de los jueces, claramente definida así por el Código Procesal Civil. No estoy seguro que la diferencia de factores de atribución entre un caso y otro se deba a que la administración en algunos casos ejerce potestades regladas y que los jueces no. Creo que las razones pueden ser bastante distintas.

Si yo fuera legislador, pensaría en las consecuencias de regular la responsabilidad del Estado como responsabilidad objetiva. Como la responsabilidad objetiva significa que se reduce el nivel de prueba que se requiere para hacer responsable al Estado de un evento dañoso, es

probable que si la responsabilidad de los Hospitales Públicos queda definida como objetiva, se eleve la cantidad de reclamos contra el Estado. Pero creo que esto no es necesariamente negativo porque el Hospital es normalmente el que tiene los elementos para demostrar que no hubo negligencia de parte del staff de médicos. En consecuencia, los Hospitales invertirán más en tomar precauciones y en documentar las precauciones que toman. No es malo generar un incentivo para que quien está en mejor posición de tomar precauciones, lo haga. Claro, siempre tendremos el caso de un paciente que no revela que era alérgico, pero no se puede regular por la excepción.

2. Tomando en cuenta la realidad de nuestro país, ¿coincide usted con lo planteado por el profesor Fernando de Trazegnies¹ cuando señala que el Estado no puede eximirse de responsabilidad cuando las deficiencias que podrían encontrarse en el servicio de salud público se deban a que el Presupuesto asignado al sector no es suficiente o en la existencia de una Partida Presupuestal determinada para ello?

VARSI: Es un argumento sin sustento alegar que ante la precariedad carezco de obligaciones, ante la falta de medios no puedo responsabilizarme, más aún partiendo del Estado. La falta de recursos no es pretexto para eximirse de responsabilidad. Producido el daño y determinada la relación de causalidad es suficiente para que la indemnización sea exigible.

ESPINOZA: No se puede no estar de acuerdo: la lógica del "Estado pobre" incentiva conductas ineficientes, cuyos costos recaen en los ciudadanos. No puede haber irresponsabilidad del Estado en el área de la salud por el hecho que decida privilegiar otros pliegos presupuestales. Es el llamado a cumplir el artículo 1 de la Constitución que dice: "La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado". Fritz Du Bois hace algún tiempo denunció una verdad a gritos: el Estado Peruano cobra impuestos como

un país tan desarrollado como Suecia y otorga beneficios sociales al nivel de Haití. Si se asume esta "decisión política", también se tienen que asumir los costos que esta ocasione.

PATRÓN: Cuando el Estado presta servicios a usuarios o realiza actividades que finalmente son de índole económica, la falta de recursos o mala gestión en el gasto por parte del Estado no puede jamás ser aceptada como eximente de responsabilidad. Ello sería un despropósito. El sistema legal debe exigirle al Estado eficiencia, incentivar comportamientos razonables. Y si no tiene la capacidad de gestión necesaria, entonces aceptemos que existe un problema estructural en los servicios asistenciales que brinda el Estado y veamos de implementar reformas reales, como por ejemplo sería trasladar parte de estas funciones al sector privado.

RIVAROLA: En un país pobre como el nuestro las decisiones sobre cómo asignar el presupuesto público son siempre dramáticas porque darle un poco más a un sector es quitarle mucho a otro. Pero si los Hospitales Públicos no cuentan con suficiente presupuesto para, por ejemplo, limpiar adecuadamente los equipos de diálisis o tener más equipos disponibles, es por responsabilidad del propio Estado. Lo que dice de Trazegnies es precisamente eso. De igual manera, cuando el Estado firma un Convenio de Estabilidad Jurídica a través de Promoción, luego no puede exonerarse de responsabilidad alegando que fue el Congreso o la SUNAT la que violó la estabilidad jurídica otorgada. El Estado es uno solo frente al ciudadano y este es un principio elemental. Otra cosa es la responsabilidad política y funcional: las malas decisiones que tomen los funcionarios, en caso de negligencia, son perseguibles como infracción administrativa o delito.

3. El proyecto de ley que crea el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil por Servicios de Salud, incorpora al artículo 15 de la Ley General de Salud un inciso que parte de que toda persona usuaria de los servicios de salud tiene derecho a ser indemnizada por el daño causado por los profesionales de salud, técnicos o auxiliares. ¿Tal promesa no resultaría innecesaria teniendo presente el *neminem laedere* o deber genérico de no dañar?

