

INFORME SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA EN ECUADOR

Asociación Nacional de Clínicas y Hospitales

Privados del Ecuador (ACHPE)

21 Junio, 2013

ÍNDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO II. PRINCIPIOS FILOSÓFICOS DE LA PRÁCTICA MÉDICA	2
A. Principio de beneficencia	2
B. Principio de no maleficencia	2
C. Principio de utilidad	3
D. Principio de justicia.....	3
E. Principio de autonomía.....	3
CAPÍTULO III. TEMAS CLAVES DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA QUE DEBEN SER OBSERVADOS EN EL CÓDIGO INTEGRAL PENAL	5
A. Derechos constitucionales en colisión.....	5
B. Función de la pena.....	6
1. Teorías absolutistas o retributivas	6
2. Teorías prevencionistas	7
C. La medicina defensiva.....	9
D. Deber de cuidado del profesional de la salud, el acto y error médico o evento adverso.....	10
CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL DE LA SALUD EN EL CAMPO PENAL.....	13
A. Responsabilidad dolosa	13
B. Responsabilidad culposa	13
C. Propuesta de calificación de la culpa	17
D. Elementos que integran el tipo penal	18
E. Delito de Lesiones.....	21
F. Penas contempladas para el delito de lesiones	22
CAPÍTULO V. JUZGAMIENTO Y PROCESO PENAL: EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO	24
A. Normas constitucionales	24
B. Normas incluidas en el Proyecto de Código Penal Integral	28
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES	34
CAPÍTULO VII. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO.....	35

A. Disposiciones legales de países de Iberoamérica respecto a la responsabilidad penal del profesional de salud.....	35
B. Tratamiento del delito de lesiones en países de Iberoamérica	38
C. La Responsabilidad médica penal en Estados Unidos	48
ANEXO. ARTICULADO ALTERNO	¡Error! Marcador no definido.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Las relaciones del Derecho y la Medicina, tienen su punto de partida en el hecho de que son ciencias prácticas que tienen por objeto de estudio al mismo sujeto: el hombre. Son dos ciencias que a lo largo de la historia han sido bastante conflictivas. Esto por cuanto ambas disciplinas se caracterizan por ser dos saberes altamente omnipotentes pues cada una de ellas debe aportar certeza a situaciones que, por su propia esencia, son cambiantes y presentan un alto grado de incertidumbre.

La Medicina solo puede “asegurar” que lo realizado médicamente en un caso particular responde a las pautas y normas de la *lexartis*. A su vez, el Derecho sólo puede “asegurar” que si la conducta del profesional se ajusta a las normas y pautas de la *lexartis*, muy probablemente será exonerado de responsabilidad en caso de verse implicado en un reclamo judicial. Pero ninguna de ellas puede asegurar el resultado de lo realizado médicamente o judicialmente.

El quehacer médico, por propia definición, resulta incierto, aun cuando se haya realizado todo aquello que la *lexartis* indica como apropiado para determinada patología y enfermo, no siempre se obtiene el resultado procurado.

En consecuencia, se plantea para el Derecho las siguientes problemáticas en esta relación paciente – médico:

- ¿Cómo garantizarle al enfermo el máximo estándar de atención a su salud sin requerir de los médicos conductas heroicas o científicamente imposibles o no respaldadas?
- ¿Cómo asegurarle al médico que la incertidumbre propia de su acto asistencial no se trasladará al cuestionamiento de su probidad y experticia?

Para responder a estas preguntas debemos acudir a los principios filosóficos que informan nuestro ordenamiento jurídico y los derechos constitucionales que se encuentran en juego cuando nos referimos a la responsabilidad penal médica.

CAPÍTULO II. PRINCIPIOS FILOSÓFICOS DE LA PRÁCTICA MÉDICA

La reflexión ética ha concluido que la práctica médica se encuentra sometida a varios principios esenciales. Principios que no sólo tienen una evidente base constitucional sino también un claro fundamento en las normas internacionales de derechos humanos:

A. Principio de beneficencia

Se refiere al deber de los profesionales de contribuir positivamente al bienestar del paciente. Estamos ante una obligación positiva de ayudar a los demás, proporcionándoles beneficios, protegiendo sus intereses o promocionando su bienestar. La relación médico-paciente está basada en la confianza de que el médico va a actuar siempre en beneficio del paciente, más que en beneficio propio, respetando siempre el principio de beneficencia.

El principio de beneficencia encuentra sustento constitucional en el deber del Estado y de los profesionales de la salud de cuidar la vida y la integridad de las personas (Art. 3 numeral primero de Constitución Política).

B. Principio de no maleficencia

Con respecto al segundo principio, nos encontramos ante la obligación negativa de no hacer daño físico o psíquico al paciente. Es la formulación negativa del principio de beneficencia que nos obliga a promover el bien.

Los preceptos morales provenientes de este principio son: (i) no matar, (ii) no inducir sufrimiento, (iii) no causar dolor, y (iv) no privar de placer ni discapacidades evitables.

Desde Hipócrates hasta la actualidad, todos los códigos de ética médica han tenido el principio de no maleficencia como principio rector de la práctica médica. Se diferencia del principio de beneficencia en que pudiese en ocasiones hacer el bien al paciente y sin embargo, acontecer complicaciones no contempladas que eventualmente pudieran perjudicarlo directa o indirectamente.

El principio de no maleficencia no debe ser considerado de forma aislada ya que muchos procedimientos en el área de la salud pueden ocasionar daños y/o sufrimientos, así como causar riesgos al paciente, sin embargo se justifican en razón de los beneficios que puedan generar, que por supuesto deben superar al dolor y la discapacidad.

C. Principio de utilidad

El principio de utilidad es una prolongación esencial del principio de beneficencia. Se trata de un principio que se limita a valorar beneficios, riesgos y costes que se pueden derivar de las acciones. Busca la ponderación de beneficios e inconvenientes propios de cada acción médica.

El perfeccionamiento de las técnicas médicas supone el desarrollo de la experimentación y la investigación científica en este campo, en favor de la población y de los futuros pacientes, pues es deber de la profesión médica producir la mayor cantidad de bienestar posible para el mayor número de individuos.

D. Principio de justicia

Este concepto de justicia, presupone la igualdad de los seres humanos. Es decir, el derecho a la salud como bien fundamental. Desde este punto de vista el acceso a los servicios médicos debe ser universal y debe comprender por lo tanto a todos y cada uno de los individuos. Se fundamenta en los principios morales de igualdad y dignidad humana.

Los servicios de la medicina deben ser distribuidos de manera equitativa a todas las personas, en desarrollo del mandato según el cual todos deben tener igual acceso a los beneficios de la ciencia y de la cultura (reconocido en el art. 32 Constitución Política).¹ Es una expresión específica del derecho a la igualdad en el campo de la salud.

E. Principio de autonomía

En sociedades fundadas en la inviolabilidad, dignidad y autonomía de las personas, toda intervención en el cuerpo de un individuo debe en principio contar con la autorización del propio afectado. Deriva del reconocimiento de la dignidad, la inviolabilidad y la libertad de todas las personas.

El consentimiento informado tiene dos significados generales: el primero se refiere a que el médico debe solicitar: “pedir permiso”; el individuo-paciente no solo debe aceptar, sino

¹Art. 32.- La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional.

además, dar su autorización mediante un consentimiento informado y voluntario. El segundo, se puede analizar en función de la normativa legal del consentimiento informado, que exige que las instituciones de salud deban obtenerlo legalmente antes de iniciar un procedimiento o investigación.

Cabe recalcar que el consentimiento informado no es absoluto pues puede presentarse el caso del consentimiento presunto que opera ante el caso de inconciencia o incapacidad mental del paciente y la ausencia de parientes o allegados que lo emitan, legitimando el actuar del profesional de la salud.

Todos estos principios son una buena guía para elaborar una concepción bioética del mundo a partir de la medicina que permita un diálogo responsable y mantenga coherencia moral en todos los actos del quehacer médico.

CAPÍTULO III. TEMAS CLAVES DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL MÉDICA QUE DEBEN SER OBSERVADOS EN EL CÓDIGO INTEGRAL PENAL

A. Derechos constitucionales en colisión

El Derecho Penal tiene como misión proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el Derecho Positivo, es decir bienes jurídicos protegidos. La finalidad del Derecho Penal, es servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, así evita determinados comportamientos que se reputan indeseables recurriendo a sanciones para los casos en que dichas conductas se realicen. En consecuencia, la norma será la expresión de expectativas sociales institucionalizadas de los individuos de un determinado país, en el caso de responsabilidad médica, no existe expectativa más justa que esperar que la vida y la integridad de cada sujeto sea respetada y más aún cuando existe un nexo tan próximo como es el de médico-paciente, ya que en esta relación se ve presente un depósito total de confianza hacia los conocimientos y la diligencia con la que deben actuar los profesionales de la salud.

Cuando abordamos la penalización de actividades realizadas por profesionales de la medicina, nos encontramos ante una colisión de derechos que deben ser ponderados por el juez penal. Por un lado, el derecho a la vida, a la salud y a la integridad del paciente y; por otro lado, la libertad, el juzgamiento de infracciones respetando las garantías del debido proceso, el derecho al ejercicio legítimo de una actividad profesional y, el prestigio y reconocimiento que de ella emana para el médico.

Con respecto a este último derecho, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, reconoce en su artículo 11, el derecho que tiene toda persona al respecto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.² En el caso del profesional de la salud, este derecho es trascendental, pues para que éste pueda ejercer su profesión y prestar atención médica a sus pacientes, necesita contar con un mínimo de reconocimiento profesional a su actividad.

La vida es sin duda el bien jurídico que ocupa la jerarquía máxima dentro de la escala de valores o bienes jurídicos susceptibles de tutela desde el punto de vista penal, incluso dentro de un esquema en el que formalmente no existe un derecho más importante que otro. Por lo que deben sancionarse todos aquellos delitos que atentan contra la vida y toda acción que ponga en peligro al bien jurídico vida.

De igual manera, el Estado no tiene sólo interés en la existencia misma del individuo, sino también de las condiciones necesarias para que esa existencia se desarrolle normalmente, sin alteraciones o traumatismos. Dentro de las condiciones que garantizan el desarrollo de

²Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad.

un sujeto, se encuentra la integridad personal. La integridad personal abarca la integridad corporal, y ésta abarca tanto el daño al cuerpo como a la salud.

Es necesario alcanzar un equilibrio en el que ninguno de estos derechos se vea injustamente subordinado al otro mediante normas claras que permitan al juez llegar a una conclusión acertada para el caso concreto.

Si bien es cierto que los tratamientos médicos tienen como objetivo fundamental preservar y mejorar las condiciones físicas y mentales de los individuos que tienen problemas en la salud, debe aclararse que en ocasiones sus resultados no siempre son los mejores, de hecho pueden ser adversos y empeorar la condición del paciente. Los eventos adversos, como se verá más adelante, pueden ocurrir debido a la conjunción de múltiples fenómenos, como procesos mal desarrollados, tecnologías mal aplicadas o interacciones humanas fallidas.

En todo caso, el cuestionamiento de fondo que deberá realizar el juez, radica en determinar los casos en los cuales el profesional de la salud debe asumir su responsabilidad penal, cuando sus métodos de intervención y curación ocasionen lesiones indeseadas al paciente o incluso la muerte, siempre que no tengan como causa un evento adverso, el cual no podía haber sido previsto o controlado por el médico.

