

IN SPRAVIDE ET PRO

Revista

Enero 2014

33

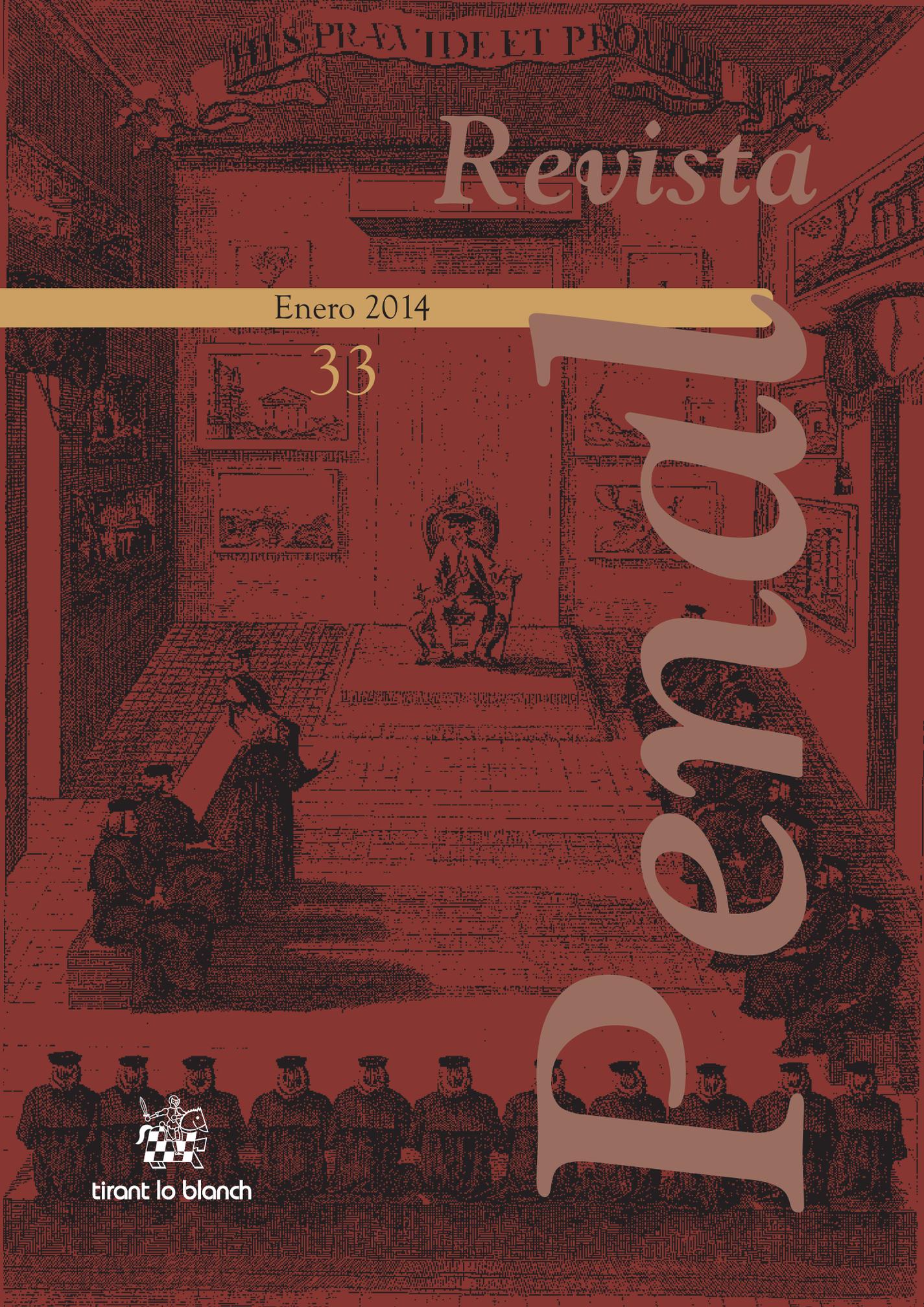
Revista Penal

Enero 2014

Penal



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 33

Sumario

Doctrina:

– La agravante de reincidencia en el Código penal español. Consideraciones de política criminal, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Norberto J. de la Mata Barranco</i>	32
– Los desafíos de la política criminal frente a las generaciones futuras y al principio de precaución: el caso de los OGM, por <i>Donato Castronuovo</i>	66
– Recurso de apelación penal y debido proceso, por <i>María Luisa Escalada López</i>	80
– El bien jurídico protegido en los delitos tributarios, por <i>Juan Carlos Ferré Olivé</i>	91
– Sobre la accesoriadad de la participación en los casos de tendencia interna trascendente, por <i>Andreas Hoyer</i>	108
– Dogmática jurídico-penal y Política criminal: Una relación conflictiva, pero necesaria, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	117
– La situación actual de la justicia penal en Italia, por <i>Enzo Musco</i>	130
– Retos político-criminales ante la delincuencia transnacional financiera, por <i>Ana Isabel Pérez Cepeda</i>	137
– Neoliberalismo y política criminal contemporánea, por <i>Fábio da Silva Bozza</i>	159
– La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código Penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor, por <i>Margarita Roig Torres</i>	170
– Algunos planteamientos y reflexiones prácticas en relación al efecto directo de las Directivas Comunitarias en Medio Ambiente y la posibilidad de aplicar las mismas con el objeto de completar normas penales en blanco, por <i>Antonio Vercher Noguera</i>	208
Especial: Algunas notas sobre Filippo Grispigni y el Derecho penal fascista, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	218
Sistemas penales comparados: Derecho penal médico (Criminal Law & Medicine).....	230
Bibliografía Notas bibliográficas por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	281
In Memoriam	
– Joachim Vogel in Memoriam, por <i>Adán Nieto Martín y Luigi Foffani</i>	289
– Ruperto Núñez Barbero in Memoriam, por <i>Miguel Ángel Núñez Paz</i>	291
Crónica: Informe sobre el Congreso de Ciencias Criminales realizado el 5 de julio de 2013 en la ciudad de Göttingen (Alemania) “Imputación de comportamientos macrocriminales - aspectos empíricos y teóricos desde una perspectiva comparada”, por <i>Stefanie Bock</i>	293
Informe final del Grupo de Trabajo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	297



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Enzo Musco. Univ. Roma
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P.Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Luis González Cussac-Univ. Valencia	John Vervaele. Univ. Utrecht
Winfried Hassemmer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Frederico de Lacerda Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morón (República Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Luca Ramponi (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Derecho penal médico (Criminal Law & Medicine)

Alemania

Prof. Dr. Martin Paul Wassmer

Universidad de Colonia

Texto traducido del Alemán por **cand. iur. Waleska Izeta**

Universidad de Colonia

I. INTRODUCCIÓN Y VISTA GENERAL

El **Derecho penal médico** se ha convertido durante los últimos años en un foco de interés de la opinión pública alemana. El motivo lo han dado no sólo nuevas regulaciones legales, sino también espectaculares sentencias. Además, el número de los procesos civiles y procesos penales ha aumentado significativamente debido a fallos y errores de tratamiento. No sólo podrían ser responsables de este desarrollo el progreso médico, la reforzada especialización y división del trabajo de los médicos, sino también una aumentada posición de expectativas de los pacientes, la erosión de la relación de confianza médica y déficits en el sistema de salud pública, que está sujeto a una fuerte presión ahorradora.

Entre los **tipos penales** que son de importancia para los médicos, cabe citar en el **Derecho penal nuclear** (Kernstrafrecht) como ejemplos típicos o clásicos los delitos de lesiones y de homicidio (§§ 211 ss., 223 StGB ss.), el aborto (§§ 218 ss. StGB) y la violación del secreto profesional (§§ 203 ss. StGB). Entretanto han obtenido considerable relevancia también las figuras delictivas del Derecho penal económico como: estafa (§ 263 StGB), administración desleal (§ 266 StGB) y delitos de corrupción (§§ 299 ss., 331 StGB ss.). En el Derecho penal accesorio (Nebensstrafrecht) influyen en múltiples aspectos la actividad médica, nuevas leyes de Derecho médico tales como la „Ley sobre la Protección de Embriones“ (Embryonenschutzgesetz - ESchG) del 13-12-1990¹, la „Ley sobre Donación, Extracción y Transferencia de Órganos y Tejidos“ (Transplantationsgesetz - TPG) del

05-11-1997² así como la „Ley sobre la Garantía de Protección del Embrión en relación a la Importación y Empleo de Células Embrionarias Humanas“ (Stammzellgesetz - StZG) del 28-06-2002³.

A continuación se exponen reformas legales importantes y nuevas sentencias fundamentales del más alto Tribunal alemán.

II. DELITOS DE LESIONES (§§ 223 SS. STGB)

Mientras que hoy en día en la ciencia jurídica penal se asume y acepta muy mayoritariamente⁴ que una intervención médica efectuada con fines curativos, que está indicada médicamente y es llevada a cabo de *lege artis*, **no** puede constituir ni representar **de ningún modo una lesión corporal** en el sentido del § 223 StGB, dado que esta intervención no debe ser entendida ni como „maltrato corporal“ ni “daño de la salud”, en cambio la **jurisprudencia** ya desde el año 1894⁵ parte de la base de que toda intervención médica lesiona la integridad corporal y por eso constituye unas **lesiones típicas**; con ello los pacientes están protegidos también de aquellos médicos que lleven a cabo sin autorización o por cuenta propia tratamientos médicos curativos (tratamientos médicos arbitrarios). Por este motivo, la punibilidad del médico sólo si existe un **consentimiento** del paciente. Y dado que hasta ahora faltaba una normativa legal, la jurisprudencia estableció numerosas reglas acerca del consentimiento de pacientes. Estas reglas han sido ahora codificadas por la „Ley sobre los Derechos de Pacientes“ (Patientenrechtegesetz) del 20-02-2013⁶ en el BGB (Código Civil) en el marco del nuevo contrato de tratamiento médico que se ha introducido (§§ 630 a - 630 h BGB), para hacer la situación legal más transparente y fortalecer aún más los derechos del paciente.

Según las nuevas regulaciones legales, el médico tratante está expresamente obligado a llevar a cabo el tratamiento según los **estándares profesionales** existentes y generalmente reconocidos en el momento del

tratamiento (§ 630 a BGB). Al médico tratante le afectan además **obligaciones de información** no sólo en lo referente al diagnóstico y terapia (§ 630 c II 1 BGB), sino también sobre los fallos o errores de tratamiento cometidos por él (§ 630 c II 2 BGB); en este sentido está regulada una **prohibición procesal de utilización de pruebas** (Beweisverwertungsverbot) para evitar una colisión con el principio *nemo tenetur*: La información sobre errores de tratamiento sólo con su aprobación puede ser utilizada con fines de prueba en un proceso penal contra el médico tratante.

Acerca del **consentimiento del paciente** se adoptaron regulaciones muy amplias, que en parte van más allá que el Derecho judicial que había existido hasta ahora. La eficacia del consentimiento requiere aparte de la **capacidad de consentimiento** también una **amplia información o ilustración (Aufklärung)** previa (§ 630 d II BGB). Se debe informar sobre todas las circunstancias esenciales para el consentimiento, y aquí cuentan especialmente el tipo, dimensión, realización, consecuencias esperables y riesgos de la intervención, así como su necesidad, urgencia, aptitud y perspectivas de éxito con vista al diagnóstico o a la terapia a realizar; además se deben indicar métodos alternativos, cuando diversos métodos médicos igualmente usuales puedan llevar consigo cargas, riesgos u oportunidades de curación sustancialmente diferentes (§ 630 e I BGB). La información aclaración tiene que darse oralmente de manera clara, a cuyo respecto sólo complementariamente cabe remitirse a documentación escrita, y ha de darse con la debida antelación para que el paciente pueda tomar su decisión de una manera adecuada y bien reflexionada (§ 630 e II BGB). Si el paciente es incapaz de prestar un consentimiento, todo depende de las declaraciones anticipadas que él hubiera emitido en el documento denominado **disposiciones del paciente** (Patientenverfügung) según conforme al § 1901 a del BGB (véase al respecto *infra* III.); y si no, se debe recurrir al consentimiento del tutor, del asistente responsable o del representante legal del paciente, (§ 630 d I 2 BGB). Se reguló además explícitamente el **consentimiento presunto**, que tiene cabida si no se puede recurrir o alcanzar a tiempo un consentimiento para una medida inaplazable (§ 630 d I 4 BGB). Finalmente se ha regulado por primera vez expresamente el denominado **consentimiento hipotético** (§ 630 h II 2 BGB) que la 1.ª Sala (Senado) Penal del BGH (Tribunal Supremo Federal) ya había reconocido el 15-10-2003⁷, pero que fue objeto de crítica en la ciencia jurídica penal⁸: Si la información no satisface las exigencias debidas, el médico tratante puede hacer valer que el paciente tam-

bién habría consentido en el caso de una información efectuada debidamente.

III. DELITOS DE HOMICIDIO (§§ 211 SS. STGB)

En Alemania se consideró por mucho tiempo que la **eutanasia activa**, p. ej., el desconectar aparatos respiratorios de un paciente que yace en coma y cuya vida, sin perspectivas de curación, sólo está siendo prolongada artificialmente, es un acto punible, y ello aun en el caso que este acto se correspondiera con la voluntad del paciente manifestada con anterioridad. En efecto, el § 216 StGB castiga a aquél que mata de esta manera a otro, incluso aunque el autor haya sido expresa y seriamente determinado o inducido por el muerto a cometer el homicidio. Ciertamente, la ciencia jurídica partía de la base de que en estos casos, contemplado de modo normativo, sólo existe un acto de omisión y con ello una eutanasia pasiva impune, pero la jurisprudencia no estaba de acuerdo con este resultado⁹. Los derechos del paciente fueron en 2009 fortalecidos considerablemente a través del reconocimiento (§ 1901 a BGB)¹⁰ del denominado en otros ordenamientos **testamento vital**. A partir de ahora, un mayor de edad puede establecer anticipadamente por escrito, para el caso de su incapacidad de consentimiento, si él consiente o prohíbe determinados reconocimientos o análisis, tratamientos curativos o intervenciones médicas, aunque en el momento en que sea realizado el documento estos actos no sean directamente inminentes, y por cierto independientemente del tipo y fase de la enfermedad; si falta una declaración escrita, el tutelador o asistente puede constatar autónomamente una correspondiente voluntad presunta del paciente.

Esta nueva regulación tuvo consecuencias considerables para el Derecho penal, como se mostró poco después en un caso que, si bien había sucedido, ya en el 2007, sin embargo el BGH no tuvo que decidir sobre el mismo hasta el año 2010. En dicho supuesto un abogado muy prestigioso, especializado en medicina paliativa, había aconsejado a sus clientes, los hijos de una paciente que yacía en un coma 'despierto', que realizaran el deseo de su madre, manifestado anteriormente (antes de caer en coma), de que en tal situación ella preferiría morir; y les aconsejó a los hijos que cortaran los tubos de alimentación artificial. Si bien la paciente fue salvada debido a la intervención de las enfermeras de cuidados intensivos, los participantes fueron llevados a juicio. El Landgericht (Tribunal Regional) condenó al abogado por tentativa de homicidio, pero declaró inocentes a los hijos debido a un error de pro-

hibición inevitable o invencible dado que ellos podían lícitamente confiar en el consejo de un abogado prestigioso. Después en una sentencia espectacular la 2.^a Sala (Senado) Penal del BGH¹¹ el 25-06-2010 absolvió también al abogado. Según ella, un supuesto así de la llamada **interrupción del tratamiento** estaría justificado en vista del § 1901 a BGB, si ello se corresponde con la voluntad real o presunta del paciente y sirve para dejar libre curso a un proceso de enfermedad que sin tratamiento conduce a la muerte; la interrupción del tratamiento puede ser efectuada no sólo por omisión sino también por actuación activa, dado que los límites del auxilio a la muerte permitido no pueden ser determinados mediante la delimitación entre estos conceptos; por lo demás las intervenciones en la vida humana con un fin concreto que no estén relacionadas con la interrupción de un tratamiento médico, no son susceptibles de justificación por consentimiento.

IV. ESTAFA (§ 263 STGB)

La salud alemana, en la cual aproximadamente 90% de la población esta asegurada en **seguros médicos obligatorios (gesetzliche Krankenkassen)**, esta sometida hace años a una presión ahorradora muy fuerte. Por una parte los métodos de tratamiento mejoran y se vuelven por ello más caros debido al progreso médico, por otra parte la población envejece cada día más. Para mantener la medida de contribución estable, orientada en los ingresos de los pacientes, se realizaron presu-estaciones con los médicos de contrato (Vertragsärzte) para no borrar de los catálogos servicios médicos necesarios. La consecuencia de este desarrollo es que muchos médicos de contrato tratan de compensar pérdidas de ingresos con ajustes de cuentas y saldos falsos. **La Estafa de saldo (Abrechnungsbetrug)** se presenta aquí de muchas maneras. Así pues se saldan cuentas por servicios no prestados o por servicios prestados pero aducidos de otra manera (clasificados falsamente o de manera exagerada) o se saldan facturas y cuentas por servicios realizados bajo una fecha falsa o se saldan cuentas múltiples. También se saldan cuentas por servicios innecesarios o por servicios que no han sido realizados personalmente por el médico tratante, sino por el personal auxiliar, como servicios personales. Controlar esta situación es bastante difícil. Si bien el paciente tiene hoy el derecho a obtener un recibo o boleta, llamada **recibo de paciente (Patientenquittung)** hacen muy pocos pacientes uso de esto. Además la naturaleza del saldo de cuentas es de por sí muy complicada, se discuten muchas evaluaciones y tasaciones.

Penalmente consiste la dificultad en que el tipo delictivo de Estafa (§ 263 StGB) es un **delito patrimonial** puro y protege exclusivamente de daños patrimoniales. Siempre y cuando el cumplimiento de un servicio médico fuera, si bien, del punto de vista formal inadmisiblemente, pero fuera aducido o realizado de una manera adecuada, es decir, “si ha valido la pena el dinero gastado” tendría que demitir de por sí una Estafa. En la ciencia jurídica penal¹² se acepta por eso muy a menudo, que en este caso no existe ningún daño patrimonial por estafa y que a través de una subsunción bajo § 263 StGB, sería introducido como un tipo penal, el delito no existente hasta el momento de la “Estafa al seguro social” (Sozialversicherungsbetrug). Sin embargo, el BGH¹³ ya ha pasado por alto muy tempranamente estas consideraciones y ha mencionado que se tienen que tomar muy rigurosamente en cuenta las particularidades del sistema de saldos de cuentas médicas; en el Derecho de seguro social regiría un **punto de vista estrictamente formal**, de manera que para el cumplimiento y eficacia de la ventaja patrimonial (Vermögensvorteil) sería decisivo y determinante la existencia de una pretensión según la tarifa arancelaria (Gebührenordnung) de la caja de médicos (hoy en día la llamada: Escala de Valoración Uniforme - “Einheitlicher Bewertungsmaßstab”, EBM); una compensación de daño demitiría, si un servicio médico ha sido realizado, pero éste no pueda ser facturable formalmente.

Pero también los **seguros de salud privados** sufren fuertemente bajo la presión ahorradora. Pues las medidas de ahorros en los seguros de salud obligatorios llevan a que algunos médicos traten de compensar pérdidas de ingresos con el abuso de pacientes privados. Esto se ve fomentado, por lo que médicos en caso de la facturación de servicios médicos privados no están sujetos a las restricciones del Derecho de seguro social, si no, que facturan directamente con el paciente. Sin embargo, en una sentencia espectacular del 25-01-2012 decidió la 1.^a Sala (Senado) Penal¹⁴ que los principios desarrollados para la Estafa de saldo (Abrechnungsbetrug) rigen de igual manera para médicos de contrato, como también para médicos privados o que facturan de esta manera: Un médico, que factura servicios médicos no realizados por él mismo como propios, afirma al menos **concluyentemente** que las condiciones de las regulaciones legales a las que están sujetas las tarifas son respetadas, es decir, en el caso de prestamiento de servicios privados la tarifa arancelaria de médicos “Gebührendordnung für Ärzte (GOÄ); si es que la falta de facturación no llevara al surgimiento de una pretensión de pago, no tendría lugar la pregunta acerca de una

compensación a saldar por un daño patrimonial (Betrugsschaden). Esta paralelización esta también sujeta a fuertes críticas de la ciencia jurídica penal¹⁵, dado que de esta manera nuevamente el tipo delictivo de Estafa se extiende en exceso y se usa indebidamente.

V. ADMINISTRACIÓN DESLEAL (§ 266 STGB)

Por mucho tiempo se dedujo que un médico de contrato, que receta a sus pacientes, —de un punto de vista médico— **medicamentos innecesarios** o que lleva a cabo **tratamientos innecesarios**, puede cometer como máximo y en el mejor de los casos una Estafa a cargo del seguro médico obligatorio. Sin embargo, el campo de aplicación de la Administración desleal (§ 266 StGB), que como la Estafa es un delito patrimonial, ha sido ampliado constantemente por la jurisprudencia durante 20 años. Esta ampliación del tipo delictivo a recaído en fuertes críticas por parte de la ciencia jurídica penal, dado que con ello se pierde la limitación legal de este tipo penal, que de por sí, está escasamente perfilado. Por este motivo no sorprendió, que si bien, la 4ª. Sala (Senado) Penal del BGH en una sentencia del 25-11-2003¹⁶ negara la existencia de una Estafa, pero aceptara una Administración desleal: No podría existir una Estafa del seguro de salud, si un médico extiende un medicamento y actúa en este aspecto como representante del seguro de salud, y por ende este médico sabe y le consta, que los servicios médicos indicados no serían necesarios según el sentido del Código Social; por el contrario existiría una Administración desleal (Untreue), dado que el médico de contrato abusaría de su competencia como representante del seguro de salud, si él recetara servicios médicos que según las reglas de la arte médica claramente no fueran indispensables; el médico de contrato tiene frente a la caja de salud una obligación de cuidado patrimonial (Vermögensbetreuungspflicht), dado que él por ley, concreta la tarea del seguro de salud y en interés de éste, de proveer a sus miembros con medicamentos y por ello estaría prohibido, que el recetara servicios médicos no necesarios. Además, la 1ª. Sala (Senado) Penal del BGH aceptó también en una sentencia del 27-04-2004¹⁷ la existencia del tipo delictivo de la Administración desleal, si es que el médico de contrato cobraba reembolsos de empresas (llamados **kick-backs**) relativos al volumen de venta, es decir, por eximir recetas (de medicamentos, lentes de contacto etc.).

La ciencia jurídica penal ha objetado contra estas extensiones del tipo delictivo, que el médico no puede ser un tipo de “administrador de bienes” del seguro de

salud, especialmente porque su margen decisivo sería muy estrecho, él sólo puede recetar a cargo del seguro de salud servicios médico necesarios¹⁸.

VI. DELITOS DE COHECHO Y DE CORRUPCIÓN EN CARGO PÚBLICO (§§ 331 SS., 298 SS. STGB)

Finalmente, se han iniciado muy a menudo en los últimos años diligencias contra médicos de contrato por la **sospecha de corrupción**, si es que ellos recibían o cobraban reembolso de empresas relativos al volumen de ventas por eximir recetas o servicios médicos o si a los médicos les hayan financiado p. ej., congresos o viajes lejanos. Esto se debe al fortalecimiento considerable de la protección penal contra la corrupción.

Los §§ 331 ss. StGB, que conciben **El Cohecho y la Corrupción en el cargo público**, fueron bastante ampliados por la „Ley sobre la lucha de corrupción“ del 13-08-1997¹⁹. Por un lado, se amplió el término y concepto del funcionario público, de manera que desde ahí también se incluyen a personas que sin perjuicio de la forma de organización, están encargadas por lo demás de percibir tareas de la administración pública (cf. § 11 I números 2c StGB). Por otro lado, desde esta Ley no se exige más como condición que se haya otorgado una “ventaja” por una acción de servicio (concreta), sino que basta un enlace o relación con un acto de servicio (general).

Además fueron introducidos los §§ 299 ss. StGB que incluyen el **Cohecho y La Corrupción en el tráfico comercial**, que no sólo protegen la libre competencia, sino que también protege los intereses patrimoniales de los competidores. Desde ahí se sancionan también a empleados o encargados de una empresa que exigen, se dejen prometer o acepten dentro del tráfico comercial una ventaja para sí o un tercero como contrapartida o remuneración por hacer preferencias de las mercancías o servicios comerciales de otro de una manera sucia. En el sentido contrario también se sanciona a aquél que ofrece, promete u otorga una ventaja.

Sin embargo, el Gran Senado en Cosas Penales del BGH²⁰ ha negado rotundamente en una sentencia de principio fundamental del 20-07-2012 una **penalidad por corrupción**. Por un lado, un médico de contrato **no sería un funcionario público**, dado que él no percibe ninguna tarea de la administración pública; él no actúa como un „brazo prolongado“ (verlängerter Arm) del poder público, sino que la característica principal de su relación con el paciente, sería la confianza personal y libertad de organización; el médico de contrato ejerce una profesión libre y no estaría

incluido, también del punto de vista subjetivo de los participantes, ni en un sistema de previsión de asistencia social, ni tampoco en un sistema de función pública; él tampoco respondería en caso de un tratamiento inadecuado o mal efectuado según los principios de responsabilidad de administración (Amtshaftungsgrundsätze). Por otro lado, el médico de contrato no sería un **encargado ni representante** (Beauftragter) de los seguros de salud obligatorios, ya que las leyes prevén una relación de colaboración igualada entre el médico y el seguro de salud - y no una relación subordinada o superior e inferior entre ellos; además se debería sumar a esto, que son los pacientes mismos los que encargan y encomiendan al médico con el tratamiento a seguir, de manera que los seguros de salud no podrían ser el “contratante o mandante” (Auftraggeber). Finalmente señaló el Gran Senado que sería **tarea del legislador** de enfrentar y contrarrestar efectivamente situaciones precarias y irregularidades evidentes del sistema de salud.

Esta sugerencia fue capturada por el Gobierno Federal de entonces (CDU/FDP) y éste llevo a cabo un proyecto de Ley, „Ley sobre el fomento de la prevención“²¹ que aprobó la Cámara Baja del parlamento Alemán (Bundestag) en la versión de recomendación de acuerdo (Beschlussempfehlung) de la comisión de salud²² el 27-06-2013²³. Sin embargo, la Ley fue bloqueada²⁴ por los estados federales en que regían el SPD y los partidos Rojos-Verdes en la Cámara alta de la República Federal (Bundesrat) —poco antes de las elecciones del Bundestag el 22-09-2013— ya que para ellos esta Ley no era lo suficientemente amplia ni iba lo suficientemente lejos. Si bien estaba prevista la creación de nuevos tipos penales como Cohecho y la Corrupción a través de los prestantes de servicios médicos (Leistungserbringern), pero eso si que en el 5. Código Social (§ 307c SGB V), de manera que sólo estaba concebida la actividad de un médico de contrato, pero no la de un médico privado.

