

EL ACTO MEDICO EN SITUACION DE CONFLICTO ARMADO

El Caso De la Cruz Flores vs Perú ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹

Por Carolina Loayza² y Viviana Cahuas³

I. INTRODUCCION: Protección del ser humano en el Derecho Internacional Humanitario. **II. EL ACTO MÉDICO.** 2.1 Aspectos Generales. 2.2 El Ejercicio del Acto Médico en situación de Conflicto Armado. 2.3 Protección del Acto Médico en situación de conflicto armado. **III. PROBLEMÁTICA DEL ACTO MEDICO EN SITUACION DE CONFLICTO ARMADO.** 3.1 Caso Perú. 3.2 El Caso De la Cruz Flores. **IV. CONCLUSIONES.**

I. INTRODUCCION: LA PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN SITUACIONES DE VIOLENCIA ARMADA

Desde épocas antiguas los pueblos han luchado para que se reconozcan sus derechos fundamentales⁴. Fue el derecho de la guerra, el primer orden jurídico internacional a través del cual se protegió al ser humano y cuya codificación se inició en el siglo XIX⁵. Sin embargo, ha sido en el siglo XX, y como parte de las profundas transformaciones producidas en el derecho internacional⁶, que la lucha por afirmar la dignidad humana ha encontrado su máxima expresión y realización.

¹ El presente artículo se basa en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos., Caso De la Cruz Flores vs. Perú, por la Representación Legal de víctima a cargo de la Profesora Carolina Loayza.

² Profesora de Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Lima. Abogada Litigante en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

³ Abogada por la Universidad de Lima. Asistente para el curso de Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Lima.

⁴ Podemos encontrar antecedentes de su formulación jurídica en las cartas forales españolas de la edad media y en la magna carta inglesa de 1215, otorgada por Juan Sin Tierra a la Nación inglesa. En ella está el origen de las libertades inglesas y el fundamento de los derechos políticos. Declaraba la libertad de la Iglesia en Inglaterra, establecía los derechos de los hombres libres, determinaba que no habría otros impuestos que los establecidos con el consentimiento del Consejo y reconocía diversos derechos. En: CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1980. p.46. Siglos después, encontramos antecedentes en la Declaración de Virginia de 1776 y en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

⁵ Otros casos de preocupación del ser humano por el derecho de gentes fueron: la abolición de la esclavitud: Tratado de Londres de 1841, Acta General de Bruselas de 1890 y Convención de Ginebra de 1926: las garantías de libertad religiosa y lingüística de las minorías nacionales: Impuestos selectivamente, primero a los Estados del Imperio Otomano y, luego, del Austro-Húngaro; y el establecimiento de estándares mínimos sobre los derechos laborales y libertades de los trabajadores: Parte XII del Tratado de Versalles de 1919.

⁶ Entre las transformaciones experimentadas por el Derecho Internacional en este último siglo podemos mencionar a la proscripción del uso de la fuerza y su formulación como principio básico y fundamental que tiene como excepción la legítima defensa individual y colectiva -esta última a través de las

Gobiernos totalitarios surgidos luego de la primera guerra mundial, pretendieron avasallar al ser humano, lo que se concretó en dimensiones insospechadas durante la segunda guerra mundial. La respuesta de la sociedad internacional no se hizo esperar. Los Estados comprendieron que la búsqueda de la paz iniciada a finales del siglo pasado⁷, debía tener como premisa fundamental el respeto de los derechos y libertades fundamentales de hombres y mujeres⁸.

Los derechos humanos son un concepto ideológico sobre la condición humana, de la relación del individuo con la sociedad representado por el poder constituyendo una obligación primordial de cada Estado el respetarlos y garantizarlos en toda circunstancia a las personas que se encuentran en su territorio.

Tanto el orden jurídico nacional como internacional regulan los derechos humanos. Por los tratados de derechos humanos, los Estados Partes, en principio, se obligan a respetar y garantizarlos a todas las personas dentro de su territorio y sujetos a su jurisdicción sin distinción alguna, por raza, color, sexo, lengua, opinión política u otro, de religión, origen nacional, característica, nacionalidad, u origen social⁹. La Corte Internacional de Justicia¹⁰ ha afirmado que los tratados de derechos humanos, específicamente el Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos, es aplicable donde el Estado ejerza su jurisdicción sea este en su territorio o un territorio extranjero¹¹. Para la Corte, la redacción elegida por los redactores del Pacto

operaciones de mantenimiento de paz y otras medidas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas; la evolución del derecho del mar; el reconocimiento de nuevos sujetos de este ordenamiento jurídico -como los organismos internacionales, los movimientos de liberación nacional, el hombre, etc., El reconocimiento de la persona humana en tanto destinatario directo de las normas internacionales ha replanteado la relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional y los aspectos vinculados a la jurisdicción exclusiva de los Estados-; el desarrollo de nuevas ramas del derecho internacional como el derecho económico internacional, el derecho del espacio exterior, el derecho internacional ambiental, etc.; la creación de tribunales internacionales para juzgar personas por crímenes internacionales; la tendencia hacia la codificación del derecho internacional sin perjuicio de que la costumbre, fuente primordial del derecho internacional, siga imprimiendo a este orden jurídico, la dinámica que posibilita los cambios y transformaciones que él se operan.

⁷ Durante la Conferencia de Paz de La Haya de 1899, los Estados plantearon nuevas formas de solución de controversias distintas de la guerra. El proceso hacia la búsqueda de la consagración de la paz, se prolongó hasta 1945, con la proscripción de la amenaza y uso de la fuerza, en el artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas.

⁸ Tal como se expresa en el Preámbulo de la Carta de la Organización de Naciones Unidas: “Nosotros los pueblos de las naciones unidas, resueltos a: ... Reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de hombres y mujeres ...”.

⁹ Artículo 2 (1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁰ Corte Internacional de Justicia. Opinión Consultiva sobre las consecuencias legales de la construcción de un muro en el Territorio Ocupado de Palestina, 9 de Julio de 2004.

¹¹ Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, Artículo 32: Medios de interpretación complementarios.- Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: (a) Deje ambiguo u oscuro el sentido; o (b) Conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable. Para la Corte Internacional de Justicia, su interpretación ha sido confirmada de los trabajos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles Políticos.

busca impedir que los Estados puedan escapar de sus obligaciones cuando éstos ejerzan su jurisdicción fuera de su territorio¹².

La obligación de respeto y garantía de los derechos humanos por los Estados, cobra mayor relevancia en situaciones de especial gravedad como son los conflictos armados, tanto de naturaleza internacional como nacional, pues es sabido que bajo ningún pretexto, ni siquiera cuando el Estado se encuentre atravesando una situación excepcional que ponga en riesgo la vida de la nación —tal es el caso de la situación de conflicto armado o de disturbios generalizados—, podrán suspenderse las garantías relativas a ciertos derechos humanos fundamentales.

Definir una situación de conflicto armado puede resultar complejo debido a las diversas formas, que en la realidad, adopta la violencia armada. La doctrina sostiene que para hablar de la existencia de una situación de conflicto armado debe tomarse en cuenta por lo menos, tres características: i) que se trate de un conflicto manifiesto de considerable magnitud, es decir de carácter masivo, ii) han de enfrentarse dos o más bandos militares al menos uno de los cuales corresponderá al ejército regular o fuerza armada que combata en nombre de la autoridad establecida; y, iii) en ambos lados de la contienda ha de existir cierta coordinación de las acciones militares¹³.

Desde mediados del siglo XX, América Latina se ha visto envuelta en situaciones de violencia armada, es decir de situaciones en las que ha predominado el uso de la fuerza por medio de las armas para alterar el natural modo del comportamiento o accionar¹⁴. Muchas de estas situaciones de violencia armada han devenido en verdaderos conflictos internos como el caso de El Salvador y Guatemala. No obstante, también se han producido otros fenómenos de violencia armada como consecuencia de largos períodos de dictadura, como ocurrió en Argentina y Chile que no llegaron a este estatus, mientras que el narcotráfico y el terrorismo también han sido dos fenómenos que azotaron y vienen azotando a la región; en particular a Colombia, en el primer caso, y al Perú durante los años 1980 al 2000¹⁵, en el segundo caso.

Históricamente, un Estado comprometido en un conflicto armado no tiene muchas posibilidades de proteger a sus ciudadanos a cabalidad, y las normas de derechos humanos, en la práctica evidencia algunas limitaciones. En situaciones de conflicto armado, el Derecho Internacional Humanitario¹⁶, en adelante DIH, establece obligaciones a los

¹² Véase la discusión de la redacción preliminar en la Comisión de derechos humanos, E/CN.4/SR.194, párrafos. 46; y Naciones Unidas, expedientes oficiales de la Asamblea General, Décima Sesión, anexos, A/2929, parte II, Capítulo V, párrafo 4 (1955).

¹³ WALDMANN, Peter y Fernando REINARES. *Sociedades en guerra civil*. Barcelona. 1999. Páidos, pág. 13.

¹⁴ *Violencia y Pacificación*. Informe de la Comisión Especial del Senado sobre las causas de la violencia y alternativas de pacificación en el Perú. Lima. 1989. DESCO. P.30.

¹⁵ La fecha es referencial, y se relaciona al período respecto al cual la Comisión de la Verdad y Reconciliación debía pronunciarse

¹⁶ El Derecho Humanitario es el resultado de siglos de guerra del cual se han desarrollado normas y usos que rigen la conducción de las hostilidades. Su desarrollo ha sido estimulado por militares que reconocieron que la violencia y destrucción que excede la real necesidad militar no sólo es inmoral y malgasta los recursos escasos, sino también contraproducente para alcanzar los objetivos políticos para los cuales se usa la fuerza armada. Está

Estados de respetar los principios humanitarios, que tal como señaló la Corte Internacional de Justicia, “... no resulta solo de los convenios en sí, sino también de los principios generales del derecho humanitario ...”¹⁷. Sin perjuicio de ello, la historia ha demostrado que entales circunstancias, se lesionan con frecuencia derechos básicos de las personas (torturas, tratos degradantes, detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas) amparados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En ese contexto, el DIH provee un marco jurídico mas adecuado a la protección de toda persona en situaciones de conflicto armado tanto interno como internacional, respecto del las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues opera como *lex specialis* para la protección del ser humano¹⁸.

En situaciones de conflicto armado interno, el sistema de protección del ser humano recae directamente en el DIH a través del artículo 3 común¹⁹ a los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949²⁰, y del II Protocolo Adicional a dichos convenios.

conformado principalmente por los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales de 1977. En: SOLF, Waldemar. Protección de Civiles Frente a los Efectos de las Hostilidades Según el Derecho Consuetudinario Internacional y el Protocolo I. Conferencia dictada en el Seminario sobre Derecho Humanitario. Organizado por la Cruz Roja de Estados Unidos y el Washington College of Law. Universidad de Washington, D.C. Enero 21, 1986. Traducción de la Delegación del CICR en el Perú.

¹⁷ Corte Internacional de Justicia. Caso de las actividades militares y paramilitares en y contra Nicaragua de 1986, Nicaragua vs. Estados Unidos de Norteamérica.

¹⁸ Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. P. 73

¹⁹ En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes contratantes, cada una de las Partes en conflicto tendrá la obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

- 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que no hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios;
 - b) la toma de rehenes;
 - c) los atentados contra la dignidad persona, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
 - d) las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal legítimamente constituido, con garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Además, las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente convenio.

La aplicación de las anteriores disposiciones no surtirá efectos sobre el estatuto jurídico de las partes en conflicto.

²⁰ El Perú ratificó los Convenios de Ginebra de 1949 el 15 de febrero de 1956 .

El artículo 3 común conocido también como “mini convenio” establece un marco mínimo de protección tanto para quienes no participan, así como para los que hayan dejado de participar en las hostilidades, es decir, a quienes no llevan armas o han dejado de llevarlas y no participan en las hostilidades. Así entendido, el citado artículo 3º consagra derechos como la vida, la integridad y el debido proceso, entre otros, recogidos en los artículos 4º (derecho a la vida), 5º (derecho a la integridad), 8º (garantías judiciales), 9º (Principio de Legalidad e Irretroactividad) 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y configura un estándar mínimo de protección en situaciones de conflicto armado..

En ese contexto, los principios del DIH como el de Trato Humano, de Distinción, de No Discriminación, entre otros, cobran relevancia para la protección de los seres humanos y la vigencia de sus derechos humanos en las situaciones de violencia armada.

Asimismo y teniendo como base el principio de humanidad, el derecho internacional prevé que en aquellos casos que no configuran conflictos armados propiamente dichos, en los términos de los tratados sobre la materia, pero que comportan acciones de violencia armada que ponen en riesgo a la población civil y a los combatientes, existen reglas mínimas básicas de protección a las personas, recogidos en la denominada Cláusula Martens, incorporada por primera vez en el Preámbulo de la Convención de La Haya de 1899 en los siguientes términos:

"...las Altas Partes Contratantes evidentemente no pretenden que los casos imprevistos, sean, en ausencia de una consideración por escrito, dejados al juicio arbitrario de los jefes militares.

"Hasta que no se emita un código más completo de las leyes de guerra, las altas partes contratantes...declaran que en casos no incluidos en las regulaciones adoptadas por ellas, los habitantes y beligerantes permanecen bajo el principio de la ley de naciones, que se deriva de los usos de los pueblos civilizados, de las leyes humanitarias y de los dictados de la conciencia de los pueblos".²¹.