B. Función de la pena

Una vez comprendida la necesidad de normas claras que regulen la responsabilidad penal médica, es necesario determinar cuál será la función que tengan las normas sancionatorias dentro de este ámbito. Para ello es necesario conocer qué propone la doctrina como fin que debe alcanzar la pena dentro de una sociedad.

A lo largo de la historia se han producido dos grandes corrientes de pensamiento en relación a la utilidad de la pena:

1. Teorías absolutistas o retributivas

Se basa en el postulado “*a un mal causado, un mal realizado*”. Estas teorías plantean que la pena es un fin en sí mismo, es decir, su función es restablecer el daño causado. Al considerar a un delito como el daño que se hace al orden social determinado entonces se aplica una pena con el fin de que devuelva el orden social. Además se debe de considerar a la pena como la retribución que el Estado le otorga a la víctima del delito.

En este sentido, en sus inicios la prisión se usó para guardar delincuentes a los que les esperaban crueles e inhumanos tormentos, como un medio represivo en sí. Así, la mayoría de estudios criminológicos modernos son coincidentes en remarcar la ineficacia de la pena

privativa de la libertad, debido a que la misma agrava o determina estados psicopatológicos y coarta la resocialización del reo. Además, en nada compensa a la víctima del delito por el sufrimiento padecido.

2. Teorías preventivistas

Plantean que la pena tiene dos funciones: una general, que consiste en la acción directa para disuadir a la generalidad de los ciudadanos de cometer delitos; una especial, acción directa sobre el individuo para impedirle caer o recaer en el delito a través de medidas educativas y rehabilitadoras.³

El Proyecto de Código Penal Integral (“CPI”) reitera la visión rehabilitadora y correspondiente reinserción social del reo, visión compartida por el Código Penal vigente y que dista de la concepción punitiva o de castigo propugnada por las teorías absolutistas.

En la actualidad se discute el fracaso en la práctica de las funciones resocializadoras de la pena, lo cual pone de manifiesto la absoluta crisis de la utilización de la cárcel como medio para conseguir la readaptación social. Inclusive, para algunos autores la readaptación ni siquiera es el fin de la pena, sino un deber del Estado frente al condenado, de proporcionar los medios para evitar el deterioro y la estigmatización y poder con ello disminuir los niveles de vulnerabilidad.

En la actualidad, y gracias a la expedición de la Constitución el 20 de octubre de 2008, se desarrollan los principios rectores de una política de rehabilitación social, en la que se dispone la creación y promoción de planes educativos, de capacitación laboral, de producción agrícola, artesanal, industrial de salud mental y física, y de cultura y recreación.

El Artículo 201 de la Constitución de la República, dentro de la Sección Decimotercera - Rehabilitación social, dispone:

Art. 201.- El sistema de rehabilitación social tendrá como finalidad la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos. El sistema tendrá como prioridad el desarrollo de las capacidades de las personas sentenciadas penalmente para ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.

³Ciruzzi, María Susana. *Mediación Penal en la mala praxis médica*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2010, p.8

El principio rehabilitatorio, consagrado en nuestra Constitución, tiene por fin el que el reo de un delito pueda reintegrarse a la sociedad del País, en un marco de respeto a las leyes y normas que lo rigen. En este sentido, el sistema carcelario tiene por fin el “educar y concientizar” al reo con el fin de evitar que en el futuro, reincida en el rompimiento del ordenamiento jurídico.

El principio rehabilitatorio debe propender a evitar que nuevamente el profesional de la salud actúe de forma negligente frente a la práctica de su oficio. En un inicio, el Proyecto de CPI propuso como sanción para el profesional de la Salud que provocare daños en el paciente, la inhabilitación de tres a cinco años, es decir el tiempo que dure la condena; y si se produce la muerte, la inhabilitación profesional de por vida.

En el primer caso, la inhabilitación por el tiempo que dure la condena no era adecuada, puesto que no cumple con el principio rehabilitatorio, que es de especial importancia en nuestra política carcelaria. Por otra parte, la pena impuesta no garantizaba la especialización del responsable del daño, ni garantiza que el profesional de la salud no la vuelva a cometer. En el segundo caso, la pena impuesta era de carácter perpetuo, lo cual es inconstitucional puesto que en el Ecuador no existen penas perpetuas.

El Proyecto de CPI, en su artículo 135 propone la inhabilitación del profesional de la salud, por un periodo comprendido entre uno a tres años. Dicha medida, al igual que aquella de la versión anterior no logra corregir la conducta calificada como culposa. Por ello, es necesario establecer la rehabilitación profesional, con el fin de que el profesional de la salud haya demostrado que ha tomado correctivos de carácter profesional o académico respecto de la falta cometida. En tal virtud, se crea la necesidad de la inclusión de un inciso que refleje la rehabilitación con base en sentido académico del profesional de la salud.⁴

En este sentido, se garantiza que el profesional de la salud no ejerza su profesión, hasta haber cumplido una capacitación obligatoria. Este principio rehabilitatorio es además concordante con los modernos requerimientos y conceptos al ejercer una profesión altamente técnica o de riesgo, como lo es la medicina, la ingeniería civil o la abogacía. Pues, en los países desarrollados, la continua capacitación es un requerimiento al ejercer las prenombradas profesiones con el fin de que los servicios que se oferten al público sean de calidad.

Incluso, después de analizar el estudio de Derecho Comparado en la materia, podemos constatar que ninguna de las legislaciones de América Latina contempla la inhabilitación permanente del profesional, incluso en los casos de homicidio culposo. Los países más

⁴ Un posible texto de este inciso podría ser: *“Todo profesional de la salud que ha sido sujeto de una condena mediante sentencia ejecutoriada en su contra, deberá realizar cursos no menores a 50 ni mayores a 300 horas dentro de su respectiva especialización, previo a poder ejercerla nuevamente.”*

rigurosos, Argentina y España, imponen una inhabilitación al profesional de máximo 10 años, y 6 años, en el segundo caso.⁵

C. La medicina defensiva

La inclusión de sanciones de tipo rehabilitadoras para los profesionales de la salud proporciona medios para evadir el fenómeno de la medicina defensiva. La excesiva intervención del Derecho Penal en la actividad médica produce consecuencias que pueden repercutir negativamente en la asistencia de los pacientes. Un criterio demasiado riguroso en torno a las consecuencias penales del error médico genera la práctica de la “medicina defensiva”, que no permite ejercer el necesario discernimiento que lleva a un profesional a adoptar una determinada conducta frente al caso puntual.

La medicina defensiva es *“aquella que el médico o grupo de médicos desarrollan por miedo a cometer un error diagnóstico, y que se caracteriza básicamente, por un retraso en la aplicación de un tratamiento, por la solicitud de pruebas e interconsultas con otros compañeros de forma serial y exagerada”*.⁶

Estamos ante este fenómeno social cuando los médicos realizan estudios, tratamientos o indican internaciones que en la práctica no serían necesarios para ese caso puntual, con el solo objeto de evitar el reproche jurídico por no haberlos realizado. Por tanto, se fundan angustias innecesarias en el paciente, aumento de costos en salud y, no siempre está exento de riesgos propios. En consecuencia este tipo de medicina es potencialmente generador de responsabilidad, al producirse un retraso en la aplicación de medidas. Incluso, puede ser que los profesionales de la salud eviten intervenir en cuestiones complejas, como cirugías de alto riesgo pues temen que un evento adverso pueda hacerlos incurrir en responsabilidad penal.

Otro de las consecuencias negativas que acarrea la medicina defensiva es el incremento de costos en los servicios de salud. Ante la presión que implica un ordenamiento penal riguroso y sin garantías de juzgamiento para los profesionales de salud; éstos buscarán la forma de protegerse. En este sentido, los profesionales de salud pueden buscar resguardo, al menos en el plano patrimonial, mediante la adquisición de seguros. El problema de este fenómeno, es que, usualmente, este gasto no lo asumen los profesionales de la salud, sino, los pacientes. Entonces, no sólo los médicos soportarán efectos indeseables sino que los pacientes también se verán afectados, pues deberán soportar altas tarifas para ser atendidos.

⁵ Ver Cuadro No. 1 “Tipo penal especializado – Homicidio culposo”

⁶ Portero Lazcano, Guillermo. “Responsabilidad Penal culposa del Médico: Fundamentos para el Establecimiento de la negligencia o impericia”. *Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal*. 6 (2): Dic. 2001 – 7 (1), Junio 2002: 89-96, p. 90.

Para evitar la práctica de la medicina defensiva en nuestro país, debemos adoptar el principio de “mínima intervención” del Derecho Penal. Dicho principio ha sido propuesto por una tendencia racionalizadora del fenómeno criminal que reserva el Derecho Penal para los casos en que el enfrentamiento carece de soluciones alternativas. El Derecho Penal debe tener carácter de *ultima ratio* por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los más importantes frente a los ataques más graves.

Bajo este principio se inserta la despenalización de hechos que presentan poca trascendencia social y que pueden ser resueltos por vías alternativas a la sanción penal, para sustituir el castigo penal por formas más eficaces, menos costosas y de menores efectos desocializadores. El “minimalismo” limita las respuestas penales a los casos más graves y extremos.

En conclusión, la potestad punitiva del Estado debe plantearse con una dosis de relatividad, lo cual significa ponderar que no es posible que todo conflicto social se resuelva por medio del derecho sancionatorio; y que puede haber conflictos que se resuelvan con soluciones distintas.

D. Deber de cuidado del profesional de la salud, el acto y error médico o evento adverso.

El paciente confía su vida y su salud al médico, quien asume la obligación de usar su ciencia y arte, sus conocimientos, de la mejor manera posible como para curar, paliar y mejorar la calidad de vida de aquél cuando no resulta posible su curación. El deber de cuidado del médico consiste en un actuar diligente y apto encaminado a la obtención del resultado debido conforme a las normas del arte del curar. El problema es que la actividad médica, por propia definición, resulta incierta, ya que actúa sobre bases probabilísticas y con fundamento en conocimientos que permanentemente se van actualizando y modificando.

El error o evento adverso es parte inescindible de la tarea médica, ya que las variables que se presentan en dicha actividad son multifactoriales y aun cuando se haya realizado todo aquello que la ciencia considera adecuado el resultado puede no ser el esperado ni el procurado ni el querido. Es por ello que debe considerarse que **no todo error puede llegar a constituir una acción negligente, imprudente o imperita.**

En Medicina, no basta la existencia de un error para afirmar la responsabilidad del profesional, sino que tal debe constituir un yerro que “**cayendo fuera del marco de lo**

opinable y discutible, sea grosero e inadmisibles por obedecer a una falta del saber mínimo”.⁷

La doctrina es uniforme en afirmar que no infringe el deber de cuidado, es decir no actúa atípicamente, todo médico que se atenga a la *lexartis*, incluso cuando no logre alcanzar el fin curativo perseguido o aun cuando el paciente sufra un perjuicio. No se infringe el deber de cuidado cuando éste por las circunstancias particulares del caso, resulta de imposible cumplimiento.

El profesional médico debe atenerse y observar en todo momento la *lexartis*, locución latina, literalmente "ley del arte" o regla de la técnica de actuación de la profesión médica. El contenido de la *lexartis* no está establecido en el Derecho Penal, sino que resulta del resorte exclusivo de las ciencias médicas, conforme los principios epistemológicos que la rigen.

Es el conjunto de normas y directrices que se han formado a través del tiempo y la experiencia y que son aceptadas de manera unánime por la comunidad médica internacional. Se encuentra contenida en la literatura médica, que indica cuáles son los procedimientos convenientes a cada tipo o género de enfermedad o afección en el paciente.