¹TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extramuros*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo II, Lima, 2005, p. 264

VARSÍ: Sin duda, pero considerando, también, de dicha premisa no debería existir la parte de responsabilidad extracontractual en el Código. La disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños causados (principio *remittiend laedere*: "Aquél que causa un daño a otro debe indemnizarlo"). Tratándose de un principio jurídico considero que es preciso que la norma de salud lo contemple expresamente a efecto de informar y dar a conocer a los usuarios y pacientes cómo actuar cuando sus derechos se ven afectados.

ESPINOZA: Es superflua, ya que la misma Ley General de Salud, Ley 26842, del 15 de julio de 1997, en su artículo 36 reconoce una responsabilidad subjetiva a los profesionales, técnicos y auxiliares en el campo de la salud, al establecer que:

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

Por otro lado, el artículo 48 de la Ley General de Salud, regula que:

"El establecimiento de salud o servicio médico de apoyo es solidariamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente, derivados del ejercicio negligente, imprudente o imperito de las actividades de los profesionales, técnicos o auxiliares que se desempeñan en éste con relación de dependencia.

Es exclusivamente responsable por los daños y perjuicios que se ocasionan al paciente por no haber dispuesto o brindado los medios que hubieren evitado que ellos se produjeran, siempre que la disposición de dichos medios sea exigible atendiendo a la naturaleza del servicio que se ofrece"

PATRÓN: Por supuesto, no es más que "flor" legislativo. El régimen general de

responsabilidad civil puede perfectamente aplicarse para este tipo de casos. Es una noción realmente ingenua, por decir lo menos, crear que la declaraciones legislativas de naturaleza lítica como estas van a resolver los problemas de fondo que afectan a la salud pública.

RIVAROLA: No creo que la intención del legislador haya sido redundar. Estimo más bien que lo que se puede haber querido es reforzar el principio de responsabilidad objetiva que, como decía, aparece tímidamente en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

4. En el caso de los establecimientos médicos a cargo del Estado, de crearse el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil por Servicios de Salud, el costo del mismo sería financiado con cargo a los presupuestos institucionales de las entidades respectivas. En este sentido, tomando en cuenta que el 90% de establecimientos médicos están a cargo del Estado no sería mejor invertir en tecnología para reducir los daños y no destinar tanto dinero a compañías aseguradoras?

VARSÍ: Lo más conveniente para todos sería contar con establecimientos de salud con una capacidad operativa eficiente y eficaz que pueda satisfacer las demandas de los usuarios. El Seguro Médico Obligatorio debería funcionar como una medida complementaria recurre por la deficiencia de una atención, considerando que los centros de salud cuentan con una adecuada capacidad operativa.

Es cierto que cuando el Seguro Médico Obligatorio sea aplicado a los centros de salud públicos implicará un costo mayor al Estado. Si bien no hay recursos para los implementos y utensilios médicos mínimos (camillas, medicinas, gasas) no podemos pretender que el Estado asuma un costo que está fuera de su alcance. Lo primordial es invertir en salud y en los medios que permiten tratamiento de calidad, luego pensar en los mecanismos alternativos, dentro de los cuales está el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil.

ESPINOZA: Esta es una decisión política, no jurídica. Lo que sí queda claro es que si el

Estado impone la obligación de asegurar a los privados, debe enseñar con el ejemplo.

PATRÓN: En general me parece que "SOAT médico" no es más que un paliativo a un síntoma y que estamos dejando de lado atacar el foco de la enfermedad. Es como darle aspirina a un enfermo para quitarle la fiebre en vez de concentrar nuestro esfuerzo en controlar la infección y prevenir sus causas. Concentrémonos primero en identificar por qué se dan tantos casos de mala práctica en centros de salud administrados por el Estado, prioricemos nuestros esfuerzos y recursos a combatir las causas estructurales y les aseguro que la incidencia de daños se reducirá dramáticamente. Una vez que nuestro sistema de salud funcione dentro de ciertos estándares mínimamente aceptables, veamos cómo pueden los sistemas de seguros obligatorios y otras reformas generar los incentivos complementarios para coadyuvar a su mejor funcionamiento.

RIVAROLA: Es una posibilidad pero habría que analizar los costos y beneficios de una u otra opción. Invertir en precauciones también tiene un costo y no olvidemos que el costo lo pagamos todos nosotros a través de nuestros impuestos. Así, el costo de las pólizas también tiene como fuente de financiamiento los impuestos que pagamos todos. La ventaja de invertir en precauciones es que reduce la frecuencia y magnitud de los daños.