La vigencia y solidez de la cláusula Martens en el derecho internacional, busca extender jurídicamente la protección a las personas civiles y a los combatientes en todas las situaciones, invocando "los principios del derecho de gentes" derivados de "los usos establecidos", así como "las leyes de humanidad" y "las exigencias de la conciencia pública"; las que pese a no estar contempladas por las normas convencionales, permite admitir la existencia de un núcleo inderogable de derechos básicos²².

²¹ Véase Preámbulo de la Convención de La Haya de 1899 y 1907 que fuera propuesta Fyodor Martens, diplomático y jurista ruso. Posteriormente ha sido recogido en el del I Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra, de 1977: “En los casos no previstos en el Presente Protocolo o en otros acuerdos internacionales, las personas civiles y los combatientes quedan bajo la protección y el imperio de los principios del derecho de gentes derivados de los usos establecidos, de los principios de humanidad y de los dictados de la conciencia pública”.

²² Sentencia de fondo. Caso Barrios Altos vs. Perú. Voto concurrente del Juez. Antonio Cancado Trindade. Párrafo 22. El párrafo 25 también señala resalta su importancia por su carácter de jus cogens: La doctrina jurídica contemporánea también ha caracterizado la cláusula Martens como fuente del propio derecho

Aún cuando no exista vínculo orgánico entre los Convenios de Ginebra y el Derecho de los Derechos Humanos, ambos poseen el mismo propósito: la protección de toda persona sin discriminación alguna. La realidad de nuestra comunidad y la interdependencia del DIH y los Derechos Humanos, pueden ser visualizados a través de vasos comunicantes: la violencia armada nace de las violaciones de los derechos humanos. La observancia de los Derechos Humanos condicionan la aplicación del DIH. Así cuando disminuye la observancia de los Derechos Humanos, crece la necesidad de la observancia del DIH ó viceversa, crece la observancia de los derechos humanos, por ende, disminuye la necesidad de la observancia del DIH.

La sintonía entre estos dos sistemas resulta patente en sus objetivos, pues ambos ordenamientos jurídicos convergen en la protección de la persona en cualesquiera circunstancias, interactuando en situaciones excepcionales para una mejor protección de las personas, reforzándose recíprocamente en su acción²³.

II. EL ACTO MEDICO

2.1 ASPECTOS GENERALES

La medicina, como arte y ciencia, orientada al logro de la más alta calidad de vida, es una profesión que tiene como fundamento el respeto a la vida y a la dignidad humana. La medicina es una profesión que se sustenta en una relación humana que trata y respeta la individualidad y la integridad moral, psíquica, física y social de la persona y se orienta por los principios de la relación médico-paciente. La medicina es una profesión de servicio, y como tal, cumple un rol social permanente, manteniendo su legítima vigencia en la sociedad actual, contribuyendo a la cultura, al desarrollo humano y a la civilización.²⁴

El ejercicio de la medicina, por su peculiaridad, además del respeto a la dignidad humana y a los derechos a la vida y a la integridad, incluye inherentemente un permanente respeto a otros derechos fundamentales: el derecho a la identidad, el derecho a la libertad de conciencia, el derecho a la salud (expresión del derecho a la vida y del derecho a la integridad), el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a la identidad étnica y cultural y el derecho a la seguridad social.

El acto médico se caracteriza por factores principales entre los cuales encontramos i)La Profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto

internacional general; y nadie osaría hoy negar que las "leyes de humanidad" y las "exigencias de la conciencia pública" invocadas por la cláusula Martens pertenecen al dominio del *jus cogens*. La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se puede considerarla como expresión de la *razón de la humanidad* imponiendo límites a la *razón de Estado (raison d'État)*.

²³ PEREZ GONZÁLEZ, Manuel. Declaración Pericial en el Caso De la Cruz Flores, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

²⁴ Véase Título I. Declaración de Principios del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú

médico; ii) La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada "Lex Artis Ad Hoc", sujeta a las normas de excelencia de ese momento. iii) El tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y iv) la Licitud, o sea su concordancia con las normas legales, que se refieren a la omisión y la mala praxis.²⁵

El acto médico es una actividad lícita y forma parte del ejercicio de la medicina, pues se trata de: *“actividades profesionales en el campo de la Medicina y de sus especialidades para... salvar bienes jurídicos como es la vida humana;”*²⁶.

El Dr. Alejandro Aguinaga, quien fuera Vice Ministro de Salud, señala que el *“Acto médico es un término añejo, acuñado por el ejercicio profesional de la medicina. Conlleva la solemnidad de un acto litúrgico porque sus actores cumplen un rol para modificar el destino natural de una existencia avasallada por el padecimiento de una enfermedad, de un episodio generalmente impregnado de dolor y tras el cual acecha la muerte. En este acto los participantes se desprenden de la condición individual de su existencia como ciudadanos comunes y, sólo después de haber cumplido este requisito, el enfermo, -aunque sea médico o juez- asume su rol de paciente, y el profesional asume e interpreta su papel de médico tratante. Como los roles familiares de padre, hijo o hermano tienen mucha fuerza, resulta difícil instaurar la relación médico paciente dentro de los propios familiares del médico.”*

En resumen, el acto médico no es otra cosa que la promoción de la salud, la curación y prevención de la enfermedad así como la rehabilitación del paciente, pues el médico se compromete a través de todos los medios a su alcance efectuar un procedimiento (médico o quirúrgico), actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal, para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados; y previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo, todo ello basado en sentido ético de la medicina, que constituye un sentimiento profundo de solidaridad con el prójimo, que busca el bien del paciente, evitarle todo daño; y en la autonomía en su actuar, pues esta sólo responde a criterios científicos. De este modo, el médico dedica su vida al servicio de la humanidad.

Los principios de la ética médica fueron originariamente establecidos en el “Juramento Hipocrático” (460-380 A.C.), y posteriormente han sido recogido en los códigos de ética de los colegios de los profesionales de la medicina²⁷. Han sido también recogidos en diversas declaraciones como, la Declaración de Ginebra de 1948, y la de Estocolmo de setiembre de 1994. A partir de estos principios se establecen los deberes del médico en el ejercicio de su profesión.²⁸

²⁵ Según el Presidente de la Federación Médica Colombiana, Fernando Guzmán Mora .

²⁶ En Informe de la señora Fiscal de la 14ª. Fiscalía Provincial de Lima la señora Fiscal de la 14ª. Fiscalía Provincial de Lima.

²⁷ Este juramento es prestado por todos los médicos en el Perú para efectos de su matrícula en el Colegio Médico del Perú. Véase Código Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.

²⁸ El Juramento Hipocrático consagrado en la Declaración de Ginebra de 1948 dispone para quienes serán admitidos como miembros de la profesión médica:

- Yo, solemnemente, prometo consagrar mi vida al servicio de la humanidad.

El ejercicio de la profesión médica se encuentra también fundamentado en principios como el de Especificidad y otros que guardan concordancia con algunos de los Principios del DIH como el de No Discriminación y Distinción Favorable.

Respecto del Principio de Especificidad, el Dr. Aguinaga Recuenco, señala que “En esta turbulencia de ideas sobre el cambio de apreciación del acto médico, conviene mantener el principio de especificidad del mismo, para que no sea asimilado incorrecta e indebidamente a una mera relación extracontractual o contractual, o de arrendamiento de servicios, porque el fundamento de la relación médico-enfermo radica en el compromiso del médico de estar al servicio del paciente y de jamás causarle daño.”

Para el médico la persona a quien trata es solo un paciente, más allá de su edad, sexo, condición social, política, jurídica. En ese sentido, su actuación se rige por los Principios de No Discriminación y de No Distinción Desfavorable, donde sólo se permite la distinción cuando resulte en beneficio del paciente. En el ejercicio profesional, especialmente en la relación médico-paciente, el médico vela por estos principios y derechos, dando prioridad a sus decisiones en función del mejor interés del paciente; de ese modo, no establece diferencias ni discriminación entre los pacientes, pues a todos los deberá atender con respeto y dedicación.

2.2 EL EJERCICIO DEL ACTO MEDICO EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO

A mediados del siglo XIX, la situación de los soldados heridos en el campo de batalla era lamentable; pues no sólo se carecía de personal médico y auxiliar, sino que las cirugías y demás operaciones eran realizadas en condiciones primitivas²⁹. Por si fuera poco, las Guerras Napoleónicas de principios de siglo habían desconocido la práctica consuetudinaria de respeto a los hospitales ubicados en los campos de batalla enemigos, a los heridos y al

-
- Yo otorgaré a mis maestros el respeto y la gratitud que ellos se merecen.
 - Yo ejerceré y practicaré mi profesión con dignidad y con plena conciencia de mis actos.
 - La salud de mi paciente será mi mayor prioridad, interés y consideración.
 - Yo respetaré los secretos a mí confiados, aún después de la muerte del paciente.
 - Yo mantendré y guardaré por todos los medios y capacidades a mi alcance, el honor y las nobles tradiciones de la profesión médica.
 - Mis colegas serán mis hermanos y hermanas y los trataré como tales.
 - Yo no permitiré que diferencias de edad, enfermedad o discapacidad, credo, origen étnico, género, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual o clase social intervengan o interfieran en mi deber como médico para con mi paciente.
 - Yo mantendré y guardaré el mayor respeto por la vida humana, desde su comienzo, aún estando bajo amenaza, y no usaré mis conocimientos médicos en contra de las leyes y principios de la humanidad (humanitarios).
 - Yo hago estas promesas solemne y libremente, y por mi propio honor.

²⁹ Véase “CONSTRAINTS OF THE WAGING OF WAR”. Las principales corrientes: Ginebra, La Haya, Nueva York. No existían muchos medios para combatir las enfermedades pues aún no se conocían ni los antibióticos ni el plasma.

personal médico³⁰. En este contexto, el personal médico como cualquier otra persona era tomado prisionero, lo que motivó la huida de doctores y enfermeros cuando se tenía conocimiento de la proximidad de las fuerzas enemigas. El resultado era que la mayoría de los heridos quedaban desatendidos, lo que se agravaba por que los habitantes de los pueblos cercanos a los campos de batalla se negaban a ayudarlos³¹, por temor a las represalias.

En 1859, el comerciante ginebrino Henry Dunant al terminar la batalla de Solferino³² prestó ayuda a los cientos de heridos franceses y austriacos que habían sido trasladados al poblado cercano de Castiglione, prestando ayuda él y unos cuantos voluntarios, a los combatientes heridos o enfermos para curar a los heridos y aliviar el sufrimiento de los moribundos. Afectado por la miseria de la que había sido testigo Dunant, plasmó sus experiencias en un libro al que tituló **Recuerdo de Solferino**, publicado en 1862. En su libro, Dunant proponía: en primer lugar, la fundación en cada país de una sociedad nacional de socorro, de naturaleza privada y con la finalidad de ayudar a los servicios médicos militares en aquellas tareas para las que estos no estuvieran equipados³³; y, en segundo lugar, la celebración de un tratado a fin de facilitar el trabajo de estas sociedades y garantizar un mejor trato para los heridos³⁴. El libro causó gran impacto en Europa, y cuatro años después de la batalla Solferino y un año después de la publicación de su libro (1863), Henry Dunant y otros cuatro ciudadanos ginebrinos: Guillaume-Henri Dufour, Gustave Moynier, Louis Appia y Théodore Maunoir, más conocido como el Comité de los Cuatro³⁵, fundaron el Comité de Socorro hoy conocido como el Comité Internacional de la Cruz Roja - CICR, con el propósito de prestar protección y asistencia a las víctimas civiles y militares de los conflictos armados y de sus consecuencias directas. Un año después, en 1864 el gobierno Suizo convocó a una Conferencia Diplomática en Ginebra, adoptándose el 22 de Agosto de ese mismo año el “Convenio para la mejora de la suerte de los militares heridos en los ejércitos de campaña”.

³⁰ Ibid. Los hospitales eran usualmente bombardeados y tanto doctores como enfermeros se veían continuamente expuestos a ser heridos o asesinados en los campos de batalla.

³¹ Ibidem.

³² Ciudad ubicada al norte de Italia.

³³ “No se podrían fundar sociedades voluntarias de socorro cuya finalidad sea prestar o hacer que se preste, en tiempo de guerra, asistencia a los heridos?” En: DUNANT, Henry. *Recuerdo de Solferino*. CICR, Versión Española, Ginebra, diciembre de 1982, pág. 117.

³⁴ “En circunstancias extraordinarias, como cuando se reúnen, por ejemplo en Colonia o en Châlons, personalidades del arte militar, de diferentes nacionalidades, ¿no sería de desear que aprovechen la ocasión de esa especie de congreso para formular algún principio internacional, convencional y sagrado que, una vez aprobado y ratificado, serviría de base para Sociedades de Socorro a los heridos en los diversos países de Europa? Es tanto más importante ponerse de acuerdo y tomar medidas previas cuando cuanto que, cuando se desencadenan hostilidades, los beligerantes ya están mal dispuestos los unos contra los otros, y ya no tratan las cuestiones sino desde el punto de vista de sus súbditos [Nota de pie de página: ¿No se convocan pequeños congresos de sabios, de juristas, de agrónomos, de estadísticos, de economistas, que se reúnen expresamente para tratar cuestiones que, de todos modos, tienen menor importancia, y no hay sociedades internacionales que se ocupan de industria, de beneficencia, de obras públicas, etc.? En: DUNANT, Henry. *Ob. Cit.*, pág. 127.