Lexartis es una definición cambiante y mutable conforme la evolución del conocimiento científico y de la tecnología que se aplica. Así, el contenido de la *lexartis* es variable, según las diversas circunstancias con que se encuentre el facultativo (material, lugar, personal ayudante, etc.). Esta especificidad (aplicación al caso concreto) nos conduce a otro concepto ampliamente utilizado por la jurisprudencia, *lexartis ad hoc*, que Luis Martínez Calcerrada la define como:

*[...] el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte – que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital de su autor y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos - estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria - para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida*⁸

Debe tenerse en cuenta el viejo adagio médico “*no existen enfermedades sino los enfermos*”. En referencia a que cada persona es única, cada patología es única en su expresión en ese paciente en particular, y cada tratamiento propuesto es único en esa

⁷Jantus, Pablo y Quirno Costa, Patricia. “Homicidios, lesiones y abortos relacionados con el arte de curar”, en Garay, Oscar. *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética, bioética y jurídica: civil y penal*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 1031-1110.

⁸ Martínez Calcerrada, Luis. “Especial Estudio de la “*lexartis ad-hoc*” en la función médica”. *Actualidad Civil*. 1986-1, 1697-1709, p. 1700.

particular circunstancia referida, por lo que resulta de toda evidencia que es casi imposible esbozar reglas abstractas y genéricas de prudencia.

Conforme lo afirma Luis Niño, en cada suceso, teniendo presente las características del paciente, la urgencia del caso, las alternativas posibles de acuerdo con los medios que se disponga, se ponderará si se han satisfecho los recaudos de al *lexartis ad hoc*; a tal fin, el intérprete recabará las notas esenciales del hecho siguiendo un criterio *ex ante*, es decir, poniéndose en la situación que tenía el profesional vinculado.

La *lexartis* impone al profesional de la salud ciertos deberes, como modalidad de exclusión del riesgo del error culposo, entre otros:

- a) Seguir los progresos de la ciencia, conocer los nuevos medicamentos y procedimientos quirúrgicos que superen a otros anteriores.
- b) Mantener una práctica profesional adecuada a los protocolos de actuación del caso en que le corresponda intervenir.
- c) Obedecer a las reglas generalmente admitidas por la ciencia y el arte de la salud especializada a la cual se dedica.
- d) Obrar con prudencia, recurriendo a la opinión de otros especialistas en aquellos casos dudosos y que puedan debilitar o exceder su juicio médico.
- e) Conocer sus personales limitaciones frente al acto que habrá de realizar, a fin de excluir la eventual modalidad de culpa provocada por la impericia, pues solo reconociéndola y evitando una actuación en tal situación, podrá excluir un comportamiento criminal.
- f) Mantener una observancia de los reglamentos destinados a normar las acciones de salud, los protocolos médicos, quirúrgicos, etc., aspectos de contraloría médica, entre otros.

CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL DE LA SALUD EN EL CAMPO PENAL

A. Responsabilidad dolosa

La responsabilidad penal, en general, puede ser dolosa o culposa, una y otra tienen por fundamento la voluntad del agente. La doctrina penal define al dolo como “la intención, más o menos perfecta, de ejecutar un acto que se sabe contrario a la ley”.⁹

En definitiva, es necesaria una intencionalidad del autor de conseguir un determinado fin. El dolo, exige conciencia, conocimiento y voluntad de obtener un resultado.¹⁰ El fin de la actividad médica, que no es otro que el buscar el beneficio del paciente (principio de beneficencia), por lo que excluye el dolo pues el médico no puede desear ni realizar conductas encaminadas a lesionar al paciente.

B. Responsabilidad culposa

Por otro lado, cuando nos referimos a delitos culposos, la culpa se deriva de una actividad jurídica reprochable, en la que no se ve presente la intención directa de causar daño. Es decir, el actor incumple con el deber de actuar con el necesario cuidado o con la diligencia indispensable, para evitar que sus actos causen daños a las personas o a la comunidad.

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal, para poder atribuir carácter culposo a determinada conducta debe comprobarse si el imputado violó su deber objetivo de cuidado, por lo que debe mirarse la adecuación de su conducta a las exigencias particulares y los deberes a cargo de los profesionales de la salud.

La responsabilidad profesional en general se refiere a la obligación que tienen de responder por sus actos aquellos que ejercen una profesión determinada, entendiéndose por ésta: “*la realización habitual a título oneroso o gratuito de todo acto o la prestación de cualquier servicio propio de cada profesión*”. Se medirá la capacidad cualificada con la que la persona realiza su vocación dentro de un trabajo elegido y que tiene un reconocimiento

⁹Cuello, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1974, p. 420

¹⁰ Entiéndase por “conciencia” que el sujeto esté en plena capacidad intelectual, es decir esté en capacidad para comprender la ilicitud y determinarse de acuerdo a esa comprensión. Tener una cognición valorativa del acto.

Por “conocimiento”: se refiere a la representación del hecho, conocimiento de los elementos objetivos integrantes del hecho delictuoso, el conocimiento de la significación antijurídica del hecho y el conocimiento del resultado que tendrá su acción.

Y, por “voluntad”, como elemento volitivo del dolo, se refiere a la existencia de la voluntad de ejecutar el hecho, es decir que esta voluntad esté dirigida a un determinado fin.

Vid., Cuello, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1974, p. 419-433.

oficial por parte del Estado. En el ámbito médico, esta responsabilidad se refiere a “*la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones o errores voluntarios e involuntarios incluso, cometidos en el ejercicio de su profesión*”.¹¹

Adicionalmente, es necesario aclarar que la profesión médica tiene una obligación de medios o de actividad, la misma que es aceptada para todo tipo de tratamientos o procedimientos médicos, hospitalarios y quirúrgicos. De acuerdo a la jurisprudencia argentina especializada: “[...] *la obligación de medios que tiene todo médico se cumple poniendo toda la ciencia, diligencia y prudencia en la atención del enfermo*”¹².

Por lo tanto, habrá incumplimiento de la obligación de medios, cuando el profesional haya actuado sin diligencia: “*La falta de diligencia es una violación al deber de cuidado, el mismo que consiste en “preservar y cuidar a las personas sometidas a sus cuidados médicos, evitando todo riesgo en su salud*”¹³.

Por otro lado, la culpa puede ser inconsciente o consiente. La culpa inconsciente se verifica cuando existe imprevisión del resultado que obligadamente pudo y debió haberse previsto por parte del profesional de la salud. La falta de representación del resultado final que puede tener una acción u omisión médica en la que no se ha guardado la debida diligencia y lesiona algún bien jurídico protegido, configura un delito. En este tipo de culpa, la falta de diligencia juega un rol fundamental en la no previsión del resultado. La culpabilidad inconsciente dentro de la práctica médica radica en no prestar el **mínimo de atención** que el ordenamiento jurídico debe exigir objetivamente para evitar pérdidas y daños en valores y bienes de la comunidad.

Por otro lado, la culpa consiente o “culpa con representación” se da cuando existe un exceso de confianza del sujeto en evitar un resultado típico antijurídico que cree podía evitar de alguna forma. Por ende el profesional de la salud estaría consiente del resultado dañoso que podría producir su accionar, pero sin embargo lo realiza, “*con la expectativa y confianza de evitarlo o no producirlo de algún modo.*” Debe en consecuencia estar de por medio el no cumplimiento de una norma cuando el agente podía y le era exigible hacerlo.

El delito culposo puede provenir de distintos modos de obrar, que generalmente son considerados tipos de culpa. Se trata de ciertas conductas por parte de los profesionales de

¹¹ Sánchez, Olga María. “La Responsabilidad profesional de los prestadores de servicio médico. Marco jurídico para la solución de controversias en la legislación mexicana”. *Medicina Universitaria*. Órgano Oficial de la Facultad de Medicina de la UANL. Vol. 3, número 11. Abril junio, 2001.

¹² (Argentina) Corte de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de Santiago del Estero. 04. V. Moreno c/ Lacherre A.J. s/Homicidio culposo. 5/03/2001, citado en Montanelli, Norverto. *Responsabilidad Criminal médica*. Buenos Aires: García Alonso, 2005, p. 127.

¹³ (Argentina) Corte Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal. Sala VI- Pantoni, P.R. s/ procesamiento. 23/12/2003, citado en Montanelli, Norverto. *Responsabilidad Criminal médica*. Buenos Aires: García Alonso, 2005, p. 127

la salud, para que se les pueda atribuir responsabilidad penal por haber lesionado un bien jurídico protegido. Así, el resultado dañoso debe producirse a consecuencia de imprudencia, impericia o negligencia por parte de los profesionales de la salud.

a) Negligencia:

Surgirá cuando la omisión sea grave, como cuando se haya dejado de lado aquello que resulta evidente o elemental para cualquier profesional mínimamente preparado. Consiste en no hacer lo que se debe, equivale a una despreocupación, falta de cuidado, omisión de la atención debida o falta de precaución. El profesional de la salud puede ser negligente cuando comete un error grosero, por ejemplo, si:

- Realiza un diagnóstico prescindiendo de los procedimientos técnicos que conoce y tiene a la mano;
- Descuida las condiciones de la debida asepsia en las operaciones quirúrgicas o incurre en olvidos al practicarlas;
- Nunca efectúa el diagnóstico o emite un diagnóstico tardío;
- No efectúa los exámenes básicos;
- Abandona al paciente;
- Inadvierte situaciones riesgosas;
- Comete olvidos;
- Efectúa una dosificación farmacológica insuficiente.

b) Imprudencia:

Se trata de casos de manifiesta temeridad en los que la acción del profesional demuestra un descuido claro de la vida y la salud del paciente, al margen de las reglas del arte y de los procedimientos aconsejados. Es un vicio en el que incurre aquel que realiza una acción de la cual debió abstenerse por ser en sí misma peligrosa y capaz de ocasionar daños. Estamos ante una acción imprudente cuando se afronta un riesgo sin haber tomado las debidas precauciones para evitarlo, sin detenerse a pensar en los inconvenientes que resultarán de esa acción u omisión. La imprudencia, es la modalidad contraria a la negligencia, pues supone un actuar excesivo, que sobrepasa el límite de riesgo permitido. Normalmente, procede en las acciones y, excepcionalmente, en las omisiones. Ejemplo de actos médicos imprudentes:

- Cuando el médico, a sabiendas, sin necesidad, somete al enfermo a tratamientos innecesariamente riesgosos y evitables o actúa en condiciones que aumentan los riesgos;
- Transfundir sangre sin establecer el grupo sanguíneo, HIV, VDRL, etc.;

- Realizar un acto innecesario (histerectomía abdominal con apendicectomía profiláctica);
- Uso de fármacos no aprobados;
- Ejecución de técnicas terapéuticas no claramente efectivas;
- Sobredosis de fármacos;
- Procedimientos terapéuticos peligrosos e innecesarios;
- Realizar intervenciones innecesarias, a fin de reparar lesiones insignificantes;
- Resección quirúrgica excesiva

c) Impericia:

El profesional de la salud actúa con impericia cuando se ha comportado con grosera torpeza o con claro desconocimiento de las alternativas adecuadas para el caso que asistía. Se refiere a la falta de conocimientos técnicos **básicos e indispensables** que se debe tener obligatoriamente en determinada arte o profesión. Ejemplo de actos médicos que importan impericia:

- Falta de preparación profesional;
- Falta de actualización profesional;
- Error de diagnóstico;
- Error terapéutico grave por falta de capacitación; o
- Fármacos mal recetados.