5. El proyecto de Ley que establece mecanismos para la reparación inmediata de los daños derivados de la atención médica en los establecimientos de salud públicos señala que dada la falta de un mecanismo rápido y eficaz, que revise las denuncias que se presentan, se hace necesaria la creación de la Defensoría del Paciente y de un Comité Técnico de Evaluación de Daños que guiarán una investigación administrativa que finalizará con un Informe técnico motivado que determinará si existió o no negligencia en el caso bajo análisis. ¿Qué opinión le merece esta investigación administrativa? ¿Se podría considerar que el Informe tenga carácter vinculante en un proceso judicial sobre indemnización?

VARSÍ: La Defensoría de Paciente y el Comité Técnico de Evaluación de Daños servirán para acercar a las partes a una conciliación y evitar los traumáticos conflictos judiciales. Es un acto de buena voluntad que la ley trate esta materia pero no puede llevarla a considerar la decisión del Defensor ni del Comité tengan carácter vinculante, de ninguna manera. Serán mecanismos para sensibilizar la voluntad de las partes y conocer la realidad del acto médico y si este guarda relación con el daño causado. Es, finalmente, el juez quien aprecia las pruebas aportadas de acuerdo a su criterio y a las demás pruebas.

Pongamos como ejemplo lo sucedido en el INDECOP, esto que muy a la ligera vino resolviendo casos de mala praxis médica sin contar con pericias, simplemente con criterios teóricos y académicos, es imposible hacer justicia de esa forma.

ESPIÑOZA: En todos los casos de responsabilidad médica que he visto, he podido constatar el "sentido de cuerpo" que tienen estos profesionales: según los informes, la mayoría de daños a los pacientes son temas fortuitos o "reacciones idiosincráticas". Evidentemente, el Informe del Comité Técnico, así como cualquier otro, carecen de carácter vinculante. Para apartarse de los mismos, el juez deberá fundamentar debidamente su decisión.

PATRÓN: Como premisa, el Estado es un mal gestor de recursos. En términos generales, los incentivos gerenciales, los incentivos de monitoreo y habilidades de monitoreo necesarias típicamente resultan menos efectivas en el contexto de servicios brindados por el Estado, en comparación con servicios equiparables que pueden ser brindados por empresas privadas. Por lo mismo, me temo que crear nuevas capas de burocracia poco ayudará a solucionar el verdadero problema de fondo. Si se trata de hacer que el Estado sea más eficiente en el uso de los recursos que destina a temas de salud pública, desviar recursos para cubrir el mayor gasto corriente resultante de nuevas instancias administrativas solo empeora los costos. Inisto, concentremos primero en prevenir la ocurrencia de daños antes de desviar nuestra atención y

recursos a procesos para resarcir parcialmente el resultado de la ineficiencia estatal.

De llegarse a instancias judiciales, los reportes que produzcan estas instancias administrativas tendrán el mérito probatorio que estime el de la autoridad judicial.

RIVAROLA: No me parece necesariamente adecuado crear más burocracia. Sería en todo caso importante que el Estado no sea el que asuma los costos de este Comité. El informe, expedido luego de un procedimiento administrativo, puede ser vinculante pero entonces hay que tener cuidado con las consecuencias. Quien no estuviese de acuerdo con el informe lo impugnaría en vía judicial en la vía del contencioso-administrativo, dilatando aun más la solución del problema. Creo que el informe debe ser no vinculante y que debería explorarse la posibilidad de un arbitraje ante la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

6. El informe técnico mencionado en la pregunta anterior, no evaluará aspectos como el proyecto de vida las personas. ¿Cree usted que la frustración del mismo es un factor que debe tomarse en cuenta al momento de analizar cuantitativamente la reparación a otorgarse? o ¿debería seguirse criterios objetivos a fin de cumplir con indemnizar a los afectados en un menor tiempo?

VARSI: Existe normalmente una situación recurrente en sede de daños médicos: el daño original cuyo resarcimiento se ordena judicialmente sigue causando menoscabo a futuro, mucho después de terminado el proceso y reparada la lesión. Es posible legalmente volver a demandar siempre y cuando se acredite que el nuevo daño tiene como causa el daño original, naturalmente en este caso los plazos de prescripción (dos años a partir de la posibilidad de demandar) corren desde que la víctima toma conocimiento del nuevo daño producido. Es así que, el daño producido por mala práctica médica tiene altas probabilidades de causar daños ulteriores. Estos, como sabemos, son indeterminables. Debería otorgarse una reparación ajustada a esas probabilidades,

independientemente del daño original causado. Al margen de consideraciones pecuniarias exactas debe repararse el daño moral (entendido como el sufrimiento o dolor) y el daño a la persona (que afecta la unidad psicosomática y la libre decisión de la persona ocasionando la frustración del proyecto de vida) de acuerdo a las probabilidades del daño ulterior.