VII. PROTECCIÓN DEL EMBRIÓN

La Ley de Protección del Embrión (Embryonenschutzgesetz) del 13-12-1990 (ESchG) regula la admisibilidad o licitud de la investigación científica del embrión. En este sentido se comparan la vida y dignidad humana frente a los intereses de la investigación y ciencia. Esta Ley es muy severa. Están penados no sólo la aplicación abusiva de técnicas de reproducción determinadas (§ 1 ESchG), sino también el empleo abusivo de un embrión para otros objetivos a que el de un

embarazo (§ 2 ESchG), la elección de sexo prohibida (§ 3 ESchG), la transferencia de embrión sin autorización, así como fecundación artificial después de la muerte (§ 4 ESchG), el cambio artificial de la información genética de células de línea de germen humanas (§ 5 ESchG), la clonación genética (§ 6 ESchG) y la formación quimera y formación híbrida (§ 7 ESchG).

Por mucho tiempo no estaba claro si el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) es punible. El Tribunal Cameral de Berlín²⁵ (KG) decidió entonces el 09-10-2008 que la realización del DGP podría ser penable según el § 2 I ESchG. Sin embargo, el 5. Senado del BGH²⁶ se opuso y contrarrestó esta decisión en un sentencia espectacular del 06-07-2010: El Legislador no pudo considerar al decretar el ESchG el DGP, que hasta ése entonces solo se estaba desarrollando en el extranjero; de esta manera, no se podría derivar ni deducir una prohibición del DGP a través del ESchG con certeza suficiente; no obstante el Senado señaló que una „selección ilimitada a través de señales genéticas“ (como p. ej. “un bebé diseñado”) no sería admisible, sino que sólo se permitiría un análisis para el reconocimiento de daños genéticos serios; también aquí sugirió el Juzgado reglamentos legales para esta materia tan significativa.

El legislador reaccionó a esto con la „Ley sobre el control del diagnóstico genético preimplantacional“ (Präimplantationsdiagnostikgesetz - PräimpG) del 21-11-2011²⁷ que fue introducida por el § 3 a ESchG. Si bien, el DGP (diagnóstico genético preimplantacional) está ahora básicamente prohibido, es admisible sin embargo en casos muy concretos, si existe un riesgo alto de una enfermedad hereditaria o existe una probabilidad alta de muerte o de un aborto. Además se establecieron obstáculos y dificultades considerables para la ejecución del DPG. No es sólo necesario el consentimiento escrito de la mujer después de una información y consulta amplia, sino también la aprobación precedente de una comisión de ética compuesta interdisciplinaria y la realización del DPG por un médico especialmente calificado en un centro de DPG admitido.

BIBLIOGRAFÍA GENERAL

FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht*, 2011; FRISTER/RATZEL, *Brennpunkte des Arztstrafrechts*, 2012; KRAATZ, *Arztstrafrecht*, 2013; LINDEMANN/RATZEL (editores) *Brennpunkte des Wirtschaftsstrafrechts im Gesundheitswesen*, 2010; ROXIN/SCHROTH (editores), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. ed. 2010; SPICKHOFF (editor),

Medizinrecht, 2011; ULSENHEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 5. ed. 2014.

Notas

- 1 BGBl. 1990 I, p. 2746
- 2 BGBl. 1997 I, p. 2631.
- 3 BGBl. 2002 I, p. 2277.
- 4 Cfr. solamente ESER/STERNBERG-LIEBEN, en Schönke/Schroeder, StGB, 28. ed. 2010, § 223 nm. 30.
- 5 RGSt. 25, p. 375; proseguida por BGHSt. 11, p. 111, y 35, p. 246.
- 6 BGBl. 2013 I, p. 277.
- 7 BGH NStZ-RR 2004, p. 16.
- 8 Cfr. Solamente MITSCH, JZ 2005, p. 279 ss.
- 9 Para más detalles FRISTER/LINDEMANN/PETERS, *Arztstrafrecht*, pp. 98 ss.
- 10 Introducido por la Tercera Ley de modificación del derecho de Asistencia y Tutela (Drittes Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts) de 29-07-2009, BGBl. I, p. 2286.
- 11 BGH NJW 2010, p. 2963.
- 12 Cfr. solamente VOLK, NJW 2000, p. 3385, 3388.
- 13 Cfr. BGH NStZ 1990, p. 197; 1993, p. 388, 389; 1995, p. 85, 86; BVerfG NJW 1998, p. 810.
- 14 BGH NJW 2012, p. 1377.
- 15 Cfr. solamente LINDEMANN, NZWiSt 2012, p. 334 ss.; MAHLER, wistra 2013, p. 44 ss.; TIEDEMANN, JZ 2012, p. 525 ss.
- 16 BGHSt. 49, 17.
- 17 BGH NStZ 2004, 568.
- 18 Detalladamente LEIMENSTOLL, *Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes?*, 2012
- 19 BGBl. I, p. 2038.
- 20 BGH NJW 2012, p. 2530.
- 21 BT-Drs. 17/13080 y 17/13401.
- 22 BT-Drs. 17/14184.
- 23 BT-Plenarprotokoll p. 32077A.
- 24 <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/veto-welle-rot-gruen-blockiert-regierung-im-bundesrat-a-923524.html>.
- 25 KG Berlin NStZ 2009, p. 293.
- 26 BGHSt. 55, p. 206.
- 27 BGBl. 2012 I, p. 2228.

Argentina

Luis Fernando Niño

Universidad de Buenos Aires

Las lógicas limitaciones de un reporte nacional en la Sección Sistemas Penales Comparados de esta prestigiosa publicación me guían a conducir a esbozar un brevísimo panorama general y a dedicar sendos párrafos a una trascendente decisión jurisprudencial sobre los casos de aborto no punible y a una ley que reivindica el derecho a morir con dignidad de los pacientes en fase terminal de su patología o accidente grave, respectivamente.

I. DELITOS CULPOSOS PROTAGONIZADOS POR PROFESIONALES DE LA MEDICINA O SUS AUXILIARES CONTRA LA VIDA O LA INTEGRIDAD FÍSICA DE LAS PERSONAS

El Código Penal argentino no ha distinguido a los médicos y sus auxiliares, del universo de posibles sujetos activos en la formulación de los delitos de homicidio y de lesiones cometidos por imprudencia, negligencia, impericia en el arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo¹. Las lesiones al feto no se encuentran previstas en el ordenamiento.

Paralelamente, al ocuparse del delito de aborto, el legislador no incluyó la modalidad culposa, limitándose a prever y reprimir la figura dolosa (art. 85 y 86, 1er. párrafo)² y la preterintencional (art. 87)³.

II. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN QUE REQUIEREN LA ACTUACIÓN DE UN MÉDICO DIPLOMADO. UN OPORTUNO FALLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El segundo párrafo del artículo 86 del Código Penal argentino contiene, en sus dos incisos, desde su redacción original, mantenida hasta el presente, tres contextos permisivos para la realización de un aborto. Para todos ellos, son condiciones necesarias la intervención de un médico diplomado y el consentimiento de la mujer encinta⁴.

No obstante ello, parte de la doctrina y la jurisprudencia, basándose en la desafortunada redacción desafortunada del inciso 2º de dicho párrafo, se limitó durante décadas a reconocer como dotados de justificación al aborto terapéutico, contenido en el primer inciso, y al tradicionalmente llamado eugenésico, relativo a una gestante idiota o demente; no así el impropriamente denominado sentimental, ético o criminológico, referido a la interrupción de un embarazo proveniente de una violación padecida por cualquier mujer.

Fue necesario un pronunciamiento del máximo Tribunal de la Nación, en los autos “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, emitido el 13 de marzo de 2012, para acabar con una contienda casi secular respecto de la recta interpretación del texto legal antes citado.

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación inició el abordaje del texto legal en cuestión apelando a sus propias decisiones relacionadas con la primera regla de interpretación de un texto, al señalar, en el considerando 18º, que “*la primera fuente de exégesis de la ley es su letra*” y que “*no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino el que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus*

preceptos". En mérito a lo cual, señaló, se impone concluir que, aun mediando la más mínima y sistemática exégesis practicada sobre dicho precepto, no es punible toda interrupción de un embarazo que sea consecuencia de una violación, con independencia de la capacidad mental de quien haya resultado víctima de tal ilícito contra la integridad sexual⁵.

Tras ello, la Corte apeló al método sistemático de interpretación: aludiendo a los abusos sexuales que pueden originar embarazos no deseados, distinguió entre las violaciones propias, genéricamente cometidas con fuerza o intimidación, de las impropias, en las que se descarta la validez del consentimiento de la víctima en virtud de su incapacidad o de su inmadurez, al tiempo que puso de realce que el eufemismo "*atentado al pudor*" debe vincularse, en la economía conceptual del precepto, a una maniobra sobre la sexualidad de la agraviada del que, obviamente, resulte un embarazo, pues de su interrupción se trata.

En tercer lugar, la Corte hubo de recurrir al método histórico, relevando una circunstancia que el erudito Sebastián Soler supo destacar en su célebre tratado, a saber: el codificador argentino se sirvió de la versión francesa del Anteproyecto suizo de 1916, que tradujo como "*atentado al pudor*" lo que en el original de dicha pieza, escrito en alemán, se identificaba como "*Schändung*", vale decir, mancilla o profanación, voz referida en el lenguaje común al atropello sexual característico de la violación impropia, diferenciada drásticamente de "*Notzucht*", etimológicamente traducible como "cría en emergencia" o "en peligro", y referida, en el mismo lenguaje corriente, a la violación propia.

Una vez desbrozada la senda hermenéutica, el decisorio de la Corte Suprema desautorizó el odioso recaudo *contra legem* de la autorización judicial previa, sintetizando que "*(l)a judicialización de esta cuestión, que por su reiteración constituye una verdadera práctica institucional, además de ser innecesaria e ilegal, es cuestionable porque obliga a la víctima del delito a exponer públicamente su vida privada, y es también contraproducente, porque la demora que aparea en su realización pone en riesgo tanto el derecho a la salud de la solicitante como su derecho al acceso a la interrupción del embarazo en condiciones seguras*". Y si con ello no fuera suficiente, denunció lo infundado de dicha exigencia, "*fomentada por los profesionales de la salud y convalidada por distintos operadores de los poderes judiciales nacionales como provinciales*", que exige "*allí donde la ley nada reclama, requisitos tales como la solicitud de una autorización para practicar la interrupción del embarazo producto de una violación*".

III. REFORMAS TRASCENDENTES EN TORNO A LOS DERECHOS DEL PACIENTE FRENTE A LA ACTUACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA MEDICINA

Los avances registrados en Argentina en torno a los derechos del paciente, a su protagonismo y el de su grupo familiar en la toma de decisiones y a la facultad de prever directivas anticipadas para el caso de no poder ejercer su autodeterminación en determinada etapa de su tratamiento se han debido esencialmente a la sanción de dos leyes nacionales: la norma básica, registrada bajo el n.º 26529, promulgada de hecho el 19 de noviembre de 2009, bajo el epígrafe de Ley de Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la Salud, y la de su reforma, debida a la ley 26742 (B.O. 24-5-12).

Cabe señalar, en primer lugar, que son equiparables las oscuridades e indefiniciones que pueden generar algunas de las cláusulas de nuestra reciente normativa con las que se advierten en legislaciones vigentes en España y en América Latina. Así, por ejemplo, aunque el consentimiento informado se ha erigido en pauta rectora de dicho ordenamiento, continúa figurando en el artículo 9º, inciso b, de nuestra ley, entre las excepciones para requerirlo, la configurada por una "situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente". Lo propio sucede con respecto a las directivas anticipadas, toda vez que en el artículo 11º de dicha ley argentina, tras declarar la posibilidad de toda persona capaz mayor de edad de disponer tales directivas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, así como las decisiones relativas a su salud, y puntualizarse el deber del médico a cargo de aceptarlas, se introduce la crítica frase "salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes", generando, en la praxis, una incabable polémica, zozobra para los facultativos y cerceamiento de la autonomía para sus pacientes.

Justo es reconocer, no obstante, que la reforma introducida en el cuerpo de la referida normativa por la referida ley 26742 concurre a disipar gran parte de las dudas creadas por el texto original, merced —básicamente— a la inclusión de las situaciones de „muerte intervenida“⁶, entre las que posibilitan el rechazo o retiro de tratamientos terapéuticos extraordinarios o desproporcionados.

En primer lugar, el reemplazo de la mezquina redacción del crucial inciso 'e' del artículo 2º original, dedicado al principio de la autonomía de la voluntad,

por el actualmente vigente innova en varios sentidos. Al explicitar, en el tercer párrafo de dicho inciso, los alcances de la cláusula general del primero, conjuga el requisito del consentimiento informado con la situación de pacientes aquejados por enfermedad irreversible o incurable o en estado terminal, a los que reconoce la potestad de rechazar tratamientos, entre los que nombra —junto a los clásicos procedimientos quirúrgicos— los de reanimación artificial y el retiro de medidas de soporte vital, colocando en su justo sitio a la facultad del paciente de evitar abordajes signados por la futilidad y proclives al encarnizamiento terapéutico; con un añadido de indudable trascendencia, consistente en la posibilidad de rechazo de procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. Todo ello, lógicamente, sin perjuicio de la continuidad de „aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente“.

Vale consignar también que, a la par de esa clara ampliación de potestades en cabeza del paciente, se mantiene la cláusula que plasma el derecho de niñas, niños y adolescentes a intervenir a los fines de la toma de decisiones relativos a terapias y procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o su salud, extremo compatible con una norma de jerarquía constitucional cual es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (Ley 23849 y art. 75 inciso 22 CN), cuyo artículo 12 es sumamente expresivo en torno al derecho de aquellos niño o niña de expresar su opinión —y de que ella se tenga en cuenta— en todos los asuntos que le afectan.

Estas auténticas novedades normativas se complementan con la nueva redacción del artículo 5º, alusivo al consentimiento informado, al incluirse, dentro de la „información clara, precisa y adecuada“ a suministrar por el profesional interviniente a los pacientes involucrados en cualquiera de las hipótesis enunciadas precedentemente, elenco al que aquí se suma el caso de quien hubiere sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, la del derecho que les asiste de rechazar todos los procedimientos antes mencionados, incluyendo el retiro de medidas de soporte vital, cuando fueren extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría, o produjeran sufrimiento desmesurado, consignando por separado, para que no queden dudas sobre el tópico, el derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incu-

rable (inciso g); todo ello, obviamente, sin perjuicio del derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento, conforme lo prevé el inciso h del mismo artículo.

Ambos incisos incorporados por la nueva norma implican un giro copernicano en la regulación de esta delicada realidad, que alcanza su más vasta proyección al preverse, en otra trascendente disposición, la del segundo párrafo del artículo 6º, para el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, la posibilidad de su emisión por parte de las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido; sin perjuicio de lo cual, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario, como se advierte en el tercero y último párrafo de ese precepto. En lógico paralelo con tal amplitud conceptual, se prescribe la eminente revocabilidad de la decisión del paciente, en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados y la correlativa obligación del profesional actuante de „acatar tal decisión y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando para el caso todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que la decisión implica“, extendiéndose aquella potestad a las personas habilitadas para emitir el consentimiento informado, según la redacción del nuevo artículo 10º de la Ley 26529.

Con relación a las directivas anticipadas, aunque — como ya se expresó— se mantuvo en el artículo 11º la alusión a la veda de las „prácticas eutanásicas“, la inclusión de un segundo párrafo referido a las formalidades que debe revestir su declaración y a la posibilidad de su eventual revocación interpretado sistemáticamente con las innovaciones antes señaladas, brinda escaso margen a formulación de posiciones adversas a la abstención o retiro de los mecanismos artificiales de reanimación en los casos escrupulosamente descritos en la normativa actualmente en vigor. Más aun: la redacción de los dispositivos legales reseñados ofrece al binomio médico-paciente la posibilidad de acordar tanto la plena operatividad cuanto la renuncia a la adopción de medidas terapéuticas de otro orden, en base al juicio compartido sobre su carácter ordinario o extraordinario y su proporcionalidad; por lo que cabe estimar incluidas en la ley aquellas situaciones oportunamente tipificadas como de eutanasia activa indirecta o de doble enlace, así como las de eutanasia pasiva.

Como corolario de las considerables reformas instrumentadas, y a fin de colocar a buen resguardo a los facultativos involucrados en el tratamiento de cualquier paciente, mas con singular incidencia en el ámbito de las decisiones vinculadas a patologías o accidentes en fase terminal, la ley 26742 añade un nuevo artículo —el 11° bis— al texto de su homóloga 26529, mediante el cual se libera de cualquier responsabilidad civil, penal o administrativa a todo profesional que hubiere obrado de acuerdo con las nuevas disposiciones legales, por situaciones derivadas del cumplimiento de la misma.

Brasil

Alexis Couto de Brito

Prof. de Direito Penal e Processual da Universidade Mackenzie - SP

A tradição brasileira não é a de minudenciar os comportamentos médicos que possam caracterizar o erro. As disposições administrativas e legais limitam-se a mencionar a imprudência, a negligência e a imperícia como as formas pelas quais o erro médico poderá ser configurado. Como orientação para delimitar os deveres médicos existe uma resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução CFM Nº 1931/2009), órgão máximo de caráter administrativo, denominada Código de Ética Médica, que em seu corpo dispõe que “o médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência” (Capítulo I, XIX). Assim, a *contrariu senso*, o erro deverá estar vinculado à falta de diligência, de competência ou imprudência. O Código de Ética enumera em seu Capítulo III 21 artigos contendo os deveres do médico⁷.

A lei brasileira possui apenas disposições genéricas sobre delitos derivados de erro médico: homicídio culposo (CPB, Art. 121. Matar alguém [...] § 3º Se o homicídio é culposo: Pena - detenção, de um a três anos) e lesões corporais culposas (CPB, Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem [...] § 6º Se a lesão é culposa: Pena - detenção, de dois meses a um ano). No caso das lesões, a ação penal dependerá de autorização do ofendido (representação), e sem esta o Ministério Público não poderá agir.

A ambos os casos aplica-se uma causa de aumento de um terço da pena caso o delito ocorra por “inobservância de regra técnica de profissão” (CPB, art. 121, §4º). A jurisprudência pacificou o entendimento de que, para se evitar *bis in idem*, a imputação desta causa de au-

mento de pena só é admissível quando fundada na descrição de fato diverso daquele que constitui o núcleo da ação culposa. Tal causa de aumento é criticada por parte da doutrina, que alega que em termos de aplicação prática não haveria correspondência político-criminal: um médico que possuísse mais conhecimento técnico e não o aplicasse receberia uma pena maior do que aquele que não o possuísse, mas se aventurasse a realizar o procedimento mais técnico. Contudo, parece-nos que tal doutrina baseia-se apenas no fato do médico possuir ou não o conhecimento técnico e não no fato de optar conscientemente por não utilizá-lo. Neste sentido, tendo o conhecimento e não o utilizando deliberadamente o médico cria um risco que deve ser observado desde o ponto de vista da proibição ou não. Se cria ou incrementa um risco em oposição ao que a *lex artis* configura como cientificamente amparado⁸ ou sem o consentimento expresso do paciente, poderá ter para si imputado o resultado produzido.

Além das previsões culposas, é comum a aplicação do delito de omissão de socorro (CPB, art. 135), em casos nos quais o atendimento não seja prestado, mas trata-se de um delito comum, sem previsão própria para o médico. Recentemente, no ano de 2012, uma alteração do Código Penal Brasileiro incluiu um delito de omissão de socorro específica para atendimentos médico-hospitalares (CPB art. 135-A⁹) quando há exigência de garantias econômicas para o atendimento médico de emergência. Nestes casos, havendo lesão corporal ou morte, a pena será aplicada em dobro ou em triplo, respectivamente.

Nas decisões judiciais não encontramos elaborações teóricas relevantes. A maior parte das discussões procura diferenciar o aspecto subjetivo do fato, e mais comum do que deveria ser é a tentativa de imputação das lesões ou da morte a título de dolo eventual. Nota-se principalmente a tentativa de imputação de resultado simplesmente pela sua produção causal, analisada a relação fática entre a intervenção médica e o consequente resultado de lesão ou morte, sem uma análise mais profunda das complicações e consequências normais aos procedimentos médicos.

Além dos artigos citados, há previsão —tradicional no direito brasileiro— sobre a prescrição culposa de substâncias que possam causar dependência física. A lei de Drogas (11.343/06, art. 38) repete as leis anteriores que datam da década de 40 do século passado e pune com pena de prisão de seis meses a dois anos a conduta do médico que prescreve ou ministra, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou o faça em doses excessivas ou em desacordo com

determinação legal ou regulamentar. Além da consequência penal, o magistrado deverá comunicar o Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente para procedimentos administrativos. A lei não prevê a possibilidade do juiz, diretamente, determinar na sentença penal condenatória a perda ou suspensão da atividade médica profissional. Somente no caso em que a pena de prisão for substituída por uma medida restritiva da liberdade é que isso poderá ocorrer (CPB, art. 47, II)¹⁰.

Além da perspectiva do erro médico, a principal discussão brasileira gravita sobre a possibilidade da prática da ortotanásia. É certo que a lei brasileira não permite nenhuma hipótese de abreviação da vida ou interrupção de tratamento, situações entendidas como previstas em lei nos crimes de homicídio e aborto. Nem sequer o auxílio ao suicídio é permitido, configurando igualmente um delito (CPB, art. 122). Neste sentido, não se permite igualmente a eutanásia passiva. Contudo, há regulamentação elaborada pelo Conselho Federal de Medicina sobre os deveres do médico e a possibilidade de ortotanásia, o que a tornaria uma conduta atípica. No ano de 2006 a Resolução 1805/06 passou a regulamentar a ortotanásia por meio de seu artigo 1º: “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”. Para isso, o médico deve necessariamente esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação, garantindo-se o direito de uma segunda opinião e o registro da fundamentação em prontuário detalhado. Esta Resolução foi objeto da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal, que foi julgada improcedente, ou seja, a Resolução foi considerada pelo Supremo Tribunal Federal como constitucional. Em seguida, o Código de Ética Médica (Resolução 1931/09) tratou do assunto de forma mais branda em seu artigo 41, permitindo a abreviação da vida do paciente, mas afirmando que mesmo nos casos de doença incurável e terminal deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis, abstendo-se de empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, e levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal. Por fim, em 2012, a Resolução 1995/12 regulamentou que se deve colher antecipadamente a manifestação de vontade do paciente em casos de ortotanásia que possam orientar seu tratamento no momento em que estiver incapacitado de expressar livre e autonomamente sua

vontade, contudo obrigando o médico ainda assim a respeitar a legislação penal e as diretrizes do Código de Ética Médica. Caso o paciente não tenha expressamente deixado a orientação sobre as diretivas antecipadas de sua vontade e nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou houver falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos.

Notas

1 El primer párrafo del artículo 84 de dicho cuerpo de leyes reprime „con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, al que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte”. Del segundo párrafo sólo interesa destacar aquí que „(e)l mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una las víctimas fatales”, puesto que el resto del precepto se refiere a los homicidios causados por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor. Análogamente, el primer párrafo del artículo 94 del mismo código sanciona con „prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud”, debiendo entenderse que la descripción se refiere a las lesiones leves, toda vez que, en su segundo párrafo prescribe que „(s)i las lesiones fueren de las descritas en los artículos 90 o 91”, es decir, graves o gravísimas, „y concurrirá 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”.

2 Las penas privativas de libertad, contenidas en el artículo 85 alcanzan los „tres a diez años, si se obrare sin consentimiento de la mujer”, pena que „podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer (inc. 1º), y oscilan entre uno y cuatro años, si aquel consentimiento hubiere existido, elevándose a seis años el máximo, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer (inc. 2º). Baste decir aquí que, mediante el primer párrafo del referido artículo 86, se añade pena de „inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena” a „los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo”.

3 Conforme a la descripción escogida por el codificador, que requiere la causación con violencia del aborto sin haber tenido el propósito de causarlo, la hipótesis nos aleja por definición del tópic que hoy nos convoca.

4 El segundo párrafo del artículo 86 del Código Penal reza así: „El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1. Si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios; 2. Si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor

cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto”.

5 Dos son las razones esgrimidas en ese análisis gramatical: en primer lugar, la existencia de la conjunción disyuntiva “o” al relacionar a la violación con el atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente, de lo que se deduce que se trata de supuestos diversos. En segundo término, la confección de un marco común, representado por la exigencia de un médico diplomado y de una nota consensual que, en el caso de la mujer encinta capaz, será aportada por ella, y en el de la incapaz por patología psíquica, por su representante legal. Conforme a esa hermenéutica, es, precisamente, la excepcionalidad de esta última situación la que obligó al codificador a la fórmula expresa sintetizada en la frase “en este caso”, “referencia que sólo puede aludir, correlativamente, al caso del atentado al pudor”, y que fuerza a distinguirlo, “desde la sola semántica, del de violación”, requiriendo —tan sólo para aquél— “el consentimiento del representante legal de la mujer que adolece de tal incapacidad”.

6 La frase „muerte intervenida” fue acuñada por el Dr. Carlos Gherardi, médico intensivista y pionero de la Bioética en Argentina, en su obra “Vida y muerte en Terapia Intensiva - Estrategias para conocer y participar en las decisiones” (Ed. Biblos, Bs. As., 2007), en reemplazo de las voces adistanasia y antidistanasia. Como él advierte, la necesidad de anteponer dos prefijos “a” o “anti” y “dis”, respectivamente, para agrupar bajo el tronco común de la llamada “ortotanasia” a las conductas vinculadas al soporte vital denota hoy cierta extravagancia que era oportuno detectar y expurgar, tras más de medio siglo de puesta en marcha de las unidades de terapia intensiva. Luce, oportuna, paralelamente, la frase “muerte intervenida”, para mencionar específicamente las acciones médicas desplegadas en el ámbito de tales salas de cuidados intensivos con relación a la abstención, utilización o retiro de aquel soporte.

7 É vedado ao médico:

Art. 1º Causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

Art. 2º Delegar a outros profissionais atos ou atribuições exclusivos da profissão médica.

Art. 3º Deixar de assumir responsabilidade sobre procedimento médico que indicou ou do qual participou, mesmo quando vários médicos tenham assistido o paciente.

Art. 4º Deixar de assumir a responsabilidade de qualquer ato profissional que tenha praticado ou indicado, ainda que solicitado ou consentido pelo paciente ou por seu representante legal.

Art. 5º Assumir responsabilidade por ato médico que não praticou ou do qual não participou.

Art. 6º Atribuir seus insucessos a terceiros e a circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado.

Art. 7º Deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes, mesmo respaldado por decisão majoritária da categoria.

Art. 8º Afastar-se de suas atividades profissionais, mesmo temporariamente, sem deixar outro médico encarregado do atendimento de seus pacientes internados ou em estado grave.