³⁵ El Comité de los Cuatro organizaron un congreso en Ginebra, en el cual participaron representantes de 16 países, que recomendaron la fundación de Sociedades nacionales de socorro y solicitaron, para las mismas, la protección y el apoyo de los Gobiernos. En el Congreso, los participantes expresaron sus deseos que las potencias beligerantes declaren neutrales –inviolables-, en tiempo de guerra, los lazaretos y los hospitales de campaña, y que esa protección también alcance al personal sanitario de los ejércitos, a los auxiliares voluntarios y a los heridos y, por último, de que los Gobiernos elijan un signo común para las personas y los bienes protegidos. Véase En: DUNANT, Henry. *Ob. cit.*, pág. 132.

Desde su fundación, el Comité Internacional de la Cruz Roja tiene por misión prevenir y aliviar este sufrimiento que caracteriza la violencia armada³⁶. Limitado en sus inicios a los conflictos armados internacionales, su cometido recibido de los Estados Partes en los Convenios de Ginebra se amplió rápidamente a las situaciones de violencia interna³⁷.

Las actividades del CICR desde 1863 se inspiran en los principios de humanidad, imparcialidad, neutralidad e independencia con respecto a cualquier poder, y su personal médico y paramédico se ocupan de los heridos víctimas de los conflictos armados en los hospitales, principalmente³⁸.

Con el transcurso de los años, se evidenciaron los sufrimientos y el efecto desfavorable que los conflictos armados traían consigo principalmente en los civiles. De acuerdo a información estadística, mientras la Primera Guerra Mundial causó un 6% de víctimas entre la población civil, la Segunda Guerra Mundial elevó el porcentaje a un 50%, Vietnam a un 75%; mientras que en los conflictos armados internos se estima un número de un 90% de víctimas que pertenecen a la población civil³⁹. Es así, que muchos de los conflictos armados suscitados después de 1864 influyeron de forma más o menos inmediata, en el desarrollo del Derecho Humanitario⁴⁰.

La situación antes descrita, fundamenta la necesidad de la presencia de los profesionales de la medicina en situaciones de conflicto armado, pues son ellos los únicos capaces de prevenir y mitigar el sufrimiento humano de quienes se encuentran expuestos a este mal, aliviando así la suerte de quienes padecen las consecuencias de la violencia armada. Sin embargo, es en este contexto donde los profesionales de la medicina se encuentran también expuestos a drásticas restricciones, maltratos y vejámenes, viéndose con frecuencia cuestionado su estatuto neutral, que se supone es salvaguardado por el DIH⁴¹.

³⁶ El primero de los siete Principios Fundamentales del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja es el de humanidad. En él se estipula que el Movimiento «*se esfuerza, bajo su aspecto internacional y nacional, en prevenir y aliviar el sufrimiento de los hombres en todas las circunstancias. Tiende a proteger la vida y la salud, así como a hacer respetar a la persona humana (...)*».

³⁷ El párrafo 2 del artículo 3 común a los Cuatro Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 califica el CICR de «*organismo humanitario imparcial*». Véase Harroff-Tavel, Marion. La acción del Comité Internacional de la Cruz Roja ante las situaciones de violencia interna. Revista Internacional de la Cruz Roja No 117, mayo-junio de 1993, pp. 199-225, pág. 4

³⁸ El CICR en los conflictos armados internacionales también lleva socorros a los campamentos de prisioneros de guerra, los visita, al final del conflicto coadyuva a su repatriación; protege y ayuda a los internados civiles en un conflicto armado interno; así como a la población civil en cualquier circunstancia. Asiste a refugiados y desplazados a consecuencia del conflicto armado; a los mutilados de guerra, etc.

³⁹ Novak, Fabián. “El Derecho Internacional Humanitario en caso de conflicto armado internacional”. “Derecho Internacional Humanitario”. *Op. cit.*, p. 215

⁴⁰ El trágico balance y las horribles persecuciones que fueron víctimas las personas civiles, la comunidad internacional responde en el año 1949 con la revisión de los Convenios vigentes – protección de los combatientes heridos en campaña terrestre, protección de heridos y náufragos de los combates en el mar, protección de los prisioneros de guerra-; y, con la aprobación de un nuevo instrumento, el cuarto Convenio de Ginebra que protege a la población civil.

⁴¹ En este sentido se ha podido constatar, en los conflictos recientes (Ruanda, Bosnia-Herzegovina, Kosovo, Sierra Leona, Chechenia, Timor Oriental, etc.), una mengua del respeto del papel de los profesionales de la

La actividad médica en conflictos armados, se encuentra regulada de manera directa en los instrumentos de DIH. El artículo 3º común a los Convenios de Ginebra establece que “[l]as personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.”⁴² El numeral 2 del citado artículo 3º, dispone específicamente que “los heridos y los enfermos serán recogidos y asistidos”, según parecer mayoritario de la doctrina, consagra una disposición que no sólo es aplicable a cualesquiera situaciones de conflicto armado -interno o internacional, sino incluso a situaciones de disturbios o tensiones interiores⁴³. De este modo, se consagra la obligación *erga omnes* de prestación de asistencia médica a quienes objetivamente la necesitan en el contexto de una situación de violencia armada⁴⁴.

De acuerdo al DIH, la obligación de prestación de asistencia médica por los profesionales de la medicina, debe observar el principio de neutralidad médica, reconocido en el I Convenio de Ginebra de 1864, que es propio de la misión médica, que se caracteriza por su imparcialidad⁴⁵. Los médicos en el ejercicio de su profesión responden a un acto de solidaridad y humanidad a quien lo necesite, sin importar su condición, y específicamente en el caso de una situación de violencia armada, sin interesar a que Parte del Conflicto pertenece, todo ello con el objeto de permitirles llevar a cabo su misión humanitaria.

El párrafo 1 del artículo 10º del Protocolo Adicional II, consagra el carácter neutral de la actividad médica y garantiza su libre ejercicio conforme a la Deontología; es decir, debe responder a la naturaleza humanitaria de su prestación. *“Ejercer una actividad médica a favor de quienquiera que sea, incluso de una persona de la parte adversa, no es sólo un acto lícito, sino también un deber para quienes es su profesión”*⁴⁶. Así, una persona que ejerza una actividad médica no debe, ser castigada, por el mero hecho de haber cumplido la

salud y un ataque deliberado contra quienes, en cumplimiento de sus obligaciones, dispensan asistencia sanitaria a heridos y enfermos sin discriminación

⁴² Artículo 3º común a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, párr. 1.

⁴³ El II Convenio de Ginebra de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, incluye a los náufragos dentro de la obligación de ser recogidos y asistidos.

⁴⁴ Desde nuestro punto de vista, la asistencia médica constituye un deber de naturaleza incondicional.

⁴⁵ La Convención para la Adaptación a la Guerra Marítima de los Principios de la Convención de Ginebra de 1864, adoptada durante la Conferencia de La Haya de 1890, en su Artículo VII consagra la neutralidad del personal médico, además del religioso y de hospital, cuando señala *“El personal religioso, médico y de hospital y no puede ser hecho prisionero de guerra ...”*. Esta Convención en sus artículos I, II y III dispone la obligación de las partes beligerante de respetar los hospitales flotantes militares, o equipados por particulares o sociedades de socorro, o países neutrales, los que están exentos de captura; a condición de notificación de sus nombres al iniciarse o durante las hostilidades o en todo caso antes de ser empleados a las potencias beligerantes. La obligación de respeto conlleva la obligación de las partes beligerantes de no dar utilizar esas naves con fines militares (Artículo IV). El uso de distintivo es coadyuvante a la obligación de respeto (Artículos V).

⁴⁶ Mangas Martín, Araceli *“Conflictos armados internos y Derecho internacional humanitario”*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1990, p. 106.

misión que le incumbe, tanto si ha actuado espontáneamente como si lo han solicitado que lo haga⁴⁷. El término “castigo” cubre las sanciones de todo orden, penal o administrativo.

2.3 PROTECCION JURÍDICA DEL ACTO MEDICO EN SITUACIÓN DE CONFLICTO ARMADO

En cualquier situación de conflicto armado, internacional o interno, la protección general acordada a la misión médica por el Derecho humanitario está ligada al respeto de los principios de la ética médica, los que se elevan, por lo tanto, al rango de norma vinculante en el Derecho Internacional⁴⁸.

No obstante que los Convenios de Ginebra no nos ofrecen una definición precisa y completa del contenido de la ética médica, aportan una panorama general que mediante diversas disposiciones que prohíben determinados comportamientos y otras que protegen la libertad y la independencia del médico, pueden brindarnos una idea general de la labor y la importancia, así como el respeto y protección con que cuentan los profesionales de la actividad médica y la misión médica en situación de violencia armada. Por ejemplo, el artículo 18 del I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, que con carácter general estipula que “nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”, lo que implica que nadie podrá ser castigado por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera que fuesen las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad⁴⁹.

Del mismo modo, los Protocolos adicionales establecen ciertas disposiciones que protegen la actividad médica y a quienes la ejercen, entre estos tenemos no se obligará al personal sanitario a realizar tareas que no sean compatibles con su misión humanitaria, ni se le exigirá que dé prioridad al tratamiento de persona alguna salvo por razones de orden médico⁵⁰; no se podrá obligar a las personas que ejerzan una actividad médica a realizar actos ni a efectuar trabajos contrarios a la deontología u otras normas médicas destinadas a proteger a los heridos y a los enfermos, o a otras disposiciones del DIH, ni a abstenerse de realizar actos exigidos por dichas normas o disposiciones⁵¹.

La protección específica de la misión médica, se vendría a desarrollar ampliamente en los Protocolos adicionales de 1977, lo que se justifica precisamente por el hecho de que los

⁴⁷ Sylvie S. Junod: “Artículo 10 - Protección general de la misión médica”, en Comentario del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) (edición y coordinación: Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann), CICR-Plaza & Janés Editores Colombia S.A., 1998, p. 127.

⁴⁸ PEREZ GONZALEZ, Manuel. Declaración Pericial prestada en el Caso De la Cruz Flores ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁹ Artículo 16, apartado 1 del Protocolo adicional I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, artículo 10, apartado 1 del Protocolo adicional II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional

⁵⁰ Artículo 9 del Protocolo adicional II

⁵¹ Artículo 16, apartado 2 del Protocolo adicional I; artículo 10, apartado 2 del Protocolo adicional II

médicos y otros miembros del personal sanitario prestan asistencia a las víctimas en el marco del conflicto armado⁵².

La Asociación Médica Mundial también establece ciertas disposiciones tomando en cuenta la situación de conflicto étnico o nacional, así como disturbios y tensiones internas u otras situaciones excepcionales que puedan no quedar cubiertas por el Protocolo adicional II. Asimismo, la Declaración de Turku sobre normas humanitarias mínimas de 2 de diciembre de 1990, cuyo valor jurídico ha sido reconocido, entre otras instituciones internacionales, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe sobre los derechos humanos y el terrorismo, de 22 de octubre de 2002), establece en su artículo 14, por una parte, que el personal médico “será respetado y protegido y se le garantizará toda la ayuda disponible para el desempeño de sus funciones”, y, por otra parte, que “en ninguna circunstancia se castigará a una persona por haber realizado actividades médicas compatibles con los principios de la ética médica, independientemente de la persona que se haya beneficiado de esas actividades”.

Todas estas garantías derivan de la necesidad de que el personal sanitario sea respetado y protegido, y también se le proporcione toda la ayuda disponible para el desempeño de sus funciones, pues se tratan de garantías importantes para salvaguardar la actividad médica y aquellos que la ejercen.

Dentro de esa protección de la libertad y la independencia del médico se incluyen reglas que salvaguardan el carácter neutral⁵³, el secreto médico y la confidencialidad, pues, particularmente en este tipo de conflictos en donde los profesionales de la medicina se encuentran en constante riesgo antes y después de prestados sus servicios; como se menciono en párrafos anteriores, el carácter neutral del acto médico impide per se cualquier acto sanción que se les quiera imponer, dado que los profesionales de la medicina cumplen con el compromiso consagrado en el juramento de Hipócrates, a proteger la vida humana en todas las circunstancias.

Sin embargo, las Partes en Conflicto, sea las autoridades o los grupos rebeldes suelen calificar la misión médica en beneficio de la parte adversa como un acto de colaboración que sostiene el esfuerzo de la guerra en favor del enemigo.

De igual manera, el derecho internacional humanitario dentro de sus dispositivos también protege la confidencialidad y el secreto profesional, en este caso específico, el secreto médico⁵⁴ -deber impuesto por la deontología no sólo respecto a la naturaleza de la dolencia sino respecto de toda otra circunstancia cuya divulgación pudiera perjudicar al paciente o a su familia- que establece que toda persona que ejerza una actividad médica no pueda ser obligada a brindar información alguna sobre los heridos y enfermos que estén asistido o que hayan asistido, de igual manera se prohíbe las sanciones para aquellas personas que ejercen esta actividad cuando no proporcionen o se niegan a proporcionar información sobre los

⁵² Pictet, Jean. ” Desarrollo y principios del Derecho internacional humanitario”. Instituto Henry Dunant, Ginebra, 1986, p. 82.

⁵³ Artículo 16 del Protocolo Adicional I y el artículo 10 del Protocolo Adicional II

⁵⁴ Artículo 16 inciso 3 del Protocolo Adicional I y Artículo 10 inciso 4 del Protocolo Adicional II

heridos y enfermos a reserva de lo que disponga la legislación nacional al respecto, dejando un margen de libertad de acción según su conciencia y su juicio.