La reparación en la vía civil, no castiga ni enriquece, solo compensa. Cualquier suma que se otorgue será discutible o arbitraria; sin embargo, el dinero será siempre el común denominador de todas las cosas, al menos aparcigua en algo no sé si la frustración de vida, pero sí en el algo lo que se padece.

ESPINOZA: Lo que creo es que deben establecerse "tablas mínimas" para daños idénticos que variarían en atención al porcentaje de la invalidez del dañado. El denominado "daño al proyecto de vida", en mi opinión, no debería ser entendido como una nueva voz del daño (hago recordar que lo son -a nivel extrapatrimonial- el daño moral -dolor sufrimiento, pena, aflicción- y el daño a la persona -lesión a los derechos no patrimoniales-), sino un criterio para cuantificar el daño no patrimonial. Es sobre la tabla mínima que el juez, en atención a diversos criterios puede ampliar el monto indemnizatorio.

PATRÓN: Francamente, creo que el propósito inmediato de paliativos como el propuesto es aliviar en algo los daños que se ocasionan a las víctimas de la mal práctica en centros de salud estatales. Entrar a discutir temas como el resarcimiento de la frustración al proyecto de vida excede largamente lo que se puede realísticamente lograr con este tipo de herramientas.

RIVAROLA: En este punto creo que los criterios deben ser objetivos, tomando como referencia el SOAT o las tablas de los seguros complementarios de trabajo de riesgo. De otra manera el sistema puede ser inviable.

7. Debido al denominado "período ventana", período en el cual no es posible detectar la existencia del virus del VIH por medio de las pruebas sanguíneas, mediante la sola transfusión ya se estaría ante una

posibilidad de contagio, por lo que ante la imposibilidad de detectar el virus en el periodo mencionado, ¿se podría decir que el hecho de la infección por sí solo no produciría responsabilidad en el Estado?

VARSÍ: Es normal que entre la penetración del VIH en el organismo y la aparición de anticuerpos anti-VIH pasen varias semanas. La persona está infectada y puede transmitirlo pero aún no se detectan los anticuerpos en su sangre. Este es el llamado periodo de ventana.¹ Es variable y puede durar meses. Científicamente se dice que los anticuerpos se desarrollan entre 4 y 8 semanas después de la infección, pero no hay seguridad ni certeza. Frente a esta situación hay que tomar las precauciones del caso, para eso se desarrolla la ciencia. Demostrada la infección por transfusión de sangre inmediatamente surge la responsabilidad. El periodo ventana no puede ser tomado como una medida de exoneración de responsabilidad.

Hay que tener presente que existe una legislación especializada sobre el SIDA, se denomina Legislación CONTRASIDA² en la que se declara de necesidad nacional e interés público la lucha contra la infección por el VIH, el SIDA y la infecciones de transmisión sexual (ITS).³ Según la legislación todo donante de sangre o sus componentes, de células, de tejidos o de órganos debe ser sometido a un tamizaje de infección por VIH bajo responsabilidad civil, penal o administrativa, según fuere el caso, de los profesionales quienes serán responsables de la omisión de dichos actos y de su realización en forma negligente, imprudente o imperita.⁴ Esta posición que exige las medidas de seguridad necesarias y precisas en las transfusiones sanguíneas fue considerada de forma indirecta

por una resolución judicial⁵ que manifestó que "el hecho de atribuir a la institución demandada el haber utilizado para una transfusión sangre infectada con el virus del SIDA, y que por tal causa el demandante es ahora portador, engloba un supuesto de responsabilidad civil contractual. Existe obligación tácita de seguridad que no se agota en el acto material de la transfusión, sino que va más allá. No solo se obliga a realizar la transfusión sino también a que dicha transfusión no sea causa de un mal para el paciente. Esta es la obligación de seguridad que corresponde a todo profesional de la salud".

Las pruebas de VIH y SIDA son voluntarias y se realizan previa consultoría obligatoria, salvo las siguientes excepciones: Donante de sangre y órganos, el de la madre gestante (a fin de proteger la vida y la salud del niño por nacer), cuando exista riesgo previsible de contagio o infección y para disponer de las medidas y tratamiento pertinente.⁶ Asimismo, el Reglamento de la legislación contra el SIDA⁷ indica también (pero de manera más restrictiva) que si bien las pruebas diagnósticas de infección por VIH solo podrán realizarse luego de consejería y autorización escrita de la persona (artículo 11), se exceptúa la obligación de obtener consentimiento para realizar la prueba diagnóstica en los casos (artículo 12) de donantes de sangre o sus componentes, de células, de tejidos o de órganos (a) y fuentes de sangre potencialmente contaminada, involucradas en accidentes por exposición percutánea, durante la atención de salud (b).