Art. 9º Deixar de comparecer a plantão em horário preestabelecido ou abandoná-lo sem a presença de substituto, salvo por justo impedimento.

Parágrafo único. Na ausência de médico plantonista substituto, a direção técnica do estabelecimento de saúde deve providenciar a substituição.

Art. 10. Acumular-se com os que exercem ilegalmente a Medicina ou com profissionais ou instituições médicas nas quais se pratiquem atos ilícitos.

Art. 11. Receitar, atestar ou emitir laudos de forma secreta ou ilegível, sem a devida identificação de seu número de registro no Conselho Regional de Medicina da sua jurisdição, bem como assinar em branco folhas de receituários, atestados, laudos ou quaisquer outros documentos médicos.

Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.

Art. 14. Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários.

§2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I. criar seres humanos geneticamente modificados;

II. criar embriões para investigação;

III. criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo.

Art. 16. Intervir sobre o genoma humano com vista à sua modificação, exceto na terapia gênica, excluindo-se qualquer ação em células germinativas que resulte na modificação genética da descendência.

Art. 17. Deixar de cumprir, salvo por motivo justo, as normas emanadas dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina e de atender às suas requisições administrativas, intimações ou notificações no prazo determinado.

Art. 18. Desobedecer aos acórdãos e às resoluções dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina ou desrespeitá-los.

Art. 19. Deixar de assegurar, quando investido em cargo ou função de direção, os direitos dos médicos e as demais condições adequadas para o desempenho ético-profissional da Medicina.

Art. 20. Permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade.

Art. 21. Deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir a legislação pertinente.

8 O Código de Ética Médica possui disposição nesse sentido em seu capítulo I: XVI - Nenhuma disposição estatutária ou regimental de hospital ou de instituição, pública ou privada, limitará a escolha, pelo médico, **dos meios cientificamente reconhecidos** a serem praticados para o estabelecimento do diagnóstico e da execução do tratamento, salvo quando em benefício do paciente.

9 CPB, Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte.

10 CPB, Art. 47: As penas de interdição temporária de direitos são: [...] II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público.

Colombia

Álvaro Orlando Pérez Pinzón

(Universidad Católica de Colombia)

El tema se desarrolla sobre tres soportes. Luego se alude a las principales conductas delictivas en las que puede incurrir el galeno. Esos puntos de partida son la Constitución Política, el Código Penal y el Código de Ética Médica.

La *Constitución Política de Colombia*, entre muchos otros aspectos, se ocupa de lo relacionado con la salud, muchos de cuyos aspectos involucran comportamientos médicos. Así, por ejemplo, regula lo siguiente: la necesidad de asegurar la vida (Preámbulo); el respeto por la dignidad humana, la prevalencia del interés general y la solidaridad entre las personas que integran la República (artículo 1º); el deber estatal de garantizar los derechos consagrados en la Constitución (artículo 2º); la responsabilidad de los particulares por infringir la Constitución y la ley, así como la de los servidores públicos por la misma razón y por omitir o extralimitar sus funciones (artículo 6º); la inviolabilidad de la vida, incluida la prohibición de la pena de muerte (artículo 11); el derecho a la igualdad y, por supuesto, el veto a la discriminación por motivos de raza, sexo, origen familiar o nacional, lengua, religión, opinión política o filosófica (artículo 13); derecho a la intimidad (artículo 15); el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16); los derechos de los niños a la salud, a la integridad física y a la seguridad social (artículo 44); la protección y asistencia de personas de la tercera edad (artículo 46); el servicio público de la salud, dirigido, coordinado y controlado por el Estado, con fundamento

en los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Dentro de éste, la garantía del derecho ciudadano a la irrenunciabilidad a la seguridad social (artículos 48 y 49); la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños cometidos por los servidores públicos (artículo 90); el deber ciudadano de actuar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas (artículo 95.2); y el artículo 366, que prevé, sobre todo, dos finalidades sociales capitales del Estado: de una parte, el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población. Y, de otra, la solución de las necesidades insatisfechas de salud.

En el *Código Penal* se hallan varios aspectos vinculados con el tema estudiado. Por ahora, sin embargo, importa resaltar el contenido de su artículo 25, que dispone:

“ACCIÓN Y OMISIÓN. La conducta punible puede ser reaalizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

PARÁGRAFO. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales”.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia interpretó y dio el alcance a la norma citada con estas palabras:

“La posición de garante

Posición de garante es la situación en que se halla una persona, en virtud de la cual tiene el *deber jurídico concreto* de obrar para impedir que se produzca un resultado típico que es evitable.

Cuando quien tiene esa obligación la incumple, y con ello hace surgir un evento lesivo que podía ser impedido, abandona la *posición de garante*.

En *sentido restringido*, viola la *posición de garante* quien

estando obligado específicamente por la Constitución y/o la ley a actuar se abstiene de hacerlo y con ello da lugar a un resultado ofensivo que podía ser impedido. Es el concepto que vincula el fenómeno estudiado con los denominados delitos de comisión por omisión, impropios de omisión o impuros de omisión.

En *sentido amplio*, es la situación general en que se encuentra una persona que tiene el deber de conducirse de determinada manera, de acuerdo con el rol que desempeña dentro de la sociedad. Desde este punto de vista, es indiferente que obre por acción o por omisión, pues lo nuclear es que vulnera la *posición de garante* quien se comporta en contra de aquello que se espera de ella, porque defrauda las expectativas.

La legislación penal colombiana sigue el *criterio restringido*, en el entendido que, con fundamento principal en los artículos 1º y 95.2 de la Constitución Política, que construyen el *principio de solidaridad*, el artículo 25 del Código Penal dice expresa y taxativamente en cuáles casos es predicable la *posición de garante*, siempre con referencia a la omisión impropia o impura.

...

Como se percibe con facilidad, el artículo consta de dos partes:

La *primera* —incisos 1º y 2º—, obediente al primer paso en la evolución del tema, a la inicial y más tradicional *posición de garante*, se relaciona directamente con la persona a la que se puede imputar la realización de una conducta, cuando tiene el *deber jurídico* de impedir un *resultado jurídico* y no lo evita pudiendo hacerlo, es decir, apunta, como se dijo, a los delitos de comisión por omisión.

Esa fase primigenia quiere decir que la imputación solamente puede ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Constitución o por la ley al autor del hecho que está compelido a resguardar específicamente un bien jurídico.

Así, cuando se tiene el deber jurídico de obrar y no se actúa, el autor rompe la *posición de garante*.

La *segunda* —inciso 3º con sus cuatro numerales, y párrafo— alude al ulterior desenvolvimiento del estudio del tema, si se quiere, cuando el análisis de la *posición de garante* comienza a separarse de lo estrictamente legal o jurídico y a ser penetrado por construcciones en general sociales, culturales y extralegales, tales como la “cercanía o proximidad social”, la “relación social especialmente estrecha”, las “relaciones de confianza”, la “tópica-analógica”, las “situaciones de compenetración social”, los “vínculos de solidaridad o de fidelidad”, la “creación previa del riesgo”, la “fusión de bien jurídico y rol social” o “teoría sociológica de los roles”, “el dominio sobre la causa del resultado”, los “deberes de aseguramiento en el tráfico”, etc. Por estas vías se abre espacio, entonces, a criterios como

aquellos mencionados en los cuatro numerales del inciso 3º del artículo 25 del Código Penal.

Y, desde luego, tal como lo dice el *párrafo* del artículo, esos *cuatro criterios operan exclusivamente respecto de los bienes jurídicos vida e integridad personal, libertad individual, y libertad y formación sexuales*.

Para decirlo de otra manera, existe *posición de garante* en todos aquellos eventos en los cuales, *frente a cualquier bien jurídico*, la persona tiene la *obligación constitucional o legal* de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo (primera hipótesis); y existe *posición de garante* en los casos en que, *frente a los bienes jurídicos particularmente mencionados*, la persona asume voluntariamente la protección real de otra o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio; mantiene una estrecha comunidad de vida con otras; emprende la realización de una actividad riesgosa con otros individuos; o crea con antelación una situación antijurídica de riesgo cercano para el bien jurídico correspondiente¹.

Como se percibe, la *posición de garante*, ampliamente concebida en nuestro medio, genera deberes ineludibles al médico desde el momento en que entra en relación contractual con el ciudadano-paciente y, desde luego, con posterioridad, hasta cuando por cualquier momento atendible se rompa ese vínculo.

Entre nosotros, la *Ley de Ética Médica* básica es la 23 de 1981, con numerosas modificaciones, especialmente las resultantes de los Decretos 3380 de 1981, 1328 de 1984, 1681 de 1990, 1667 de 1991, 1465 de 1992, 1171 de 1997, 131 y 358 del 2010 y 19 del 2012.

De esa normativa se desprenden especialmente las siguientes disposiciones inherentes a la responsabilidad médica:

La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender a la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político y religioso. El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual. Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes (artículo 1.1)

El médico debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondiente (artículo 1.2).

El médico se debe ajustar a los principios metodológicos y éticos que protegen los intereses de la ciencia y los derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad (artículo 1.3).

La relación médico-paciente es elemento primordial en la práctica médica. Para que dicha relación tenga pleno éxito debe fundarse en un compromiso responsable, leal y auténtico el cual impone la más estricta reserva profesional (artículo 1.4).

El médico debe dispensar los beneficios de la medicina a toda persona que los necesite, sin más limitaciones que las expresamente señaladas en la ley (artículo 3º).

La asistencia médica se fundamenta en la libre elección del médico, por parte del paciente, derecho respetable en el trabajo institucional (artículo 4º).

El médico solamente puede emplear medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas (artículo 12).

Si en circunstancias excepcionalmente graves un procedimiento experimental se ofrece como la única posibilidad de salvación, éste puede ser utilizado con la autorización del paciente o sus familiares responsables y, si fuere posible, por acuerdo en junta médica (artículo 12).

El médico debe usar los métodos y medicamentos a su disposición o alcance, mientras subsista la esperanza de aliviar o curar la enfermedad. Cuando exista diagnóstico de muerte cerebral, no es su obligación mantener el funcionamiento de otros órganos o aparatos por medios artificiales (artículo 13).

El médico no puede intervenir quirúrgicamente a menores de edad, a personas en estado de inconsciencia o mentalmente incapaces, sin la previa autorización de sus padres, tutores o allegados, a menos que la urgencia del caso exija una intervención inmediata (artículo 14).

El médico no debe exponer a su paciente a riesgos injustificados. Debe solicitar su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o psíquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le debe explicar al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente (artículo 15).

La responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efecto del tratamiento no irá más allá del riesgo previsto. El médico debe advertir de él al paciente o a sus familiares o allegados (artículo 16).

La cronicidad o incurabilidad de la enfermedad no constituye motivo para que el médico prive de asistencia a un paciente (artículo 17).

En caso de urgencia, la asistencia médica no se condiciona al pago anticipado de honorarios profesionales (artículo 23).

La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley (artículo 34).

Se entiende por secreto profesional médico aquello que no es ético o lícito revelar sin justa causa. El médico está obligado a guardar el secreto profesional en todo aquello que por razón del ejercicio de su profesión haya visto, oído o comprendido, salvo en los casos contemplados por disposiciones legales (artículo 37).

Está prohibido al médico en ejercicio recibir beneficios comerciales de farmacias, laboratorios, ópticas, establecimientos ortopédicos y demás organizaciones o instituciones similares encargadas del suministro de elementos susceptibles de prescripción médica (artículo 40).

Constituye falta grave contra la ética, sin perjuicio de las sanciones administrativas, civiles o penales a que haya lugar, la presentación de documentos alterados o el empleo de recursos irregulares para el registro de título o para la inscripción del médico (artículo 49).

El Tribunal de Ética Médica y los Tribunales Seccionales tienen autoridad para conocer de los procesos disciplinarios ético-profesionales que se presenten por razón del ejercicio de la medicina en Colombia y pueden sancionar al médico antiético con amonestación privada; censura escrita privada, escrita pública, verbal y pública; y con suspensión en el ejercicio de la medicina, hasta por seis meses y hasta por cinco años, siempre consecuencia de un proceso debido en el que se garantizan los recursos legales (artículos 63 a 90).

Teniendo en cuenta el marco general trazado, es posible concluir que el médico puede incurrir especialmente en las siguientes conductas delictivas definidas en el Código Penal, sobre todo por violación de la posición de garante y, naturalmente, de la *lex artis*, siempre que, como es obvio, se compruebe que su conducta ha sido típica, antijurídica y culpable y que le podía ser imputado el hecho pues la puesta en riesgo y el resultado dependían de él (Código Penal, artículo 9º).

1. Homicidio *doloso*, *doloso eventual* o *culposo* (artículos 103 y 109).

Reviste importancia el artículo 106, que define el *homicidio por piedad*, que es el cometido por ese sentimiento, con el propósito de poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave e incurable. En este evento, la legislación prevé sanción privativa de la libertad bastante atemperada: de 16 a 54 meses. Así, el homicidio pietista es sancionable privilegiadamente.

No obstante, ante circunstancias especiales que incluyen el derecho a morir dignamente, el consentimiento serio de la víctima previo conocimiento cierto de su estado, la concurrencia de una enfermedad terminal sin alternativa al dolor científicamente corroborado, la custodia y concepto del médico, el tratante-médico, en todo caso-que “ayuda” a su paciente a morir debe ser exonerado de responsabilidad penal pues, además, obra de manera altruista².

2. Lesiones personales dolosas y culposas (artículos 111 y 120).

3. Aborto, en sus varias modalidades, salvo los casos adecuables al estado de necesidad (artículos 122 y 123).

El artículo 124 del Código Penal reducía la pena considerablemente cuando se producía el aborto consecuencia de embarazo resultado de un delito sexual o de inseminación artificial o de transferencia de óvulo fecundado sin consentimiento de la persona. No obstante, cuando concurren totalmente demostradas las circunstancias señaladas, se excluye la responsabilidad penal, como lo afirmó la Corte Constitucional una vez se ocupó de la demanda contra esa y otras disposiciones³.

4. Abandono de menores o de personas en incapacidad de valerse por sí misma, cuando se tiene el deber legal de velar por ellas (artículo 127).

5. Omisión de socorro, conducta por muchos años simplemente contravencional, ahora delictiva. Se presenta cuando no se presta auxilio a una persona cuya vida o salud se encuentra en grave peligro (artículo 131).

6. Manipulación genética con alteración genotípica y con finalidades diferentes a las científicas, así como sus parecidos “repetibilidad del ser humano” y “fecundación y tráfico de embriones humanos” (artículos 132, 133 y 134).

7. Delitos sexuales, especialmente acceso y acto carnal violento, comportamientos semejantes con persona puesta en incapacidad de resistir o con menores, actos sexuales abusivos y acoso sexual (artículos 205 a 210).

8. Inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentido (artículo 187).

9. Injuria por vía de hecho (artículo 226).

10. Supresión, alteración o suposición del estado civil (artículo 238).

11. Falsedad documental (artículos 286 a 296).

12. Violación de medidas sanitarias (artículo 368).

13. Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico (artículo 372).

14. Imitación o simulación de alimentos, productos o sustancias (artículo 373).

15. Fabricación y comercialización de sustancias nocivas para la salud (artículo 374).

16. Estímulo al uso ilícito de drogas o medicamentos que produzcan dependencia (artículo 378).

En estas hipótesis principales operan por supuesto, todos los fenómenos relacionados con las instituciones de la parte general de la legislación penal, por ejemplo, la tentativa (artículo 27), el concurso de personas (autoría y participación, artículos 28 a 30), el concurso de delitos (31), las causales que generan ausencia de responsabilidad como caso fortuito, fuerza mayor, consentimiento válido, cumplimiento de deber legal, ejercicio de un derecho, obediencia debida, estado de necesidad, insuperable coacción ajena y error (artículo 32) y, desde luego, la responsabilidad civil derivada del delito o, más ampliamente, la reparación integral del daño (artículos 94 s.s.).

Notas

1 Sentencia de casación del 27 de julio del 2006, dentro del proceso No. 25536.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-239, del 20 de mayo de 1997.

3 Sentencia C-355 del 2006.

España

Prof.^a Dra. Elena Núñez Castaño

Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

A la hora de enfrentarnos con algún tipo de profesión que claramente pueda entrar en conflicto con el Derecho penal, la fundamental es la médica. La actividad de los médicos tiene total incidencia sobre los bienes jurídicos más importantes: la vida y la salud e integridad física o psíquica. Ello implica que cualquier acción realizada por un profesional de este ámbito tiene una repercusión inmediata en el titular de los bienes jurídicos. Ahora bien, esta afección de los bienes jurí-

dicos que puede implicar la actividad médica tiene una característica fundamental que la diferencia del resto de los actos lesivos, que su finalidad primordial no es la lesión del bien jurídico, sino, por el contrario, es terapéutica y curativa, dirigida a obtener las mejores condiciones de bienestar y salud para los sujetos involucrados. Por ello, los supuestos que quedan comprendidos dentro del ámbito penal se reducen, esencialmente, a los casos de imprudencia médica, y al análisis del concreto problema del consentimiento en esta materia. Por razones de extensión, no vamos a centrar en el estudio y enfoque de este último problema señalado y de las repercusiones que respecto del mismo ha tenido la reforma del ordenamiento jurídico penal español realizada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de Junio.

Como aspecto preliminar en materia de consentimiento en la actividad médica es preciso señalar que la regulación civil del mismo, contenida en la Ley 41/2002, básica reguladora de la Autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, es presupuesto de la responsabilidad penal que pudiera derivarse de la ausencia o vicios en la información o en la obtención del consentimiento mismo. Ahora bien, esto debe interpretarse en el sentido de que, cuando se hayan cumplido las exigencias legislativas al respecto, y se haya realizado el acto médico en buena praxis, no podrá derivarse responsabilidad alguna para el profesional sanitario que actúa. Ello implica varias consecuencias en relación con la necesidad de que el paciente otorgue su consentimiento:

- En aquellos casos en los que se deniegue el consentimiento (art. 21 de la Ley 41/2002), dado que el paciente se puede oponer al tratamiento que se le ha prescrito (no podemos obviar la disponibilidad del bien jurídico salud o integridad física y/o psíquica por su propio titular), el profesional está obligado a darle el alta voluntaria, incurriendo en delito contra la libertad esencialmente, caso de que realice la intervención médica.
- El paciente puede revocar en cualquier momento el consentimiento libremente otorgado (art. 8.5 de la Ley 41/2002)
- Sólo pueden realizarse intervenciones clínicas que sean indispensables sin el consentimiento requerido en dos supuestos regulados en el art. 9.2 de la Ley 41/2002: cuando exista riesgo para la salud pública (interés o utilidad social), o bien cuando exista riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no sea posible con-

seguir la autorización de manera inmediata (estado de necesidad).

Es en el caso de ausencia de consentimiento o bien de consentimiento viciado cuando puede comenzarse a estudiar las posibles consecuencias penales que conllevaría una intervención médica. Sin embargo, en este punto resulta preciso diferenciar, ab initio, dos posibles situaciones:

A. Casos en los que se trata de una actividad médica curativa: es una regla general de Derecho penal la irrelevancia típica de las acciones que, aún siendo peligrosas, conllevan una utilidad o interés social y se ejecutan respetando todas las normas del deber de cuidado. Este es el supuesto en el que nos encontramos cuando se realizan actos médicos que conllevan una finalidad curativa de manera directa y principal, dado que con ellas lo que se pretende no es el menoscabo de la salud, sino justo lo contrario su mejoría. En estos casos, debe excluirse la posibilidad de aplicación de un delito contra la salud e integridad corporal, tanto si el tratamiento tiene éxito y conlleva una mejoría del paciente, como si este fracasa, siempre y cuando se hayan respetado los protocolos y las reglas de cuidado que conlleva la aplicación de la *lex artis* de su profesión (en caso de vulneración del deber de cuidado, nos encontraríamos con un supuesto de imprudencia médica que nos llevaría a resultados distintos de los aquí planteados). Y ello es evidente en ambas situaciones, en el primer caso porque no se produce el menoscabo de la salud exigido por el delito de lesiones, con lo que sería un claro supuesto de atipicidad; mientras que en el segundo caso, la exclusión del delito de lesiones se deriva de que la conducta médica, incluso cuando fracasa, se encuentra dentro de los límites de permisibilidad del riesgo, rompiéndose con ello la posibilidad de imputar objetivamente el resultado producido a la conducta realizada por el profesional sanitario.

Esta exclusión de la responsabilidad por un presunto delito de lesiones derivado de la actividad médica, haya tenido o no éxito el tratamiento, siempre que se hayan respetado las normas de cuidado y las derivadas de la *lex artis*, se mantiene exista o no válido consentimiento del paciente. De manera que la posible responsabilidad del profesional sanitario que intervenga sin la autorización necesaria quedará relegada al ámbito de los delitos contra la libertad.

Por el contrario, si la intervención o tratamiento médico es incorrecto, no indicado o bien realizado infringiendo las reglas más elementales de la *lex artis* y el deber objetivo y subjetivo de cuidado, incluso contando con el consentimiento del paciente, podría configurar

un delito de lesiones sobre la base de una imprudencia médica.

B. Casos de actividad médica no curativa: es preciso analizar que no siempre las intervenciones o tratamiento médicos tienen una finalidad clara y exclusivamente curativa, sino que existen determinadas actividades en las que esta finalidad no resulta tan evidente. Podemos poner como ejemplo los casos de operaciones de cirugía estética, pero también los casos de cirugía de cambio de sexo, esterilizaciones, y, sobre todo, los supuestos de trasplante de órganos. Pero analicemos cada uno de los grupos por separado.

En el caso de las operaciones estéticas, la concurrencia de una finalidad terapéutica o no en la intervención no influye para nada en la legitimidad de la misma, y, por tanto, si la intervención se realiza correctamente y existe consentimiento del paciente, no es sino una expresión del derecho al libre desarrollo de la personalidad que reconoce el art. 10 de la Constitución. En aquellos supuestos en los que, aún mediando consentimiento válido, se realizara una mala *praxis*, podrá quedar subsistente la responsabilidad por imprudencia médica en relación con un delito de lesiones.

En relación con el siguiente grupo de casos, esto es, cirugía transexual, esterilizaciones y trasplante de órganos, que en puridad configuran plenamente el tipo objetivo del delito de lesiones, la exención de la responsabilidad penal por el mismo depende absolutamente de la existencia o no del consentimiento válido del paciente. Este es precisamente el sentido del art. 156 del Código penal que exige de responsabilidad penal en este concreto grupo de casos, siempre que el consentimiento se haya emitido “válida, libre, consciente y expresamente”. Y ello conlleva de forma directa, que un consentimiento obtenido viciadamente, o por precio o recompensa, se transforma en nulo, entendiéndose como no emitido y conllevando la plena aplicación del delito de lesiones que se haya provocado.

Respecto al trasplante de órganos (obviamente en clara referencia a la lesión practicada al donante del mismo, dado que el receptor no vería menoscabada su salud e integridad corporal, sino que se trataría de una actividad curativa) la prescripción de exención que se contiene en el art. 156 del Código penal se ha visto complementada, a partir de la reforma realizada por la Ley 5/2010, de 22 de junio, con la introducción de un nuevo delito de tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis) en el que se castiga a los que promuevan, favorezcan, faciliten o publiciten el mismo. En este sentido, por tráfico ilegal de órganos, debe entenderse aquellos que proceden directamente de una contraprestación,

por precio o recompensa. Es evidente que si una de las características básicas del consentimiento que se preste para la lesión de la salud que implicaría la donación o extracción de un órgano, es la voluntariedad del mismo, esta voluntariedad quedaría gravemente comprometida si existe algún tipo de vinculación con una operación económica que lo motive. De este ámbito típico queda excluido el donante del órgano, cuya conducta quedaría impune aunque mediara una contraprestación económica o de otro tipo, dado que se trata de un bien jurídico disponible para el titular del mismo.

Al margen de la regulación de la relevancia del consentimiento realizada por el art. 156 del Código penal, que otorga condición de eximente de la responsabilidad al mismo en el caso de operaciones de cirugía transexual, esterilizaciones y trasplante de órganos, el papel del consentimiento en el delito de lesiones, también se encuentra reflejado en el art. 155 del Código que le otorga una eficacia atenuante de la responsabilidad penal siempre que sea válido. La interpretación conjunta de estos dos preceptos nos podría conducir a la absurda conclusión de que sólo estaría justificadas, y por tanto exentas de responsabilidad penal *ex art.* 156, el trasplante de órganos, las esterilizaciones y la cirugía de cambio de sexo; mientras que el resto de intervenciones médicas consentidas seguirían siendo punibles, aunque con una pena atenuada en uno o dos grados, tal como se desprende del art. 155. Para evitar llegar a esta insostenible situación, es preciso afirmar que cualquier tipo de intervención médica, tenga o no finalidad terapéutica y/o curativa, quedan legitimadas por el consentimiento válido del paciente, sean o no de las expresamente recogidas y mencionadas en el art. 156 del Código penal. La única exigencia que puede realizarse a este respecto es que se ejecute conforme a las normas del deber de cuidado y a la *lex artis*; en caso de incumplimiento de las mismas, la responsabilidad no se deriva tanto de la validez atenuante del consentimiento que consagra el art. 155 del Código penal, sino de imprudencia médica que ha producido un determinado resultado típico.

BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “El consentimiento en las lesiones veinte años después”, en *Libro Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, vol. II, Cuenca 2001.
- GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., Valencia 2008.
- GÓMEZ RIVERO/CORTES BECHIARELLI/NIETO MARTÍN/NÚÑEZ CASTAÑO/PÉREZ CEPEDA,

Nociones fundamentales de Derecho penal, Parte especial, Madrid 2010.

LAURENZO COPELLO, “Relevancia del consentimiento informado en el ámbito sanitario”, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. M^a del Mar Díaz Pita*, Muñoz Conde (direct.), Valencia 2008.

LUZÓN PEÑA, “El consentimiento en Derecho penal”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 18, 2012.

MACHADO RODRIGUEZ, “El consentimiento en materia penal”, en *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias penales y Criminológicas*, vol. 33, n.º 95, 2012.

MARTÍNEZ RUIZ, “La problemática jurídico penal del consentimiento en los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual y de las esterilizaciones de los incapaces”, en *Estudios jurídico-penales sobre Genética y Biomedicina. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Fernando Mantovani*, Morillas Cuevas/Benitez Ortuzar/Peris Riera (coords.), Madrid 2005.

MUÑOZ CONDE, “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, en *Problemas actuales del Derecho penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. M^a del Mar Díaz Pita*, Muñoz Conde (direct.), Valencia 2008.

MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 19^a edición, completamente revisada y puesta al día, Valencia 2013.

ORTS BERENGUER/GUINARTE CABADA, “Consideraciones en torno a la vertiente jurídica del denominado consentimiento informado”, en aa.vv. *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo*, Libro Homenaje al profesor Doctor Don José Cerezo Mir, José Luis Díez Ripollés, Carlos María Romeo Casabona, Luis Gracia Martín *et al.* (eds.), Madrid, Tecnos, 2002.