En principio se reconoce el deber de discreción sobre la naturaleza de la afección tratada en un individuo y de no divulgar de una manera general, informaciones que pudieran perjudicar a su paciente o a los familiares de éste, ni podrá ser sancionado de modo alguno por negarse a proporcionar información sobre los pacientes que haya asistido, a reserva de lo dispuesto en la legislación nacional. Sin embargo, este precepto debe entenderse que el principio de confidencialidad confiere al médico un margen de libertad de acción según su conciencia y su juicio. En consecuencia, la legislación nacional debe ser interpretada en el sentido que su aplicación en modo alguno debe poner en riesgo la vida y salud de los heridos y enfermos. Según Sandoz, Swinarski y Zimmerman, la obligación de revelar sistemáticamente la identidad de los heridos y enfermos despojaría de toda sustancia el principio de la neutralidad de la actividad médica⁵⁵, ello sin perjuicio de reconocer la obligación de notificar situaciones que afecten a la salud pública.

Si bien los párrafos 3 y 4 del artículo 16 y 10 del Protocolo Adicional I y II respectivamente reconocen que la Deontología impone al médico el secreto profesional, y que el ejercicio de la actividad médica no podrá ser sancionada de modo alguno por el hecho de no proporcionar o negarse a proporcionar información sobre los heridos y los enfermos a quienes asista o haya asistido, lo hace bajo reserva de lo dispuesto en la legislación nacional, las Partes en Conflicto infringen deliberadamente este derecho, tomando represalias contra los profesionales de la medicina imputándoles sanciones.

De igual manera, la Asociación Médica Mundial adoptó “Regulaciones de la Asociación Médica Mundial en Tiempo de Conflicto Armado”, que reglamentan la atención del enfermo y del herido, particularmente en tiempo de conflicto a través del numeral 3 se consagra: *“El cumplimiento de las actividades y responsabilidades médicas no será, bajo ninguna circunstancia, considerado como delito. El médico nunca debe ser procesado por mantener el secreto profesional.”*

En definitiva, el acto médico en sí mismo considerado, esto es, hecha abstracción de cualesquiera otras consideraciones que pudieran estar en la base de una atribución de responsabilidad penal (lo que requeriría pruebas aparte ajustadas a Derecho), no puede ser objeto de reproche según el Derecho internacional humanitario, por ser simplemente un acto de humanidad que no conlleva a ningún término ilícito como muchas veces se ha pretendido calificar; es por ello que encontramos necesario desarrollar en el próximo punto esta grave problemática.

III. PROBLEMÁTICA DEL ACTO MEDICO EN SITUACION DE CONFLICTO ARMADO

⁵⁵ SANDOZ, Ives, SWINARSKI, Christophe y ZIMMERMANN, Bruno. Comentario del Protocolo Adicional II, pág. 147.

A pesar que la misión médica se encuentra protegida por el Derecho Internacional, y que por lo anteriormente expuesto resulta absurdo calificar la misma como acto ilícito e imponer sanción a aquellos que la ejercen sin discriminación alguna; a lo largo de estas últimas décadas han sido muchos los casos de profesionales de la medicina investigados, juzgados y condenados por ejercer su profesión como lo impone su deber profesional, han sido víctimas de la arbitrariedad de las autoridades así como de la legislación que les ha atribuido responsabilidad penal, pues se les ha calificado de cómplices o colaboradores en diferentes delitos que la legislación interna establece como tales.

3.1 CASO PERU

De acuerdo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante el período 1980 a 1994, el Perú sufrió una grave convulsión social generada por actos terroristas⁵⁶. Esta situación de violencia armada, tuvo como sus principales actores a las fuerzas policiales y fuerzas armadas, y a dos grupos armados no regulares, el autodenominado “Partido Comunista del Perú por el Sendero Luminoso de Mareátegui” (en adelante “Sendero Luminoso”) y el denominado “Movimiento Revolucionario Tupac Amaru” (en adelante “MRTA”). La violencia armada en el Perú iniciada en 1980 duró aproximadamente 20 años, no se trató de una insurrección desorganizada o de corta duración⁵⁷. Esta situación se caracterizó por numerosas denuncias de violaciones de derechos humanos, atribuidas al Estado y a los grupos levantados en armas por acciones terroristas⁵⁸.

La respuesta del Estado a la violencia armada, no sólo fue militar⁵⁹ sino legal. En estas circunstancias, la doctrina y la jurisprudencia internacional ha reconocido que el Estado

⁵⁶ La Corte cita el Informe de la Comisión de la Verdad y Reconciliación. El período comprende el Gobierno del Presidente Fernando Belaunde Terry (1980-1985), Alan García Pérez (1985-1990) y Alberto Fujimori Fujimori (1990-2001). En *Antecedentes y contexto jurídico* de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de noviembre de 2004, Caso De la Cruz Flores, párr. 73.1.

⁵⁷ Al interés de los grupos levantados en armas de alcanzar el poder por vía de las armas, se sumó la existencia de organizaciones más o menos estructuradas no sólo para una existencia prolongada sino para la realización de acciones armadas concertadas y sostenidas, al menos en algunas partes del país, que fueron declaradas zonas en emergencia por el Estado. La violencia armada vivida por el Perú, alcanzó diversos grados de intensidad y de extensión geográfica y afectó principalmente zonas no urbanas, socioeconómicamente deprimidas –sierra y selva–.

⁵⁸ *Cfr. Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri, supra* nota 27, párr. 67.a); *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 63.t); *Caso Castillo Petrucci y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 86.1; *Caso Castillo Páez*. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 42; *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 46.1); Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 101/01, Casos Nos. 10.247 y otros, párrs. 160 a 171; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, 1993, Documento OEA/Ser.L/V/II.83. Doc.31, 12 de marzo de 1993, párr. 16; e informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, conclusiones generales (expediente sobre el fondo y las eventuales reparaciones y costas, tomo II, anexo 2 al escrito presentado por los representantes de la presunta víctima el 19 de diciembre de 2003).

⁵⁹ Frente a la situación de violencia armada, el Estado recurrió a su ejército regular para combatir a los grupos levantados en armados. La utilización de las Fuerzas armadas sin la exclusión de las fuerzas policiales, llevó al establecimiento de estados de excepción y de zonas de emergencia en casi todo el país, bajo el control de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional que subordinaban a las autoridades civiles⁵⁹. El Estado calificó

tiene no sólo el derecho sino el deber de combatir toda violencia terrorista y de mantener la paz, el orden y la seguridad de todas las personas que se encuentren en su territorio; sin embargo, ello no lo autoriza a violar los derechos humanos de las personas que puedan considerar acertada o equivocadamente vinculadas a la violencia armada⁶⁰. La legislación nacional e internacional reconoce que hay derechos cuyo ejercicio jamás pueden ser suspendidos⁶¹, y su vigencia cobra una importancia capital en estados de excepción que una situación de violencia armada u conflicto armado, entre otros, puede dar lugar.⁶²

Las acciones de los grupos levantados en armas, fueron calificadas por los distintos Gobiernos como delito de terrorismo y diversas leyes fueron dictadas para tipificarlas y sancionarlas, como estrategia legal de terminar con la violencia⁶³.

El 28 de julio de 1990 asumió la Presidencia del Gobierno de Perú, Alberto Fujimori, quien el 5 de abril de 1992 dio un autogolpe estableciendo un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional. Dicho gobierno fijó entre sus metas la de establecer "un marco jurídico que garantice la aplicación de sanciones drásticas a los terroristas"⁶⁴, estableciendo dispositivos jurídicos penales de emergencia destinados a combatir la subversión: los Decretos Leyes N° 25475⁶⁵ y N° 25659⁶⁶. En este contexto de lucha contra la violencia

la situación de "guerra", "guerra interna" y aún los involucrados en la misma, las fuerzas armadas y los grupos terroristas lo llamaron y lo llaman así

⁶⁰ CortelIDH. Caso Castillo Petruzzi CIDH: Informe sobre Terrorismo, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

⁶¹ Constitución Política del Perú, artículo Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 27.

⁶² De acuerdo con el informe anual que presentó la Coordinadora para el año 1996 a la CIDH, aproximadamente el 42.1% de la población peruana seguía viviendo bajo un régimen de emergencia y el 18.5% del territorio nacional estaba bajo estado de emergencia. La CIDH en su Informe sobre el Perú – 1996, señaló que "pese a la disminución de la violencia en general, el estado de emergencia y la legislación antiterrorista han subsistido y, virtualmente, se han institucionalizado."

⁶³ Gobierno de Fernando Belaúnde Terry: Decreto Legislativo N° 46 de 10 de Marzo de 1981; Gobierno de Alan García: Ley 24651 del 19 de marzo de 1987, Ley N° 24700 del 22 de junio de 1987, y Ley N° 249537 del 7 de diciembre de 1988 Ley N° 24700 del 22 de junio de 1987, y Ley N° 249537 del 7 de diciembre de 1988; Gobierno de Alberto Fujimori: Decretos Leyes No. 25475 y No. 25659, de 5 de mayo y 7 de agosto de 1992, respectivamente. El Decreto Legislativo N° 46 fue expedido como respuesta a las acciones de violencia armado de Sendero Luminoso. Se trató de la primera norma que calificó las conductas antijurídicas de estos grupos irregulares como delito de terrorismo, sancionando severamente cualquier acto que tenga como consecuencia alterar la paz interna o el orden público. fue expedido como respuesta a las acciones de violencia armado de Sendero Luminoso. Se trató de la primera norma que calificó las conductas antijurídicas de estos grupos irregulares como delito de terrorismo, sancionando severamente cualquier acto que tenga como consecuencia alterar la paz interna o el orden público. L Ley 24651 se incorpora al Código Penal Peruano de 1924, la figura de terrorismo (Libro Segundo, Sección Octava "A". de los delitos de terrorismo).

⁶⁴ Artículo 2, párrafo 4 de la Ley 25418 - Ley de Bases de Emergencia y Reconstrucción Nacional.

⁶⁵ Fechado el 5 de mayo de 1992. El Decreto Ley 25475 continúa con la tipificación abierta e imprecisa el delito de terrorismo, "artículo 2.- *El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida el cuerpo, la salud, la libertad y la seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años*". Dicha norma institucionalizó un procedimiento que no observó los estándares de un proceso justo, v.g. amplió la jurisdicción militar a los civiles, instituyó los jueces sin rostro, la policía recibió

terrorista, determinados grupos de personas a los que la policía y los militares consideraban vinculadas a los grupos armados levantados en armas, fueron detenidos, tales como profesores,⁶⁷ estudiantes universitarios,⁶⁸ dirigentes (de organizaciones populares, sindicales, de asentamientos humanos),⁶⁹ campesinos,⁷⁰ abogados, periodistas,⁷¹

amplios poderes para formular imputaciones por delito de terrorismo o de traición a la patria con evidente abdicación del Ministerio Público de sus funciones, que además de afectar las garantías y restringir los derechos universalmente reconocidos a las personas acusadas y procesadas por delito de terrorismo, tienen un carácter esencialmente represivo que se tradujo en abusos injustificados de las fuerzas militares y policiales encargadas de combatir las actividades terroristas. que además de afectar las garantías y restringir los derechos universalmente reconocidos a las personas acusadas y procesadas por delito de terrorismo. Véase Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. CIDH. Informe Especial. Informe de país, Perú 1993. Informe Anual 1996, Desarrollo de los Derechos Humanos en el Perú. Informe Anual 1997, Desarrollo de los Derechos Humanos en el Perú. Informe Anual 2001, Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en el Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Perú (2000). Véase también las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Casos Neyra Alegría y otros, Loayza Tamayo, Castillo Paez, Castillo Pétruzzi y otros, Cantoral Benavides, Barrios Altos, Durand y Ugarte. V.g. Casos Neyra Alegría y otros, Loayza Tamayo, Castillo Paez, Castillo Pétruzzi y otros, Cantoral Benavides, Barrios Altos, Durand y Ugarte.

⁶⁶ Fechado el 7 de agosto de 1992.