En conclusión, para atribuirle una sanción penal al profesional de la salud es necesario probar que por su parte haya mediado una notoria negligencia, imprudencia grave o un descuido de los más elementales deberes profesionales, susceptibles de comportar un ilícito de Derecho Penal. Sin embargo, es necesario considerar que si el resultado dañoso resulta del fortuito accionar del profesional, o ya de situaciones imprevisibles, no pueden ser sancionadas.

Aún un diagnóstico erróneo no puede, por sí mismo, responsabilizar al profesional médico puesto que no todo error es producto de una impericia, imprudencia o negligencia. Existe una zona donde cubierta una cierta diligencia en función de medios disponibles, el error es una posibilidad incluso para quien dispone de los conocimientos de la *lex artis* de su profesión.

Conforme lo establece el profesor Eugenio Zaffaroni:

Las reglas del arte médico se traducen en el adecuado e indicado procedimiento diagnóstico y en la aplicación de los procedimientos técnicos ordinarios con los cuidados que sean del caso. La aplicación de procedimientos no suficientemente probados sin tomar las precauciones necesarias constituye una violación a esas reglas. La finalidad perseguida

*por el médico, ante cada caso concreto, resulta relevante para conocer si ha obrado conforme a las reglas del arte para el restablecimiento de la salud de su paciente, para su conversación, el alivio de las consecuencias del estado en que se encuentra, su neutralización o postergación de males mayores, siempre que esto fuese lo que era dable de esperar de las posibilidades brindadas por el conocimiento científico y los medios disponibles en la emergencia (...) **El análisis del deber de cuidado debe hacerse en función de los medios disponibles en la emergencia y antes del resultado finalmente producido.***¹⁴ (el resaltado es nuestro)

C. Propuesta de calificación de la culpa

Por todo lo expuesto, consideramos que es necesario calificar la “culpa” con la que obra el profesional de la salud que ha incurrido en una falta grave al deber de cuidado que debía emplear durante el acto médico. Así, solamente en casos de temeridad, su conducta recaerá en la esfera del Derecho penal.

El profesional de la salud que de forma consciente se aleja de la *lexartis*, obra con culpa grave. Esta culpa debería ser calificada de “temeraria”, pues sabiendo o debiendo conocer que su acción temeraria causaría un daño sobre el paciente, la ejecuta. A este respecto, es necesario aproximarnos a una definición de lo que constituye una actuación temeraria.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, por temerario, debemos entender una conducta “*excesivamente imprudente arrastrando peligros*”. En el mismo sentido, se describe a la “imprudencia temeraria” como aquella “*culpa grave e inexcusable*”.¹⁵

Ya en el ámbito jurídico, el Diccionario Hispanoamericano de Derecho, define al adjetivo “temerario” como algo “*excesivamente imprudente, que procede o ejecuta determinado acto a sabiendas del peligro que representa*”. Con respecto a temeridad, el mismo Diccionario establece que es la “*cualidad de la conducta excesivamente arriesgada o imprudente, que no toma en cuenta o no atiende lo suficiente a los riesgos de una acción*”.¹⁶

En el mismo sentido, de acuerdo al Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual del profesor Guillermo Cabanellas de Torres, temeridad es aquella “*acción arriesgada, a la que*

¹⁴ Eugenio Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 2001, p. 541.

¹⁵ Real Academia de la Lengua. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Real Academia de la Lengua, 2001, p. 345.

¹⁶ *Derecho Hispanoamericano de Derecho*. Bogotá: Grupo Latino Editores, 2008, p. 2264.

*no precede un examen meditado sobre los peligros que puede acarrear o los medios de sortearlos”.*¹⁷

Al incluir dentro del tipo penal la calificación de la culpa como “temeraria”, el estándar de prueba contra el profesional de la salud, se eleva. El juez sólo podrá condenar al profesional cuando concluya que éste actuó con temeridad. Es decir que, para poder llegar a imponerle una sanción penal, el juez deberá haber llegado a la conclusión de que el profesional actuó sabiendo o debiendo saber que su acto médico causaría un daño injusto en el paciente, pues los más básicos preceptos de la *lexartis* le indicaban los resultados de su acto.

Si el fiscal o acusador particular, no llega a probar que la conducta del galeno se ha ajustado a este estándar de temeridad, entonces el juez no podrá considerar que su acción se ajusta a lo estipulado por el tipo penal.

Es importante indicar que al ser el concepto “culpa temeraria” ajeno a nuestro sistema penal, se debe introducir en el Código una norma que conceptualice el alcance de dicha culpa, para que así pase a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico.

D. Elementos que integran el tipo penal

Desde el punto de vista doctrinario, son requisitos necesarios para que nazca la responsabilidad penal en contra del profesional de la salud, los siguientes:

1. La existencia de una acción u omisión

La conducta temeraria consistiría en que a sabiendas o debiendo conocer el comportamiento debido, omitir el deber de cuidado exigido, de lo que se derivará la producción del resultado lesivo, no querido, pero que debió prevenirse y evitarse.

2. Infracción del deber objetivo de cuidado

El juzgador debe hacer un juicio comparativo entre la conducta que hubiese ejecutado una persona prudente y cuidadosa y la conducta que se analiza, que en el caso de la práctica de la medicina, viene en gran parte determinado por la *lexartis*.

Para poder determinar ese deber objetivo de cuidado, el juez debe situarse en el lugar del profesional de la medicina medio, con la información y los medios de los que disponía en ese momento.

¹⁷ Guillermo Cabanelas de Torres. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Volumen No. 8. Buenos Aires :Heliasta, 2008, p.31.

La actividad médica no es una actividad perfectamente delimitada por normas que determinen y delimiten legalmente cuál es el actuar prudente y exigible en cada caso concreto, como sucede en otras actividades (tráfico, obligaciones fiscales.). Al no estar la actividad profesional médica reglamentada es necesario acudir a estándares o reglas técnicas que nos permitan comparar el comportamiento debido y el ejecutado. El juez va a utilizar la *lex artis* como guía, como patrón orientador para poder comparar la conducta debida con la efectivamente realizada.

La valoración de la conducta temeraria del profesional se realiza desde un punto de vista jurídico y, por lo tanto, es de valoración exclusivamente jurídica, mediante la comprobación de si se observó o no el deber objetivo de cuidado. Se entiende que no se cumplió con este deber, cuando el profesional médico actuó de manera temeraria, es decir, sabiendo o debiendo conocer los efectos negativos de su conducta. Así, si un profesional medio (no el más experto ni tampoco un inexperto), de igual cualificación, en las mismas circunstancias de tiempo y lugar, se hubiese comportado de igual o diferente forma de aquel a quien se está juzgando.

Si su comportamiento resulta ser el mismo y se produce un resultado negativo para el enfermo, éste resultado, se reputará como imprevisible o inevitable, que no son punibles. Pero cuando ese hipotético profesional medio, situado en las mismas circunstancias que aquel a quien se juzga, se comporta ante su mismo enfermo de forma diferente y, ese comportamiento, evita que se produzca el daño, la conclusión, es que el médico a quien se está valorando la conducta, no habrá observado el deber de cuidado objetivo.

Dada la dificultad para poder establecer cuál es la conducta adecuada, se le ha dado un papel muy importante a los protocolos y guías médicas, que recogen las mejores evidencias científicas disponibles en cada momento para ser utilizadas en la toma de decisiones clínicas. Asimismo, como el juez no posee los conocimientos técnicos necesarios para enjuiciar el caso, se ha de valer de peritos médicos.

3. Previsibilidad del resultado

Previsibilidad del resultado que, sin embargo, no fue previsto por su autor. La previsibilidad del resultado es una condición objetiva de la culpa. El resultado lesivo debe haber sido previsible; pero en el caso concreto, el profesional no lo previó.

El deber objetivo de cuidado está íntimamente relacionado con la obligación de prever lo que es previsible y de evitar lo que es evitable. Sin embargo, el concepto de previsibilidad es relativo, ya que sólo sería auténticamente imprevisible, el caso nuevo, el no descrito en la literatura médica, todos los demás, de algún modo son previsibles. Así pues, hay que tomar el término “previsible” con relatividad, lo cual, nos lleva a hacer la diferencia entre riesgos típicos y riesgos atípicos.

Sabemos que muchos daños o complicaciones se repiten en determinadas patologías, como por ejemplo, las embolias grasas, en los intervenidos quirúrgicamente sobre huesos largos, las embolias sanguíneas, cuando se producen importantes destrucciones de vasos, en el encamamiento, etc. A estas complicaciones periódicas, las llamamos previsibles.

Cuando el riesgo adquiere un nivel de frecuencia considerable (en cada caso se prefija según las estadísticas), estaremos ante un riesgo típico. Por debajo de esa frecuencia del riesgo típico, se situarían los riesgos atípicos, es decir; aquellos que son imprevisibles.

El profesional de la salud, sólo estará obligado a poner los medios necesarios para prevenir los riesgos típicos, de lo contrario, no sería posible ejercer la medicina, ya que la totalidad de riesgos potenciales ante una intervención es tan elevado, que no sería operativa la prevención de todos ellos. Evidentemente, los riesgos típicos no sólo dependen de la frecuencia, sino también de la gravedad que entrañan, de la facilidad o no, de su prevención y, de los efectos secundarios de las medidas preventivas. Por ello, la consideración de riesgo típico dependerá de la conjunción de todas las variables mencionadas y no sólo de su frecuencia.

Hay casos en que se conocen la existencia de riesgos típicos, pero no se disponen de los medios necesarios para evitarlos. En esta eventualidad, lo que prevalecerá es la ponderación riesgos-beneficios y si éstos últimos, teniendo en cuenta el valor social de la actividad y la necesidad de su realización, son más importantes que los primeros (riesgos) y, si se produce al final el daño, serán reputados como inevitables, que son equivalentes a los casos fortuitos, y por lo tanto, no punibles.

Por ejemplo, es objetivamente previsible por un médico que se puede concluir lesionando o dando muerte a una persona, si en estado de sopor o sin el instrumental y colaboración adecuados, decide intervenir quirúrgicamente a un paciente.

El verdadero elemento diferencial de los delitos culposos es la previsibilidad de aquello que no se ha previsto. La previsibilidad es límite necesario y suficiente de la culpa; es el límite necesario, porque sin ella se entra en lo imprevisible, esto es, en lo fortuito; y es el suficiente, porque fuera de ello se entra en lo previsto, esto es, en lo voluntario, y todo acto voluntario penado por la ley, constituye un delito doloso.

4. Existencia de un daño sobre el bien jurídico protegido

Es una de los requisitos más fáciles de constatar, el paciente/actor deberá probar que ha existido un daño contra su salud, su integridad personal o su vida.