Honduras

Dra. Angie A. Arce Acuña

Costa Rica.

I. INTRODUCCIÓN

El Título I del Código Penal Hondureño contiene las disposiciones Relativas a los Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal dicho articulado parte de una premisa de rango constitucional tal y como lo señala el artículo 65 de dicha carta magna, que dispo-

ne que la vida Humana es Inviolable, mismo presupuesto que ha sido recogido y tutelado por diferentes instrumentos internacionales entre estos podemos citar los artículos 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Si partimos del hecho que un delito es una conducta humana ya sea una acción u omisión, típica, antijurídica, culpable y punible, los delitos contra la vida y la integridad personal son aquellos cuyo resultado deviene en la muerte o lesión en la integridad física de la víctima.

Para efectos del presente nos referiremos a los delitos contra la Vida y la Integridad Personal realizados por médicos que en el ejercicio de su profesión han ocasionado un perjuicio a su paciente, cuando este proviene de una falta al deber objetivo de cuidado, que analizando las condiciones personales del sujeto activo y haciendo el reproche correspondiente, si en las mismas condiciones, hubiese tenido el cuidado correspondiente, el resultado no se hubiese producido, es decir aquellos delitos denominados por la doctrina penal moderna como “Mala Praxis”.

Así las cosas la Asociación Medica Argentina ha definido la Mala Praxis como: Existirá mala praxis en el área de la salud, cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de la persona humana, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencias de un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo con apartamiento de la normativa legal aplicable.

II. NORMATIVA

Para el caso que nos ocupa se deben identificar varios elementos para que se configure la responsabilidad criminal del médico: Primero. Que el hecho que dio origen al resultado se encuentre debidamente tipificado por la Ley Sustantiva, si bien el Código Hondureño no establece el delito de mala praxis, pero si el de homicidio y lesiones que son el resultado entre el actuar ilícito del medico y el resultado causado.

De igual forma, en cuanto a los elementos subjetivos del tipo penal debemos indicar que nos enfocaremos a los realizados con culpa, hay que establecer si se realizan con impericia, negligencia o imprudencia, analizando la imprudencia, se tutela como el emprender actos inusitados fuera de lo común y que por ello puede causar efectos dañosos. Es hacer más de lo debido, implica una conducta peligrosa es la violación

activa de las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia. Segundo. Antijuridicidad, si bien en dichos supuestos no se actúa queriendo, la omisión o comisión de una conducta humana por parte de un médico, que encaje dentro de los supuestos de hechos del homicidio (art. 116), aborto (art. 126) y lesiones (arts 133 a 138), dichos supuestos se encuentran prohibidos no solo por el Código Penal, sino por la Constitución misma por lo que se configuraría la Antijurídica Formal, la material corresponde al Tribunal competente determinarla, según las condiciones del caso que les sea sometido. Tercero: Culpabilidad: consiste en el reproche que se realiza en este caso al médico, según su formación profesional principalmente, el conocimiento del ilícito penal, si bien es cierto la culpabilidad en este caso debe girar en torno a la imprudencia, el médico debía determinar que el resultado causado, era previsible pero evitable, pero que con su imprudente actuar no lo pudo evitar. Cuarto. Penalidad: el Resultado de dicho actuar negligente debe contener una pena, para el agente.

En cuanto al tipo especial caben señalar una problemática en su aplicación; el artículo 116 del Código Penal Hondureño indica que las penas para el delito de homicidio será de 15 a 20, sin embargo el mismo precepto nos indica que cuando el homicidio se hubiese ejecutado en relación del cargo o función se estará frente a un agravante, ya que los extremos de la pena aumentan de 20 a 30 años. Sin embargo el artículo 121 indica que la pena para el homicidio culposo será de 3 a 5 años. Entonces, ¿ ante un caso de mala praxis por imprudencia del médico se deberá aplicar el tipo para homicidio culposo o el agravante para el homicidio por haberse realizado en el ejercicio del cargo?

Pareciera ser que el mismo artículo 116 nos da la respuesta al indicar que *Quien dé muerte a una persona sin concurrir las circunstancias que se mencionan en los siguientes Artículos del presente Capítulo*, de igual manera podríamos afirmar que de acuerdo a las reglas de interpretación pro omine y pro libertatis siempre que en un mismo caso se encuentren se encuentren una agravante y una atenuante o exculpante prevalecerán las segundas sobre la primera, de acuerdo a la interpretación en BonamPartem.

Por otro lado en cuanto al consentimiento de la Víctima podríamos decir que estas no índice en la configuración del delito ya que el mismo estaría configurado por los elementos antes señalados, máxime que las disposiciones relativas a Derechos Humanos son irrenunciables, con lo que se cumpliría con lo indicado en el artículo 65 de la Carta Magna.

III. LEGISLACIÓN QUE PROTEGE ESTE TIPO DE DELITOS EN HONDURAS

El Reglamento de sanciones del colegio medico de honduras, indica:

Artículo 28. Se entenderá por ejercicio inadecuado de la Medicina, cuando el médico tratante, incurra en impericia, imprudencia, negligencia, inobservancia de normas, leyes y reglamentos al efectuar procedimientos clínicos, quirúrgicos de gabinete o prescripción de drogas o fármacos perjudicando la integridad física, moral y psíquica del paciente. sin perjuicio de la responsabilidad penal a que diere lugar, a quien se le compruebe ejercicio inadecuado de la medicina se le sancionará con multa de CINCO MIL LEMPIRAS (L. 5,000.00) a DIEZ MIL LEMPIRAS (L. 10,000.00), la primera vez; en caso de reincidencia se le sancionará con una multa de MIL LEMPIRAS (L. 1,000.00) a CINCO MIL LEMPIRAS (L. 5,000.00), y suspensión del ejercicio profesional hasta por tres (3) años de acuerdo con el procedimiento establecido en el Artículo 19, inciso "f" de la Ley Orgánica del Colegio Médico de Honduras. Se excluye de esta sanción aquellas complicaciones que se consideren propias de las enfermedades y de los procedimientos médicos quirúrgicos.

Por su parte la Ley del Estatuto del Medico Empleado Honduras indica:

Artículo 49. Los Médicos Empleados son responsables durante el ejercicio de sus funciones o en el desempeño de sus cargos de acuerdo con lo estipulado por las leyes.

Artículo 51. El Médico velará por los cuidados que se presen a los pacientes bajo su responsabilidad y exigirá el mismo comportamiento al personal que dirige.

Artículo 52. Los Médicos de guardia serán responsables de los cuidados de los pacientes internos y de los que sean atendidos en emergencia.

En cuanto al Codigo de Etica del Colegio de Medico de Honduras:

Artículo 26. La relación médico paciente se entenderá como la comunicación fluida, sincera y honesta en función de satisfacer una necesidad, tanto del que pretende curar un mal ajeno como del que busca el servicio para su dolencia, en el entendido que dicha comunicación se extenderá al entorno del paciente y sus familiares con el único objetivo de que puedan estos últimos coadyuvar en el restablecimiento de su salud,ARTÍCULO 31. El médico deberá prestar al paciente los cuidados que le dicte su conocimiento y conciencia profesional, comunicándole con palabras comprensibles y en forma ponderada sobre su estado de salud, los diferentes métodos, técnicas diagnósticas y opciones terapéuticas, así como los riesgos y beneficios de éstos, a fin de que él pueda ejercer su derecho de elegir, dar su consentimiento o rehusar el manejo propuesto. En los casos en que el paciente no esté en capacidad de comprender y/o decidir, habrá de comunicarlo a los familiares o a las personas legalmente responsables, ARTÍCULO 32. Cuando el paciente no estuviese en condiciones de dar su consentimiento a la actuación médica y resultare imposible obtenerlo de su familia o

personas legalmente responsables, el médico deberá actuar con diligencia en la búsqueda de la protección de la vida humana.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos reza respecto al tema que nos ocupa y que se encuentra suscrita por Honduras Artículo 3, Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, por su parte el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 6 1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente

Propuestas-conclusiones

En cuanto a la tipificación de los hechos

Los hechos culposos analizados son delitos cuyo resultado material son la muerte o el daño en el cuerpo de una persona, por lo que no concibe la tentativa, de manera que la acción peligrosa por sí no es punible, aunque represente una omisión, que de haberse suplido hubiese sido salvadora. A su vez el médico que ejerce su profesión liberalmente no está obligado por regla obligada a actuar, pero otros sí tienen la obligación de atender al enfermo o accidentado, para dichos casos, y para aquellos que no desemboquen en la muerte o lesiones debería existir una norma que ponga en movimiento los mecanismos de acción en general.

Graduar el Injusto y la Sanción en cuanto a la gravedad de la Conducta

Para volver a aproximarnos mejor al ideal de justicia, se deben volver a diferenciar los hechos culposos según la mayor o menor culpa del autor, así se establecería la culpa grave y leve del médico, lo que tendría consecuentemente incidencia en la pena, estableciéndose según el grado de indiferencia del autor respecto a la necesidad de no poner en peligro el bien jurídico tutelado.

De manera que una pena rigurosa para los casos de imprudencia considerable serviría a los fines de la prevención general y especial, alejando al condenado del ejercicio de la profesión durante un largo lapso de tiempo como forma de remediar su incompetencia y una pena ligera para culpa leve, que sirva fundamentalmente como admonición.

Legislar sobre el Tratamiento médico Arbitrario

La falta de legislación explícita en dicho tema, evidentemente lesiona la vida, la salud, y la libertad del paciente que requieren una protección penal contra un

actuación médica arbitraria y que vaya más allá de los límites de la prestación normal del servicio.

Legislar sobre los deberes especiales de garantía y socorro

Por ser la salud y atención médica un derecho humano fundamental, se debería tipificar aquellos supuestos que sin llegar a constituir homicidio o lesiones, se configurarían la omisión *impropia de garante*, siendo una vía intermedia entre la sanción en comisión por omisión del hecho de que se trate y la figura de omisión de auxilio.

En cuanto a las sanciones: deber de actualizar conocimientos y reformar el contenido de la pena de inhabilitación

Se propone que el médico que ha incurrido en una falta grave deberá seguir programas de actualización de sus estudios, sobre todo lo relacionado con la falta cometida como una sanción accesoria, de igual forma en cuanto a la pena de inhabilitación, debería imponerse un tope máximo de la pena, pero no un mínimo de manera que el juez tenga en sus manos un instrumento más idóneo para individualizar la sanción de acuerdo al caso concreto.

Italia*

Luca Ramponi

Juez - Doctor en Derecho penal

1. Introducción: los tipos penales aplicables

El sector de la responsabilidad por mala praxis médica constituye sin duda uno de los campos más fecundos del sistema penal italiano para sondear el desarrollo teórico y jurisprudencial de ciertas categorías fundamentales de la parte general en su evolución sistemática y en su diálogo con los principios constitucionales. Los tipos penales con una mayor relación con este sector son sin duda los previstos por los artículos 589 y 590 del Código penal italiano (homicidio y lesiones culposas, respectivamente).

No obstante, sobre todo en referencia a situaciones de intervención médica en ausencia de un consentimiento adecuado del paciente, en algunos casos concretos también han sido aplicados por los tribunales (o bien la doctrina ha propuesto su aplicación) los tipos de lesiones personales dolosas (arts. 582 y 583 CP), de homicidio preterintencional (art. 584 CP), de secuestro

de persona (por sometimiento a limitaciones indebidas de la libertad personal, especialmente en el caso de pacientes psiquiátricos) y de coacciones (art. 610 CP, con particular referencia al sometimiento a curas o a intervenciones, incluso exitosas, pero no han sido queridas por el paciente o con respecto a las cuales éste no ha sido capaz de expresar válidamente su consentimiento). Además, en supuestos de conducta totalmente omisiva, un médico del sistema público de salud (que, por lo tanto, tiene la cualificación de encargado de un servicio público) que viole sus deberes de cura podría estar cometiendo el delito de omisión de acto oficial (328 CP) y, en el caso de que dicho comportamiento dé como resultado la muerte o las lesiones no queridas del paciente, también el delito del artículo 586 CP (muerte o lesiones como consecuencia de otro delito doloso).

Por otra parte, hay que considerar los delitos previstos en la legislación especial en materia de interrupción del embarazo, puesto que, pese a la legalización del aborto operada mediante la Ley 194/1978, siguen constituyendo supuestos delictivos (delitos dolosos) la interrupción del embarazo que no cumpla con las condiciones y el procedimiento establecido por dicha ley (art. 19, apdo. 1 de la Ley 194/1978) o bien sin el consentimiento de la mujer (art. 18), además del aborto culposo (art. 17). A este respecto hay que precisar que, por consiguiente, se discute en doctrina si el procedimiento especial previsto para la interrupción voluntaria del embarazo de los arts. 5 y ss. debe considerarse una verdadera causa de justificación procedimental² o bien constituye un límite exegético a la tipicidad penal del delito residual de aborto³.

2. La legitimación de la actividad sanitaria: de la perspectiva paternalista a la perspectiva dominante del “consentimiento informado”

Como tema preliminar a todo análisis sobre la relación entre acto médico y Derecho penal debe señalarse la solución dogmática y de principio acerca de la justificación o, más en general, de la licitud de la actividad médica invasiva, en la medida en que incide estructuralmente sobre derechos fundamentales del individuo-paciente (integridad física, esfera íntima del sujeto, libertad), aun en el caso de que sea llevada a cabo conforme a la *lex artis* del sector o con la más escrupulosa pericia y diligencia.

Ahora bien, encuadrar la cuestión en la causa de justificación prevista en el art. 50 CP, que regula el consentimiento del titular de un derecho, ha resultado muy problemático durante mucho tiempo para la doctrina y

la jurisprudencia italianas. Ello pese a que la Constitución italiana dedica una norma específica (art. 32) al derecho a la salud, excluyendo la legitimidad de los tratamientos médicos impuestos, excepto en los casos regulados por la ley. Esto ha sido así en gran parte debido a la concurrencia de razones de tipo positivo y razones de prejuicio dogmático, unidas a opciones ideológicas muy asentadas con respecto a la concepción de la actividad médica. En primer lugar, pues, se ha considerado durante mucho tiempo que el art. 5 del Código civil, al establecer la invalidez de los actos de disposición del propio cuerpo, constituía un límite lógico a la extensión del alcance justificador del consentimiento con respecto a los tratamientos médicos que implicasen menoscabos corporales o que fuesen de otro modo invasivos; en segundo lugar, ha incidido sin duda en el debate teórico, también penal, en especial en un pasado no siempre remoto, una concepción “paternalista” de la relación entre médico y paciente, basada en la idea de la licitud por principio de cualquier tipo de tratamiento siempre que fuese funcional o tuviese la finalidad, desde el punto de vista del sanitario, de mejorar la salud del propio paciente.

Por lo tanto, nunca se ha dudado sobre la legitimidad de intervenciones de tipo sanitario, aun en ausencia de un consentimiento válido y actual del enfermo, siempre que se diesen condiciones de absoluta necesidad de impedir un empeoramiento de la situación clínica con peligro para la vida del mismo, condiciones vinculadas al supuesto del estado de necesidad justificante (art. 54 CP). Por otro lado, también en ausencia de estas condiciones de urgencia ha sido defendida la licitud de la intervención médica ejecutada conforme a la pericia profesional, teniendo como referencia la causa de justificación del cumplimiento del deber del sanitario en razón de su título (en especial el médico público) o de la especial confianza del paciente derivada de un contrato (en el caso del médico privado), o bien la del ejercicio de un derecho, identificable en la facultad legítima de ejercitar la propia actividad profesional (art. 51 CP)⁴, o incluso sobre la base de una causa de justificación no codificada⁵. Algunos autores han llegado a negar la propia tipicidad del acto médico, aunque sea invasivo, siempre que sea conforme a la *lex artis*, dado que el mismo estaría caracterizado por una intrínseca adecuación social de la conducta, orientada al fin elevado de la curación y al bien del paciente⁶.

Por el contrario, una perspectiva más moderna sobre la que existe un consenso cada vez mayor tanto en la doctrina como en la jurisprudencia tiende a identificar en el consentimiento del paciente el límite y la legi-

timación necesaria de toda intervención terapéutica, basándose en una interpretación sistemática de las normas del art. 32, párrafo 2º de la Constitución italiana, del art. 5 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión europea y de los arts. 5 a 9 de la Convención de Oviedo, que debe ser considerada *self executing* (o, en todo caso, una fuente interpretativa de las otras fuentes internas vigentes) pese a que no haya sido promulgada todavía en el ordenamiento italiano una norma de implementación, sino que solo se ha autorizado su ratificación. Por otro lado, se ha desactivado el límite a la operatividad de la causa de justificación del consentimiento del titular de un derecho en ámbito médico subrayando que el art. 5 constituye una norma que incide única y exclusivamente sobre la validez de los actos negociales de disposición del cuerpo humano y remarcando, por lo tanto, la intrínseca heterogeneidad entre el acto de consentimiento relevante a los fines de justificación y los negocios jurídicos en sentido civil⁷. Desde este punto de vista, por lo tanto, todo acto médico debería estar precedido de un consentimiento adecuadamente informado (acerca de las finalidades del mismo, de los riesgos vinculados, las posibles consecuencias, las alternativas practicables), prestado por una persona capaz o bien por el representante del incapaz que reconstruya adecuadamente la voluntad presumible⁸.

Dicho esto, en la jurisprudencia se ha debatido mucho sobre qué solución adoptar acerca de la sanción aplicable al médico que hubiera procedido a realizar actos terapéuticos (especialmente intervenciones de tipo destructivo) en ausencia de consentimiento del paciente. De acuerdo con una primera tesis, el médico sería responsable del delito de lesiones personales dolosas, con la consecuencia de que si de la intervención lesiva se derivase etiológicamente la muerte del paciente, el médico podría ser llamado a responder también de homicidio preterintencional⁹. Otra posición, por el contrario, excluía la existencia de dolo por parte del médico en el delito de lesiones personales y, por lo tanto, la aplicabilidad del art. 584 CP en caso de muerte del paciente tras una intervención sin consentimiento¹⁰. La Suprema Corte de Casación, reunida en Secciones Unidas, ha intervenido para resolver este conflicto interpretativo, al menos parcialmente, clarificando la imposibilidad de aplicar, en los supuestos de intervenciones invasivas o destructivas con finalidades terapéuticas, el delito de lesiones personales, al operar una hermenéutica restrictiva del resultado de dicho delito definido como “enfermedad en el cuerpo en la mente”, noción que debe entenderse como vinculada a un fenómeno patológico progresivo de menoscabo ana-

tómico o funcional del organismo, al cual es imposible reducir teleológicamente cualquier tipo de resultado de una intervención quirúrgica o médica, aun cuando sea de extirpación orgánica¹¹.

3. El rechazo de medidas salvadoras y el encarnizamiento terapéutico en el más reciente debate doctrinal y jurisprudencial

La creciente importancia del consentimiento del paciente en la legitimación de la actividad médico-sanitaria y la revalorización de la relación terapéutica han llevado a la atención del debate público, más allá de la jurisprudencia y la doctrina no solo penales, con todo su dramatismo, el conflicto de deberes al que se encuentran expuestos los sanitarios de pacientes que o bien rechazan las curas o tratamientos necesarios o indispensables para mantenerlos con vida, o bien rehúsan someterse a medidas para salvarles la vida. Tanto en uno como en otro caso, de hecho, pese a estar ante un rechazo consciente y voluntario y sustentado en la profunda convicción de un paciente mayor de edad y plenamente capaz, el médico podría estar cometiendo un delito doloso rubricado como “homicidio consentido” (*omicidio del consenziente*, art. 578 CP), tanto en su modalidad omisiva (en el caso de omisión de la intervención) como activa (en caso, por ejemplo, de apagar las máquinas de reanimación o de suspender la hidratación o la alimentación por vía parenteral o de otro modo artificial).

En ausencia de una toma de posición expresa por parte de legislador (pese a que se han presentado varios proyectos de ley, de distinto signo, sobre el tema, ninguno de ellos ha llegado a ser aprobado definitivamente), la solución de la aparente contradicción entre la contundencia de la severa sanción del art. 578 CP respecto al médico y las normas constitucionales y convencionales ya mencionadas, contradicción que se acumula con los importantes conflictos de conciencia y profesionales para el médico, ha sido remitida exclusivamente al debate doctrinal y a las opiniones jurisprudenciales. A este propósito, por un lado, es bastante tranquilizador el consenso al que se ha llegado, en el contexto de encarnizamiento terapéutico en sentido estricto, en relación con la atipicidad (por efecto de la adecuación social de la conducta y/o de la ausencia de riesgo ilícito) o, en cualquier caso, con la ausencia de responsabilidad penal (por falta de dolo y de culpa) en los casos de suspensión de la curas que no resulten en concreto idóneas por más tiempo, de acuerdo con la mejor ciencia y experiencia y la condición clínica co-

nocida, para conseguir una mejoría de las condiciones del enfermo, sino que por el contrario lo expongan inútilmente a sufrimientos no justificados por perspectivas terapéuticas razonables¹².

El debate está vivo, por el contrario, en los supuestos en los que tenga lugar el rechazo de un paciente capaz o del representante legal de un paciente que no es dueño de sí mismo en un contexto de no inutilidad, en el plano de las valoraciones clínico-científicas, de la continuación (o de la instauración) de determinados tratamientos¹³. Sobre este particular se dan en la doctrina tesis restrictivas que han negado categóricamente la posibilidad *de lege data* de hacer prevalecer el derecho a la autodeterminación terapéutica sobre las exigencias de respeto del bien jurídico fundamental de la vida humana, el cual necesariamente valdría más que el otro en cualquier esquema de ponderación de valores y obligaciones (algunos flexibilizan su posición y delimitan su alcance solo a las interrupciones de la ventilación, la alimentación o la hidratación, siendo más liberales, por el contrario, en lo relativo a terapias médicas o farmacológicas)¹⁴; algunas otras tesis están dirigidas, por el contrario, a calificar siempre y en cualquier caso como omisiva la eventual responsabilidad del sanitario (al tratarse en todo caso de una omisión en la continuación de las curas o en el establecimiento del tratamiento)¹⁵; otras posturas, por último, han propuesto soluciones con el objetivo de afirmar la licitud del comportamiento del médico que respeta la voluntad del paciente, pese a no renunciar a una diferenciación (en el plano de la tipicidad) entre los supuestos omisivos y los comisivos (trasladando la problemática, en estos últimos supuestos, a la esfera de la antijuridicidad)¹⁶.

La solución propuesta actualmente por el Derecho viviente se centra fundamentalmente en el respeto a la autodeterminación terapéutica del paciente. En este sentido, la Casación civil ha declarado en una histórica sentencia la existencia de un poder de *cura personae* cuyo titular sería el representante legal del incapaz (en el caso en cuestión una joven en estado vegetativo permanente e irreversible) y que posibilita la prestación del consentimiento o bien el disentimiento respecto a la continuación de las curas, reconociendo implícitamente la obligación para el médico de atenerse a la voluntad expresa del paciente sobre la base de una reconstrucción de la voluntad efectiva o presumible del incapaz por parte de su representante [en este caso, el padre, tutor (*amministratore di sostegno*) de la hija]¹⁷. Al mismo tiempo, los tribunales penales inferiores, aplicando los principios de la jurisprudencia de la Casación y adoptando posturas orientadas hacia la Constitución en

materia de legitimación y justificación de la actividad sanitaria, han llegado a una solución absoluta en el caso de un médico anestesista imputado por haber interrumpido, por expresa, motivada y consciente voluntad y solicitud del paciente, el funcionamiento de una máquina de ventilación artificial, provocando la muerte del asistido, enfermo de esclerosis lateral amiotrófica¹⁸. En el caso en cuestión, el juez reconoció de hecho la existencia de la causa de justificación del art. 51 CP, considerando que la conducta constituía el ejercicio del derecho del paciente a autodeterminarse con respecto al tratamiento médico y la consiguiente obligación del médico, basada en particular en el art. 32 de la Constitución interpretado a la luz de la regulación de las convenciones y las normas internacionales vigentes ya mencionadas.

4. La medida objetiva de la culpa del médico: las fuentes de las obligaciones de cautela relativas al personal sanitario

En Derecho penal italiano la culpa médica no es objeto de una regulación específica por parte de la ley, sino que su único anclaje positivo se encuentra en la definición legal general prevista en el art. 43 CP, del cual recibe los aspectos regulativos esenciales. Con respecto a la *summa divisio* de los tipos de reglas de precaución prevista en el art. 43 CP**, las que se dan en ámbito médico prefijan prevalentemente una culpa genérica, debiéndose especificar y concretar los parámetros abstractos de la “diligencia”, la “prudencia” y, sobre todo, al tratarse de una actividad desarrollada por sujetos con una cualificación profesional particular, la “pericia”. Así pues, en este sector se da una ausencia casi total de reglas de cautela codificadas en normas jurídicas positivas. La mayor parte de las disposiciones escritas, a nivel primario o secundario, identifican deberes de servicio del médico en un sentido muy general o bien están dirigidas principalmente a repartir las esferas de riesgo en casos de interacción diacrónica o sincrónica de distintos operadores sanitarios²⁰.

No hay pues apenas normas jurídicas con función preventiva que fijen el comportamiento que hay que mantener específicamente en determinadas situaciones, resolviendo así de modo plenamente definitivo la ponderación en abstracto, para una cierta categoría de situaciones, entre las exigencias de utilidad de la actividad o intervención y la necesidad de tutelar los bienes jurídicos personales involucrados (*reglas de cautela rígidas*); o bien que identifiquen al menos una gama concreta de modalidades de realización del acto mé-

dico generador de riesgos que sean compatibles con los criterios que presiden la solución en abstracto de dicha ponderación (*reglas de cautela flexibles*). Llama la atención que se dé esta ausencia en un sector en el cual, por un lado, la actividad de los operadores es extremadamente técnica y tiene connotaciones de especialización profesional, tanto desde el punto de vista del conocimiento como de la operatividad y que, por otro lado, está profesional e intrínsecamente orientado a evitar resultados infaustos y a contener y gestionar el riesgo de que estos se den. El carácter necesariamente técnico de las valoraciones con respecto a la identificación de la concreta regla de cautela que debe ser observada tiende a depender no solo de las circunstancias concretas, sino de las consideraciones y de la determinación que de dichas circunstancias hacen asesores técnicos (del Ministerio fiscal o de las partes) o peritos judiciales²¹.