⁶⁷ Sólo de manera referencial: Ruben Emilio Acurio Moreno (Cuzco), Marco Antonio Albán Ipanaque (Piura), Liduvina Alcantará Sánchez (Cajamarca), Víctor Arana Gonzáles (Lima), Merbin Cabrera Dios (Tumbes), Thelma Yure Castillo Arenaza (Ayacucho), Milton Rene Espejo Yurivilca (Lima), Máximo García Montalbán (Piura), Germán P. Herbozo Tolentino (Lima), Yolanda Leandro esteban (Lima), Liborio López Curi (Cajamarca), Leonilda López Nina (Lima), César Lupaca Lupaca (Puno), José Marcos Orellana Mejia (Ancash), Carlos A. Palacio Navarro (Piura), Lilly Esther Palomino Martínez (Huancavelica), Angel Salvador Paredes Chávez (Cajamarca), Rafael Arcangel Párraga Alta (Lima), Roxana Poma Frisancho (Puno), Manuela A. Purizaca Rumiche (Piura), Miriam Berenice Quispe Cárdenas (Lima), Juan A. Rivadeneyra Alvarado (Lima), Ciriaco Rojas Maldonado (Cajamarca), Sonia Elizabeth Rojas Prieto (Cajamarca), José Luis Sandoval Roalino (San Martín), Segundo A. Sosa Espinoza (Piura), Ezequiel Arazona Mallqui (Ancash), Juana Trauco Mejia (Callao), Euminides Valqui Zuta (Amazonas), Abraham R. Sandoval Condeso (Lima), Nélica Zavaleta Huamanyauri (Lima), Edwin Nemesio Jimenez León (Lima), Pedro Vásquez Villanueva (Cajamarca), Raquel Martín de Mejia (Oxapampa)

⁶⁸ Sólo de manera referencial: Ernesto Castillo Paéz, Luis Alberto Cantoral Benavides, Javier Baños Villagaray (Lima), Walter David Cantaro Robles (Lima), Wilson Garcia Asto (Lima), Jaime Challapa Huanca (Puno), Andrés F. Córdova Buitrón (Lima), Roberto Córdoba Lobatón (Lima), Juan Carlos Cuadra Ramos (Ica), Denisse Dávila Picón (Lima), Ruben Darío Huamán Manrique (Lima), Ovidio Antonio Huaranga Salcedo (Lima), María Isabel Linares Farro (Lima), Carmen Consuelo Llanos Inga (Callao), Guido Martín Melgarejo Burgos (Ica), Gabriel Mondalgo Machaca (Apurímac), María M. Benavides Monteza (Lima), Edwin Moquillaza Valdivia (Ica), José Alberto Ramírez Corrales (Lima), Martha Rojas Zevallos (Huánuco), Jaime Rodrigo Solís Macedo (Lima), Saúl Gregorio Tito Ccoicca (Lima), Rafael Modesto Varona Vásquez (Lima), Américo F. Zúñiga Auca (Cuzco), Juan José Zevallos Flores (Lima), Víctor Hugo Urbina Reyes (Lima), Martín Javier Roca Casas.

⁶⁹ Sólo de manera referencial: Angel escobar Jurado (Subsecretario General de la Federación de Campesinos de Huancavelica), Américo Zavala Martínez (delegado Sindical de la Empresa Contratista Benavides Gutierrez), Américo Zavala Martínez.

⁷⁰ Sólo de manera referencial: Florentino Abanto Julca (Cajamarca), Pompeyo Alan Trujillo (Lima), Antonio Alejo Tapia (Pasco), Santos Altamirano Frias (Amazonas), Segundo Altamirano Frias (Amazonas), Jorge Alvarado Carhuachín ((Ancash), André Andrade Huamán (Apurímac), Raúl Apari Suarewz (Lima), Eduardo Arca Rodríguez (Junín), Segundo Arévalo Sánchez (Cajamarca), César Ernesto Armas Chaffo (Cajamarca), Segundo F. Arrivasplata Becerra (San Martín), Luis Bacalla Soplá (San Martín), Sara Bardales Chanchari (Loreto), Alfredo Barrientos Eyzaguirre (Ayacucho), Gerardo Barrientos Prieto (Cuzco), Eugenio Barrios Cueva (Piura), Eugenio Bazán Ventura (Cajamarca), Miguel Bocanegra Montenegro (Amazonas), Mariscot V. Caballero Principe (San Martín) (Tumbes), Guillermo E. Cáceres Neyra (Lima), Lucio Cajchaya Pacco (Puno), Basilio Hipólito Calcina Saga (Puno), Edwin Wilder Caldas Cruz (San Martín), Santiago Calderón

profesionales de la salud,⁷² defensores de derechos humanos⁷³, etc. Personas que cuestionaron diversos aspectos de la política gubernamental⁷⁴ también fueron objeto de persecución penal.

Según información del Estado, la violencia terrorista provocó en el país más de 25,000 muertos y más de 25 millones de dólares de pérdidas. Frente a esta “verdad” oficial del Gobierno de Alberto Fujimori, el gobierno democrático de Alejandro Toledo decidió crear una Comisión de la Verdad y Reconciliación que ha estimado que el número más probable de peruanos muertos en ese período se sitúa alrededor de las 69 mil personas⁷⁵, siendo el 54% de las víctimas de responsabilidad de sendero luminoso.

Debemos ante todo destacar que en el Perú, para poder ejercer la medicina, es requisito previo la colegiación del profesional de la medicina. El Código de Ética y Deontología Médica del Colegio Médico del Perú, se aplican a todos sus miembros. De acuerdo al artículo 10° del Código de Ética, *“Es deber del médico prestar atención de emergencia a las personas que la requieran, sin importar su condición política, social, económica o legal. Por emergencia deberá entenderse aquella situación imprevista que pone en grave riesgo la vida o la salud de una persona”*

Desde la perspectiva jurídica-penal, la responsabilidad profesional de los médicos se basa en el daño que se cause al cuerpo o la salud. Jorge Alberto Riu afirma que *“... desde el punto de vista penal, el daño merece un tratamiento, no como un factor generador de valores a resarcir, sino por su acción vulnerante en sí. El daño por el daño mismo.”* Agrega que *“... el tratamiento penal, merita el daño como un objeto valor de vida integral de la existencia humana, en cuanto el ofendido vea limitadas sus posibilidades psicofísicas con proyecciones sociales en su vida de relación.”*⁷⁶

Lino (Cajamarca), Lorenzo Calderón Paredes (Libertad), Policarpo Calle Patiño (San Martín), Isidro Camarena Calderón (Apurímac), Jorge Cañari Vásquez (Apurímac), Toribio Cano Alvis (Cuzco), Magno Leopoldo Cárdenas Arco (Lima), Pedro Carhuayanqui Palacios (San Martín), Santos Carrión Martínez (San Martín), César Alejandro Cashpa Vargas (Ancash), Filemos Castilla Córdova (Cajamarca), Segundo E. Castillo Gallardo (San Martín), Manuel S. Cautivo Mallqui (Lima), Nicasio Narciso Ccama Román (Puno), Eduardo Ccanasa Nina (Puno), Segundo Centurión Pérez (Cajamarca), Narciso Serna Flores (Cajamarca), Juan Ruperto Serna Vásquez (Cajamarca), Carlos Cerón Farfán (Apurímac), David Cervantes Campos (San Martín), Caso Chumbibilcas, Estiles Ruíz Dávila.

⁷¹ Sólo de manera referencial: César Hildebrandt, Cecilia Valenzuela, Gustavo Gorriti, José Antonio Alvarez Pachas (Lima), Jesús A. Castiglione Mendoza (Lima), Eduarfo Sihue Cano (Lima), Hugos Bustios Saavedra.

⁷² Sólo de manera referencial: Jesús N. Chacaltana Huarcaya (Médico), Julio Marcial Bances (Médico), Rosario Adriana Olivera Jara (enfermera), María Luisa Soriano Soriano (Médico), Fortunato G. Sumina Taco (Médico), Alberto Ulfee Galindo (Médico).

⁷³ Sólo de manera referencial: Guadalupe Ccallocunto Olano (SERPAJ)

⁷⁴ Solo de manera referencial: General EP ® Jaime Salinas Sedó, General EP (r) Rodolfo Robles, Mayor EP ® Salvador Carmona Bernasconi, Mayor EP César Alberto Cáceres Haro, General EP ® José Gabriel Pastor Vives, General de Brigada EP Manuel Fernando Obando Salas, General de Brigada EP Víctor Ernesto Obando Salas, Coronel EP César Martínez Uribe, Coronel EP César Noblecilla, Comandante EP Enrique Aguilar Del Alcázar, Mayor EP Hugo Ormeño Huapaya, Comandante EP Marco Antonio Zárate Rotta, Comandante EP Arturo Moreno Alcántara, General EP ® Armando Soriano Morgan, Fernando Mejía Egocheaga (Presidente del Comité Provincial de Izquierda Unida).

⁷⁵ CVR. Hatun Willakuy. Versión abreviada de la Comisión de la Verdad y Reconciliación, Ob. Cit., pág. 17.

⁷⁶ RIU, Jorge Alberto. Responsabilidad Profesional de los Médicos. (Aspectos Penal, Civil y Deontológico). Jurisprudencia. Lernes Editores Asociados. Buenos Aires, 1981, pág. 37.

De este modo, el médico recibirá *“el reproche jurídico, cuando la antijuricidad de su acción profesional se acompaña de la correspondiente imputación, o sea ... se da la fórmula: acto antijurídico + imputabilidad = reproche jurídico”*. Para el Derecho Penal, bastará que *“un acto se constituya una infracción definida a lo normado por la ley penal, para que ese acto antijurídico sea un delito.”*⁷⁷

Por ello, nuestra legislación tipifica diversas conductas como acción u omisión relacionados a los profesionales de la salud por mala praxis, por afectar el bien jurídico protegido de la vida, o por omisión en prestar el acto médico. Por ejemplo, el Código Penal peruano tipifica como Homicidio: la muerte de una persona por inobservancia de reglas técnicas de profesión (artículo 11°), como aborto, cuando un médico o cualquier profesional sanitario, que abusa de su ciencia para causarlo (artículo 117°), como exposición a peligro o abandono de personas en peligro al que encuentra a un herido o a cualquier otra persona en estado de grave e inminente peligro y omite prestarle auxilio inmediato pudiendo hacerlo sin riesgo propio o se abstiene de dar aviso a la autoridad (artículo 127°). Es decir, la legislación penal peruana en modo alguno penaliza *per se* la realización de actos médicos, aunque si lo hace cuando estos no se prestan.

El Código Penal peruano también tipifica como delito contra la salud, al que *“... teniendo título, anuncia o promete la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuenta y dos jornales”* (artículo 291°)

El hecho de haber ubicado los delitos relacionados al ejercicio de la profesión médica, en el título relacionado a los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud: homicidio, aborto, lesiones; y en el relacionado con los delitos contra la salud pública, nos da una idea del objeto jurídico protegido por la legislación peruana: el cuerpo, la salud, la vida.

Sin embargo, la legislación antiterrorista peruana adoptada en 1992, ha sido fuente constante de violaciones a los derechos fundamentales consagrados tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el Derecho Internacional Humanitario. De acuerdo al Informe de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos correspondiente al año 1993, *“la legislación antiterrorista ha generado decenas de casos de injustamente acusados”*⁷⁸, debido a que los Decretos Leyes 25475, 25659 y 25880 establecen numerosos tipos penales. Una de sus causas, es la amplitud con la que fue creado el tipo penal de terrorismo y su modalidad en el acto de colaboración, ambos tipificados en los artículos 2° y 4° del Decreto Ley 25475, posibilitando que el acto médico sea criminalizado y penalizado.

⁷⁷ Ibid., pág. 39.

⁷⁸ COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Lima, Perú, 1994, pág. 14. Véase también Francisco Soberón - Eduardo Cáceres (APRODEH). PERCEPCIONES, DESAFIOS Y PERSPECTIVAS DEL MOVIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS EN EL PERU. Página web de Asociación Pro Derechos Humanos. COORDINADORA NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. Lima, Perú, 1994, pág. 14. Véase también Francisco Soberón - Eduardo Cáceres (APRODEH). PERCEPCIONES, DESAFIOS Y PERSPECTIVAS DEL MOVIMIENTO DE DERECHOS HUMANOS EN EL PERU. Página web de Asociación Pro Derechos Himanos.

La práctica judicial peruana, pretende calificar el acto médico como un acto que favorece los fines de la organización terrorista, que como sabemos se traducen en provocar, crear o mantener, en modo alguno, voluntaria o involuntariamente, un estado de zozobra o terror; calificación que a las luces del sentido común resulta absurda, pues el acto médico no está en contra de la vida y la salud, sino a favor de ellas; no afecta la libertad ni la seguridad personales, sino que las garantiza al preservar la vida.

En este sentido, el principio de legalidad que dispone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el Derecho aplicable, entendiéndose por este último las normas pertinentes al caso tanto del Derecho interno como del Derecho internacional, incluso el DIH. En tal sentido, el acto médico no constituiría una acción antijurídica en ninguna modalidad, ni la que el Estado peruano imputó absurdamente a aquellas personas que ejercieron su actividad profesional, pues la intención o dolo de favorecimiento, característico de los actos de colaboración, que supone una dirección finalista, excluye el ejercicio de actividades médicas conforme con la deontología, que definen una conducta que debe considerarse atípica desde el punto de vista penal por responder al desempeño de la profesión sanitaria.

Esta situación fue observada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe Anual de 1993 sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, la cual determinó que en el contexto de la represión antiterrorista, la DINCOTE realizó detenciones a varios miembros de la profesión médica, formulando injustamente cargos de asociación ilícita o colaboración ilícita con el terrorismo, sin tomar en cuenta en las investigaciones policiales que las diversas situaciones en las que el médico practicaba el ejercicio legítimo de su profesión, de los casos en los que pudo pertenecer o colaborar con las organizaciones terroristas Sendero Luminoso o MRTA, o de aquellos casos en que los profesionales de la medicina se vieron obligados a ejercer su actividad bajo amenaza de muerte o coacción contra ellos o sus familiares directos por parte de las organizaciones terroristas⁷⁹.

El artículo 4 del Decreto Ley N° 25475, señala ampliamente todos los comportamientos que son considerados como actos delictivos de este tipo penal, donde hasta las más simples acciones del vivir diario podrían configurar un acto delictivo de terrorismo. Este tipo penal al señalar todos los actos que configurarían la comisión de este delito, no hace referencia específica del acto médico como comportamiento delictivo, y queda claro ante lo expuesto que el acto médico no podría constituir un acto antijurídico.