5. Relación de causalidad entre la actuación negligente y el daño

Para que haya responsabilidad médica, la actuación temeraria del profesional debe ser la causa del daño que ha superado el riesgo terapéutico o quirúrgico. El daño debe ser efecto o resultado de aquella conducta médica, la cual obra como causa eficiente en la producción del perjuicio, que presupone dos condiciones de acuerdo al doctor Luis Guillermo Serrano:

- La conducta médica debe ser la causa próxima, que no quiere decir que sea la causa última en el orden cronológico, sino que no se deben tener en cuenta en la producción del daño los actos, hechos o causas que han obrado en forma remota, como lo sería el caso de la droga prescrita por el médico cuyo tratamiento no es cumplido por el paciente. En este caso, el médico no es responsable del daño producido por esta causa, porque no fue su conducta que produjo el resultado, sino por la del paciente.
- La conducta médica debe ser determinante en la producción del daño, cuando debido a la actuación médica se ha contribuido en un mayor grado a la producción del resultado, de tal manera que si no hubiera sido por ese actuar, el daño no hubiese ocasionado; por lo que el profesional que incurriendo en la falta en una operación efectuada a un paciente, no responde del daño si demuestra que el resultado habría sobrevenido de todas maneras, por causa ajena a su actuación; es decir que si el profesional comete falta y se produce un daño, pero él no ha sido la causa suficiente de ese daño, no se compromete su responsabilidad.¹⁸

En definitiva, el resultado debe haberse producido por una conducta temeraria del profesional. Debe existir una relación directa, completa e inmediata entre el daño y la conducta temeraria. La responsabilidad debe analizarse en cada caso de manera integral y verificando que no existan elementos extraños que rompan el nexo causal y por tanto exoneren de responsabilidad al profesional tratante.

E. Delito de Lesiones

En primer lugar, hay que entender que la acción típica dentro del delito de lesiones, consiste en causar un grave daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Por daño en el cuerpo se entiende “*toda modificación negativa en la armonía corporal; toda mutilación, destrucción o inutilización, más o menos duradera, de la estructura física del ofendido*”.¹⁹

En segundo lugar, es necesario establecer que en el contexto de salud, se debe considerar que la lesión es intrínseca a la práctica profesional, y que en muchas ocasiones,

¹⁸ Serrano Escobar, Luis Guillermo. *Nuevos Conceptos de Responsabilidad Médica*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2000, p. 137-139.

¹⁹ Vásquez Shimajuko Carlos Shikara, “Algunos Apuntes acerca del Delito de Lesiones Graves en el Código Penal Peruano”, Revista Jurídica Cajamarca, disponible en: <<http://www.derechocambiosocial.com/rjc/Revista12/lesiones.htm>>

especialmente cuando se trata de una práctica invasiva, la lesión es connatural a la misma práctica.

Así, las intervenciones médico-quirúrgicas con finalidades curativas son atípicas de lesiones, puesto que, en estos casos, no existe el dolo de lesionar del infractor, independientemente de que el resultado sea positivo o negativo para el paciente, siempre y cuando la intervención se realice en observancia de la *lexartis*. Todo ello pues la intención del médico es curar y, de ningún modo, causar un daño en la salud o la integridad física. El *animus laedendi* es neutralizado por el ánimo de mejorar la salud, toda vez que éste es el único elemento incompatible con el aspecto subjetivo de las lesiones.

Situación distinta se da cuando la intervención del profesional de la salud, se efectúa en violación de las reglas de la *lexartis*, puesto que aquí no hay duda de que nos encontramos ante un delito de lesiones culposas, si el resultado es fallido. En definitiva, para el delito de lesiones cometidas por el profesional de la salud, debemos guiarnos por los mismos criterios expuestos anteriormente para el delito de homicidio culposo. Es decir que debe mediar un grado de culpa temeraria, para que el profesional de la salud responda por los diferentes tipos de lesiones que puede provocar al paciente durante el acto médico.

Por otro lado, la regla general en los ordenamientos jurídicos penales de los países de América Latina es no contemplar un tipo penal especializado para el delito de “lesiones culposas causadas por un profesional”. Sin embargo, los ordenamientos jurídicos más adelantados en la materia sí lo hacen, es el caso de España, Argentina y Perú. Así, incluso sus Códigos Penales prevén sanciones especiales para los profesionales, como la inhabilitación profesional.

F. Penas contempladas para el delito de lesiones

El delito de lesiones está conformado por varias categorías, pues las lesiones pueden adoptar varias modalidades de daño sobre la salud o integridad física de la víctima. Así, las lesiones pueden implicar la mutilación de un miembro u órgano principal lesiones que generen la inutilización de un miembro u órgano; perturbación psíquica; desfiguración o pérdida de un sentido. De esta forma, las legislaciones extranjeras han gradado las lesiones tanto de acuerdo al tipo de afectación que puede llegar a provocar en la salud o integridad física o psíquica del ofendido; como de acuerdo a los días de incapacidad que pueda generar la lesión para la víctima.²⁰

En este sentido, las lesiones que causan incapacidad para el trabajo, son tan solo un tipo de modalidad de lesión. Se trata de aquellas lesiones que causan en la víctima una incapacidad

²⁰ Ver Cuadro No. 2 “Delito de lesiones”

para el trabajo. Sobre lo que se entiende por el término “trabajo” no hay mayores problemas para considerar que dicho término alude tanto al trabajo físico como al trabajo intelectual.

Por ello, en el caso de lesiones causadas por el profesional médico, deben tomarse en cuenta estos criterios distintivos. Pues, por ejemplo, la permanencia de la lesión puede limitarse sólo a los casos de anomalía psíquica y de desfiguración. Y, aún en este último caso, puede suceder que un daño a la integridad corporal no importe un atentado a la “posibilidad de participación en las actividades regulares de trabajo”, como la presencia de una gran cicatriz en el rostro, que no obstaculizará su capacidad para trabajar pero tal vez si dificultará su participación con normalidad en el sistema social.

Todo lo expuesto, confirma que, por ejemplo, en países como España y Argentina, las penas impuestas por el delito de lesiones no se determinan por el número de días de incapacidad que provoca a la víctima, sino siguiendo la gradación indicada anteriormente.²¹

Además, en los ordenamientos penales de los países de América Latina, no se imponen penas a las lesiones exclusivamente tomando el criterio de tiempo de incapacidad de la víctima. Así, los Códigos Penales consideran otras circunstancias que pueden afectar a la víctima como: pérdida de un miembro, deformación física o perturbación psíquica.²²

Por lo tanto, proponemos que se considere como una posibilidad crear un tipo penal especializado para lesiones culposas inferidas por cualquier profesional de la salud, que considere las diferentes formas que puede adoptar la lesión y no exclusivamente los días de incapacidad que puede generar en el paciente.

En todo caso, como se podrá revisar en el articulado alternativo, si bien se mantiene el criterio de los días de incapacidad, se introduce un artículo respecto de las lesiones causadas dentro del ejercicio de una profesión, en el sentido de que estas son eminentemente culposas, y de que se necesita culpa temeraria en el actuar del profesional para imputar responsabilidad penal. En este punto hacemos la misma reserva expuesta anteriormente, en el sentido de que se debe introducir una norma, al inicio del Código, que establezca el alcance del término “culpa temeraria”, para que pueda formar parte de nuestro ordenamiento jurídico.

²¹ *Ibíd.*

²² *Ibíd.*

CAPÍTULO V. JUZGAMIENTO Y PROCESO PENAL: EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO

En referencia a los derechos constitucionales que se encuentran en colisión cuando nos encontramos frente a un caso de responsabilidad penal médica, existen otros derechos a considerar, además de los derechos sustantivos del profesional de la salud, como son su libertad personal o el reconocimiento profesional y su prestigio. Se trata de derechos constitucionales de índole procesal. Nos referimos a las garantías que conforman el derecho al debido proceso que posee toda persona que enfrenta un juzgamiento de cualquier tipo por parte de un órgano de la Administración Pública.

En este sentido, el juzgamiento de todos los delitos contemplados en el Proyecto de CPI se debe realizar primero, en observancia de las normas constitucionales referentes a las garantías de protección y, en segundo lugar, es necesario considerar las normas procedimentales relativas al debido proceso y medios de prueba establecidas en el mismo Proyecto.

A. Normas constitucionales

Con respecto a las disposiciones de la Constitución Política pertinentes, es necesario destacar la garantía del debido proceso consagrada en el artículo 76 de la norma constitucional que contempla una serie de derechos a favor de un individuo sujeto a cualquier tipo de juzgamiento ante los órganos que componen la Función Judicial.

A continuación los derechos constitucionales protegidos por la norma:

*Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, **se asegurará el derecho al debido proceso** que incluirá las siguientes garantías básicas:*

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

*2. **Se presumirá la inocencia de toda persona**, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.*

*3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. **Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.***

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) **Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.**

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) **Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.**

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) **Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.**

k) **Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente.** Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que

se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.(el resaltado es nuestro)

Asimismo, la Constitución Política contempla una norma especial referida a los derechos que se garantiza a los procesados durante un proceso penal que se sigue en su contra:

Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante. Las personas procesadas o indiciadas en juicio penal que se hallen privadas de libertad permanecerán en centros de privación provisional de libertad legalmente establecidos.

3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad de la jueza o juez, o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o de una defensora o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.

6. Nadie podrá ser incomunicado.

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.

b) Acogerse al silencio.

c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.

La orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera durante el proceso o produjera la caducidad, sea esta por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados de conformidad con la ley.

10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aún cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.

11. La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social. Ninguna persona condenada por delitos comunes cumplirá la pena fuera de los centros de rehabilitación social del Estado, salvo los casos de penas alternativas y de libertad condicionada, de acuerdo con la ley.

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre.

Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios.

Es necesario aclarar que toda la normativa que se pretenda incluir en el Proyecto de CPI referente a responsabilidad penal médica, obligatoriamente deberá respetar todos estos derechos constitucionalmente protegidos y especialmente asegurar que durante el juzgamiento de tales delitos, se respete el derecho al debido proceso de los profesionales de la salud.

B. Normas incluidas en el Proyecto de Código Penal Integral

1. Debido proceso

Con fundamento en la Constitución Política, el Proyecto de CPI contempla normas que garantizan la inviolabilidad de los derechos de los acusados. Las disposiciones relevantes son las siguientes:

Artículo 5.- Principios procesales.- El proceso penal se regirá por los siguientes principios, como parte de las garantías constitucionales del debido proceso, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas:

7. Defensa: Ninguna persona podrá ser privada del derecho a la defensa. En toda etapa o grado del proceso, contará con el tiempo y los medios adecuados para su preparación y será escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

Será asistida por una o un abogado de su elección o por una o un defensor público. No se le podrá restringir el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

Ninguna persona podrá ser interrogada, ni siquiera con fines de investigación, por la Fiscalía, una autoridad policial, o cualquier otra, sin la asistencia de una o un abogado particular o una o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

13. Comparecencia obligatoria: La persona que actuare como testigo o perito estará obligada a comparecer ante la o el juzgador y a responder al interrogatorio respectivo. En ningún caso la víctima será obligada a comparecer.

14. Juzgador natural: Toda persona tiene derecho a ser procesada y juzgada por una o un juzgador competente, independiente e imparcial, determinado con anterioridad por la Ley y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Nadie podrá

ser juzgado por tribunales de excepción ni por comisiones especiales creadas para el efecto.

*25. **Motivación:** Las o los juzgadores deberán fundamentar adecuadamente sus decisiones. En particular, deberán pronunciarse en las sentencias, resoluciones o autos sobre los argumentos y razones relevantes expuestos por los sujetos procesales durante el proceso. No habrá motivación si en la providencia no se enuncian las normas o principios jurídicos en los que se funda y no se explicare la pertinencia de su aplicación. Las providencias que no se encuentren debidamente motivadas se considerarán nulas.*

*26. **Imparcialidad:** Las o los juzgadores, en todos los procesos a su cargo, deberán orientarse por el imperativo de administrar justicia de conformidad con la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de derechos humanos y este Código, respetando la igualdad ante la ley.*

*29. **Verdad procesal:** Las o los juzgadores resolverán únicamente atendiendo a los elementos aportados por las partes procesales.*

*32. **Objetividad:** En el ejercicio de su función, las y los fiscales adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley y el respeto de los derechos de las personas. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar en igual medida no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad de la persona procesada, sino también los que la eximan, atenúen o extingan. (el resaltado es nuestro)*

2. Medidas cautelares

En referencia a las medidas cautelares que puede adoptar el juez contra el acusado, el Proyecto de CPI contempla una amplia variedad de reglas. La primera se refiere las medidas cautelares que puede imponer el juez:

***Artículo 551.- Modalidades.-** La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicarán de forma prioritaria a las medidas de privación de libertad:*

1. Prohibición de ausentarse del país.

2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conozca el proceso o ante la autoridad o institución que éste designe.