Sólo recientemente se está imponiendo la tendencia a hacer referencia, en la identificación del contenido de la *lex artis*, a líneas guía y a protocolos médicos, de modo que también en campo sanitario se estaría asistiendo a una progresiva cristalización de las normas de cuidado. Así, las más recientes reflexiones de la doctrina en esta materia sintetizan una doble línea de debate: 1) por un lado, con respecto a la culpa genérica, se estigmatiza el peligro de que los jueces deleguen en exceso a los asesores la determinación del modelo estándar de diligencia y pericia, cuyos parámetros han sido a menudo contruidos indebidamente a partir de puntos de vista *a posteriori* sobre la evolución patológica o lesiva del caso sometido a investigación; 2) por otro lado, se observan con confianza las perspectivas de desarrollo de la “culpa protocolaria”, extrayendo las implicaciones positivas en relación con una mayor conformidad de los tipos culposos al principio de determinación y dando respuesta al mismo tiempo a la exigencia de definición de las relaciones entre los emergentes elementos de culpa específica y los aspectos residuales e inevitables de culpa genérica²².

5. La medida subjetiva de la culpa y la reciente reforma en materia de culpa grave del médico

En la óptica de la cada vez mayor valoración de la personalización de la responsabilidad culposa en conformidad con el principio de culpabilidad previsto por el art. 27 de la Constitución²³, la culpa grave se ha convertido en el principal *topos* argumentativo en torno al cual se ha articulado de manera notable la evolución de la jurisprudencia penal en materia de responsabilidad por negligencia médica²⁴, teniendo en cuenta que la de-

limitación en este ámbito de la responsabilidad del médico únicamente por culpa grave, por lo menos en los supuestos de intervenciones de particular complejidad, tiene un anclaje normativo en el art. 2236 del Código civil, el cual, según la interpretación auténtica dada por la sentencia de la Corte constitucional n.º 166/1973, excluye la responsabilidad civil de quien ejerce la profesión sanitaria en los supuestos de impericia no grave ante una *especial dificultad*.

La aplicación de esta norma al sector penal ha sido siempre, en la práctica, un camino tortuoso, en cuanto que, si bien no han faltado tesis favorables a la aplicabilidad de este límite también a la responsabilidad penal sobre la base de los principios de fragmentariedad y de *ultima ratio* y de la naturaleza ulteriormente sancionatoria del Derecho penal²⁵, la jurisprudencia mayoritaria en sede de Casación ha sido reticente a trasplantar esta regla civil favorable en el ordenamiento penal, alegando en este sentido la autonomía de los tipos penales y la relevancia del grado de la culpa, en ámbito penal, exclusivamente como criterio de determinación de la pena (art. 133 CP) y no como criterio que incide en el momento de la adscripción de la imputación culpable²⁶; otra tendencia, intermedia, pese a excluir la aplicación “directa” del art. 2236 del Código civil en ámbito penal, admite que la norma en cuestión puede ser utilizada por el juez penal “como máxima o regla de experiencia” con el fin de calibrar mejor la determinación de la impericia en supuestos de especial dificultad clínica o técnica²⁷.

El legislador ha introducido recientemente una disposición que, pese a las dificultades sistemáticas indicadas por algunos de los primeros comentaristas, podrá en futuro constituir probablemente la base sobre la que centrar la delimitación de la responsabilidad de los operadores sanitarios a la culpa grave. Se trata del art. 3, apdo. 1, del Decreto-Ley de 13 de septiembre de 2012, n.º 158, convalidado en Ley de 8 de noviembre de 2012, n.º 189, el cual establece que el operador médico-sanitario “que en el desarrollo de la propia actividad se atiene a las líneas guía y a las buenas prácticas acreditadas de la comunidad científica no responde penalmente por culpa leve”. En las primeras aplicaciones jurisprudenciales, la disposición ha sido interpretada efectivamente como una norma que delimita el ámbito de aplicación del tipo de homicidio y el de lesiones culposas cometidos por culpa leve y en los casos en los que se haya demostrado la conformidad de la conducta del sanitario con las líneas guía o los protocolos universalmente aceptados, reprochando penalmente dichas conductas como culposas únicamente si han sido cometidas por

culpa grave e introduciendo, por el contrario para los casos de culpa leve una *abolitio criminis* parcial²⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- CASTRONUOVO D.-RAMPONI L., *Dolo e colpa nel trattamento medico-sanitario*, in *Trattato del biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011
- CRESPI A., *La responsabilità penale nel trattamento medico-chirurgico con esito infausto*, Palermo, 1955.
- DI LANDRO A.R., *Dalle linee guida e dai protocolli all'individualizzazione della colpa penale nel settore sanitario. Misura oggettiva e soggettiva della "malpractice"*, Torino, 2011;
- DONINI M.-ORLANDI R., Documento introductivo, in *Il Penale nella società dei diritti*, Bologna, 2010, 7 ss.
- GAZZONI F., *Sancho Panza in Cassazione, come si riscrive la norma sull'eutanasia, in spregio al principio di divisione dei poteri*, in *Dir. fam. e pers.*, 2008, 107
- IADECOLA G., *Il valore dell'opinione dell'ordine professionale e delle società scientifiche nel contenzioso penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 11-14
- LEONCINI I., *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, in *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009
- NUVOLONE P., voce *Gravidanza (interruzione della)*, in *Nss. Dig. App.*, vol. III, Torino 1982
- PADOVANI T., *Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2003.
- PADOVANI T., voce *Procreazione (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1987, 987 ss.
- PIRAS-CARBONI, *Linee guida e colpa specifica del medico*, in CANESTRARI-GIUNTA-GUERRINI-PADOVANI (a cura di), *Medicina e diritto penale*, cit., 285 ss.
- PORTIGLIATTI BARBOS, *Le linee guida nell'esercizio della pratica clinica*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 891 ss.
- PULITANÒ D., *Doveri del medico, dignità del morire, diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1217 ss.
- ROMANO M., *Cause di giustificazione procedurali? Interruzione della gravidanza e norme penali, fra esclusione del tipo e cause di giustificazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1282 ss.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004
- SEMINARA S., *Le sentenze sul caso Englaro e sul caso Welby: una prima lettura*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1567
- VALLINI A., *Rifiuto di cure salvavita e responsabilità del medico: suggestioni e converme dalla più recente giurisprudenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 70
- VASSALLI G., *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, in *Festschrift Heinitz*, Berlino, 1972.
- VENEZIANI P., *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. i delitti colposi*, in *Trattato di diritto penale, p.s.*, Padova, 2003
- VIGANÒ F. (1), *Giustificazione dell'atto medico sanitario e sistema penale*, in *Trattato del biodiritto. Le responsabilità in medicina*, Milano, 2011
- VIGANÒ F. (2), *Profili penali del trattamento eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141 ss.
- Viganò F. (3), *Esiste un diritto ad essere lasciati morire in pace? Considerazioni in margine al caso Welby*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 5 ss.
- ZATTI P., *Rapporto medico-paziente e "integrità" della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 403 ss.

Notas

- ¹ Traducción realizada por Víctor Manuel Macías Caro, docente de Derecho penal en la Universidad Pablo de Olavide.
- ² Sobre esta noción, v. Donini-Orlandi, 14
- ³ Para la primera tesis, v. PADOVANI, 987 y NUVOLONE, 1126; para la segunda, v. ROMANO, 1182 ss.
- ⁴ V., respectivamente, sobre el deber del sanitario público y privado: NUVOLONE P. (2), LEONCINI I., 65; sobre el ejercicio de un derecho: PADOVANI T. (2), 316.
- ⁵ Cfr. VASSALLI G., 809.
- ⁶ Cfr. CRESPI A., 24.
- ⁷ Cfr. ROMANO M. (2), 534-535.
- ⁸ Sobre este punto, v. ampliamente VIGANÒ F. (1), 890-900; VIGANÒ F. (2), 141 ss., ZATTI P., 403 ss., VALLINI A., 70; v. también G.T. Trib. Reggio Emilia, 29-6-2001 y 25-7-2012, en *FPS* 2012, 709 ss.
- ⁹ Cfr. Cass., 21-4-1992, Massimo, en *Cass. pen.*, 1993, 63 ss, *Cass.*, 11-7-2001, Firenzani, en *Cass. pen.*, 2002, 2041 ss.
- ¹⁰ *Cass.*, 9-3-2001, Barese, en *Cass. pen.*, 2002, 517 ss.; *Cass.*, 29-5-2002, Volterrani, en *Cass. pen.*, 2003, 2659 ss.; *Cass.*, 14-3-2008, n. 11335, Huscher, en *Dir. pen. proc.*, 2009, 66 ss.
- ¹¹ *Cass. Sez. Un.*, 18-12-2008, N. 2437, Giulini, en *Cass. pen.*, 2009, 1739 ss.
- ¹² V. STELLA F.
- ¹³ Para una síntesis del debate: RISICATO L., *passim*, MAGRO M.B., 133 ss.; PULITANÒ D., 1217 ss.
- ¹⁴ Cfr. GAZZONI F., 107 ss.; MANTOVANI F., 7 ss.
- ¹⁵ Cfr. VIGANÒ F. (3), y especialmente CUPELLI C., 1158.
- ¹⁶ V. DONINI M. (3), 913 ss.,
- ¹⁷ Cfr. *Cass.*, sez. I civ., 4-10-2007, Englaro, en *Guida dir.*, 2007, 36 ss.; v. SEMINARA S., 1567 ss.
- ¹⁸ Cfr. GUP Trib. Roma, 23-7-2007, en *Riv. it., med. leg.*, 2008

” N. del T.: el art. 43, párrafo 3º, del Código penal italiano reza: “[El delicto] es culposo, o contra la intención, cuando el resultado, aunque haya sido previsto, no es querido por el autor y se verifica *a causa de negligencia, imprudencia o impericia*, o bien *por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o regulaciones*” (las cursivas son mías: esta es la división que, en la doctrina italiana, se hace entre la “culpa genérica” y la “culpa específica”).

20 V., por ejemplo, los Decretos del Presidente de la República de 20 de diciembre de 1979, n.º 761 y de 27 de marzo de 1979, n.º 128, reformados en primer lugar por el Decreto legislativo n.º 502/1992 y luego por el Decreto legislativo n.º 229/1999.

21 Sobre esto, CASTRONUOVO D.-RAMPONI L., 960-961; VENEZIANI, 226 ss.

22 V. de nuevo CASTRONUOVO D.-RAMPONI L., 972-982; DI LANDRO A.R., *passim*, IADECOLA, 11-14; PORTIGLIATTI-BARBOS, 891; PIRAS-CARBONI, 281 ss. [Sobre la culpa “genérica” y “específica”, v. *infra* la N. del T.]

23 V. CASTRONUOVO D., 462 ss.; CANEPAA., 147 ss.; DI LANDRO A.R., *passim*.

24 Sobre el punto, ampliamente, CASTRONUOVO D.-RAMPONI L., 1010 ss.

25 V. Cass. pen., sez. IV, 23.3.1995, Salvati, en Cass. pen., 1996, 1835; Cass. pen., sez. II, 23.8.1994, Leone, en Cass. pen., 1996, 825

26 Cass. pen., sez. IV, 21.4.2006, n. 21473, in *Riv. pen.*, 2007, 467; Cass. pen., sez. IV, 12.3.2003, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 179; Cass. pen., sez. IV, ud. 21.11.1996 (dep. 6.3.1997), n. 2139, Spina, en Cass. pen., 1998, 819; Cass. pen., sez. IV, 22.2.1991, Lazerri.

27 Cass. pen., sez. IV, ud. 21.6.2007, n. 39592, B.A., en CED Cass., 2007; Cass. pen., sez. IV, ud. 29.9.1997.

28 Cfr. Cass., 29-1-2013, Cantore, en *CED Cassazione*.

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad de Guanajuato

México

Para precisar el marco jurídico de la responsabilidad penal de los médicos en la legislación mexicana habrá de atenderse tanto lo establecido en la Ley General de Salud (LGS) como lo señalado en el propio Código Penal Federal (CPF); lo anterior sin dejar de lado lo que al efecto se establezca en los códigos penales de cada una de las entidades federativas que integran la república mexicana. En tal sentido, nos encontramos por un lado ante la presencia de una especie de Derecho penal especial, consignado en la LGS, y por otra parte, se identifican las figuras típicas penales propias del CPF. Del mismo modo, no caben desconocer la existencia de normas oficiales mexicanas (NOM) que regulan la aplicación de protocolos específicos y, que en cierto modo, contribuyen en ciertos casos a determinar el contenido de la acción realizada por el médico o el

personal sanitario de cara a definir su eventual responsabilidad penal.

La responsabilidad profesional del médico es perfectamente observable desde el prisma del Derecho administrativo (cuando es un servidor público), del Derecho civil (por los daños y perjuicios causados) y, por supuesto, del Derecho penal cuando con su actuación se produce la acción tipificada en la ley penal, o en alguna ley especial (al caso, véase artículo 6 del CPF).

La Ley General de Salud

Son varios los aspectos contenidos en esta ley que llegan a tener relación directa con el tema de este reporte. No siempre se refieren a cuestiones específicas de la praxis médica. Por ejemplo (art. 455 LGS), se establecen sanciones privativas de libertad para quienes si autorización de las autoridades sanitarias competentes o en contravención a la autorización conferida, importen, posea, aisle, cultive, transporte, almacene o en general realice actos con agentes patógenos o sus vectores, cuando éstos sean de alta peligrosidad para la salud de las personas, de acuerdo con las normas oficiales mexicanas emitidas por la Secretaría de Salud, se le aplicará de uno a ocho años de prisión y multa equivalente de cien a dos mil días de salario mínimo (...). También se prevé en la LGS, sanciones privativas de libertad a quien maneje indebidamente sustancias tóxicas o peligrosas (art. 456); por la contaminación de agua o envenenamiento (art. 457); por la utilización de fuentes de radiaciones sin autorización (art. 458) o por el contrabando de sangre humana (art. 459) o derivados de la sangre (art. 460). Se sanciona igualmente con penas privativas de libertad el contrabando de órganos, tejidos y sus componentes (art. 461), así como el tráfico y trasplante no autorizado de órganos. Otro aspecto de singular importancia a la hora actual se consigna en el artículo 463, que alude a diversos actos con animales enfermos, que vivos o muertos puedan perjudicar la salud humana.

Obviamente, se recogen en la LGS otras conductas típicas que castigan la adulteración, falsificación o contaminación de medicamentos (art. 464 Ter). Del mismo modo, se contemplan penas privativas de libertad para quienes (profesionales, técnicos o auxiliares de las disciplinas para la salud) realicen actos de investigación clínica en seres humanos sin sujetarse a las disposiciones que se contienen en otro apartado de las LGS.

La inseminación artificial no consentida (art. 466 LGS) se sanciona con pena privativa de libertad que distingue si no se produce el embarazo (de uno a tres

años) o si éste se produce (de dos a ocho años). Si bien es cierto, el sujeto activo de esta conducta puede ser lo cualquiera, se requieren como cimientos técnico quirúrgicos especializados para realizar tales procedimientos mismos que suelen ser parte de la formación y capacitación de la profesión médica.

Un tipo penal particularmente interesante se contiene en el artículo 468 de la LGS referido a rehusarse a desempeñar funciones médicas en acción extraordinaria en materia de salubridad general, (epidemias de carácter grave, peligro de invasión de enfermedades transmisibles, situaciones de emergencia o de catástrofe que afecte al país. Y también llama la atención el tipo penal de omisión contenido en otro artículo de la LGS, de acuerdo con el cual se sancionará al profesional, técnico o auxiliar de la atención médica que sin causa justificada se niegue a prestar asistencia a una persona.

La misma LGS precisa las condiciones especiales del sujeto pasivo de la conducta, señalando que siempre en la comisión de los delitos previstos en el apartado correspondiente de la ley referida, participe un servidor público que preste sus servicios en establecimientos de salud y actué en ejercicio o con motivo de sus funciones, con independencia de las sanciones previstas en el tipo de que se trate sufrirá la destitución y la inhabilitación para ocupar otro cargo similar (art. 470).

El Código Penal Federal (CPF)

Con relación a la responsabilidad profesional en términos genéricos el CPF establece en su artículo 228 lo siguiente:

Los profesionistas, 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:

I. Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, se les aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia; y

II. Estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones de aquéllos.

De manera un tanto más puntual, tenemos que lo previsto en el anterior artículo 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 (artículo 229 CPF).

Otro aspecto de singular relevancia se advierte en lo prescrito por el artículo 230 del CPF, que determina que se impondrá prisión de tres meses a dos años, hasta cien días multas y suspensión de tres meses a un año a juicio del juzgador, a los directores, encargados o administradores de cualquier centro de salud, cuando incurran en alguno de los casos siguientes:

I. Impedir la salida de un paciente, cuando éste o sus familiares lo soliciten, aduciendo adeudos de cualquier índole;

II. Retener sin necesidad a un recién nacido, por los motivos a que se refiere la parte final de la fracción anterior;

III. Retardar o negar por cualquier motivo la entrega de un cadáver, excepto cuando se requiera orden de autoridad competente.

La misma sanción se impondrá a los encargados o administradores de agencias funerarias que retarden o nieguen indebidamente la entrega de un cadáver, e igualmente a los encargados, empleados o dependientes de una farmacia, que al surtir una receta sustituyan la medicina, específicamente recetada por otra que cause daño o sea evidentemente inapropiada al padecimiento para el cual se prescribió.

Es perfectamente posible que el médico incurra en algún otro tipo penal, como podría ser el caso del previsto en el artículo 266 Bis del CPF, donde se señala que las penas previstas para el abuso sexual y la violación se aumentará hasta en una mitad en su mínimo y máximo, cuando:

I. El delito fuere cometido con intervención directa o inmediata de dos o más personas;

II. (...)

III. El delito fuere cometido por quien desempeñe un cargo o empleo público o ejerza su profesión, utilizando los medios o circunstancia que ellos le proporcionen. Además de la pena de prisión el condenado será destituido del cargo o empleo o suspendido por el término de cinco años en el ejercicio de dicha profesión;

Cabe la posibilidad, igualmente sancionada, de que se incurra en alguno de los supuestos que se precisan en el artículo 281 del CPF artículo 281, con base en el cual se impondrá de uno a cinco años de prisión:

I. (...)

II. Al que profane un cadáver o restos humanos con actos de vilipendio, mutilación, brutalidad o necrofilia. Si los actos de necrofilia consisten en la realización del coito, la pena de prisión será de cuatro a ocho años.

El homicidio (art. 302, particularmente lo referido al Aborto), las lesiones (art. 288), el abandono de personas (art. 335) o el encubrimiento (art. 400), son otras de las figuras donde cabe la intervención o participación del profesional de la medicina.

Es de señalarse que muchas de estas disposiciones se encuentran también registradas en los códigos penales de las entidades federativas. Desde luego, en el análisis de la responsabilidad penal médica, valen las prescripciones propias de las NOM, las tipificaciones contenidas en la LGS, así como las otras medidas preventivas de la responsabilidad de los médicos que derivan de los consejos de especialidades médicas, los colegios profesionales y los comités de bioética hospitalarios.

Compartimos la apreciación de quienes consideran de gran complejidad la determinación de la responsabilidad penal de los practicantes de la medicina. Si bien es cierto que, en ocasiones, puede tratarse de conductas franca e indubitablemente dolosas, en otras puede deberse a una práctica no suficientemente cuidadosa (culposa) o bien tratarse de acciones por omisión. Luego, es también problemático determinar si ese actuar concreto del médico encuadra realmente en una tipificación penal o bien obedece a una mala praxis o a la aplicación de un procedimiento superado en la *lex artis*. En cualquier caso, el sistema jurídico mexicano contiene un esquema amplio de responsabilidades de entre las cuales la penal también está considerada. En este sentido, el paciente afectado podrá acudir a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, a la justicia civil y penal, y por supuesto, a solicitar la activación de la responsabilidad administrativa, en tratándose de médicos que prestan sus servicios al sector público de salud.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán¹

Profesor de Derecho Penal

Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

El tema de la responsabilidad penal médica en la sociedad nicaragüense es una asignatura pendiente. Entre la falta de cultura del usuario del sector salud respecto al ejercicio de sus derechos, la reciente Ley General de Salud (que tutela el derecho que tiene toda persona de disfrutar, conservar y recuperar su salud) y la escasa presencia del tema en la legislación penal y la jurisprudencia, hacen de este tema, uno de aquellos hechos que no causan un significativo reproche en la comunidad, lo anterior, sin sumar la cultura corporativa de los profesionales contraria, por regla general, a los intereses de la persona usuaria del sector salud, propiciando una singular impunidad en los hechos de esta naturaleza, salvo excepciones éticas. Nos limitaremos a describir su regulación.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA

La Constitución Política de Nicaragua (1987), establece que los y las nicaragüenses “tienen derecho, por igual, a la salud”. El Estado establecerá, dice la Norma Primaria, “las condiciones básicas para su promoción, protección, recuperación y rehabilitación” (art. 59). Este precepto fue articulado por la Ley General de Salud. Esta Ley, No. 423, fue aprobada el 14 de Marzo del 2002, y publicada en la Gaceta No. 91 del 17 de Mayo del 2002.

LA LEY GENERAL DE SALUD

Esta legislación, relativamente reciente, en materia de los derechos del usuario del sector salud (art. 8), establece que los usuarios del Sector Salud, público y privado, no serán “objeto de experimentación por la aplicación de medicamentos o procedimientos diagnósticos, terapéuticos y pronósticos, sin ser debidamente informado sobre la condición experimental de estos, de los riesgos que corre y sin que medie previamente su consentimiento por escrito o el de la persona llamada legalmente a darlo, sin correspondiere o estuviere impedida hacerlo” (inc. 7) y el denominado consentimiento informado: el usuario tiene derecho, frente a la obligación correspondiente del médico que se le debe asignar, “de que se le comunique todo aquello que sea necesario para que su consentimiento esté plenamente informado en forma previa a cualquier procedimiento o tratamiento, de tal manera que pueda evaluar y conocer el procedimiento o tratamiento alternativo específico, los riesgos médicos asociados y la probable duración de la discapacidad”. En este sentido, el usuario es libre de escoger el procedimiento frente a las alternativas que se le presenten.

El consentimiento deberá constar por escrito por parte del usuario, salvo las siguientes excepciones:

- a) Cuando la falta de intervención represente un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando el paciente esté incapacitado para tomar decisiones en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares inmediatos o personas con suficiente poder de representación legal.
- c) Cuando la emergencia no permita demoras que puedan ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

En consecuencia, la negativa por escrito de recibir tratamiento médico o quirúrgico “exime de responsabilidad civil, penal y administrativa al médico tratante y al establecimiento de salud”, en su caso; pudiendo solicitar el usuario el alta voluntaria.

CÓDIGO PENAL DE 2008

Homicidio imprudente

En materia penal, el Código penal vigente, en el delito de homicidio imprudente, se agrava la muerte cuando esta se ha producido en “ocasión del ejercicio u oficio”. Así el artículo 141 establece el homicidio por imprudencia temeraria. Entendiéndola como tal “la violación de las normas elementales de cuidado”, y establece una pena uno a cuatro años de prisión. Además de esta pena, dice el tercer párrafo de la citada norma, se impondrá la de inhabilitación especial por el período de la condena cuando la muerte sea producida “con ocasión del ejercicio de profesión u oficio”.

Aborto

En los delitos contra la vida dependiente, el texto punitivo expresa que si el aborto es producido además con el consentimiento de la mujer y lo practicara un “profesional médico o sanitario” será sancionado con la pena de uno a tres años y la pena de inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer la medicina u oficio sanitario. (Art. 143) También contempla el aborto imprudente y un castigo mayor si el mismo es producido con “ocasión del ejercicio de la profesión de la salud”, con la pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años, sin perjuicio de la de prisión, de seis meses a un año de prisión (art. 145) Asimismo, el artículo 149, establece el delito imprudente en el que está por nacer, castigando las misma con pena de uno a dos años de prisión e inhabilitación especial de dos a cinco años para ejercer cualquier profesión médica o sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos públicos o privados, por tiempo de uno a cinco años.

Lesiones imprudente

El artículo 154 establece las lesiones imprudentes. “Quien por imprudencia temeraria cause alguna de las lesiones” previstas bajo el capítulo III del Título delitos contra la vida, la integridad física y seguridad personal, será castigado con pena de prisión de seis meses a un año, si se trata de lesiones leves; de nueve meses a dos años, de lesiones graves, y de uno a tres años, de lesiones gravísimas. Ahora bien, cuando las lesiones se cometan por imprudencia profesional, se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

Sustitución de niña o niño

En los delitos de alteración de la maternidad y paternidad, si es practicado por un médico o sanitario, se impondrá, además de la pena señalada para cada delito, la de inhabilitación especial de la profesión u oficio por el mismo período de la pena principal impuesta (art. 216). En el caso de la “sustitución de niña o niño” sea “producida en hospitales, centros de salud, clínicas médicas públicas o privadas, por falta del debido cuidado de los responsables de su identificación y custodia, será castigada con prisión de uno a dos años” (art. 215).

En materia de delitos de falsedad, se castiga al médico “que extienda un certificado material o ideológicamente falso, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada de alguna enfermedad o lesión” con una pena de prisión de dos a cuatro años e inhabilitación especial por el mismo período al médico.

Esta pena será de dos a cinco años de prisión e inhabilitación especial por igual período para ejercer la profesión de médico, si el falso certificado tuviere alguna de las siguientes finalidades:

- a) Que una persona sana sea recluida en un hospital psiquiátrico u otro establecimiento sanitario;
- b) Que un acusado eluda una medida cautelar en causa penal; o,
- c) Que un condenado evada las sanciones impuestas.

Actos médicos dañinos

Por último, el Código penal en el título de los delitos contra el orden internacional, establece en el capítulo de los delitos contra las personas y bienes protegidos en conflicto armado, el delito de “actos médicos dañinos” (art. 496). Esta conducta sanciona a quien “con ocasión de un conflicto armado, interno o internacional, realice intencionalmente acciones u omisiones de carácter médico que no fueren justificados por el estado de salud de las personas protegidas o que no fueren conformes a las reglas generalmente aceptadas en la medicina y que ocasionaren daños en la salud y en la integridad física o psíquica, incluyendo las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes”. La pena será de cinco a diez años de prisión. Sí el delito fuese cometido por personal médico sanitario, la pena anterior se incrementará en un tercio y se impondrá además, inhabilitación especial por el mismo período para ejercer el oficio o profesión de que se trate.

Ejercicio ilegal de la medicina o profesiones afines

Por último, el art. 344 regula el ejercicio ilegal de la medicina o profesiones afines. Esta disposición castiga con prisión de uno a cuatro años y de noventa a trescientos días multa quien:

- a) Sin título ni autorización para el ejercicio de la profesión médica o afines, anuncie, prescriba, administre o aplique habitualmente cualquier medio real o supuesto destinado al diagnóstico, pronóstico, tratamiento, terapia o a la prevención de enfermedades de las personas, aun cuando lo hiciera a título gratuito; o
- b) Teniendo título o autorización para el ejercicio de la medicina o afines, preste su nombre a otro que carezca de aquéllos para que ejerza los actos a que se refiere el inciso anterior. Además, se impondrá inhabilitación especial de uno a cuatro años para ejercer profesión u oficio relacionado con la conducta.