Sin embargo, el Estado Peruano ha pretendido calificarlo como acto de colaboración al considerar que el acto médico favorece la comisión de delitos de terrorismo o la realización de los fines de un grupo terrorista. Ante ello cabe la interrogante, ¿Cómo un acto médico, es decir, la obligación que tienen los profesionales de la medicina, según el juramento hipocrático, de salvar y preservar la vida humana a todos aquellos que la necesiten sin

⁷⁹ Informe Anual de 1993 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú

discriminación alguna y en toda circunstancia, podría calificarse como un acto criminal, específicamente un acto de terrorismo o un acto que coadyuve a los fines de estos grupos subversivos? Si, como ya hemos señalado, el acto médico es un acto neutral, que no implica un favorecimiento con ninguna de las partes del conflicto y, siempre será por su propia naturaleza un acto humanitario aún en las circunstancias más adversas.

Asimismo, la CIDH en su informe hace referencia al respecto de la gravedad en la supuesta participación criminal, la cual no fue adecuadamente establecida, pues, no se tuvo en cuenta el nivel de participación y responsabilidad tanto del médico con vinculación con la organización terrorista como el que no tenía vinculación, así como el médico que intervino para salvar la vida de un herido sin conocer que era miembro de la organización subversiva como él que lo hizo bajo amenaza o coacción^{80 81}.

En el Perú, la práctica del acto médico por sí misma, “participar en intervenciones quirúrgicas, curar, tratar pacientes” fue considerada como uno de los comportamientos que configurarían el delito de terrorismo bajo la modalidad de acto de colaboración. Resulta claro que la actividad médica no afecta ninguno de los bienes jurídicos protegidos por nuestra legislación y tampoco dicho comportamiento como tal se encuentra tipificado en la legislación penal peruana, por ende no resultaría punible. Por el contrario, nuestra legislación penal si configura como delito la omisión de la prestación del acto médico.

Esta situación no ha variado sustancialmente desde el pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 2003 que generó la expedición de los Decretos Legislativos antes mencionados, debido a que el artículo 4º que tipifica este acto delictivo no sufrió modificación alguna, permitiendo la condena de los profesionales médicos continúe; es así que en Febrero del 2004, la Sala Nacional de Terrorismo dictó sentencia en contra del Dr. Luis Polo Rivera, condenándolo a diez años de pena privativa de libertad, por el delito de terrorismo en la modalidad de actos de colaboración, imputándole el hecho de haber realizado actos médicos a miembros de la organización subversiva, hechos que el Doctor. Polo ha negado firmemente⁸².

3.2 El caso de la Médico María Teresa De la Cruz Flores

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ De esta manera que varios profesionales médicos que se dedicaban al ejercicio legítimo de sus profesiones o que fueron coaccionados bajo amenaza de muerte han sido condenados con la privación arbitraria de su libertad por varios años, además del grave e irreparable daño moral y profesional consiguiente, entre ellos tenemos el caso de los médicos Ricardo Bautista Palomino, Nixon Heredia Carreasa, Alberto Figueroa Gutarra, entre otros, todos ellos procesados por el delito de terrorismo en la modalidad de actos de colaboración. El Dr. Bautista fue obligado bajo amenaza de muerte a atender al herido subversivo, procedió a conducirlo hasta su clínica y que no pudo denunciar este hecho por haber sido amenazado, siendo luego investigado y sentenciado por el delito de terrorismo a 20 años de prisión por un tribunal “sin rostro”. Después de 11 meses de prisión fue absuelto. La misma situación que se diera con el caso del Dr. Bautista se repite en el caso del Dr. Nixon Heredia, pues fue investigado por el delito de terrorismo para luego de encontrarse detenido fuera absuelto por un tribunal sin rostro. El Dr. Figueroa también fue coaccionado para realizar operaciones y curaciones a miembros subversivos, por ello nuestras autoridades en aquel tiempo lo investigaron y absolvieron de responsabilidad penal por el delito de terrorismo.

⁸² Sentencia del 24 de Febrero de 2004 de la Sala Nacional de Terrorismo. Exp. N° 001-00

El 11 de junio de 2003 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió ante la Corte una demanda contra el Estado del Perú⁸³, con el fin de que la Corte decidiera si el Estado de Perú violó los artículos 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad) y 24 (Igualdad ante la Ley) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) del mismo tratado, en perjuicio de la señora María Teresa De La Cruz Flores⁸⁴.

La Corte Interamericana consideró probado que la señora María Teresa De La Cruz Flores es médico de profesión, y desde 1984 hasta su detención en marzo de 1996 trabajó como médico pediatra adscrita al Instituto Peruano de la Seguridad Social Policlínico “Chincha” en Lima⁸⁵. A raíz de dicha detención, la señora De la Cruz Flores estuvo privada de libertad durante ocho años, tres meses y doce días, desde el 27 de marzo de 1996 hasta el 9 de julio de 2004.

La Corte también estableció que la médico De la Cruz estuvo detenida y procesada en dos oportunidades⁸⁶. La segunda detención de la señora De La Cruz Flores, que es de interés para el presente artículo, se llevó a cabo el 27 de marzo de 1996, sin que se le presentara en ese momento una orden judicial para tal efecto; siendo llevada a la delegación de policía,

⁸³ De conformidad con el artículo 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁸⁴ Asimismo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte que declarara que el Estado había incumplido la obligación consagrada en el artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención, en perjuicio de la señora María Teresa De La Cruz Flores. Finalmente, solicitó a la Corte que ordenara al Estado que adoptara una serie de medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias, así como el pago de las costas generadas en la tramitación del caso en la jurisdicción interna y ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Véase sentencia de la Corte Interamericana. Caso de la Cruz Flores vs. Perú. 18 de Noviembre de 2004.

⁸⁵ CorteIDH. Caso De la Cruz Flores vs. Perú. Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 73.6 y ss.

⁸⁶ La primera detención se llevó a cabo el 27 de marzo de 1990, siendo procesada por el delito de terrorismo en la modalidad de asociación ilícita. Los hechos que se formulan en la denuncia y en el auto apertorio son los siguientes: “que el día veintisiete de marzo de mil novecientos [noventa] los procesados Rolando Estrada Yarlequé y María Teresa De la Cruz Flores fueron intervenidos en el interior del Policlínico ‘Chincha’, por personal de seguridad [privada], debido a que [un] vigilante [...] observó al acusado Estrada Yarlequé realizando pegatinas en las paredes de uno de los baños del tercer piso instigando a un paro armado para el día veintiocho del indicado mes y año convocado por la agrupación subversiva Sendero Luminoso, efectuando un seguimiento del que dio cuenta el Supervisor de Planta [...], quienes los intervienen instantes después cuando los procesados se encontraban conversando; tratando la encausada De la Cruz Flores de Blanco de cubrir a su nombrado co-procesado al arrebatarle el paquete que tenía éste entre las piernas, a la vez que refería que Estrada Yarlequé era su paciente y el paquete era suyo”, habiéndosele concedido la “libertad incondicional” el 26 de julio de 1990 en aplicación del artículo 201 del Código de Procedimientos Penales del Perú que establece: “Si en cualquier estado de la instrucción se demuestra plenamente la inculpabilidad del encausado, el Juez de oficio o a pedido del inculcado deberá ordenar su libertad incondicional y el auto que lo disponga se ejecutará inmediatamente [...]”. En oficio N° 15-90-VRM-T de 26 de julio de 1990. Su coprocesado, Rolando Estrada Yarleque fue condenado a dos años de prisión por el delito de terrorismo. Dicha sentencia fue modificada el 18 de mayo de 1992 por la Sala Superior Penal Corporativa Nacional para Casos de Terrorismo de la Corte Superior de Justicia de Lima, la que declaró que había nulidad en la sección que imponía la pena, modificó la pena impuesta y ordenó la libertad del señor Rolando Estrada Yarleque. En la misma sentencia, la Sala Penal decidió reservar el juzgamiento por los hechos a la señora María Teresa De La Cruz Flores, y reiterar órdenes para su captura. Véase Sentencia emitida el 21 de febrero de 1991 por el Duodécimo Tribunal Correccional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente No. 257-90; y sentencia emitida el 18 de mayo de 1992 por la Sala Superior Nacional Corporativa para Casos de Terrorismo de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente 510-91.

donde fue notificada que su captura obedecía a una requisitoria dentro del expediente judicial No. 113-95.

El atestado policial ampliatorio No. 106-DIVICOTE IV-DINCOTE elaborado por la DINCOTE el 9 de octubre de 1995 indicó responsabilidad a la señora María Teresa De La Cruz Flores, con base en el contenido de los documentos incautados a seis personas, en los que se menciona a una supuesta doctora de especialidad pediatra, persona que actuaba bajo el pseudónimo de “Elíana”. Del contenido de esos documentos, la DINCOTE consideró que se encontraba “plenamente identificada” la [médico De la Cruz] como “Elíana”; “su vinculación [...] con la organización [...] ‘Sendero Luminoso’”, en la cual realizaba diversas actividades médicas, incluidas la conducción de cirugías y la provisión de medicamentos; así como estar “imbuida de los conocimientos doctrinarios e ideológicos del Partido” y “tener un nivel elevado [en] la [referida] organización”⁸⁷. Asimismo, las declaraciones testimoniales de la arrepentida clave A2230000001, de las señoras Jacqueline Aroni Apcho y Elisa Mabel Mantilla Moreno, sirvieron como base a la DINCOTE para establecer que la persona identificada con el pseudónimo de “Elíana” era la señora María Teresa De La Cruz Flores. Estas personas declararon en diversas oportunidades en la tramitación del proceso seguido contra la médico De La Cruz Flores⁸⁸, presentando contradicciones⁸⁹.

El 16 de septiembre de 1995 el Fiscal Provincial de la Décima Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima formuló denuncia ampliatoria por “delito de [t]errorismo ([a]ctos de colaboración)” en agravio del Estado en contra de la señora María Teresa De La Cruz Flores y otros⁹⁰. El Décimo Cuarto Juzgado Penal de Lima dictó en la misma fecha auto de apertura de instrucción contra la señora María Teresa De La Cruz Flores y otros por “ser integrantes del Partido Comunista del Perú – sendero luminoso, los mismos que proporcionaron atención médica, curaciones y operaciones, entrega de medicinas e instrumental médico para la atención de los delincuentes terroristas[;] hechos [que] constituyen delito previsto y penado en el artículo 4º del [D]ecreto [L]ey [No.] 25[.]475”⁹¹.

⁸⁷ Cfr. atestado policial ampliatorio No. 106-DIVICOTE IV-DINCOTE de 9 de octubre de 1995.

⁸⁸ El proceso seguido contra la señora De La Cruz Flores por la segunda detención fue llevado ante un tribunal del fuero ordinario “sin rostro”.

⁸⁹ Cfr. atestado policial ampliatorio No. 106-DIVICOTE IV-DINCOTE de 9 de octubre de 1995; declaración testimonial de Jacqueline Aroni Apcho rendida los días 17 y 20 de noviembre de 1995; ampliación del acta de declaración de la interna Nro. De Clave A2230000001 quien se acoge a la Ley de Arrepentimiento rendida el 17 de agosto de 1993; manifestación de Elisa Mabel Mantilla Moreno rendida el 7 de septiembre de 1995; declaración jurada de Elisa Mabel Mantilla Moreno rendida el 21 de septiembre de 2002; y manifestación de Jacqueline Aroni Apcho rendida el 19 de septiembre de 1995. Durante el proceso, y en aplicación de las normas legales vigentes, la señora De La Cruz Flores no tuvo oportunidad de interrogar a la arrepentida clave A2230000001, cuya declaración fue central para la formulación de la acusación en su contra. La señora De La Cruz Flores tampoco fue informada sobre los atestados policiales, ni pudo pronunciarse sobre ellos

⁹⁰ Cfr. denuncia ampliatoria N° 113-95 formulada por la Fiscal Provincial Titular de la Décima Cuarta Fiscalía de lo Penal de Lima, especial para casos de terrorismo el 16 de septiembre de 1995.

⁹¹ Cfr. auto de apertura de instrucción emitido por el Décimo Cuarto Juzgado Penal emitido en el expediente No. 94-95 el 16 de septiembre de 1995.

La médico De la Cruz, negó a lo largo del proceso los cargos que se le imputaban⁹². El 1 de abril de 1996 el Fiscal de la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial de Lima rindió su dictamen, y señaló “que [en] autos NO SE ENCUENTRA PROBADA la comisión del delito de Terrorismo-Actos de Colaboración en agravio del Estado, así como la RESPONSABILIDAD PENAL de [...] MARIA TERESA DE LA CRUZ FLORES”. Además, señaló que los imputados actuaron “bajo imperio de amenazas que vencen [la] resistencia[,] anteponiéndose la coacción ejercida”⁹³. El 7 de junio de 1996 el Fiscal Superior de Lima emitió su dictamen, en el cual propuso a la Sala Penal que no había mérito para juicio en contra de la señora De La Cruz Flores, ya que señaló que su “participación [...] había consistido en proporcionar atención médica a militantes”⁹⁴.

La Sala Especial de Terrorismo de la Corte Suprema de Lima no admitió ninguno de los dos dictámenes fiscales y el 3 de julio de 1996 dispuso elevar los autos al despacho del Fiscal Supremo en lo Penal⁹⁵.

La señora De La Cruz Flores y sus abogados tuvieron grandes limitaciones para tener acceso a su expediente judicial, lo que provocó dificultad para conocer los detalles de los hechos que se le imputaban, incluso quiénes eran las personas a quiénes supuestamente habría atendido médicamente⁹⁶.