3. Arresto domiciliario con las salvedades establecidas en la Constitución.

4. Dispositivo electrónico de geoposicionamiento.

5. Detención.

6. Prisión preventiva.

La o el juzgador, en los casos de los números 1, 2 y 3 de este artículo, podrá ordenar, además, el uso de un dispositivo electrónico de geo-posicionamiento.

Pero, para la imposición de cualquiera de las medidas descritas, el juez debe observar el cumplimiento de ciertos requisitos así como criterios legales especiales:

544.- Reglas generales.- *La o el juzgador podrá ordenar la imposición de una medida cautelar de conformidad con las siguientes reglas:*

- 1. Solicitud motivada de la o el fiscal.*
- 2. Resolución motivada en audiencia oral, pública y contradictoria de encontrar fundamento, previa intervención de la persona procesada y la Fiscalía. De ser el caso, se resolverá sobre las solicitudes de sustitución, suspensión y revocatoria de la medida, u ofrecimiento de caución que se formule al respecto.*
- 3. Se cumplirán en forma inmediata después de haber sido ordenadas, y se notificarán a los sujetos procesales de conformidad con lo previsto en este Código.*
- 4. En caso de incumplimiento de la medida cautelar por parte de la persona procesada, la Fiscalía deberá solicitar su sustitución por otra medida más eficaz.*

Artículo 545.- Criterios para ordenar medidas cautelares.- *Para ordenar medidas cautelares se deberá considerar los siguientes principios:*

- 1. Necesidad: La o el juzgador deberá examinar la necesidad de la medida cautelar y, si lo considera pertinente, la sustituirá por otras menos gravosas o reducirá cuando sea excesiva o la revocará cuando desaparecieren los motivos que la justifiquen.*
- 2. Finalidad: La o el juzgador deberá determinar la finalidad que ha de cumplir la medida cautelar, empleando los medios más adecuados para conseguir dicho fin.*
- 3. Proporcionalidad: No se podrán ordenar medidas cautelares sobre bienes cuando aparezcan desproporcionadas en relación con la gravedad del daño.*

Finalmente, el Proyecto de CPI contempla la posibilidad de que el juez ordene una medida sustitutiva a cualquiera de las antes mencionadas en una audiencia especial que se llevará a cabo solo para este efecto:

Artículo 546.- Audiencia de sustitución, revisión, revocatoria o suspensión de medida cautelar.- *La o el juzgador deberá en audiencia oral examinar la necesidad de las medidas cautelares, la concurrencia de hechos nuevos que así lo justifiquen, la obtención de otras evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados y, si*

lo considera pertinente podrá sustituirlas por otras. De igual forma, podrá dictar una medida negada anteriormente.

Si desaparecieren las causas que dieron origen a las medidas cautelares o si transcurrieren los plazos previstos en la Constitución, la o el juzgador las revocará o suspenderá de oficio o a petición de parte.

3. La prueba en el proceso penal

Con respecto a la etapa probatoria del proceso penal, el Proyecto de CPI estipula normas que rigen la práctica de la prueba, con el fin de garantizar el derecho del procesado a defenderse. Las normas relevantes son las siguientes:

Artículo 586.- Finalidad.- La prueba tiene por finalidad llevar a conocimiento de la o el juzgador más allá de toda duda razonable, los hechos y circunstancias materia de la infracción y los de la responsabilidad de la persona procesada o, a su vez, desestimarlos.

Artículo 587.- Principios.- La obtención y práctica de pruebas se regirá por los siguientes principios:

1. Oportunidad: La prueba deberá ser anunciada en la audiencia preparatoria del juicio, y se practicará únicamente en la audiencia de juicio.

Los elementos de convicción deberán ser presentados en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio.

4. Libertad probatoria: Todos los hechos y circunstancias pertinentes para la solución correcta del caso se podrán probar por cualquiera de los medios producidos e incorporados siempre que no violen la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas. Cuando las normas legales no regulen su forma de incorporación, se seguirán las reglas aplicables al medio de prueba más análogo.

7. Sana crítica: Ninguna de las normas de este Código se podrán entender en contra de la libertad de valoración probatoria que conlleva la sana crítica, que incluye la correcta utilización de los principios de la lógica y las máximas de la experiencia.

8. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba: Se deberá garantizar la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal.

9. Conocimiento para condenar: La o el **juzgador para emitir sentencia condenatoria deberá tener el convencimiento de la responsabilidad penal del procesado, más allá de toda duda razonable.** (el resaltado es nuestro)

Por otro lado, en referencia a los medios de prueba que podrán utilizar los profesionales médicos para ejercer su derecho a la defensa, el Proyecto de CIP reconoce a la pericia como uno de ellos:

Artículo 589.- **Medios de prueba.**- En materia penal, los medios de prueba entre otros son:

1. El documento.
2. El testimonio.
3. **La pericia.** (el resaltado es nuestro)

Asimismo, el Proyecto permite a cualquiera de las partes procesales solicitar al juez que está conociendo la causa, la práctica de una pericia para probar sus alegaciones.²³ Los profesionales de la salud podrán demostrar argumentos técnicos o especializados en el campo médico, sin ninguna restricción, a través de la práctica de informes periciales realizados por expertos médicos.

Incluso, el Proyecto contempla reglas generales que deben observar los peritos que participan dentro de todo proceso penal:

Artículo 597.- *Testimonio de peritos.*- Los peritos describirán oralmente los resultados de sus pericias y responderán al interrogatorio y al contra-interrogatorio de los sujetos procesales.

Artículo 605.- *Reglas generales.*- Las personas que actúen como peritos deberán acatar las siguientes reglas:

1. Las personas que actúen como peritos deberán ser **profesionales expertos en el área**, especialistas, titulados o con conocimientos, experiencia o experticia en la materia, para lo cual se encuentran acreditados ante el Consejo de la Judicatura.
5. Los peritos deberán comparecer a la audiencia de juicio y sustentar de manera oral sus informes periciales, para lo cual pueden hacer uso de cualquier medio.
6. Los sujetos procesales tendrán derecho a conocer oportunamente el informe pericial, a formular observaciones y a solicitar aclaraciones al perito, sin perjuicio de su derecho a interrogarle en la audiencia de juicio. (el resaltado es nuestro)

²³ Artículo 588.- Facultad de ordenar pericias y diligencias.- En la instrucción fiscal cualquiera de los sujetos procesales podrá solicitar a la o el fiscal que practique las pericias que creyeren necesarias para obtener los elementos de convicción.

4. Las penas privativas de libertad

Es necesario referirnos a la distinción tradicional que ha mantenido el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano correspondiente a las penas privativas de libertad. Actualmente, los delitos en cuanto a las penas se dividen en reprimidos con reclusión y con prisión. Una y otra forma se diferencian en cuanto al establecimiento en el cual se cumple la pena y en cuanto a la mayor rigidez del reglamento del centro de privación de libertad. El régimen de reclusión es más severo.

Sin embargo, el Proyecto de CPI ha eliminado esta distinción en cuanto a las penas. En efecto, cuando el artículo 59 se refiere a las penas privativas de libertad, no diferencia entre prisión y reclusión.²⁴ Por lo que, lo más importante a considerar en este punto, es el tiempo de la codena que contiene cada tipo penal.

5. Conclusión preliminar

En general, las disposiciones del Proyecto de CPI respetan los principios establecidos en la Constitución Política relativos al ejercicio del derecho a la defensa de los acusados dentro de un proceso penal. Además, el Proyecto contempla como uno de los medios de prueba a las pericias, que en los casos de responsabilidad penal médica, ayudarán a los jueces a comprender todos los aspectos técnicos del acto médico que ha causado una lesión o la muerte al paciente. En especial, las pericias permitirán al juez determinar si ha existido una inobservancia manifiesta de la *lexartis* por parte del profesional de la salud y por lo tanto, poder llegar a calificar su conducta de temeraria.

²⁴ **Artículo 59.- Penas privativas de libertad.-** Las penas privativas de libertad tendrán una duración de hasta cuarenta años.

Cuando la persona estuviere privada de la libertad, la duración de la pena empezará a computarse desde que se materializó la aprehensión.

Cuando la persona no estuviere privada de libertad, la duración de la pena empezará a contarse desde el día en que la sentencia condenatoria haya quedado firme.

En caso de condena, el tiempo efectivamente cumplido bajo medida cautelar de prisión preventiva o de arresto domiciliario, se computará en su totalidad a favor del sentenciado.

Igualmente se computarán a favor del sentenciado, los días efectivos que se haya presentado ante la autoridad correspondiente, en caso de que se le haya impuesto esta medida cautelar.

En este último caso, se computarán dos días de presentación cautelar, por uno de privación de libertad.

CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES

La actividad médica tiene como objetivo fundamental asistir a todas aquellas personas que padecen de problemas de salud. Por lo tanto el acto médico *per sese* justifica como un medio indispensable para preservar y mejorar la calidad de vida de los individuos de una sociedad.

Los procedimientos en medicina obedecen a procesos preestablecidos de educación en el ámbito profesional, cuya validez es verificada permanentemente en el desarrollo de la ciencia. De esta forma los profesionales en medicina han adquirido destrezas y habilidades mediante formación académica y ética rigurosa, aprobada tácitamente por la comunidad y expresamente por las facultades de medicina. El profesional en medicina debe velar por cumplir con los parámetros éticos y académicos enmarcados en la *lexartis*.

Por ello, ante un caso de posible responsabilidad penal médica, la experticia, diligencia y pericia de un profesional de la salud incurso en un proceso penal por ocasionar un daño en el ejercicio de su actividad médica a un bien jurídico tutelado por la ley penal deberá ser juzgada conforme a la *lexartis* vigente al momento en que ocurrió el daño. Si la conducta penal es típica, antijurídica y culpable, es claro que existe responsabilidad penal en general. Sin embargo, para el caso de responsabilidad del profesional de la salud, la responsabilidad penal debería limitarse a casos de culpa grave o temeridad (inobservancia grave del deber de cuidado cuando sabía o debía conocer del resultado dañoso), eliminando la tipicidad de la conducta cuando el médico demuestre que se ha apegado a la *lexartis*.

La misma argumentación que hemos presentado para el delito de homicidio culposo provocado por un profesional de la salud, debe seguirse en cuanto al delito de lesiones. En este caso, la culpabilidad debe ser temeraria de igual manera y dicha conducta debe provocar un daño en la salud o integridad física del paciente. Como se expuso, la lesión causada en el paciente puede adoptar diferentes modalidades, por lo que la tipicidad del delito de lesiones culposas debe considerar una gradación en las lesiones dependiendo de qué tipo de lesión ha sufrido el paciente y no, considerando exclusivamente el número de días de incapacidad que la lesión le ha provocado.