No son punibles los usos y costumbres en materia curativa tradicionales, las terapias alternativas cuya eficacia esté comprobada ni aquéllos atribuibles a actos de fe que no atenten contra la vida o integridad de las personas.

Notas

1 www.inej.edu.ni • sergio.cuarezma@inej.net • www.sergiocuarezma.com

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Panamá

carlos.munozpope@cableonda.net

I. INTRODUCCIÓN

Esta colaboración aborda la problemática de un tema de enorme trascendencia para el penalista de nuestros días, pues la problemática del “Derecho penal médico” nos plantea cuestiones propias de la parte general de nuestra disciplina que son muy importantes en la actualidad junto a la repercusión de ellos en los delitos contra la vida, el bien jurídico supremo por excelencia.

Sin duda la problemática del tema de esta colaboración va de la mano con la siempre actualidad de los delitos culposos y la no menos importante relevancia del consentimiento en el Derecho penal.

Como se puede apreciar, prefiero el término “delitos culposos” a “delitos imprudentes”, a pesar de la utilización de la última expresión en la doctrina, jurisprudencia y legislación española.

En Panamá utilizamos reiteradamente el término “delitos culposos” y se entiende, por influencia de Muñoz Rubio/González Ferrer, que la imprudencia es una modalidad de la culpa junto a la negligencia y la impericia.

II. GENERALIDADES SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA EN EL CÓDIGO PENAL PANAMEÑO

En el Código Penal panameño de 2007, vigente desde mayo de 2008, los delitos contra la vida y la integridad personal aparecen al inicio del Libro Segundo del mismo con lo que se pone de manifiesto el enorme valor del bien jurídico vida e integridad personal a la hora de describir las conductas punibles de dicho ordenamiento jurídico.

Este Código sigue la metodología del Código anterior, de 1982, que inició el Libro Segundo con la tipificación de los mismos delitos, cambiando el sistema que el Código de 1922, inspirado en Zanardelli, que empezaba con los delitos contra la Patria.

Como todo título dedicado a los delitos contra la vida y la integridad personal, el nuestro se ocupa en capítulos separados de los delitos contra la vida humana (homicidio, lesiones personales y aborto provocado) y el abandono de niños y otras personas incapaces de velar por su seguridad o salud, al tiempo que introduce las nuevas figuras delictivas relacionadas con la reproducción y manipulación genética.

Sin ahondar en mayores detalles, es preciso señalar la influencia española en la creación de los delitos relativos a la reproducción y manipulación genética y la desafortunada decisión del codificador de eliminar, del capítulos del abandono, las figuras que se relacionaba con la omisión de socorro que estaban en los códigos anteriores al actual.

En materia culposa, como es de esperar, el Código panameño tipifica los delitos dolosos y culposos de homicidio y lesiones culposas, no existiendo otros delitos culposos en los restantes delitos incluidos en este título.

Valga la pena anotar expresamente, por otra parte, que no existe modalidad culposa en materia de aborto provocado, delito en el que se repitió, al pie de la letra, la normativa vigente desde el Código de 1982, a pesar de los evidentes defectos técnicos que dicha normativa contenía y que se denunció en su oportunidad.

III. LOS DELITOS CULPOSOS DE HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES

El Código Penal vigente, se ocupa de los delitos culposos de homicidio y lesiones personales en los arts. 133 y 134 (homicidio culposo) y 139 (lesiones culposas). En el homicidio culposo encontramos una figura básica (“Quien, culposamente, cause la muerte de otro será sancionado con pena de prisión de tres a cinco años”) y nueve agravantes específicas para el mismo, con lo que la pena anterior puede llegar hasta quince años de prisión.

A propósito del delito de lesiones culposas, el Código incrimina además de la figura básica (“Quien, culposamente, causa a otro una lesión que produzca incapacidad de treinta a sesenta días será sancionado con prisión de seis meses a un año o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana”) otras ocho agravantes específicas que permiten aumentar la pena hasta los tres años de prisión o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana.

La problemática de los delitos de homicidio culposo evidencia un casuismo extremo, pues la figura básica tiene una agravante y luego éstas sus agravantes y posteriormente aparecen otras agravantes para las figuras previstas en el art. 133.

Sin duda estamos ante una desafortunada técnica legislativa, que se presta a toda clase de confusiones, sobre todo porque la casi totalidad de agravantes gira en torno a sujetos que conducen vehículos de motor.

Es llamativo, por otra parte, que se consagre dos veces la agravante específica de conducir bajo efecto de bebidas alcohólicas o de sustancias que alteren las facultades síquicas o fisiológicas del sujeto, pues ellas aparecen en el art. 133 numeral 3 y luego en el art. 134, numeral 1.

El legislador no se dio cuenta cuando se modificó el Código, en 2009, que era innecesaria la agravante que se introducía al nuevo art. 133, pues la misma ya estaba contenida en el numeral 1 del art. 134 en su versión original.

Volvemos a reformar la ley penal sin darnos cuenta que lo que se incluye ya estaba previsto en otra norma, lo que revela la ignorancia crasa del cuerpo de Asesores Legales del Órgano Ejecutivo, tanto en la Presidencia de la República como en el Ministerio de Gobierno y Justicia, y de la propia Asamblea Nacional del Gobierno instaurado en 2009.

En materia de lesiones culposas la situación no es mejor aunque es menos dramática. En efecto, el tipo básico de lesiones, previsto en el art. 139, requiere una incapacidad superior a treinta días y menor de sesenta

días, pero la norma contiene una agravante si la incapacidad excede de los sesenta días y el párrafo final del mismo artículo aumenta la pena hasta en la mitad cuando se estamos en presencia de algunas de las agravantes del delito de lesiones dolosas, por lo que se trae nuevamente una agravante por motivos de la incapacidad, si la misma excede de sesenta días.

Toda la regulación del homicidio y lesiones culposas, sin duda alguna, responde a diversos accidentes de tránsito que en su momento han causado alarma social y repudio contra conductores, por lo que el Gobierno, alegremente, se limita a crear agravantes específicas por razones muy particulares y sin tomar las medidas correctivas que sirvan para impedir tales eventos.

La represión en esta materia es ineficaz por sí sola y la desafortunada técnica legislativa en nada ayuda a solucionar la problemática en cuestión.

IV. LA ACTIVIDAD CULPOSA EN EL TRATAMIENTO MÉDICO

Sin duda el tratamiento médico es campo propicio para la producción de resultados no deseados de homicidio o lesiones, pero también puede existir incidencia del actuar médico en cuanto al aborto, la ayuda al suicidio y la omisión de socorro. En estos últimos tres supuestos, la actividad médica no está prevista a título de culpa.

En lo que respecta a la omisión de socorro, sin embargo, hay que lamentar que el legislador haya eliminado esta figura, por lo que dicho delito sólo existió hasta la entrada en vigencia del Código de 2007, es decir, hasta el 20 de mayo de 2008.

Los problemas que más se plantean en relación con la culpa médica giran en torno a la dificultad de la prueba necesaria para imputar al médico por su comportamiento, pues al Médico Forense le cuesta acreditar el comportamiento culposo de otro colega y en Panamá no hay Junta Médica que no termine relevando a todo médico de responsabilidad penal al respecto.

Los pocos casos de culpa médica que llegan a los tribunales, desafortunadamente, se relacionan con demandas civiles por daños y perjuicios causados en el ejercicio de la práctica privada, pues en los casos de hechos ocurridos en hospitales públicos, la Corte Suprema de Justicia, por la vía del contencioso-administrativo, siempre y sin excepción, exonera al Estado de cualquier responsabilidad por los actos u omisiones de sus servidores públicos.

En esta materia, como ocurrió con los cientos de envenenados muertos por ingerir medicinas fabricadas

con sustancias dañinas a la salud de los asegurados, no pasó nada y nadie a sido juzgado, pues solo han vinculado al dueño de la Empresa que trajo al país la glicerina industrial que se usó y que no era apta para el compuesto médico y al sujeto que financió la operación comercial de la Empresa respectiva, dándole a la misma, un dinero para la operación comercial en cuestión.

Para encubrir a los responsables de todo el envenenamiento, han sometido a proceso al Empresario y unos empleados, de segundo o tercer nivel, del Laboratorio de Producción de Medicamentos del Seguro Social y al sujeto que prestó dinero para la operación comercial. Si esto sigue así, pronto acusarán al Banco que presta el dinero para comprar un vehículo cuando el conductor causa la muerte de un transeúnte.

Por otra parte, aunque no guarda relación con la culpa en el ejercicio de la actividad médica, la eutanasia está prohibida en Panamá y cualquier actividad dirigida a tal fin, siempre constituirá un delito doloso de homicidio.

VI. LA CUESTIÓN DEL CONSENTIMIENTO

Este es un tema mal entendido y mal enfocado por la clase médica panameña, que se vale de consejeros legales que saben menos que los mismos médicos. En prácticamente la totalidad de los contratos suscritos por los médicos, en la práctica privada, con sus pacientes, por medios de contratos de adhesión previamente impresos, el paciente acepta consentir con la procedimiento médico contratado y se exonera de toda responsabilidad al médico antes de iniciar el tratamiento respectivo.

En los Centros públicos, a los pacientes se les exige firmar un documento de autorización, el llamado consentimiento informado, para luego permitir al médico la intervención que corresponda según el diagnóstico hecho al paciente.

Sin duda alguna esa contratación o consentimiento informado carece de eficacia, pues el comportamiento médico puede verse afectado por **mala praxis** y el médico siempre será responsable de la misma.

Si bien es cierto que el consentimiento del paciente excluye la tipicidad en las lesiones causadas al mismo por razón del tratamiento curativo, no es menos cierto que subsiste dicha responsabilidad médica cuando hay **mala praxis** y se causa alguna lesión o la muerte al paciente por una actuación médica culposa.

VII. CONCLUSIONES

Las repercusiones de la actividad curativa en nuestro país están lejos de tener las soluciones que las mismas

merecen y necesitan los pacientes, pues los médicos se encubren entre ellos.

Bajo ningún concepto, el consentimiento que conceden los pacientes no releva al médico de responsabilidad en los delitos en que éste pueda incurrir dolosa o culposamente, pues el valor del mismo es relativo y no impide que se aprecie su responsabilidad por su comportamiento. Además de lo anterior, es preciso anotar que el consentimiento otorgado por el paciente no releva al profesional de la medicina de los deberes generales de prudencia, diligencia y competencia requeridos en el desempeño de su actividad.

Por tal razón, necesitamos fortalecer el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que está llamado a desempeñar un papel de enorme importancia en esta materia. No en vano su actual Director, está empeñado en la formación y constante actualización del personal bajo su mando.

Resulta, por tanto, muy desafortunado que en los últimos presupuestos, el Instituto haya sido dotado del dinero que no cubre ni la mitad de sus necesidades.

VIII. ANEXO DE LEGISLACIÓN (TEXTOS VIGENTES)

Artículo 133

Quien, culposamente, cause la muerte de otro será sancionado con pena de prisión de tres a cinco años. Si del hecho resulta la muerte de varias personas o la muerte de una persona y la lesión de otras personas, la sanción será de tres a seis años de prisión.

La pena será aumentada hasta dos terceras partes cuando:

1. El autor sea un conductor de transporte público, colectivo o selectivo, y cometa el hecho durante la prestación del servicio.
2. El autor cometa el hecho mientras conduce un equipo de carga pesada, corrosiva, inflamable o se trate de una sustancia de cualquier naturaleza que por su acción o difusión resulte peligrosa.
3. El autor cometa el hecho mientras conduce un vehículo bajo el efecto de bebidas alcohólicas, alucinógenas o sustancias que de cualquier forma sean alteradoras de sus facultades síquicas y/o fisiológicas.
4. El hecho ocurra por omisión o negligencia de las personas en quienes recaiga la obligación de garantizar las medidas de seguridad para los trabajadores y transeúntes, en las áreas de construcción.

Artículo 134. Las sanciones señaladas en el artículo anterior se aumentarán en la mitad de la pena cuando el delito en él previsto sea cometido en accidente de tránsito terrestre, aéreo o marítimo, en cualesquiera de las siguientes circunstancias:

1. Cuando el autor se encuentra en estado de embriaguez o bajo la influencia de droga ilícita.
2. Cuando es producto de una competencia de velocidad entre vehículos de motor en lugar no destinado para ese fin.

3. Cuando el agente abandona, sin justa causa, el lugar del hecho.

4. Cuando cualquiera de las conductas anteriores las realice quien conduzca un vehículo que está prestando un servicio público de transporte.

Además de la pena prevista en este artículo, se impondrá la suspensión de la licencia de conducir por igual término de la pena.

Artículo 139

Quien, culposamente, cause a otro una lesión que produzca incapacidad de treinta a sesenta días será sancionado con prisión de seis meses a un año o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana. Si la incapacidad excede de sesenta días, la pena será de uno a dos años de prisión o su equivalente en días-multa o arresto de fines de semana.

La pena se aumentará en la mitad, si la lesión produce alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 137 de este Código.

Portugal

Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Faculdade de Direito da

Universidade Nova de Lisboa

(www.fd.unl.pt e fcostapinto@fd.unl.pt)

I. EXPANSÃO E VITALIDADE DO DIREITO PENAL MÉDICO

1. O Direito Penal Médico revelou na última década em Portugal uma vitalidade absolutamente extraordinária.

Para além das incriminações básicas que constam do Código Penal e que são normalmente convocadas para a valoração de actos médicos e suas consequências, surgiram uma multiplicidade de artigos e dissertações (de mestrado e doutoramento) sobre matérias relativas à responsabilidade penal de médicos e enfermeiros, em especial nos casos de negligência¹. Para além disso, foram criadas revistas e colecções especializadas², organizaram-se colóquios com comunicações nacionais e internacionais³ e surgem análises e debates sobre casos julgados pelos tribunais⁴.

Se alargarmos o círculo das matérias aos problemas dos regimes de confidencialidade e segredo⁵, do início e fim da vida⁶, à evolução dos sistemas de apoio artificial à vida e o problema do auxílio clínico à morte ou ao suicídio assistido⁷, aos problemas jurídico penais dos transplantes⁸, à intervenção judicial e clínica na saúde mental, à procriação medicamente assistida⁹, neurociências, genética e bioética¹⁰, comercialização ilícita e direitos de propriedade industrial de medicamentos, à responsabilidade civil e disciplinar dos profissionais

clínicos e à intervenção de instâncias reguladoras em certas matérias (testamento vital ou consentimento informado)¹¹ temos uma área de estudo com um crescimento absolutamente impar entre nós.

Uma dinâmica com esta riqueza não é susceptível de ser retratada em pormenor num pequeno texto com este limite de páginas. Por isso, assumindo como inevitáveis algumas lacunas, procurarei dar notícia sobre os elementos expressivos das grandes linhas de evolução do tratamento jurídico-penal das questões médicas em Portugal. Informação mais completa poderá ser encontrada nas diversas obras que se citam sobre o tema.

2. A necessidade de racionalizar as particularidades da intervenção penal na actividade clínica ao nível doutrinário não é recente: tem um lastro histórico em cuja origem mais próxima (na vigência do Código Penal de 1982) se encontra o trabalho de referência de *Figueiredo Dias e Sinde Monteiro*, “Responsabilidade médica em Portugal”, *BMJ* 332 (1984) p. 21 e ss. E que, no seu paradigma actual, se integra e articula com o modelo político-criminal da intervenção mínima (ao serviço, em primeira linha, da tutela de bens jurídicos individuais), em detrimento de uma autonomia plena e forçada, sem prejuízo das especialidades que se podem encontrar. Designadamente, seguindo a lição recente de *Figueiredo Dias*, assentando numa permissão da mais ampla acção terapêutica do médico, orientada pelo bem-estar do paciente e de acordo com a sua vontade¹².

Um modelo que apesar da sua matriz liberal tem também de conseguir fazer face às novas formas de agressão a bens jurídicos pessoais que se identificam - seja por via de medicação de perigosidade cumulativa ou perigos ecológicos cujos danos são produzidos de forma retardada, seja por desenvolvimento de novas técnicas de manipulação genética¹³.

II. O MAPA LEGAL DAS INCRIMINAÇÕES

3. O mapa legal das incriminações previstas no Código Penal que directa ou indirectamente dizem respeito a médicos e auxiliares ou a actividades clínicas em geral é consideravelmente extenso¹⁴. Para facilitar a sua exposição, podemos organizar os diversos tipos legais em quatro grupos distintos: a) as incriminações que tutelam directamente bens jurídicos pessoais; b) as incriminações que protegem bens jurídicos colectivos ou supra-individuais; c) as falsificações; d) as violações de segredo.

a) A maior parte das incriminações previstas no Código Penal relativas a visa tutelar directamente bens jurídicos pessoais. Seja a protecção da vida e da inte-

gridade física dos pacientes, através dos tipos incriminadores do *homicídio* e das *ofensas à integridade física*, a título doloso ou negligente (artigos 131.º, 137.º, 143.º e ss e 148.º); seja a tutela da liberdade de decisão do paciente, por via da incriminação das *intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários* (artigo 156.º)¹⁵, um crime específico punível com prisão até três anos ou com multa, com natureza semi-pública (o início do procedimento criminal depende da apresentação de queixa, legítima e tempestiva).

Incriminações estas que são duplamente limitadas: por um lado, pelo “contra-tipo” do artigo 150.º, que contempla a exclusão da tipicidade das ofensas se as intervenções médico-cirúrgicas forem realizadas por indicação médica, com finalidade terapêutica e executadas de acordo com as *legis artis*, cuja violação constitui um ilícito penal autónomo¹⁶; e, por outro, pelo acordo do paciente nos termos da cláusula de exclusão da tipicidade (ou da ilicitude, noutras leituras) acolhida no artigo 149.º, que contempla o regime do consentimento¹⁷.

Ainda no plano da tutela da liberdade pode invocar-se a incriminação da *procriação artificial não consentida* (artigo 168.º), punida com prisão de um a oito anos¹⁸; e especificamente quanto à liberdade de auto-determinação sexual, o crime de *abuso sexual de pessoa internada* (artigo 166.º), punido com penas de prisão que vão até cinco e oito anos, consoante a natureza dos actos sexuais praticados¹⁹.

Apesar de a sua inserção sistemática poder apontar em sentido diferente, constitui um crime de perigo para a vida e para a integridade física a *recusa de médico* (artigo 284.º), isto é, a negação (dolosa) de auxílio em caso de perigo por parte de médico, punido com prisão até cinco anos, pena agravadas em 1/3 caso se verifique o resultado lesivo (artigo 285.º)²⁰.

Podem ainda ser vistos como requisitos (procedimentais) destinados a tutelar bens jurídicos pessoais as condições legais de certificação dos pressupostos da interrupção voluntária da gravidez justificada e as exigências quanto à forma de prestação do consentimento da mulher (artigo 142.º, n.º 2 e 4), matérias que envolvem clínicos, atestados médicos e a certificação de pressupostos da interrupção da gravidez à luz das *legis artis*²¹.

Finalmente, constitui crime de devassa da vida privada divulgar sem consentimento factos relativos a doença grave de alguém, previsto no artigo 192.º do Código Penal e punido com prisão até um ano ou pena de multa.

b) Ao nível dos bens jurídicos colectivos, pode invocar-se o crime de perigo comum previsto no artigo 283.º, n.º 1, al. a), do Código Penal, que pune com prisão de um a oito anos a propagação dolosa de doença contagiosa, mas que contempla igualmente modalidades de imputação negligente (com penas mais baixas, de prisão até três e cinco anos). Apesar de estes factos estarem previstos como crimes comuns, podem ter especial aplicabilidade nos circuitos médicos, de investigação ou de tratamento destas doenças, pelos factores de risco associados ao controlo das mesmas.

c) A integridade da informação clínica também é especificamente tutelada pelo Código Penal.

Este diploma pune autonomamente no artigo 260.º a falsificação (intelectual) dolosa de atestados ou de documentos de certificação ou diagnóstico clínico, incluindo a emissão dos mesmos sem que o clínico saiba se correspondem à realidade, com prisão até dois anos ou multa. A lei estende ainda a punição ao utilizador de tal documento.

Por seu turno, o artigo 283.º, n.º 1, alíneas b) e c), do Código Penal, considera crime a alteração de exames, diagnóstico, tratamento ou receituário, por médicos, farmacêuticos ou empregados de farmácia que, criando por essa via um perigo concreto para a vida ou integridade física de alguém, será punível com prisão até oito anos. Na ausência de perigo concreto, poderemos estar perante uma falsificação a analisar nos termos acima expostos.

d) A violação de segredo médico constitui crime de violação do segredo profissional, nos termos do artigo 195.º do Código de Processo Penal²². Mas a tutela do segredo é mais rica, extensa e complexa, como se verá de seguida.

III. INFORMAÇÃO MÉDICA, DADOS PESSOAIS E SEGREDO PROFISSIONAL

4. A lei portuguesa oferece uma tutela forte à informação médica e, genericamente, à informação relativa à saúde das pessoas, designadamente por via constitucional, administrativa e penal.

Estamos, por um lado, perante matéria sujeita à protecção constitucional directa da reserva da vida privada e da identidade genética (artigo 26.º, n.º 1 e n.º 3 da Constituição) e ao regime mais intenso da protecção de dados pessoais - estabelecido na Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, e garantido pela supervisão da Comissão de Protecção de dados Pessoais (www.cndp.pt). A informação genética pessoal e a informação de saúde estão ainda protegidas pela Lei n.º 12/2005, de 26 de Janeiro.

Trata-se de informação sujeita a uma dupla tutela penal: por via do segredo médico e por via da sua oponibilidade e relevância processual. A violação dolosa do segredo médico realiza do crime de violação de segredo profissional, previsto no artigo 195.º do Código Penal, para além de expor o clínico a responsabilidade disciplinar e civil. A informação médica tem, por seu turno, uma tutela processual reforçada, quer pela oponibilidade do segredo médico (artigo 135.º do Código de Processo Penal), quer pelo regime de controlo judicial das buscas e apreensões em estabelecimentos e consultórios médicos, estabelecido no artigo 177.º, n.º 5 e 6, 180.º e 182.º do Código de Processo Penal²³.

A intimidade e a integridade moral das pessoas podem ainda estar em tensão jurídica perante o exercício dos poderes de autoridade relativos à realização (compulsiva) de exames médicos no quadro do processo penal, matéria regulada no artigo 172.º do citado código e que têm como limites o pudor e a dignidade dos visados.

IV. TERAPIAS NÃO CONVENCIONAIS E EXPERIMENTAÇÃO TERAPÊUTICA

5. Delimita igualmente o âmbito da intervenção penal nestes domínios a *Lei do enquadramento base das terapias não convencionais* (Lei 45/2003, de 22 de Agosto), cujo artigo 18.º estende aos profissionais que actuem nestas áreas o regime da relevância penal das *legis artis* (artigo 150.º), das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (artigo 156.º) e dos deveres de informação instrumentais do consentimento informado (artigo 157.º, todos do Código Penal)²⁴.

6. A lei portuguesa regula ainda a *experimentação terapêutica* através da Lei n.º 46/2004, de 19 de Agosto, com um regime sujeito a tutela contraordenacional. Sendo certo, contudo, que a mesma lei não regula os ensaios clínicos não terapêuticos que, por isso, são objecto de construção doutrinária, designadamente à luz da doutrina e da legislação sobre os limites do acordo e do consentimento da pessoa envolvida²⁵.

V. IMPUTAÇÃO E RESPONSABILIDADE

7. Ao nível dogmático têm merecido particular atenção os problemas de imputação pessoal em trabalho de equipa, a delimitação da autoria e a vigência (parcialmente limitada) do princípio da confiança no trabalho colectivo²⁶ e, mais recentemente, a relevância das neurociências para o problema da aferição da capacidade de cumprimento de deveres de cuidado na negligência²⁷ ou da própria culpabilidade jurídico-penal²⁸.

Problemas tradicionais de causalidade ou de imputação objectiva desafiam por vezes as construções tradicionais, designadamente pela necessidade de serem ponderados e articulados riscos específicos de actividades complexas²⁹ ou, noutro plano, pela facilidade com que em ambiente hospitalar se verificam situações de concursos de causas (o que é agravado pelo problema recorrente das infecções hospitalares estranhas à doença do paciente).

Tem igualmente motivado a atenção da doutrina o problema da determinação da eventual responsabilidade do médico orientador em relação a actos do médico interno em formação, quando este actua por instruções ou apenas sob supervisão genérica do primeiro, e a relevância ou desconsideração do princípio da confiança para alguns efeitos³⁰.

VI. RECOMENDAÇÕES, PARECERES, NORMAS PROFISSIONAIS E RESPONSABILIDADE PENAL

8. Finalmente, estamos perante um domínio onde se identificam intervenções decisivas de comissões científicas e instâncias reguladoras, de cujos actos ou entendimento resultam não raras vezes critérios relevantes para a aferição da responsabilidade criminal ou mesmo efeitos indirectos na sua delimitação.

A título de mero exemplo, podem citar-se os pareceres do Conselho Nacional de Ética das Ciências da Vida (cfr. www.cneqv.pt, onde se encontram todos os pareceres em regime de livre acesso), sobre investigação clínica (Parecer n.º 75/CNECV/2013) ou sobre colheita de órgãos em pessoas com paragem cardiorespiratória irreversível (Parecer n.º 76/CNECV//2013).

Noutro plano, encontra-se neste momento em discussão pública a proposta de norma da Direcção-Geral da Saúde sobre os requisitos e regime da prestação do consentimento informado (cfr. norma n.º 15/2013, de 03.10.2013, acessível em www.dgs.pt).

Notas

1 Veja-se *Sónia Fidalgo*, Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra: Coimbra Editora, 2008; *Álvaro Gomes Rodrigues*, A negligência médico-hospitalar na perspectiva jurídico-penal, Coimbra: Almedina, 2013, onde se encontram mais referências sobre os temas em causa.

2 Por exemplo, a *Lex Medicinæ* - Revista Portuguesa de Direito da Saúde, Coimbra: Coimbra Editora.

3 Cfr. por exemplo "Novas tarefas e fronteiras do Direito (Penal) Médico", *RPCC* 14, 2004. Depois, *Maria Fernanda Palma*, *Augusto Silva Dias*, *Paulo de Sousa Mendes* (orgs), *Emoções e crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, Coim-

bra: Almedina, 2013. Para mais informação, consultem-se os sites do Centro de Direito Biomédico (www.centrodedireitobiomedico.org), da Associação Portuguesa de Bioética (www.apbioetica.org) e da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (www.apdt.pt), que têm organizado vários cursos sobre direito, saúde e bioética.

4 *Helena Moniz*, "A propósito do Acórdão da Relação de Lisboa de 18.12.2007", in *Lex Medicinæ* n.º 16 (2012).