El 21 de noviembre de 1996 la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, constituido como tribunal “sin rostro”, emitió sentencia condenatoria contra la señora De La Cruz Flores y otros, condenándola a 20 años de prisión por terrorismo, en aplicación del artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475⁹⁷. En dicha sentencia, la Sala consideró que “[en autos] se detalla la documentación encontrada en mil novecientos noventidós [...], en las cuales se involucra a la acusada, en la que aparece con el seudónimo de ‘Elíana’; en uno de esos documentos se da referencias no s[ó]lo a puntos de reunión llevados a cabo con la procesada, sino además, se hace todo un análisis de su evolución doctrinaria e ideológica al interior de la organización, se hace indicaciones de las charlas [...] que como médico [h]a brindado, que ha participado en una operación como segundo médico cirujano, así como de los problemas que se han presentado al interior del Sector Salud, todo lo cual, ha sido corroborado [...] por la acusada Elisa Mabel Mantilla Moreno. [...]”⁹⁸.

⁹² Cfr. instructiva de la señora María Teresa De la Cruz Flores rendida el 28 de marzo de 1996.

⁹³ Cfr. dictamen del Fiscal Provincial Titular de la Décimo Cuarta Fiscalía Provincial Penal de Lima emitido el 1 de abril de 1996.

⁹⁴ Cfr. dictamen del Fiscal Superior emitido el 7 de junio de 1996.

⁹⁵ Cfr. informe de la Sala Especial de Terrorismo de la Corte Suprema de Lima emitido el 3 de julio de 1996 (expediente de anexos a la demanda, folios 183 a 186).

⁹⁶ Cfr. declaración jurada escrita rendida por la señora María Teresa De la Cruz Flores el 28 de mayo de 2004 ante fedatario público (expediente de anexos al escrito de contestación de la demanda y affidávits, folios 808 a 818).

⁹⁷ Cfr. sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 21 de noviembre de 1996 (expediente de anexos a la demanda, anexo 24, folios 207 a 254).

⁹⁸ La sentencia refiere que la señora Mantilla, en presencia del Fiscal sostuvo que “en una oportunidad se encontró con María Teresa De la Cruz por disposición de su ‘responsable’, a efectos de hacer diversas coordinaciones; [...] por la misma acusada, quien [...] la sindicó como uno de los elementos de apoyo encargada de hacer atenciones médicas e intervenciones quirúrgicas, [...] se le sindicó como participe en una operación a ‘Mario’ quien estaba quemado de la mano, lo que coincide con lo anteriormente señalado, esto es,

La sentencia de 21 de noviembre de 1996 concedió de oficio el recurso extraordinario de nulidad, “por ser en un extremo desfavorable a los intereses del Estado”, y ordenó la remisión de lo actuado al Fiscal Supremo en lo Penal⁹⁹. El 8 de junio de 1998 la Sala Penal Corporativa para casos de terrorismo de la Corte Suprema de Justicia de la República confirmó la sentencia de 21 de noviembre de 1996¹⁰⁰.

En al menos cuatro casos de médicos acusados por el delito de colaboración con el terrorismo, en circunstancias similares a las de la señora De La Cruz Flores, se aplicó a favor de éstos la figura del *in dubio pro reo*¹⁰¹.

Nuevo proceso seguido contra la señora María Teresa De La Cruz Flores

Como consecuencia de una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Marcelino Tineo Silva y más de cinco mil ciudadanos, el Tribunal Constitucional del Perú emitió una sentencia el 3 de enero de 2003, en la cual se pronunció sobre la constitucionalidad de algunas disposiciones de los Decretos Ley Nos. 25.475 (delito de terrorismo), 25.659 (delito de traición a la patria), 25.708 y 25.880¹⁰². La sentencia no analizó el artículo 4 del referido Decreto Ley, que tipifica el delito de colaboración con el terrorismo.

Como consecuencia de la ante citada sentencia, el Poder Ejecutivo emitió los Decretos Legislativos Nos. 921, 922, 923, 924, 925, 926 y 927, con el fin de regular los efectos de dicha sentencia, en relación con la anulación de los procesos que por delitos de terrorismo fueron seguidos ante jueces y fiscales con identidad secreta. El artículo 2 del Decreto Legislativo No. 926 de 19 de febrero de 2003 estableció que la Sala Nacional de Terrorismo, progresivamente en un plazo no mayor de sesenta días hábiles, anularía de oficio, salvo renuencia del reo, la sentencia y el juicio oral y declararía, de ser del caso, la insubsistencia de la acusación fiscal en los procesos penales por los delitos de terrorismo

que participó como segundo cirujano en una operación de injerto de piel; siendo evidente que la negativa de la procesada, a nivel judicial es dada con el afán de eludir su responsabilidad penal, la misma que se encuentra suficientemente acreditada”. *Cfr.* sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 21 de noviembre de 1996.

⁹⁹ *Cfr.* sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 21 de noviembre de 1996.

¹⁰⁰ *Cfr.* sentencia emitida por la Sala Penal Corporativa para casos de terrorismo de la Corte Suprema de Justicia de la República el 8 de junio de 1998.

¹⁰¹ Mediante la sentencia de 8 de junio de 1998 dictada en el expediente judicial No. 113-95, expediente en el cual también se tramitó el proceso contra la señora De La Cruz Flores, se aplicó la figura del *in dubio pro reo* a los médicos Richard Morales Torrín y César Augusto Guerrero Caballero. De igual forma procedió la sentencia emitida el 5 de enero de 1999 en el expediente judicial No. 115-95 en relación con los médicos Luis Alberto Paquilló y Miguel Ángel Melgarejo Encinas. *Cfr.* sentencia emitida por la Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima el 21 de noviembre de 1996; y sentencia emitida por la Sala Nacional Penal para Casos de Terrorismo con competencia a nivel nacional el 5 de enero de 1999.

¹⁰² La sentencia del Tribunal Constitucional declaró que el artículo 2 del Decreto Ley No. 25.475, que tipifica el delito de terrorismo, es constitucional y que “se trata de una norma que no desconoce la garantía de legalidad por ser de aquellos tipos penales abiertos, que por su indeterminación requieren ser completados por la interpretación que realice el Juez”, expediente No. 010-2002-AI/TC Lima.

seguidos en la jurisdicción penal ante jueces o fiscales con identidad secreta. Dicho plazo venció el 19 de abril de 2003¹⁰³.

El 20 de junio de 2003 la Sala Nacional de Terrorismo declaró nulo todo lo actuado e insubsistente la acusación fiscal en el proceso seguido por la segunda detención contra la señora [...] De La Cruz Flores, “sin que ello varíe su situación jurídica”¹⁰⁴.

El 2 de septiembre de 2003 el Fiscal Superior de la Segunda Fiscalía Superior Especial de Terrorismo emitió su dictamen¹⁰⁵, en el cual consideró que había mérito para ir a juicio¹⁰⁶.

El 6 de noviembre de 2003 la Sala Nacional de Terrorismo dictó una resolución en la que confirmó una decisión del 28 de agosto de 2003 que declaró improcedente el beneficio penitenciario de semi-libertad solicitado por la señora De La Cruz Flores, ya que éste “ha sido establecido a favor del interno sentenciado a fin de que pueda salir del establecimiento penal recluso antes del cumplimiento del término de la pena fijada en la sentencia” y que la señora De La Cruz Flores “no [tenía] la calidad de sentenciada, [sino] la de procesada”¹⁰⁷. El 20 de enero de 2004 el abogado de la señora María Teresa De La Cruz Flores presentó un escrito en el cual interpuso las excepciones de prescripción y de naturaleza de acción, y solicitó que “el [j]uzgador realice un correcto juicio de tipicidad y precise la norma jurídica aplicable conforme al tiempo de la supuesta comisión de los hechos imputados”¹⁰⁸. Dichas medios de defensa fueron desestimadas por el a quo¹⁰⁹.

El 9 de junio de 2004 el Cuarto Juzgado Penal Especializado en Delitos de Terrorismo resolvió ampliar el plazo ordinario de la instrucción por el término perentorio de 15 días, y “aclaró” su auto apertorio de instrucción “a efectos de que conforme al estudio de los autos y por los hechos ocurridos en los años que se detallan a continuación [...] a la procesada María Teresa De la Cruz Flores, cc. ‘Elíana’, se le imputa haber tenido la condición de ‘activista’ dentro de la organización subversiva Sendero Luminoso, dedicándose a la atención de pacientes, habiendo realizado intervenciones quirúrgicas a partir del año de mil novecientos ochentinueve a mil novecientos noventidós, lo que se corrobora con las manifestaciones vertidas de Elisa Mabel Mantilla Moreno obrante en autos [...]; a efectos de comprenderse a l[a] procesad[a ...] María Teresa De la Cruz Flores [...], por los ilícitos penales perpetrados desde el año de mil novecientos ochentinueve hasta el tres de abril de mil novecientos noventiuno, y que se encuentran previstos y sancionados por el artículo doscientos ochenta y ocho ‘E’, inciso ‘b’, ‘c’ y ‘e’ del Código Penal de mil novecientos

¹⁰³ Cfr. Decreto Legislativo No. 926.

¹⁰⁴ Cfr. resolución de 20 de junio de 2003 emitida por la Sala Nacional de Terrorismo en el expediente No. 113-95.

¹⁰⁵ Dictamen N° 167-2003-2FSEDT-MP/FN.

¹⁰⁶ Cfr. dictamen N° 167-2003-2FSEDT-MP/FN emitido por Fiscal Superior de la Segunda Fiscalía Superior Especial de Terrorismo el 2 de septiembre de 2003 en el expediente No. 113-95.

¹⁰⁷ Cfr. resolución emitida por la Sala Nacional de Terrorismo el 6 de noviembre de 2003 en el expediente No. 113-95.

¹⁰⁸ Cfr. escrito presentado ante la Sala Especial para Delitos de Terrorismo el 20 de enero de 2004 en el expediente No. 113-95.

¹⁰⁹ A la fecha se encuentran pendientes de resolver por la Sala Penal Nacional de Terrorismo, los recursos de apelación.

veinticuatro, introducido por la Ley número veinticuatro mil seiscientos cincuentiuno, modificado por la Ley número veinticuatro mil novecientos cincuentitrés; para los hechos cometidos después del tres de [a]bril de mil novecientos noventiuno, se encuentran previstos y sancionados en el artículo trescientos veintiuno incisos dos y seis del Código Penal de mil novecientos noventiuno, promulgado mediante Decreto Legislativo número seiscientos treinticinco; para los hechos cometidos con posterioridad al cinco de mayo de mil novecientos noventidós, se encuentran previstos y sancionados por el artículo cuarto del [D]ecreto Ley número veinticinco mil cuatrocientos setenticinco, subsistiendo el [m]andato de [d]etención dictada contra ellos”¹¹⁰.

El 1º de julio de 2004 se llevó a cabo, a solicitud de la defensa de la presunta víctima y por primera vez durante el proceso, una diligencia de confrontación de ésta con la señora Jacqueline Aroni Apcho, quien dijo que la señora De La Cruz Flores no era “Elíana”, que no la conocía, que no recordaba las características físicas de “Elíana” y que no sabía cuál era su verdadero nombre. Asimismo, otras dos declaraciones testimoniales de personas identificadas con las claves WN203002 y 1MMC004 dijeron “no conocer” a la señora María Teresa De La Cruz Flores. El 8 de julio de 2004 el Cuarto Juzgado Penal de Terrorismo declaró procedente la solicitud de la defensa de la señora María Teresa De La Cruz Flores de variación de mandato de detención por el de comparecencia restringida. El juzgado consideró que “nuevos actos ponen en cuestión la suficiencia de las pruebas que dieron lugar a la medida coercitiva de detención, por otro lado se debe tener en cuenta la condición personal de la procesada, la misma que cuenta con domicilio y profesión conocidos, [...] lo que hace prever que se ha desvanecido el peligro de fuga y el peligro de entorpecimiento de la actividad probatoria”¹¹¹. La excarcelación de la señora De La Cruz Flores se hizo efectiva el 9 de julio de 2004.

El 13 de julio de 2004 el Fiscal Provincial Titular de la Cuarta Fiscalía Especializada en Delitos de Terrorismo interpuso un recurso de apelación en el que impugnó la resolución de 8 de julio de 2004 que ordenó la variación del mandato de detención por el de

¹¹⁰ Cfr. resolución emitida por el Cuarto Juzgado Penal Especializado en Delitos de Terrorismo el 9 de junio de 2004.

¹¹¹ Bajo la forma de comparecencia restringida se dictaron las siguientes restricciones: a) no ausentarse del lugar de su residencia, ni variar del domicilio real señalado en autos, sin previa autorización del Juzgado; b) comparecer a las citaciones que le efectúen el Juzgado o la correspondiente Sala Penal, para la realización propias de la instrucción o las sesiones de audiencia, durante el juicio oral, esto último de ser el caso; c) no concurrir ni frecuentar viviendas, locales cerrados o lugares abiertos al público que estén vinculados o en los que se realicen actividades terroristas, de propaganda relacionada con dichas actividades o que colaboren con ella; d) comparecer personal y obligatoriamente al local del Juzgado cada fin de mes a fin de informar sobre sus actividades y firmar el correspondiente cuaderno de control; e) no efectuar visitas a internos por delito de terrorismo o de establecer contacto con ellos por cualquier medio de comunicación, salvo el caso de ascendientes, descendientes, cónyuge o conviviente de la procesada; f) la prohibición de formular declaraciones a los medios de comunicación social como prensa escrita, radial o televisiva sobre temas relacionados a la investigación penal en curso, la misma que tiene carácter de reservado. Igualmente, la resolución dispuso el impedimento de salida del país de la señora De La Cruz Flores. Cfr. resolución emitida por el Cuarto Juzgado Penal de Terrorismo en el expediente N° 531-03 el 8 de julio de 2004.

comparecencia restringida a favor de la señora De La Cruz Flores¹¹², la que fue confirmada el 24 de septiembre de 2004 por la Sala Nacional de Terrorismo¹¹³.