Finalmente, si establecemos cuáles son los bienes jurídicos en juego (salud y vida del paciente por un lado; y ejercicio de la actividad profesional, el honor y reconocimiento del médico por otro), parecería ser que la mejor manera de protegerlos y armonizarlos es a través de la actuación de un sistema que privilegie un fin compensatorio, educativo y de mejora de la asistencia, por sobre un sistema netamente represivo, cuyo único fin sea determinar culpables e imponer sanciones, sin adentrarse en las razones y motivos que produjeron tales errores.

CAPÍTULO VII. ANÁLISIS DE DERECHO COMPARADO

El análisis de Derecho comparado se dividirá en tres secciones, una destinada al análisis de las disposiciones legales pertinentes de los países de Iberoamérica con respecto a la responsabilidad penal del profesional de salud; la segunda se referirá al tratamiento que sus sistemas dan al delito de Lesiones.

En una tercera sección, se aborda la situación de la responsabilidad médica penal en Estados Unidos.

A. Disposiciones legales de países de Iberoamérica respecto a la responsabilidad penal del profesional de salud

TIPO PENAL ESPECIALIZADO POR HOMICIDIO CULPOSO		
País	Normativa	Comentarios
España (Código Penal)	ARTÍCULO 142 <i>1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, <u>con la pena de prisión de uno a cuatro años.</u></i> <i>2. Cuando el homicidio imprudente sea cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, de uno a seis años.</i> <i>3. Cuando el homicidio fuere cometido <u>por imprudencia profesional se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años.</u></i>	Dentro del homicidio culposo se incluye la inhabilitación especial de 3 a 6 años cuando se trate de homicidio derivado de imprudencia profesional.
Chile (Código Penal)	ARTÍCULO 490 <i>El que por <u>imprudencia temeraria</u> ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:</i> <i>1° Con <u>reclusión o relegación menores</u> en sus</i>	Aborda la responsabilidad del profesional de la salud calificando varios tipos de culpa: imprudencia temeraria, “negligencia culpable” en el desempeño de la profesión y mera

	<p>grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.</p> <p>2° Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o <u>multa de once a veinte unidades tributarias mensuales</u>, cuando importare simple delito.</p> <p>ARTÍCULO 491 <u>El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable</u> en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.</p> <p>ARTÍCULO 492 Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por <u>mera imprudencia o negligencia</u>, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas.</p>	<p>imprudencia o negligencia. En todos estos casos, la pena es la misma.</p> <p>De acuerdo al Art. 56, la reclusión o relegación menor comprende una pena de 61 días a 3 años.</p>
<p>México (Código Federal Penal)</p>	<p>ARTÍCULO 228 <u>Los profesionistas</u>, artistas o técnicos y sus auxiliares, serán responsables de los delitos que cometan en el ejercicio de su profesión, en los términos siguientes y sin perjuicio de las prevenciones contenidas en la Ley General de Salud o en otras normas sobre ejercicio profesional, en su caso:</p> <p>I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará <u>suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia</u>; y</p> <p>II. Estarán obligados a la <u>reparación del daño</u> por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.</p> <p>ARTÍCULO 229</p>	<p>El homicidio intencional es penado con prisión por 12 a 24 años. Para los delitos culposos, se impondrá hasta la cuarta parte de la pena, es decir de 3 a 6 años de prisión.</p>

	<i>El artículo anterior se aplicará a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.</i>	
Colombia (Código Penal)	ARTÍCULO 109° HOMICIDIO CULPOSO. <i>El que por culpa matare a otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte y seis punto sesenta y seis (26.66) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i>	En Colombia no existe un tipo penal especializado para la responsabilidad penal médica.
Argentina (Código Penal)	Artículo 84.- Será reprimido con <u>prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años</u> el que por <u>imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión</u> o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte.	Lo que se castiga es el actuar negligente, imprudente o imperito, así como aquel basado en la inobservancia de los reglamentos o deberes a cargo del profesional. La sanción de inhabilitación es de máximo 10 años.
Costa Rica (Código Penal)	Homicidio culposo Artículo 117.- Se impondrá prisión de <u>seis (6) meses a ocho (8) años</u>, a quien por culpa mate a otro. En la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tomar en cuenta el grado de culpa y el número de víctimas, así como la magnitud de los daños causados. <i>En todo caso, al autor del homicidio culposo también se le impondrá <u>inhabilitación de uno (1) a cinco (5) años para el ejercicio de la profesión</u>, el oficio, arte o la actividad en la que se produjo el hecho.</i>	No existe un tipo penal especializado para la responsabilidad penal del profesional de la salud, se rige por el tipo penal general “homicidio culposo”. La sanción de inhabilitación para el profesional es de máximo de 5 años.
Perú (Código Penal)	Artículo 111.- Homicidio Culposo <i>El que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a</i>	Contiene un tipo penal especializado para la culpa del profesional. Cuando el homicidio

	<p>ciento cuatro jornadas.</p> <p><i>La pena privativa de la libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de seis años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho.</i></p>	<p>culposo es cometido por “inobservancia de las reglas de profesión”, será penado con una pena de 1 a 4 años.</p>
<p>Paraguay (Código Penal)</p>	<p>Artículo 107.- Homicidio culposo <i>El que por acción culposa causara la muerte de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con multa.</i></p>	<p>No contiene un tipo penal especializado al igual que el Código Penal ecuatoriano vigente.</p>
<p>Bolivia (Código Penal)</p>	<p>Art. 260.- Homicidio culposo: <i>El que por culpa causare la muerte de una persona, incurrirá en reclusión de seis meses a tres años.</i></p> <p><i>Si la muerte se produce como consecuencia de una grave violación culpable de los deberes inherentes a una profesión, oficio o cargo, la sanción será la de reclusión de uno a cinco años.</i></p>	<p>Tipo especializado para la “grave violación culpable de los deberes inherentes a una profesión”, con una pena de máximo cinco años de reclusión.</p>
<p>Uruguay (Código Penal)</p>	<p>Art. 314. Homicidio culpable. <i>El homicidio culpable será castigado con seis meses de prisión a ocho años de penitenciaría. La aplicación del máximo se considerará especialmente justificada -salvo circunstancias excepcionales- cuando de la culpa resulte la muerte de varias personas o la muerte de una y la lesión de varias.</i></p>	<p>No contiene un tipo penal especializado al igual que el actual Código Penal ecuatoriano. La pena máxima es de 8 años.</p>

Cuadro No. 1 “Tipo penal especializado – Homicidio culposo”

B. Tratamiento del delito de lesiones en países de Iberoamérica

LESIONES		
País	Normativa	Comentarios

<p>España</p>	<p><i>Delito de lesiones</i> ARTÍCULO 147 <i>1. El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.</i></p> <p><i>Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.</i></p> <p><i>2. No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.</i></p> <p>ARTÍCULO 152 <i>1. El que por <u>imprudencia grave</u> causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado:</i> <i>1º Con la pena de <u>prisión de tres a seis meses</u>, si se tratare de las lesiones del artículo 147.1.</i> <i>2º Con la pena de <u>prisión de uno a tres años</u>, si se tratare de las lesiones del artículo 149.</i> <i>3º Con la pena de <u>prisión de seis meses a dos años</u>, si se tratare de las lesiones del artículo 150.</i></p> <p><i>2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y</i></p>	<p>Por imprudencia grave, se pena con prisión de 3 a 6 meses al que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.</p> <p>La pena de prisión de 1 a 3 años es para el que cause la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica; una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones.</p> <p>Finalmente, la pena de prisión de seis meses a dos años es para el que cause a otro la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad.</p> <p>Finalmente, para evaluar la culpa en el delito de lesiones, se abordan tres grados de culpa: la imprudencia profesional, la imprudencia grave y la imprudencia leve. La imprudencia profesional lleva aparejada la misma pena que la imprudencia grave, más una sanción de inhabilitación profesional.</p> <p>Por último, queda excluido del ilícito penal la llamada</p>
----------------------	---	---

	<p>porte de armas por término de uno a cuatro años.</p> <p>3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de <u>inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años.</u></p> <p>ARTÍCULO 621</p> <p>1. Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del artículo 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.</p> <p>2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.</p> <p>3. Los que por imprudencia leve causaran lesión constitutiva de delito serán castigados con pena de multa de 10 a 30 días.</p>	<p>culpa levísima, por lo que su reclamación únicamente tendría cabida en el ámbito civil.</p>
<p>Chile</p>	<p>ARTÍCULO 395</p> <p><i>El que maliciosamente castrare a otro será castigado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio.</i></p> <p>ARTÍCULO 396</p> <p><i>Cualquiera otra mutilación de un miembro importante que deje al paciente en la imposibilidad de valerse por sí mismo o de ejecutar las funciones naturales que antes ejecutaba, hecha también con malicia, será penada con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.</i></p> <p><i>En los casos de mutilaciones de miembros menos importantes, como un dedo o una oreja, la pena será presidio menor en sus grados mínimo a medio.</i></p> <p>ARTÍCULO 397</p> <p><i>El que hiere, golpear o maltratare de obra a otro, será castigado como responsable de lesiones graves:</i></p> <p><i>1º Con la pena de presidio mayor en su</i></p>	<p>No existe un tipo penal especializado con respecto a las lesiones culposas.</p> <p>Los días de incapacidad de la víctima no son el único factor para determinar la pena a la que estará sujeto el infractor.</p>

	<p><i>grado mínimo, si de resultas de las lesiones queda el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.</i></p> <p><i>2° Con la de presidio menor en su grado medio, si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.</i></p> <p>ARTÍCULO 399 <i>Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes se reputan menos graves, y serán penadas con relegación o presidio menores en sus grados mínimo o con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.</i></p>	
<p>México</p>	<p>ARTÍCULO 289 <i>Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres a ocho meses de prisión, o de treinta a cincuenta días multa, o ambas sanciones a juicio del juez. Si tardare en sanar más de quince días, se le impondrán de cuatro meses a dos años de prisión y de sesenta a doscientos setenta días multa.</i></p> <p><i>En estos casos, el delito se perseguirá por querrela, salvo en el que contempla el artículo 295, en cuyo caso se perseguirá de oficio.</i></p> <p>ARTÍCULO 290 <i>Se impondrán de dos a cinco años de prisión y multa de cien a trescientos pesos, al que infiera una lesión que deje al ofendido cicatriz en la cara, perpetuamente notable.</i></p> <p>ARTÍCULO 291 <i>Se impondrán de tres a cinco años de prisión y multa de trescientos a quinientos pesos, al que infiera una lesión que perturbe para siempre la vista, o disminuya la facultad de oír, entorpezca o debilite permanentemente una mano, un pie, un brazo, una pierna, o</i></p>	<p>No existe un tipo penal específico para las lesiones provocadas por el profesional de la salud.</p> <p>La gradación de las lesiones no se efectúa en base a los días de incapacidad para la víctima sino en consideración a los daños que provoquen en su salud o integridad.</p>

	<p><i>cualquier otro órgano, el uso de la palabra o alguna de las facultades mentales.</i></p> <p>ARTÍCULO 292 <i>Se impondrán de cinco a ocho años de prisión al que infiera una lesión de la que resulte una enfermedad segura o probablemente incurable, la inutilización completa o la pérdida de un ojo, de un brazo, de una mano, de una pierna o de un pie, o de cualquier otro órgano; cuando quede perjudicada para siempre, cualquiera función orgánica o cuando el ofendido quede sordo, impotente o con una deformidad incorregible.</i></p> <p><i>Se impondrán de seis a diez años de prisión, al que infiera una lesión a consecuencia de la cual resulte incapacidad permanente para trabajar, enajenación mental, la pérdida de la vista o del habla o de las funciones sexuales.</i></p> <p>ARTÍCULO 293 <i>Al que infiera lesiones que pongan en peligro la vida, se le impondrán de tres a seis años de prisión, sin perjuicio de las sanciones que le correspondan conforme a los artículos anteriores.</i></p>	
Colombia	<p>ARTÍCULO 111° LESIONES. <i>El que cause a otro daño en el cuerpo o en la salud, incurrirá en las sanciones establecidas en los artículos siguientes.</i></p> <p>ARTÍCULO 112° INCAPACIDAD PARA TRABAJAR O ENFERMEDAD. <i>Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.</i></p> <p><i>Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será</i></p>	<p>No existe un tipo penal especial para las lesiones causadas por el profesional de la salud, simplemente una reducción de la pena en el caso de que el delito de lesiones se cometa con culpa.</p> <p>La gradación de lesiones se efectúa con base a los días de incapacidad de la víctima y otros factores como perturbación a la víctima, deformación física, pérdida de un miembro.</p>

de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si pasare de noventa (90) días, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**ARTÍCULO 113°
DEFORMIDAD.**

Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si la deformidad afectare el rostro, la pena se aumentará hasta en una tercera parte.