5 Fundamental, *Manuel da Costa Andrade*, Direito Penal Médico, Coimbra: Coimbra Editora, 2004; *Helena Moniz*, "Privacidade e comunicação intrafamiliar de informação genética", *RPCC* 14 (2004), p. 213 e ss; *Maria do Céu Rueff*, O segredo médico como garantia de não discriminação, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

6 *José de Faria Costa*, "Vida e morte em Direito Penal", *RPCC* 14 (2004), p. 171 e ss; *Jorge Figueiredo Dias*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, artigo 131.º, anotações do § 8 a § 22.

7 *Jorge de Figueiredo Dias*, "A 'ajuda à morte'; uma consideração jurídico-penal, *RLJ* 137 (2008), p. 202 e ss. Depois, *Teresa Pizarro Beleza* e *Helena Pereira de Melo*, "Uma vida digna até à morte: cuidados paliativos no direito português", in *Estudo de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 656 e ss.

8 *Maria Paula Ribeiro de Faria*, Aspectos jurídico-penais dos transplantes, Porto: UCP, 1995. Agora, *Manuel da Costa Andrade*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, artigo 149.º, anotações § 56 e ss.

9 *Ana Paula Guimarães*, Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida, Coimbra: Coimbra Editora, 1999; *Fernando Araújo*, A procriação assistida e o problema da santidade da vida, Coimbra: Almedina, 1999.

10 Para uma visão de conjunto, *José de Oliveira Ascensão* (coord.), Estudos de Direito da Bioética, Coimbra: Almedina, 2005; *Paulo Otero*, Direito da vida, Coimbra: Almedina, 2004; depois, *Helena Pereira de Melo*, Manual de Biodireito, Coimbra, Almedina, 2008, com mais referências. Ainda, da mesma Autora, *Implicações jurídicas do projecto do genoma humano*, Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2007.

11 *Veja-se*, *Rui Nunes/Helena Pereira de Melo*, Testamento vital, Coimbra: Almedina, 2012.

12 *Cfr.* *Jorge de Figueiredo Dias*, "Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico", *RPCC* 14 (2004), p. 242 e ss.

13 Sobre o tema, *Augusto Silva Dias*, Ramos emergentes do Direito Penal relacionados com a protecção do futuro (ambiente, consumo e genética), Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

14 Para uma visão de conjunto, *Teresa Quintela de Brito*, "Responsabilidade penal dos médicos: análise dos principais tipos incriminadores", in *Direito Penal, Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 541 e ss.

15 *Manuel da Costa Andrade*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, artigo 156.º, anotações de p. 595 e ss.

16 Para a hipótese de existir violação das *legis artis*, *João Curado Neves*, "Intervenções médicas em desrespeito das *legis artis*", in *Teresa Quintela de Brito et al.*, *Direito Penal, Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 519 e ss.

17 *Manuel da Costa Andrade*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, artigos 149.º e 150.º, anotações de p. 420 e 457 e ss. *Paulo Pinto de Albuquerque*, Comentário do Código Penal, 2.ª edição, Lisboa: UCP, 2010, anotações aos artigos 149.º e 150.º.

18 *Anabela Miranda Rodrigues/Sónia Fidalgo*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, artigo 168.º, anotações de p. 778 e ss.

19 *Jorge Figueiredo Dias*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, artigo 166.º, anotações 9 e ss.

20 *Américo Taipa de Carvalho*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, artigo 284.º; *Teresa Quintela de Brito*, *Direito Penal, Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 565 e ss. *Paulo Pinto de Albuquerque*, Comentário do Código Penal, 2.ª edição, Lisboa: UCP, 2010, anotações aos artigos 284.º e 285.º.

21 Em pormenor, *Figueiredo Dias*, Comentário Conimbricense do Código Penal, 2.ª edição, artigo 142.º, *Teresa Quintela de Brito*, *Direito Penal, Parte Especial*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 478-481; por último, *Frederico Costa Pinto*, A categoria da punibilidade na teoria do crime, Coimbra: Almedina, 2013, p. 763 e ss.

22 Aprofundamentos em *Manuel da Costa Andrade*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, artigo 195.º, v.g. anotações § 41 e ss, e § 72 e ss.

23 Em pormenor, *Paulo Pinto de Albuquerque*, Comentário do Código de Processo Penal, 4.ª edição, Lisboa: UCP, 2012, anotações aos artigos 135.º, 177.º e 182.

24 *Manuel da Costa Andrade*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, artigo 150.º, anotação § 8.

25 Referências mais pormenorizadas em *Manuel da Costa Andrade*, Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, 2.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, artigo 149.º, anotação § 52 e ss; *Paula Ribeiro de Faria*, *loc. cit.*, artigo 143.º, anotação § 24; *Paulo Pinto de Albuquerque*, Comentário ao Código Penal, 2.ª edição, Lisboa: UCP, 2010, artigo 149.º, anotações 6 e ss.

26 *Sónia Fidalgo*, Responsabilidade penal por negligência no exercício da medicina em equipa, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, conclusões a p. 256-258.

27 *Ana Bárbara de Sousa e Brito*, A cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento essencial da negligência inconsciente (uma investigação dogmática à luz das ciências cognitivas), dissertação de doutoramento, FDUNL, 2013 (em curso de publicação).

28 Vários estudos de grande interesse em *Maria Fernanda Palma*, *Augusto Silva Dias*, *Paulo de Sousa Mendes* (orgs), *Emoções e crime - Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2013.

29 Por exemplo: *Helena Moniz*, "Risco e negligência na prática clínica", *RMP* 130 (2012), p. 81 e ss. *Vera Lúcia Raposo*, "Responsabilidade médica em se de diagnóstico pré-natal (*wrongful life e wrongful birth*)", *RMP* 132(2012), p. 71 e ss.

30 *Sónia Fidalgo*, "Responsabilidade penal do médico inter-no e do orientador de formação", in *Direito Penal, Homenagem a Peter Hünerfeld*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p.975 e ss.

República Dominicana

Ana Cecilia Morún

Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD)

En República Dominicana, 10 años atrás, no era común las demandas judiciales en contra de los profesionales de la medicina, pero en los últimos años estas acciones han ido en aumento. La gran mayoría de estas reclamaciones judiciales son causadas por la inconformidad a los resultados de cirugías plásticas, muchas de las cuales, han traído como consecuencia, el fallecimiento del paciente.

Estas reclamaciones judiciales en perjuicio de los médicos, pueden ser de naturaleza penal y de naturaleza civil; siendo las del ámbito penal las más utilizadas por los pacientes o sus familiares. Estas, persiguen una sanción penal, y en la actualidad están previstas en el Art. 319 del Código Penal Dominicano, el cual establece lo siguiente:

“ART. 319: El que por torpeza, imprudencia, inadvertencia, negligencia o inobservancia de los reglamentos, cometa homicidio involuntario, o sea causa involuntaria de él, será castigado con prisión correccional de 3 meses a 2 años, y multa de veinticinco a cien pesos”.

Hemos visto, como muchas de estas demandas por Mala Practica Medica, tienen su origen en una percepción equivocada del paciente o de sus familiares, sobre las actuaciones del médico, producto de la falta de información sobre el padecimiento que sufre el paciente, las condiciones naturales del procedimiento aplicado, y los riesgos que se derivan de éste.

En otros casos, estas reclamaciones judiciales son consecuencia de que, en los últimos años, en nuestro País, ciertas especialidades medicas, como el caso de la Cirugía Plástica, ha tomado un auge impresionante, por la gran demanda de pacientes que buscan afanosamente estos servicios. Lamentablemente, muchos pacientes se dirigen donde médicos que NO están entrenados y NO son titulados como especialistas en esa área, y que están ejerciendo como tales y practicando cirugía plástica.

Esta actuación violenta las leyes establecidas en ese sentido, por lo tanto se colige, que este ejercicio ilegal ha aumentado el número de demandas tanto en el ámbito de lo penal y de lo civil.

Entre las disposiciones legales más importantes, que tenemos a nuestro alcance están las siguientes:

LA LEY GENERAL DE SALUD, marcada con el No. 42-01 de fecha 21 de Febrero del año 2001, tiene por objeto regular y supervisar las acciones que el Estado le ofrece a la población, y de esta manera, dar

cumplimiento al Derecho de Salud, el cual se encuentra establecido en nuestra Constitución;

La LEY NO. 6097, de fecha 13 de noviembre del 1962, la cual organiza el cuerpo médico;

La LEY 478, de fecha 24 de mayo de 1972, la cual en su Artículo 1, establece que todo médico graduado debe recibir entrenamiento en los 4 servicios básicos de la medicina general, que son: cirugía, ginecología, obstetricia y pediatría; igualmente establece que todo el personal médico que esté graduado debe realizar una pasantía de 1 año para obtener su exequátur expedido por el Poder Ejecutivo;

Las LEYES 6097 Y 146; estas establecen que luego de que se obtiene el exequátur, y desean ejercer una especialidad determinada, deben acreditarse en la Residencia Médica correspondiente, y de esta manera recibir la titulación de la misma.

La violación a estas disposiciones y leyes que regulan el ejercicio de la profesión médica en el País, traen como consecuencia, la comisión de graves errores médicos, que aunque parezcan insignificantes pueden ser la diferencia entre la vida y la muerte; por lo que, la mala práctica médica, negligencia e inobservancia de los procedimientos médicos especializados, son una de las causas más importantes de las demandas judiciales.

El Senado de la República Dominicana, está pendiente de aprobar el ante proyecto de ley que modifica nuestro Código Penal, y esta reforma, no sólo establece sanciones penales más graves para el caso de delitos por mala práctica médica, sino también establece nuevas circunstancias, dentro de las cuales, el profesional médico en el ejercicio de su profesión puede comprometer gravemente su responsabilidad penal.

Para mencionar un caso establecido, en esta reforma, en lo que se refiere al delito que se deriva de los “ATENTADOS ININTENCIONALES O CULPOSOS CONTRA LA VIDA”, este nuevo Código Penal, sustituye lo que establece el Art. 319 de nuestro Código Penal vigente, que ha sido, y es, actualmente el marco legal, que le sirve de base, para sancionar la mala práctica médica en nuestro País. Por lo que el proyecto de Código Penal, refiere, que aquel, que por torpeza, imprudencia, inadvertencia, negligencia o violación a una obligación de seguridad o de prudencia, impuesta por la Ley o los Reglamentos, cause la muerte a otro, comete un homicidio inintencional o culposo; de lo que se deriva que en la reforma se mantiene el delito de mala práctica médica, con las mismas características o elementos constitutivos, del actual código.

Las penas que se aplicaran en la reforma, a este tipo de delito, en su aplicación general, establecen 3 años

de prisión y multa de RD\$6,000; en caso de incumplimiento deliberado a una obligación de seguridad o de prudencia impuestas por la ley o los reglamentos, las penas aplicables se elevaran a 5 años de prisión y RD\$10,000 de multa. Este nuevo proyecto de Código Penal, establece una sanción especial de 7 años de prisión y RD\$14,000 de multa, cuando quien ha incurrido en la falta que ocasiona la muerte es un profesional de la salud, sea este, medico, odontólogo, farmacéutico, enfermera, paramédico, tecnólogo medico, partera o comadrona, en el ejercicio de sus funciones; y además de estas penas, pudiera ser sancionado, con la prohibición de ejercer su profesión, agravando estas modificaciones las sanciones a los médicos acusados de Mala Practica Medica.

Obligándolos de esta forma y manera, a tener precaución y cuidado en el ejercicio de sus funciones, y principalmente a aquellos galenos, que ejercen de manera alegre e irrespetuosa, una especialidad que no les corresponde, porque no recibieron el entrenamiento y capacitación académica científica, obviando y violentando las disposiciones legales, los reglamentos establecidos a esos fines, los cuales tienen por objeto regular, adiestrar, y ofrecerle seguridad y garantías a los pacientes, que buscan servicios médicos.

Esta reforma al Código Penal, ha sido objeto de muchas críticas por diversos sectores de la sociedad, porque entienden que de esta manera podrían cometerse excesos e injusticias que perjudiquen a profesionales de la medicina, capacitados, adiestrados académicos, en el área que ejercen, y que a pesar de todo esto, no están exonerados de complicaciones propias de los procedimientos, es decir, se teme que se puedan juzgar las complicaciones propias e inherentes a una dolencia, tal como si fuese una inobservancia, imprudencia o mala práctica.

Es por esto, que nuestras instituciones judiciales, deben llevar a cabo estos procesos, de manera diáfana, clara y auxiliarse de las asesorías que pueden brindar las sociedades especializadas, tales como el Colegio Médico, las residencias médicas y las universidades. De manera, que entre todos los actores que intervienen de manera directa e indirecta, en el control, supervisión y regulación del ejercicio de la medicina, no continúen haciéndose de la vista gorda, y de irresponsables, permitiendo, directa o indirectamente, que un grupo pequeño, pueda ejercer una especialidad sin haber cumplido con los requisitos establecidos, simplemente, porque quieren ganar dinero como vulgares mercaderes de la salud.

En nuestro país es un secreto a voces, que médicos sin el adiestramiento y capacitación académica científica determinada, incumpliendo las normas, reglamentos y disposiciones establecidas a esos fines, tengan consultas, clínicas a la luz de todos, practicando (es la más común) cirugías plásticas, simplemente porque ganan dinero de manera más rápida y menos complicada.

El ejercicio del profesional de la medicina, debe ser preservado, las normas legales vigentes, y las que se aplicaran en el futuro, deben supervisar el funcionamiento cabal y organizado, de esta disciplina, cuyos profesionales, en su gran mayoría, han realizado grandes sacrificios para ofrecer servicios de salud, de alta calidad, ajustados a los grandes avances científicos, en sus comunidades, por lo que es necesario impedir que unos cuantos, que dejan de lado el espíritu de servicio, empañe, echen fango y perjudiquen a la gran mayoría, en su ilícita carrera de ganar dinero.

Rusia

Dr. jur. Paramonova, Svetlana

Senior Researcher at Max-Planck Institute for Foreign and International Criminal Law, Freiburg, Germany

Legal regulation

According to art. 41 of the *Constitution of the Russian Federation*¹, everyone shall have the right to health protection and medical aid. Medical aid in state and municipal health establishments shall be rendered to individuals gratis, at the expense of the corresponding budget, insurance contributions, and other proceeds. Art. 41 pa. 3 Constitution states that “the concealment by officials of the facts and circumstances posing a threat to the life and health of people shall entail responsibility according to the federal law”².

The *Criminal Code of the Russian Federation* (CC RF)³ is the only law that can establish criminal responsibility in Russia, including the scope of the criminal liability with regard to medical crimes. New legal provisions establishing criminal responsibility must be enacted as part of the Criminal Code, art. 1 pa. 1 UKR (*principle of the complete codification of the criminal offenses*)⁴.

Medical crimes are defined as offenses that are committed by the medical staff and physicians in the exercise of their professional pursuits in violation of the requirements of modern medical science and practice,

of the provisions of medical ethics as well as in violation of the legal provisions and regulations⁵. These crimes are committed in various **spheres**: *crimes against human life and health* (failure to render aid to a sick person, art. 124 CC RF); *crimes against family and minors* (e.g., switching a child, art. 153 CC RF); *crimes against public health and social morality* (e.g., illegal issuance or forgery of prescriptions or other documents entitling persons to obtain narcotic or psychotropic substances, art. 233 CC RF, engaging in illegal private medical practice or private pharmaceutical activity, art. 235 CC RF); *crimes against freedom, honor, and dignity of the person* (e.g., illegal placement in a psychiatric clinic, art. 128 CC RF); *crimes against constitutional rights and freedoms of man and citizen* (e.g., violation of personal integrity, art. 137 CC RF); *environmental crimes* (e.g., violation of safety rules in dealing with microbiological or other biological agents or toxins, art. 248 CC RF); and *crimes against state power and interests of state* (e.g., bribe-taking, art. 290 CC RF, neglect, art. 293 CC RF).

This article primarily focuses on the legal analysis of the medical offenses against human life and health. The Russian Criminal Code criminalizes relevant behaviour in the following cases:

Causing death by negligence due to improper performance of the professional duties (art. 109 pa. 2 CC RF) shall be punished by deprivation of freedom for a term up to three years. Negligent infliction of death by a medical professional may be the result of action (e.g., incomplete or erroneous diagnosis) or omission (e.g., refusal to conduct required laboratory analysis or refusal to conduct a surgery), manifesting itself in the form of a gross violation of the rules or in performing arrogance, etc. Death by negligence can be caused both by thoughtlessness and carelessness (art. 24 CC RF)⁶.

Causing grave bodily harm through negligence due to improper performance of the professional duties is criminalized by art. 118 CC RF. These are the cases of adverse outcomes of medical treatment, such as medical errors.

Compulsion to remove organs or tissues for transplantation committed with the application of violence or threat is a criminal offense according to art. 120 CC RF. This crime committed against a person in a helpless condition or financially or otherwise dependent on the perpetrator is regarded as an aggravating circumstance. The main legal regulations governing the procedure of transplantation of organs and tissues in Russia are the Federal Law “On Transplantation of

Organs and (or) Tissues of Human Origin”⁷ and the Federal Law “On the Donation of Blood and Blood Components”⁸. They are based on the principle of voluntary consent of donor to withdraw his/her organs or tissues for transplantation. One of the most important principles is the rule of non-commercial use of human organs. Collecting and transplantation of tissues and organs of human origin can be exercised only by the state health institutions.

Infecting of another person with HIV as a result of improper performance of his/her professional duties (art. 122 pa. 4 CC RF), for example, by reusing of disposable syringes, shall be punished by deprivation of freedom for a term up to five years.

The performance of an abortion by a person who lacks higher medical education of an appropriate specialization is considered criminally punishable (art. 123 CC RF). An abortion may be legally performed, firstly, on the *request* of the pregnant woman within 12 weeks of pregnancy, secondly, on social grounds (rape) within 22 weeks, thirdly, on medical grounds regardless of gestational age with the woman’s consent. Medical grounds include, for example, tuberculosis, diabetes, and rubella⁹. Causing death by negligence of the woman or grave bodily harm which includes, in particular, the loss of fertility, is considered as an aggravating circumstance.

Failure to render aid to sick person is criminalized by art. 124 CC RF. An aggravating circumstance is causing death or grievous bodily harm through negligence. An obligatory condition of the criminal liability in this case is the lack of justifications, such as illness of a physician who is responsible for providing medical help or impossibility at the time of the call to leave another serious patient. Medical staff that is responsible for general care is not criminally liable under this article, e.g., nurses¹⁰.

Medical staff of the health and social facilities, e.g., nursing homes, hospices, orphanages, bears criminal responsibility according to art. 125 CC RF (**leaving in danger**), that is, knowingly leaving a person without assistance who is in a state dangerous for life or health and who lacks the possibility to take measures towards self-preservation by reason of youth, old age, sickness, or as a consequence of his/her helplessness.

Case law

This part is focused on the controversies that arise in the jurisprudence with regard to the cases in medical practice caused by the negligence with a fatal outco-

me. In particular, questions appear due to an inadequate qualification of the objective aspects¹¹ of the relevant offenses.

Most often there is a collision between the rules of **art. 109 pa. 2 CC RF** (causing death through negligence due to improper performance of the professional duties), or **art. 118 pa. 2 CC RF** (causing grave bodily harm through negligence due to improper performance of the professional duties) with the provisions of **art. 124 pa. 2 CC RF** (failure to render aid to a sick person that resulted in his/her death or caused grave bodily harm to his/her health).

The key difference of the norms of art. 109 pa. 2 CC RF/art. 118 pa. 2 CC RF from the rules of art. 124 pa. 2 CC RF is that the main characteristic of the objective side of the crimes under art. 109 CC RF and art. 118 CC RF is an “improper performance of the professional duties”, i.e. committing *action(s)* contrary to the established rules and (or) performing duties not to a full extent. On the contrary, art. 124 CC RF penalizes a criminal act in the form of *omission*, i.e. non-performance of duties by a medical professional, such as denial of medical treatment or hospitalization due to lack of health insurance, refusal of medical check-up, and refusal of giving artificial respiration.

Despite the obvious differences of the objective side of the relevant articles, in a number of criminal cases “improper performance of the professional duties” was qualified as omission under art. 124 pa. 2 CC RF (failure to render aid)¹². However, the incorrect qualification of the criminal behavior in this case results in an ambiguous and misleading legal practice. Since with regard to medical care, the relevant behavior in the form of omission (art. 124 pa. 2 CC RF) is considered by the legislator as more dangerous than improper (incorrect/incomplete) performance (art. 109 pa. 2 CC RF or art. 118 pa. 2 CC RF). This is reflected in the sanctions provided for by the relevant articles: cp. art. 124 pa. 2 CC RF that enshrines more severe penalties (up to 4 years of deprivation of freedom) than art. 109 pa. 2 CC RF or art. 118 pa. 2 CC RF (up to one year of deprivation of freedom).

The analysis of the case law also shows that there is a following trend: an incomplete and (or) incorrect performance of the professional duties by the *surgical intervention* normally is qualified as “improper performance of the professional duties” under art. 109 pa. 2 CC RF or art. 118 pa. 2 CC RF —on the contrary— incorrect and (or) incomplete performance of the professional duties by *making diagnosis* is often qualified as omission under art. 124 pa. 2 CC RF¹³.

Medical risk and criminal liability of health professionals

Harmful consequences arising out of medical risks occur during surgeries, therapeutic treatments or different kinds of biomedical experiments.

Methods of diagnosis or treatment as well as medicines that have not yet been officially permitted can only be used after obtaining prior voluntary written consent of a patient.

With regard to health professionals ‘permissible (justified) risk’ is a ground for excluding criminal liability¹⁴, **art. 41 CC RF**. Risk is considered to be “justified” if:

- medical activities were directed towards socially useful purpose, i.e. saving human life and (or) health;
- impossibility of achievement of the goal without actions (omissions) connected with a risk, i.e. there was no alternative way of treatment that would not involve risk of causing harm to the patient;
- sufficient measures were taken to prevent or reduce the possible harm to the legally protected interests, i.e. health worker acted on the basis of his/her experience, knowledge, and skills, met regulatory requirements (orders, instructions, etc.), used achievements of the modern medical science and practice;
- the risk is not regarded as permissible (justified) if it inevitably involved a threat to the lives of many people or a hazard of environmental or societal disaster.

Genetic engineering in the Russian Federation

The basis for the legal regulation in the field of genetic engineering in the Russian Federation is the Federal Statute “On Legal Regulation of Genetic Engineering”¹⁵ and the Resolution of the Government of the Russian Federation “On the State Registration of Genetically Modified Organisms”¹⁶, as well as other legal regulations.

Relevant legal provisions enshrine the rules regarding licensing terms of genetic engineering activities, special requirements for persons professionally engaged in this field, certification and environmental risk assessment systems, and the system of prohibitions and restrictions. With regard to criminal liability in this sphere, art. 248 CC RF penalizes the violation of safety rules when handling microbial or other biological agents or toxins. Under Russian law, both cloning of human beings and animals does not entail criminal responsibility.

Notes

1 *Constitution of the Russian Federation*, 12.12.1993 (referendum): <http://www.consultant.ru>, hereinafter Constitution.

2 See also *Парамонова С.В.* Здоровье населения как фактор экономического роста. Здоровье населения — основа процветания России (*Paramonova S.V.* Health of the Population as a Factor of Economic Growth. In: Health of the Population— the Basis of the Prosperity of Russia). Conference materials, Ана-па, 2013, p. 234-237.

3 *Criminal Code of the Russian Federation*, 17.06.1996, N 63-ФЗ: <http://www.consultant.ru>, hereinafter CC RF.

4 *Paramonova S.L.* Principle of legality in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (Ed.): National

Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 2.1: General limitations on the application of criminal law. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 103 - 117; *Комиссаров В.С., Крылова Н.Е., Тяжкова И.М.* Уголовное право Российской Федерации (*Komissarov/Krilova/Tyazhkovna.* Criminal Law of the Russian Federation). Moscow, 2012, p. 24 ff..

5 *Леонтьев О. В.* Нарушение норм уголовного права в медицине (*Leontjev O.V.* Violation of the Criminal Law Provisions in Medical Sphere). StP, 2002, p. 63; Ответственность медицинских работников за правонарушения в профессиональной деятельности (Responsibility of health workers for violations in professional sphere): <http://stgmu.ru/?s=academy&k=chairs&id=43&page=1290>.

6 *Paramonova S. L.* Subjective aspects of the offense in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (Ed.): National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 3.1: Defining criminal conduct. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 436 - 452.

7 Federal Statute “*On Transplantation of Organs and (or) Tissues of Human Origin*”, N 4180-1, 22.12.1992: <http://www.consultant.ru>.

8 Federal Statute “*On the Donation of Blood and Blood Components*”, N 125-ФЗ, 20.07.2012: <http://www.consultant.ru>.

9 Social grounds are established by the *Government of the Russian Federation*; medical grounds are established by the *Ministry of Health and Social Development of the Russian Federation*: www.consultant.ru.

10 Правовая энциклопедия: Медицина и здоровье (Legal Encyclopedia: Medicine and Health): <http://base.garant.ru/58038904/>

11 See for the detailed analysis of “*objective aspects of the offense (actus reus)*” in Russian criminal law: *Paramonova S. L.* Objective aspects of the offense in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (Ed.): National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 3.1: Defining criminal conduct. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, p. 239 - 254; *Paramonova S. L.* Tax Crimes in Russia, *Revista Penal* 27, 2011, pp. 255-260.

12 *Гецманова И. В.* О реформировании уголовно-правовых норм, связанных с профессиональными нарушениями медицинских работников (*Getzmanova I.V.* On Reforming of the Criminal Law Provisions Related to Professional Misconduct of Health Workers): <http://anpravo.ru/index.php/2012-04-10-03-05-39/blogery/137-narusheniya-medrabotnikov>

13 *Гецманова И.В.* Преступления, связанные с нарушениями медицинскими работниками профессионального долга: вопросы ответственности и расследования (*Getzmanova I.V.* Crimes Involving Violations of Professional Duty by Medical

Workers: Questions of Liability and Investigation). Monograph. Krasnoyarsk, 2009.

14 *Paramonova S. L.* Concept and systematization of the criminal offense in Russia. In: Sieber, U./Forster, S./Jarvers, K. (Ed.): National Criminal Law in a Comparative Legal Context. Volume 3.1: Defining criminal conduct. Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. 86 - 97.

15 The Federal Statute “*On Legal Regulation of Genetic Engineering*” N 86-ФЗ, 05.07.1996: <http://www.consultant.ru>.

16 Resolution of the Government of the Russian Federation “*On the State Registration of Genetically Modified Organisms*” N 839, 23.09.2013: <http://www.consultant.ru>.