Consideraciones de la Corte Interamericana

En el proceso ante la Corte Interamericana, la Comisión Interamericana y los representantes de la médico De la Cruz, alegaron que la tipificación del delito de terrorismo de los artículos 2 y 4 del Decreto Ley No. 25.475 contravienen el principio de legalidad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana. La Corte ha señalado en cuanto al principio de legalidad en el ámbito penal, que la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales¹¹⁴. En este sentido, corresponde al juez penal, en el momento de la aplicación de la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por ésta y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico.

La Corte observa que el artículo en el que se basó el tribunal interno para la condena de la médico De la Cruz, es el 4 del Decreto Ley No. 25.475, que tipifica el delito de actos de colaboración con el terrorismo. No obstante, que la sentencia condena y el proceso que dio lugar a ella fueron declarados nulos el 20 de junio de 2003; la Corte observó que dicha sentencia surtió efectos violatorios de los derechos humanos respecto de la doctora De La Cruz, los cuales no se ven subsanados por la sola anulación de ésta, y se encuentran dentro de la competencia de la Corte.

La Corte precisa que el artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475 tipifica como delito los actos de colaboración con el terrorismo y no la pertenencia a una organización que pueda ser considerada como terrorista, ni la obligación de denunciar posibles actos terroristas. La pertenencia a una organización terrorista está tipificada como delito en el artículo 5 del Decreto Ley No. 25.475, y la obligación de denunciar está establecida en el artículo 407 del Código Penal de 1991. Sin embargo, son precisamente la pertenencia a una organización y la falta de la denuncia los elementos considerados por el tribunal nacional como generadores de la responsabilidad penal de la doctora De La Cruz en la sentencia de 21 de noviembre de 1996. Esta conducta no se encuentra contemplada en el artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475, que es el único artículo sustantivo en el que se basa la condena¹¹⁵.

La Corte observó que, dado que en el juicio seguido contra la Dra. De La Cruz y otros por “ser integrantes del Partido Comunista del Perú – sendero luminoso, se les imputo el delito de terrorismo por haber proporcionado atención médica, curaciones y operaciones, entrega de medicinas e instrumental médico para la atención de los delincuentes terroristas. La

¹¹² Cfr. recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Provincial Titular de la Cuarta Fiscalía Especializada en Delitos de Terrorismo el 13 de julio de 2004 .

¹¹³ Cfr. resolución emitida por la Sala Nacional de Terrorismo el 24 de septiembre de 2004.

¹¹⁴ Cfr. Caso Ricardo Canese, supra nota 1, párr. 174; Caso Cantoral Benavides, párrafo 157; y Caso Castillo Petrucci y otros, párrafo. 121.

¹¹⁵ CorteIDH, Caso De la Cruz Flores, Sentencia de 18 de noviembre de 2004, párr. 88.

Corte precisó que el acto médico, entendido como “[...]toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico”, se encuentra reconocido en numerosos documentos declarativos y normativos relevantes de la profesión médica¹¹⁶, entre ellos el artículo 12 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú.

Asimismo, la Corte resalta que el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949, señala que “nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”. Asimismo, el artículo 16 del Protocolo I y el artículo 10 del Protocolo II, ambos Protocolos a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que “no se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”. Precisa que a la fecha de los hechos, el Perú ya era parte de dichos instrumentos internacionales.

Si bien, la mención de los instrumentos de derecho internacional humanitario efectuada por la Corte son de modo referencial, no enerva los efectos jurídicos de dichos instrumentos para el Perú en virtud del Principio *Pacta Sunt Servanda* y Buena Fe.

Con respecto a la obligación de denuncia de posibles actos delictivos por parte de los médicos tal como se establece en uno de los fundamentos de la sentencia condenatoria, la Corte consideró que la información que el médico obtiene en ejercicio de su profesión se encuentra privilegiada por el secreto profesional¹¹⁷, asimismo que los médicos tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos. La Corte no discute ni profundiza sobre el valor de las normas de la deontología médica nacional e internacional, sólo afirma que el secreto médico está reconocido por “numerosos documentos declarativos y normativos de la profesión médica”. Desde nuestro punto de vista, ello se sustenta en la naturaleza de norma internacional consuetudinaria de efecto *erga omnes*. Tal como señala la profesora Michelangela Scalabrino, el principio de secreto médico es afirmado por primera vez clara verbis por una Corte Internacional¹¹⁸.

En consecuencia, a la luz de las consideraciones precedentes, la Corte estimó que al dictar la sentencia de 21 de noviembre de 1996 el Estado incurrió en una violación del principio

¹¹⁶ Cfr. Código Internacional de Ética Médica, Asociación Médica Mundial; Regulaciones en tiempo de conflicto armado, Asociación Médica Mundial; Principios de Ética Médica Europea; Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú; y Ley, Estatuto y Reglamento del Colegio Médico del Perú.

¹¹⁷ El Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial dispone que “el médico debe guardar absoluto secreto de todo lo que se le haya confiado, incluso después de la muerte del paciente”. A su vez, el Código de Procedimientos Penales dispone en su artículo 141 que “no podrán ser obligados a declarar: 1. los eclesiásticos, abogados, médicos, notarios y obstetrices, respecto de los secretos que se les hubiera confiado en el ejercicio de su profesión”.

¹¹⁸ La Profesora Michelangela Scalabrino presentó un *amicus curiae* sobre el secreto profesional en el caso De la Cruz Flores.

de legalidad, por: tomar en cuenta como elementos generadores de responsabilidad penal la pertenencia a una organización terrorista y el incumplimiento de la obligación de denunciar y, sin embargo, sólo aplicar un artículo que no tipifica dichas conductas; por no especificar cuál o cuáles de las conductas establecidas en el artículo 4 del Decreto Ley No. 25475 eran las cometidas por la presunta víctima para ser responsable del delito; por penalizar el acto médico que no sólo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico el prestarlo; y por imponer a los médicos la obligación de denunciar posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión¹¹⁹.

En cuanto a la violación del artículo 7 y 8 de la Convención Americana¹²⁰, como hemos

¹¹⁹ Sentencia de 18 de Noviembre de 2004 de Dra. María Teresa de La Cruz vs. Perú. Párrafo 102.

¹²⁰ El artículo 7 establece que :

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

El artículo 8 de la Convención dispone que:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
 - c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y

mencionado se encontró detenida desde el 27 de marzo de 1996 con motivo de la investigación correspondiente al proceso que se le seguía bajo el expediente No. 113-95 por hechos que presuntamente constituían el delito de actos de colaboración con el terrorismo.

La Corte ha señalado que la condena a la Dra. De La Cruz fue impuesta en violación del principio de legalidad, es por ello que, la Corte considera que ninguno de los actos realizados dentro del procedimiento que condujo a emitir dicha condena penal pueden ser considerados compatibles con las disposiciones de la Convención Americana, y entrañan, por lo tanto, en el presente caso, la violación de otras normas del mismo tratado internacional¹²¹.

En consecuencia, la Corte determina que la detención de la Dra. De La Cruz, originada por un proceso que culminó en una condena violatoria del principio de legalidad, fue ilegal y arbitraria, y el proceso respectivo fue contrario al derecho a las garantías judiciales, violan los derechos a la libertad personal y a las garantías judiciales consagrados en los artículos 7 y 8, respectivamente, de la Convención Americana, en relación con los artículos 9 y 1.1 de la misma por parte del Estado Peruano

Finalmente la Corte dispone en su sentencia que ante la actual situación de la Dra. De La Cruz, es decir, se encuentra en curso un nuevo proceso, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo No. 926, con base en el dictamen emitido por el Fiscal Superior de la Segunda Fiscalía Superior Especial de Terrorismo el 2 de septiembre de 2003. La Corte ha señalado que ante la obligación que tiene los Estados de respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno, según lo establece el artículo 1 y 2 de la Convención Americana¹²², el Estado Peruano se encuentra en la imperante obligación de asegurar que en el nuevo proceso seguido contra la Dra. De La Cruz se observe el principio de legalidad y de irretroactividad consagrado en el artículo 9 de la Convención Americana, inclusive la adecuación estricta de la conducta al tipo penal. Asimismo, debe asegurar que se cumplan las exigencias del debido proceso legal, con plenas garantías de audiencia y defensa para la inculpada.

IV. CONCLUSIONES

- El acto médico busca restaurar la salud, aliviar los síntomas y prolongar la vida en toda circunstancia, incluso en una situación de conflicto armado, donde las personas asistidas por los profesionales de la medicina son consideradas solo pacientes, más

h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹²¹ Sentencia de 18 de Noviembre de 2004 de Dra. María Teresa de La Cruz vs. Perú. Párrafo 113

¹²² Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 106; cfr. Caso Castillo Petruzzi y otros, párrafo 222.

allá de la edad, sexo, condición social, política, jurídica, teniendo por ello una naturaleza neutral y humanitaria. Sin embargo, bajo la coyuntura de violencia terrorista que vivió el Perú, el Estado Peruano ejerció un poder punitivo sin límites, lo cual permitió que, bajo la legislación antiterrorista, se procesara y condenara a distintos sectores de la población, entre ellos, los profesionales de la medicina. Ello trajo como consecuencia que se sancionara el acto médico como delito de terrorismo en sus distintas modalidades. Dicha situación resultó, y aún resulta, contraria a todas las disposiciones internacionales y a los principios de humanidad y trato humano, específicamente a sus obligaciones internacionales derivadas de los Convenios de Ginebra de 1949 y de sus Protocolos Adicionales de 1977..

- El Estado Peruano, a través de sus órganos de justicia, mantiene aún la posición de que en estos casos, la conducta criminalizada no constituye el ejercicio de la profesión médica, **sino su ejercicio con el objeto de favorecer los fines de las organizaciones terroristas**.
- Debemos precisar que el ejercicio de la profesión médica que se materializa mediante los actos médicos no provocan, ni crean o mantiene de modo alguno, voluntaria o involuntariamente un estado de zozobra o terror como sí sucede con los actos de terrorismo. El acto médico como tal tiene por único objeto preservar la vida humana, constituyendo un acto neutral tal como lo consagran los instrumentos internacionales, es decir, el acto médico jamás podría considerarse como un favorecimiento a alguna parte del conflicto, pues, en este caso, ni favorece al Estado Peruano ni a la organización subversiva.
- La tesis del Estado peruano que el acto médico tenga el “objeto de favorecer los fines de las organizaciones terroristas” y lo califique como un acto antijurídico, criminalizándolo, resulta absurdo y contrario a las disposiciones consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Bajo este supuesto, se pretende que la finalidad del acto médico de proteger la vida humana de cualquier persona resulte insulsa. Recordemos que son los profesionales de la medicina quienes se encuentran obligados a preservar la vida humana en toda circunstancia, sin realizar discriminación alguna entre aquellas personas que lo necesiten.
- Por ende, erigir al acto médico como un acto de colaboración del delito de terrorismo, tal como ha pretendido el Estado Peruano, resquebraja todas las disposiciones internacionales que protegen y garantizan la actividad médica, así como el principio de legalidad, pues el acto médico no colabora sino que cumple con una obligación propia de su profesión y que el cumplimiento de una obligación legal no puede convertirse en ilícito ningún acto. Pero, impedir esa colaboración, como el Estado la califica, constituye una pena de muerte encubierta o, al menos, un trato cruel e inhumano al dejar que alguien se agrave en sus condiciones de salud por falta de asistencia médica, lo que está prohibido en los tratados sobre derechos humanos y de derecho internacional humanitario y los principios de humanidad¹²³.
- La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso De la Cruz Flores vs. Perú crea un inigualable precedente que respalda de manera efectiva

¹²³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5°. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 7°. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, artículo 2°.

el ejercicio de la profesión médica, los actos médicos y sobre todo a los profesionales que la ejercen; pues, pone en relieve que los médicos cumplen con una misión humanitaria, salvaguardar la vida, y que de igual manera tienen un derecho y un deber de guardar confidencialidad sobre la información a la que tengan acceso en su condición de médicos¹²⁴ mientras que el Estado ha pretendido calificar un acto humanitario como es el acto médico como un acto hostil, antijurídico e ilícito, estableciendo sanciones al seguir procesos contra los profesionales de la medicina para obligar a que éstos divulguen información sobre sus pacientes, o denuncien posibles conductas delictivas de sus pacientes con base en la información que obtengan en el ejercicio de su profesión trasgrede todos los principios y normas internacionales como internas que amparan el secreto profesional y la confidencialidad. El secreto profesional constituye una norma de Derecho Internacional General con efectos erga omnes, de la que no puede solslayarse el Estado peruano.

Lima (Perú), Enero de 2005.

¹²⁴ Sentencia de 18 de Noviembre de 2004 de Dra. María Teresa de La Cruz contra Estado Peruano. Párrafo 101