ESPIÑOZA: Negativo. Deberá asumir la responsabilidad quien se encuentra en una mejor posición para asumir los costos de prevención de esos daños. ¿A quién se lo trasladamos? ¿a los profesionales médicos o a los pacientes? Creo que la respuesta es obvia. Este es el criterio del *cheapest cost avoider* que difiere del *deep pocket*, en el cual asume los costos quien tiene mayor capacidad económica.

PATRÓN: En el fondo, el problema es uno de cómputo del plazo de prescripción

¹ Ley 26626 (DOEP 2006/1996), ampliado y modificado por la Ley 28243 (DOEP 1/06/2004) y su Reglamento. Decreto Supremo 004-97-SA (DOEP 18/6/1997).

² La Ley 28243, artículo 5 (DOEP 1/06/2004) cambia la denominación enfermedades de transmisión sexual (ETS) por infecciones de transmisión sexual (ITS).

³ Artículo 9, Decreto Supremo 004-97-SA (DOEP, 18/06/1997). Asimismo, la Ley 26626 (DOEP, 20/6/1996) modificada por la Ley 28243 (DOEP, 1/06/2004) establece que las pruebas de VIH son voluntarias, excepto la donación de sangre y órganos (también considera el caso de la madre gestante).

⁴ Expediente No. 1615-00, Tercera Sala Civil de Lima.

⁵ Expediente No. 1615-00, Tercera Sala Civil de Lima.

⁶ Decreto Supremo No. 004-97-SA, (DOEP, 18/6/1997).

para acciones de responsabilidad civil. El caso consultado es un típico ejemplo de un daño que se ocasiona en un momento pero no se manifiesta sino hasta un momento posterior.

Atendiendo a que el plazo de prescripción es relativamente corto (dos años), lo que en todo caso debería aclararse es que su cómputo debe iniciarse recién a partir del momento en que se pudo razonablemente conocer el daño ocasionado.

RIVAROLA: Si no existe manera de tomar precauciones razonables, no sería productivo atribuir responsabilidad en estos casos. Sin embargo, siempre se pueden identificar factores de riesgo en una persona, de tal manera que la sangre de quienes tengan un perfil más riesgoso sea excluida.

B. Finalmente, ¿considera usted correcto que en toda la legislación referente a la transfusión sanguínea tanto como en el lenguaje diario se use el término donación para la cesión de sangre cuando este acarrea un sentido patrimonial incompatible con la naturaleza del tejido sanguíneo?

VARSÍ: En efecto, el término donación está mal utilizado. La donación es un contrato, es un acto patrimonial, valorizable y económicamente ejecutable. Respecto de los actos sobre el cuerpo humano, sus órganos, tejidos y productos se trata de actos de libre disposición en los que está de por medio el derecho a la vida, a la integridad y a la libertad, como lo indica el artículo 5 del Código Civil.

Técnicamente no es una donación, sino una dación o cesión, como manifestamos un

acto de libre disposición del cuerpo humano que puede ser realizado *in vivo* o *mortis causa*.

ESPINOZA: Aunque se trata de una cuestión meramente semántica, para el caso de la disposición de partes, órganos o tejidos del cuerpo, a efectos de trasplante, transfusión o de injerto, no se puede hablar de "donación" por cuanto, pese a que se trata de una disposición a título gratuito, su naturaleza es aquella propia de un contrato, el cual se establece para crear, modificar o extinguir, relaciones jurídicas patrimoniales (artículo 1351 del Código Civil). Como se observa, este tipo de disposiciones no tiene un carácter contractual, siendo más adecuado el concepto de "cesión", que carece de connotación patrimonial.

En efecto, basta dar una lectura al artículo 1621 del Código Civil para entender que "por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien". Hay quienes sostienen que es preferible utilizar los términos de "dador y receptor".

PATRÓN: Creo que este es un problema más de laboratorio académico que práctico. La terminología elegida no será la más feliz desde una perspectiva académica, pero creo que a todos nos queda claro cómo se puede o no disponer del tejido sanguíneo bajo el marco normativo existente.

RIVAROLA: Creo que es un problema de forma. La ley de la materia regula la donación de tejidos y órganos dejando en claro que no es un contrato, es decir, que no tiene contenido patrimonial y por lo tanto no está en el mercado.