**ARTÍCULO 114°
PERTURBACIÓN FUNCIONAL.**

Si el daño consistiere en perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si fuere permanente, la pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

	<p>ARTÍCULO 115° PERTURBACIÓN PSIQUICA. <i>Si el daño consistiere en perturbación psíquica transitoria, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a sesenta (60) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p> <p><i>Si fuere permanente, la pena será de cuarenta y ocho (48) a ciento sesenta y dos (162) meses de prisión y multa de treinta y seis (36) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p> <p>ARTÍCULO 116° PERDIDA ANATOMICA O FUNCIONAL DE UN ORGANO O MIEMBRO. <i>Si el daño consistiere en la pérdida de la función de un órgano o miembro, la pena será de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa de treinta y tres punto treinta y tres (33.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.</i></p> <p><i>La pena anterior se aumentará hasta en una tercera parte en caso de pérdida anatómica del órgano o miembro.</i></p> <p>ARTÍCULO 117° UNIDAD PUNITIVA. <i>Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad.</i></p> <p>ARTÍCULO 120° LESIONES CULPOSAS. <i>El que por culpa cause a otro alguna de las lesiones a que se refieren los artículos anteriores, incurrirá en la respectiva pena disminuida de las cuatro quintas a las tres cuartas partes.</i></p>	
Argentina	Artículo 94	Existe un tipo penal

	<p><i>Se impondrá <u>prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años</u>, el que por <u>imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo</u>, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.</i></p> <p><i>Si las lesiones fueran de las descritas en los artículos 90 ó 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del artículo 84, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo, será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses.</i></p>	<p>especializado en el que todas las lesiones causadas por imprudencia, negligencia o impericia del profesional de la salud, serán penadas con prisión de un mes a 3 años o incluso, solo una sanción pecuniaria.</p>
<p>Costa Rica</p>	<p><i>Lesiones culposas</i> Artículo 128.- <i>Se impondrá prisión hasta de un (1) año, o hasta cien (100) días multa, a quien por culpa cause a otro lesiones de las definidas en los artículos 123, 124 y 125.</i></p> <p><i>Para la adecuación de la pena al responsable, el tribunal deberá tener en cuenta el grado de culpa, el número de víctimas y la magnitud de los daños causados.</i></p> <p><i>En todo caso, al autor de las lesiones culposas también se le impondrá <u>inhabilitación de seis (6) meses a dos (2) años para el ejercicio de la profesión</u>, el oficio, el arte o la actividad en la que se produjo el hecho. Al conductor reincidente se le impondrá, además, la cancelación de la licencia para conducir vehículos, por un período de uno (1) a dos (2) años.</i></p> <p><i>Lesiones gravísimas.</i> ARTÍCULO 123.- <i>Se impondrá prisión de tres a diez años a quien produzca una lesión que cause una disfunción intelectual, sensorial o física o un trastorno emocional severo que produzca incapacidad permanente para el trabajo, pérdida de sentido, de un órgano, de un</i></p>	<p>Tipo penal especializado de lesiones culposas para el profesional en general.</p> <p>Se sanciona con la inhabilitación de la profesión de 6 meses a 2 años.</p> <p>Para la gradación de lesiones, no se utiliza exclusivamente el tiempo de incapacidad que estas provocaren en el paciente.</p>

	<p><i>miembro, imposibilidad de usar un órgano o un miembro, pérdida de la palabra o pérdida de la capacidad de engendrar o concebir.</i></p> <p><i>Lesiones graves</i> ARTÍCULO 124.- <i>Se impondrá prisión de uno a seis años, si la lesión produjere una debilitación persistente de la salud, de un sentido, de un órgano, de un miembro o de una función o si hubiere <u>incapacitado al ofendido para dedicarse a sus ocupaciones habituales por más de un mes</u> o le hubiere dejado una marca indeleble en el rostro.</i></p> <p><i>Lesiones leves</i> Artículo 125.—<i>Se impondrá prisión de tres meses a un año a quien causare a otro un daño en el cuerpo o la salud, que determine <u>incapacidad para sus ocupaciones habituales por más de cinco días y hasta por un mes.</u></i></p>	
Perú	<p><i>Artículo 124.- El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa.</i></p> <p><i>La pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa, si la lesión es grave, de conformidad a los presupuestos establecidos en el artículo 121.</i></p> <p><i>La pena privativa de libertad será <u>no menor de uno ni mayor de tres años</u> si el delito resulta de <u>la inobservancia de reglas de profesión</u>, ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de cuatro años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho.</i></p>	Tipo penal especializado para lesiones culposas producidas por la inobservancia de las reglas de la profesión. Impone una sanción de prisión de un año a 3 años.
Paraguay	<p><i>Artículo 113.- Lesión culposa</i> 1º <i>El que por acción culposa causara a otro un daño en su salud, será castigado con pena privativa de libertad de hasta un año o con</i></p>	No existe un tipo penal especializado.

	<p><i>multa.</i></p> <p><i>2° La persecución penal del hecho dependerá de la instancia de la víctima.</i></p>	
Bolivia	<p><i>Art. 274.- Lesiones culposas:</i></p> <p><i>El que culposamente causare a otro alguna de las lesiones previstas en este capítulo, será sancionado con una multa de hasta doscientos cuarenta días o prestación de trabajo hasta un año.</i></p>	<p>No existe un tipo penal especializado.</p> <p>Las lesiones culposas no son penadas con pena privativa de libertad.</p>
Uruguay	<p><i>Art. 321. Lesión culpable.</i></p> <p><i>La lesión culpable será castigada con la pena de la <u>lesión dolosa</u>, según su diferente gravedad y las circunstancias que en ella concurran, <u>disminuida de un tercio a la mitad</u>.</i></p> <p><i>La aplicación del máximo se considerará plenamente justificada, cuando del hecho resultare la lesión de dos o más personas.</i></p>	<p>No existe un tipo penal especializado.</p>

Cuadro No. 2 “Delito de lesiones”

C. La Responsabilidad médica penal en Estados Unidos

El ámbito propio de la responsabilidad médica está reglado por el Derecho civil. La negligencia médica es un área especializada del Derecho de daños, y sólo en los casos de error grosero que evidencie un desconocimiento manifiesto de los principios que gobiernan la praxis médica, podrá intervenir el Derecho penal. Por ello, la sanción penal al profesional de salud es un caso de excepcional aplicación en el sistema norteamericano.

La responsabilidad del profesional de salud bajo el sistema norteamericano tradicionalmente se ha concentrado en las cortes de cada Estado pues cada uno tiene su propia normativa al respecto. Las cortes federales conocerán casos de responsabilidad médica solo en circunstancias excepcionales como cuando: dentro del proceso está involucrada una clínica financiada por el gobierno federal, cuando existe complejidad en determinar la nacionalidad del paciente o si llegase a alegarse la violación de un derecho constitucional por negligencia médica. En estas situaciones, las cortes federales tendrán competencia para conocer casos que envuelvan responsabilidad médica.

Aun cuando esto suceda, los jueces de las cortes federales aplicarán la ley de cada estado para resolver la controversia. No existe un código federal o una ley nacional que trate sobre la responsabilidad médica. Cada Estado lo regula a través de sus disposiciones contenidas en la normativa referente al Derecho de daños.

Por todas estas razones, es muy difícil encontrar casos en los que las cortes del sistema federal hayan resuelto casos relacionados con negligencia médica que puedan considerarse precedentes de aplicación general a todos los Estados.

Por otro lado, al estar incurso la responsabilidad médica dentro de la Responsabilidad Civil, para que una persona pueda obtener una indemnización por negligencia médica es necesario que pruebe:

1. La existencia de un deber legal de cuidado por parte del médico
2. Quebrantamiento de este deber porque el profesional de la salud se ha apartado de los estándares exigidos por la profesión
3. El nexo causal entre el quebrantamiento de ese deber con la lesión sufrida por el paciente
4. La existencia de un daño

Actualmente, no está claro para la doctrina especializada norteamericana cuándo un caso de negligencia médica traspasa el umbral de la responsabilidad civil a la sanción penal. Ciertos autores plantean que la negligencia debe ser “temeraria y excesiva” o que “el grado de negligencia o imprudencia debe ser grosera, la cual se aparta de la conducta de un hombre medianamente cuidadoso y prudente”. Otros plantean que “debe existir una desviación grosera o flagrante del deber de cuidado que asume el profesional”. Ante estos casos, la

conducta del profesional de la salud se aparta de la mera responsabilidad civil para entrar en el ámbito penal.

Otro problema relacionado con la ausencia de responsabilidad médica penal en los Estados Unidos, es que existen muy pocos casos en los que se ha condenado con sanciones penales a los profesionales de la salud. El primer caso se dio en 1809 “Commonwealth v. Thompson” y hasta 1981 las cortes de apelaciones llegaron a conocer alrededor de 15 casos.²⁵ De la misma manera, de 1981 a 2005 se han reportado tan solo 30 casos que llegaron a las cortes de primera instancia.²⁶ De las estadísticas encontradas, podemos observar que son muy escasas las demandas penales contra los profesionales médicos pues la práctica general es reclamar indemnizaciones pecuniarias por negligencia médica.

Finalmente, en los casos por responsabilidad penal médica, las cortes conocieron acusaciones contra profesionales de la salud en las que se tuvo que analizar si la conducta fue eminentemente dolosa. Así, se resolvió contra delitos como intentos de fraude contra el Sistema de Medicina o prescripción ilegal de medicamentos, muy pocos casos se relacionaron con actos negligentes del profesional médico *per se*.²⁷

Atentamente,

Pérez Bustamante & Ponce Abogados Cía. Ltda.

²⁵ James A. Filkins. *With No Evil Intent: The Criminal Prosecution of Physicians for Medical Negligence*, 22, Journal of Legal Medicine. 467, 472 (2001).

²⁶ Diane E. Hoffmann. *Physicians Who Break the Law*. 53 St. Louis U. Law Journal. 1049, 1082 (2009).

²⁷ Heidi A. Barcus. “When Does Medical Negligence Become Criminal?” London & Amburn, P.C. Disponible en: <http://www.latlaw.com/index.php/firm-news-articles/articles-2010/88-when-does-medical-negligence-become-criminal>