Uruguay¹

Pablo Galain Palermo²

1. En Uruguay hay quienes consideran a la medicina como una ciencia experimental y quienes sostienen que es un arte conjetural porque justamente no es considerada una ciencia exacta sino una ciencia que se basa en el arte de la prudencia. El ejercicio de la medicina se distingue de la medicina experimental que consta de reglas y normas propias. La medicina es llevada a cabo generalmente por “mutualistas” que ofrecen un servicio despersonalizado, colectivizado³ y empresarial⁴. El ejercicio de la medicina, como toda profesión que se lleva a cabo según una técnica operativa y según una obligación de medios -aunque orientada al intento de obtener determinados resultados empíricos-, se valora según el principio de la *lex artis*. En base a esto, cuando se trata de juzgar la “mala praxis” o conductas contrarias a la *lex artis* que pueden tener ribetes penales, el juez generalmente lleva a cabo un análisis hipotético que compara la conducta realizada por el médico actuante y aquella que debió haberse realizado según indica la *lex artis*. Para realizar este examen es de suma importancia el análisis de los medios empleados para la obtención del resultado que debió haberse obtenido según indiquen las pericias técnicas consultadas. Por lo general, se acude a la *lex artis* como parámetro de enjuiciamiento de los “actos de exploración médica, actos de diagnóstico y actos de tratamiento propiamente dichos”⁵.

2. Téngase en cuenta que el sistema penal uruguayo⁶ resulta incapaz de generar métodos alternativos de solución de controversias, razón por la cual la mayoría de los conflictos se judicializan. En la práctica, por lo general, el interés de las víctimas es obtener una reparación civil, razón por la cual existe mucho mayor número de reclamos civiles y citaciones en garantía de instituciones médicas que denuncias penales contra

el médico actuante⁷. En los hechos se aprecia una tendencia de recurrir a la denuncia penal como una forma rápida y segura de constatar prueba que puede ser trasladada de la sede penal a la civil, entre otras cosas, como una forma que tienen los reclamantes civiles de ahorrarse los gastos de los medios probatorios que correspondan (peritajes, etc.). Esta tendencia no puede ser respaldada con datos estadísticos porque en Uruguay se carece de investigaciones criminológicas.

3. En el ordenamiento jurídico penal uruguayo no existe un derecho penal médico como tal, sino que las conductas con relevancia penal surgen de situaciones relacionadas con la mala praxis o con el ejercicio ilegal de la medicina. La mala praxis tiene que ver con situaciones vinculadas a la omisión de asistencia culpable o a los delitos de homicidio o de lesiones imprudentes o culpables. En general, todos los supuestos de responsabilidad médica por mala praxis tienen el común denominador de la falta del debido cuidado y de la no previsibilidad de lo previsible. Esta falta debe de ceñirse a un deber objetivo de cuidado, que es el que se exige para la determinación de la imprudencia. En cuanto a la falta de previsión debida que se debe exigir al profesional de la salud, esta debe de ser exigida al momento de cumplir su labor profesional. Ello funciona como “elemento común de las conductas mencionadas (impericia, negligencia, imprudencia, violación de leyes o reglamentos)” en tanto debido a la ausencia de cuidado, “se produce un resultado dañoso que no fue efectivamente previsto, no fue querido; no obstante, era previsible, lo cual lo hace imputable”⁸.

5. En lo que atañe a las cuestiones penales propiamente dichas, el Código Penal castiga varias conductas que pueden causar lesiones a bienes jurídicos relacionados con la vida (Art. 310 y ss CP) y la integridad física (Art. 316 y ss CP), que son las que generalmente se aplican en casos de responsabilidad médica. Son excepcionales las condenas penales por lesiones a otros bienes jurídicos protegidos, como podría ser el caso de una certificación falsa realizada por un profesional de la medicina⁹. El sistema penal uruguayo también castiga el ejercicio ilegal de la medicina, por ejemplo, mediante el castigo de usurpación de títulos¹⁰.

6. Desde un punto de vista dogmático y de la teoría de la imputación, la responsabilidad penal se imputa generalmente a título de imprudencia por comportamientos que no revisten el debido cuidado. En ese sentido es importante mencionar la valoración del elemento subjetivo del tipo penal para estos casos de responsabilidad imprudente o culposa. En lo que refiere al “derecho penal médico” le son aplicables las categorías

comunes de la parte general, pero aplicadas según parámetros específicos de valoración para unas conductas que requieren de conocimiento especial por parte del autor. Así, la jurisprudencia nacional incluso refiere a la “culpa penal médica” como si fuera un concepto autónomo. A diferencia del concepto de culpa común, la que refiere al accionar médico tiene el requisito extra de ser grave e inexcusable¹¹. La jurisprudencia ha justificado el reproche penal cuando se puede comprobar un desconocimiento cierto de los deberes inherentes al ejercicio de la medicina. La mala praxis se entiende como “una situación de impericia profesional donde el facultativo produce, con su conducta terapéutica o asistencial, un resultado que no previó, que no anticipó y que, sin embargo, era anticipable, representable y objetivamente previsible”¹².

7. Del mismo modo que la culpa debe de ser grave, la jurisprudencia uruguaya exige que también el resultado causado debe ser grave o gravísimo. Para ello se recurre al concepto de daño constatable, que se asimila al concepto de enfermedad utilizado por la doctrina al momento de estudiar el delito de lesiones. Este daño mencionado debe necesariamente ser causado por algunas de las circunstancias descritas en el Art. 18 CP, es decir, por imprudencia, impericia, negligencia, o apartamiento de las normas y deberes a cargo del causante del daño; a través de la violación de leyes o reglamentos, si bien en la base de esta aparente responsabilidad objetiva por la mera violación de la norma, se exige que haya un comportamiento o culposo en cualquiera de sus modalidades (imprudencia, impericia o negligencia).

8. Siguiendo con la imputación de responsabilidad penal, es habitual por parte de la jurisprudencia recurrir al delito de omisión de asistencia (Art. 332 CP)¹³ cuando en realidad en los hechos se trata de lesiones u homicidio culposo¹⁴. Ahora bien, la omisión de asistencia constituye un mandato general del legislador basado en el principio de solidaridad que no se condice con las conductas imprudentes de los profesionales de la medicina, que en todo caso, deberían de ser valoradas en sede omisión impropia o de delitos de comisión por omisión, suponiendo así “el incumplimiento de una obligación especial de asistencia, que es calificada por la doctrina penal como obligación de garante (...) El médico que recibe un paciente moribundo en un servicio de emergencia no puede dejar de atenderlo por no estar al día en el pago de su cuota mutual”¹⁵. En estos casos no siempre estamos frente a situaciones de omisión de asistencia propias del Art. 332 CP, sino de la problemática de la posición de garante del médico

frente al riesgo de lesión de un paciente que llega hasta el centro de atención médica, a quien podría —según el caso— llegar a imputársele el resultado final de lesión o muerte por omisión impropia.

9. Todavía en cuanto a la imputación de la responsabilidad penal, aun cuando se trata de casos de extrema complejidad desde un punto de vista de los distintos cursos causales que puedan haber influido en el resultado final, la jurisprudencia uruguaya sigue apegada a la teoría de la causalidad adecuada para ligar al resultado con el agente. Esto se explica por la redacción de los Arts. 3¹⁶ y 4¹⁷ del CP y por la poca relevancia de la discusión dogmática en la jurisprudencia en relación con la denominada “imputación objetiva del resultado”. De todas formas, los jueces regularmente tienen que argumentar según principios básicos de la teoría funcionalista de la imputación objetiva, tales como el aumento del “riesgo permitido” durante la actuación del médico y el principio de confianza¹⁸. La gran interrogante a develar para la imputación penal de responsabilidad no es si existe nexo causal entre la conducta del médico y el resultado, sino si ese resultado le puede ser exigible al médico por haber actuado con “culpa grave”.

10. En lo que respecta a la autoría y participación, los casos de responsabilidad médica presentan verdaderos desafíos en cuanto a la delimitación de la responsabilidad individual en un área de actuación que en determinadas áreas se sostiene en base a la “división del trabajo”. De todas formas, la responsabilidad del médico es estrictamente personal, de modo que penalmente “no va a responder el médico por los actos que produzcan sus dependientes, sino que cualquiera sea la cantidad de profesionales intervinientes, cada uno responderá de acuerdo al grado de responsabilidad que le cupo en el hecho concreto penalizado y tipificado, ya que el principio establece que en los delitos de tipo culposos, categoría en la que se encuentran —en principio— los delitos de mala praxis; cada uno responde de su propio hecho (art. 59 del Código Penal)”¹⁹. Esta exigencia normativa rompe con la posibilidad de la participación en delitos que subjetivamente responden a la falta del debido cuidado.

11. El Art. 28 CP justifica cualquier lesión a un bien jurídico penalmente tutelado que haya sido cometido en cumplimiento de mandatos legales o en el ejercicio de la función médica²⁰. En ese mismo orden de justificación de las conductas que pueden lesionar bienes jurídico-penales, hay que incluir al consentimiento del ofendido. El consentimiento del ofendido adquiere importancia cuando de la conducta del médico surgen

lesiones derivadas de su intervención. En este caso se enfrenta una posición que legitima la conducta del médico siempre que se haya sujetado a la *lex artis*, y otra posición que solo la justifica cuando el paciente haya sido previamente informado sobre los riesgos inherentes a tal intervención. De esta forma, la justificación de la conducta del médico solo es posible cuando ha cumplido con el ofrecimiento de la debida información, por lo que esta se relaciona directamente con el consentimiento del paciente, que voluntariamente y con conocimiento del riesgo se somete a la intervención. En casos de intervenciones curativas, aquellas llevadas a cabo para una mejora de la situación del paciente, el consentimiento no sería un aspecto definitivo para decidir cuestiones de mala praxis sino principalmente el apego o desapego a la *lex artis*. Esto trae como correlato que el consentimiento del paciente sea el factor decisivo en las intervenciones llevadas a cabo con fines estéticos o no curativos.

12. Un tema vinculado con el ejercicio de la medicina en Uruguay es aquel que tiene relación con los estados terminales, el mantenimiento artificial de la vida y las “ayudas para acabar con la vida” de estos pacientes, cuando ellos lo han consentido. En referencia a estas cuestiones existe polémica vinculada a su aplicación, visto que en Uruguay no se ha despenalizado el concepto de eutanasia, si bien en la praxis no existen casos de persecución penal por este delito, cuando la eutanasia activa es una práctica comúnmente practicada²¹. La eutanasia pasiva es reconocida por el SMU en referencia al derecho del paciente a la libertad y a los principios de beneficencia y autonomía²².

13. En este orden de ideas, debemos hacer referencia a la Ley 18.473 de abril de 2009 que regula la voluntad anticipada del paciente en cuanto a recibir tratamiento médico²³.

Notas

1 Agradezco la colaboración de Andrés Ojeda. Abogado. Universidad de la Republica, Uruguay.

2 Doctor Europeo en Derecho. Investigador Senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, Alemania.

3 En Uruguay ha desaparecido prácticamente la figura del médico “de cabecera” o de familia, como por ejemplo acontece en Alemania. El colectivo médico se nuclea principalmente en el Sindicato Médico del Uruguay (en adelante SMU).

4 A eso debe sumarse también que, en los últimos años, el colectivo médico ha adoptado una actitud de constantes reivindicaciones gremiales, como cualquier otro sector de actividad comercial, incluso poniendo en práctica medidas de presión al nivel de suspender la atención a los pacientes.<http://www>

eobservador.com.uy/noticia/251091/cirujanos-y-anestesis-tas-realizan-paro-de-24-horas-/. Según Montano: "La ley de protección de los derechos del consumidor, n. 17.250, incluyó la prestación de servicios profesionales —y entre ellos la de los médicos— en la noción de relación de consumo (art. 4). La relación médico-paciente pasó a ser una relación de consumo más, con un régimen de responsabilidad que permite —ahora sin dudas— el pacto de obligaciones de resultado y —por consiguiente— la responsabilidad objetiva, por el mero hecho del incumplimiento (art. 35). La relación de los profesionales pasó a ser más parecida a la relación derivada de los usuarios con los fabricantes o con los clientes de establecimientos comerciales". Montano, Pedro, "Responsabilidad médica: 20 años de jurisprudencia penal".

5 Montano, Pedro, "Algunos aspectos sobre la responsabilidad penal de los profesionales de la salud", LJU, UY/DOC/449/2009.

6 El sistema penal uruguayo es violatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso 12553, Peirano vs. Uruguay, Acuerdo Amistoso.

7 Montano, Pedro, "Responsabilidad penal de los médicos", AMF, Montevideo, 1986.

8 Montano, Pedro, "Algunos aspectos sobre la responsabilidad penal de los profesionales de la salud", LJU, UY/DOC/449/2009.

9 Según Pedro Montano, también se pueden dar otras conductas delictivas relacionadas con las "certificaciones falsas, estupefacientes, obligación de denunciar delitos, violación de secretos, suposición de estado civil, determinación o ayuda al suicidio, violencia privada, violación de las disposiciones sanitarias, entrega de medicación en mal estado, cambio de sexo quirúrgico, omisión de guarda de los enfermos mentales peligrosos o denunciados". Montano, Pedro, "Algunos aspectos sobre la responsabilidad penal de los profesionales de la salud", cit.

10 Art. 167. Usurpación de títulos. "El que se abrogare títulos académicos o ejerciere profesiones para cuyo desempeño se requiere una habilitación especial, será castigado con multa de veinte a novecientas Unidades Reajustables".

11 Al decir de Tommasino al referir a la culpa grave e inexcusable afirma que tanto la imprudencia como la negligencia deben ser mayúsculas, "sin justificación dentro de las condiciones normales del ejercicio de la medicina". Tommasino, Armando, "Responsabilidad penal del médico, (culpa)", en Revista del Instituto Uruguayo de Derecho Penal, N° 6, pp. 65 y ss.

12 Fernández, Gonzalo <http://www.smu.org.uy/publicaciones/noticias/noticias95/art18.htm>

13 Art. 332: "El que, encontrando abandonado o perdido un niño menor de diez años, o una persona incapaz de bastarse a sí misma por enfermedad mental o corporal o por vejez, omita prestarle asistencia y dar cuenta a la autoridad, será castigado con la pena del abandono, disminuida de un tercio a la mitad.

La misma pena se aplicará al que, por negligencia, dejare de prestar asistencia, dando cuenta a la autoridad, a un hombre desvanecido o herido, sepultado o en situación en que corra peligro su vida o su integridad física".

14 Montano, Pedro, "Algunos aspectos sobre la responsabilidad penal de los profesionales de la salud", cit. La Justicia

Uruguay, caso 14035. Citado por Montano, "Responsabilidad médica: 20 años de jurisprudencia penal".

15 *Ibidem*.

16 Art. 3. (Relación de causalidad): "Nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito, si el daño o el peligro del cual depende la existencia del delito, no resulta ser la consecuencia de su acción o de su omisión. No impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo." (Destacado nuestro).

17 Art. 4. (De la concausa): "No se responde de la concausa preexistente, superviniente o simultánea, independiente del hecho, que no se ha podido prever. La que se ha podido prever y no se ha prevista, será tenida en cuenta por el Juez para rebajar la pena, según su criterio, de acuerdo con las circunstancias del caso, y lo dispuesto en el artículo 18."

18 En cuanto al principio de confianza, "podría entenderse como la necesidad del médico de "hacer fe" en varios factores como: la instrucción recibida, la información existente en la historia clínica, la intervención de colegas y personal paramédico, etc". Montano, Pedro, "Algunos aspectos sobre la responsabilidad penal de los profesionales de la salud", cit.

19 *Ibidem*.

20 Art. 28. Cumplimiento de la ley. "Está exento de responsabilidad el que ejecuta un acto, ordenado o permitido por la ley, en vista de las funciones públicas que desempeña, de la profesión a que se dedica, de la autoridad que ejerce, o de la ayuda que le preste a la justicia".

21 Ver Galain Palermo, Pablo, Revista Penal, 16, 2005, La Ley, pp. 196-199. Un Decreto del Poder Ejecutivo aprobado en 1992, por el ex Presidente Lacalle - anterior al Código de Ética Médica del SMU- , establecía la prohibición de la eutanasia activa, pero reconoció la libertad del paciente a decidir sobre los tratamientos que se le apliquen, previa información adecuada". Pallas, Carolina, "Eutanasia: Argumentos a favor y en contra", http://www.sanfelipe.edu.uy/imgs/documentos/1151_1.pdf

22 Según el SMU, "en casos de enfermos terminales, aliviar sufrimientos físicos y mortificaciones artificiales, ayudando a la persona a morir dignamente, es adoptar la decisión éticamente apropiada. (Art. 43). No es válido éticamente que el médico imponga tratamientos que violen la decisión válida de un paciente que libremente ha decidido rechazar los tratamientos que se le indiquen. (Art. 44). Este código presenta una defensa de la eutanasia voluntaria pasiva ¿En qué se basa? Se apela al respeto a la libertad, al principio de beneficencia y al de autonomía". *Ibidem*.

23 Así la ley manifiesta en su artículo 1º: "Artículo 1º. Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros. Del mismo modo, tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible. Tal manifestación de voluntad, tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre luego en estado de incapacidad legal o natural. No se entenderá que la manifestación anticipada de voluntad, implica una oposición a recibir los cuidados paliativos que correspondieren...".

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho. Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

Profesor de Postgrado de Procesal Penal

INTRODUCCIÓN

La medicina es una de las profesiones más dignas, respetadas, admiradas y estimadas que existe, y siempre ha sido así, desde la antigüedad, cuando en Grecia y Roma gozaba incluso de fueros, privilegios y prerrogativas. Por ello la falta de ética, abnegación y de profesionalismo de algunos médicos, aunado al exceso de mercantilismo, causan en la población gran preocupación, por las consecuencias que pueden acarrear los descuidos y errores médicos. Ahora bien, si hay alguna profesión que es exigente y que requiere de una extraordinaria preparación, dedicación, actualización, responsabilidad y vocación de servicio, es la médica, muy especialmente la realizada por los cirujanos, ya que las consecuencias de cualquier error, equivocación o descuido de su parte, puede llegar a ocasionar hasta la muerte del paciente.

Siempre se ha considerado, que a diferencia de otras profesiones, en las que se puede garantizar el resultado, como es el caso de los mecánicos al reparar un vehículo, la profesión médica, al igual que la abogacía, no puede asegurar el éxito, ya que, evidentemente, éste no depende sólo de él, pues existe la posibilidad que otros factores y circunstancias, a veces imprevisibles, puedan llegar a influir o variar el resultado final. Lo que sí tiene que asegurar el galeno es su total dedicación al paciente, aportar el máximo de su capacidad y experiencia profesional, realizar el mejor diagnóstico y tratamiento posible, tanto médico como quirúrgico, prestar la mayor atención a las circunstancias de cada caso para minimizar imprevistos, recetar los medicamentos más adecuados, y suministrar los insumos, instrumentos y equipos médicos más apropiados, todo ello con el fin de obtener el mejor resultado posible, para restablecer la salud del paciente.

Sin embargo, el médico, como cualquier otro profesional que ocasione algún daño o lesión, sea en forma dolosa o culposa, es responsable del mismo, penal y civilmente, y, además de ser sancionado, también debe repararlo, tal como lo disponen los Códigos Penal¹ y Civil². En este sentido, en algunos casos, la responsabilidad se puede extender también al hospital o clínica donde se realizó la actividad médico-paciente. Sin embargo, esto no significa que cualquier resultado

imprevisto o no deseado, o todas las equivocaciones profesionales, vayan a tener consecuencias penales, ya que, además de las acciones culposas y dolosas, también ocurren “errores”, que no son ni lo uno ni lo otro, que no ocurrieron de forma intencional, ni tampoco de manera culposa o imprudente, y que pueden llegar a ser catalogados como casos fortuitos.

Otro aspecto a considerar, es que la relación médico paciente no puede verse meramente como una obligación de tipo contractual, porque lo que está en juego es la salud y la vida de un ser humano, y es evidente que tanto el derecho a la salud como a la vida, están muy relacionados y son derechos fundamentales de las personas, por lo cual tienen que ser debidamente protegidos y salvaguardados, e interesan a toda la colectividad. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que cada año, a escala mundial, más de 10 millones de pacientes son víctimas de errores médicos, que les producen lesiones discapacitantes, o la muerte, como consecuencia directa de prácticas médicas peligrosas³. En Venezuela, según cifras de 2010, más de 5.700 menores murieron por supuesta mala praxis médica.

LA SALUD Y LA VIDA EN LA CONSTITUCION NACIONAL Y EN OTRAS NORMAS JURÍDICAS

En relación con la salud, en la Constitución Nacional vigente, dentro del Capítulo V, “De los Derechos Sociales y de las Familias”, específicamente en los artículos 83 y 84, se establece lo siguiente:

“Artículo 83. *La salud es un derecho social fundamental, obligación del Estado, que lo garantizará como parte del derecho a la vida. El Estado promoverá y desarrollará políticas orientadas a elevar la calidad de vida, el bienestar colectivo y el acceso a los servicios. Todas las personas tienen derecho a la protección de la salud, así como el deber de participar activamente en su promoción y defensa, y el de cumplir con las medidas sanitarias y de saneamiento que establezca la ley, de conformidad con los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por la República*”.

“Artículo 84. *Para garantizar el derecho a la salud, el Estado creará, ejercerá la rectoría y gestionará un sistema público nacional de salud, de carácter intersectorial, descentralizado y participativo, integrado al sistema de seguridad social, regido por los principios de gratuidad, universalidad, integralidad, equidad, integración social y solidaridad. El sistema público nacional de salud dará prioridad a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades, garantizando tratamiento oportuno y rehabilitación de calidad. Los bienes y servicios públicos de salud son propiedad del Estado y no podrán ser privatizados. La comunidad organizada tiene el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud*”.

Por otra parte, en el Capítulo Primero del Título VI del Código de Deontología Médica, actualmente vigente⁴, específicamente en el artículo 216, se establece que *“Las faltas a la moral médica cometidas por ignorancia, negligencia, impericia o mala fe debidamente comprobadas, serán objeto de sanciones por parte de los Tribunales Disciplinarios de los Colegios de Médicos y por la Federación Médica Venezolana, los cuales podrán recomendar y tramitar la suspensión del ejercicio profesional ante los organismos competentes, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la Ley de Ejercicio de la Medicina y en el Código Penal. En los casos de impericia, que por su repetición significaren ignorancia de la materia, se participará a la Universidad que confirió el título, a fin de que conozca el caso”*.

Igualmente, la Ley de Ejercicio de la Medicina⁵ establece entre los *“Deberes Generales de los Médicos”*, que el deber principal del médico es *“El respeto a la vida y a la persona humana”*⁶, por lo tanto, *“asistirá a sus pacientes atendiendo sólo a las exigencias de su salud”*⁷, sin tomar en cuenta sus *“ideas religiosas o políticas y la situación social y económica de ellos”*⁸. Esta Ley remite al Código Penal lo correspondiente a los delitos culposos e imprudentes (art. 124).

Ahora bien, a pesar de todas estas disposiciones, y otras más, lo cierto es que el juramento hipocrático en muchos casos no se cumple, a pesar que expresamente el artículo 25 de la referida Ley de Ejercicio de la Medicina, señala la obligación de los médicos, de atender a todas las personas cuya vida se encuentre en riesgo o peligro. Parte del problema es que, lamentablemente, la profesión médica se ha comercializado tanto, que cada vez es más frecuente que no se cumpla con esta obligación, pero lo más grave es que, a esta situación irregular no sólo no se le está prestando la debida atención, sino que ya no se le da importancia, como si no pudiera ser evitada o hasta se estuviera convirtiendo en algo normal y cotidiano.

En el Código Penal se encuentran tipificados los delitos que por imprudencia (culposos) puede cometer cualquier persona, incluidos los médicos, los cuales veremos a continuación, haciendo énfasis en los delitos contra la vida y la salud.

DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD QUE PUEDEN SER COMETIDOS POR IMPRUDENCIA DE LOS MÉDICOS

Entre los delitos contra la vida y la salud que pueden ser cometidos por médicos por imprudencia, se encuentran expresamente tipificados en el Código Pe-

nal, el homicidio culposo y las lesiones personales culposas. No contiene el Código Penal venezolano, una definición precisa sobre que es la culpa, sobre que es un delito culposo o imprudente, sino que, en relación con los homicidios y con las lesiones personales, simplemente señala que se considera que una acción es culposa (o imprudente), cuando quien la comete obra con imprudencia, por negligencia, o por impericia en la profesión, arte o industria, o por inobservancia de reglamentos o instrucciones. Es decir, que el agente no obra con dolo, no actúa con intención.

Como afirma Rodríguez Morales, en Venezuela la regulación legal de la culpa o imprudencia, es mediante el sistema de *numerus clausus*, de manera que *“sólo podrá castigarse la forma culposa siempre y cuando así sea expresamente establecido respecto de cada tipo penal”*⁹, tal y como lo señala el artículo 61 del Código Penal, conforme al cual *“nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión”*, por lo cual, las conductas culposas se castigan excepcionalmente y sólo ocurren *“cuando el agente ha realizado el delito al infringir un deber de cuidado siéndole previsible el resultado delictivo acaecido, todo lo cual hace posible el juicio de imputación subjetiva respecto de dicho agente”*¹⁰.

Para Grisanti Aveledo, *“existe culpa cuando, obrando sin intención, pero con imprudencia, negligencia, impericia en la profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes o instrucciones, se causa u ocasiona un resultado antijurídico previsible y penalmente castigado por la ley”*¹¹. En ese mismo sentido, Chiossone afirma que *“En la culpa falta el elemento intencional pero no el voluntario. Podría decirse que los delitos culposos son de mera voluntad, y por lo tanto se derivan de una conducta que produce daño o peligro. El delito culposo es un hecho previsible”*¹². Todo ello lleva a afirmar a este autor, que *“Tres son las condiciones de la culpa: en lo material, un acto y una consecuencia; en lo legal, el carácter ilícito del acto y lo ilícito de la consecuencia; en lo moral, el carácter voluntario del acto y la previsibilidad de la ilícita consecuencia, o sea, la posibilidad de haberla evitado, obrando o con más diligencia y atención, o con menos ligereza, ya sea porque con lo primero se habría conseguido prever el peligro, o porque con lo segundo se habría logrado evitarlo una vez previsto”*¹³.

Por consiguiente, es necesario en primer lugar analizar, si un médico ha actuado en forma contraria al

deber de cuidado con la conducta realizada, esto es, si ha infringido el deber objetivo de cuidado, ya que si su conducta estuvo dentro del ámbito del riesgo permitido, se excluiría la imputación objetiva. También habría que examinar si el resultado producido era previsible en la situación concreta, ya que si no lo es, entonces se tratará de un caso fortuito, que tampoco sería imputable objetivamente al agente. Lógicamente, tiene que darse un resultado dañoso, ya que la culpa sólo se sanciona si se produce un resultado lesivo.

El artículo 409 del Código Penal tipifica el delito de homicidio culposo, de la siguiente manera: *“Artículo 409. El que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes e instrucciones, haya ocasionado la muerte de alguna persona, será castigado con prisión de seis meses a cinco años. En la aplicación de esta pena los tribunales de justicia apreciarán el grado de culpabilidad del agente. Si del hecho resulta la muerte de varias personas o la muerte de una sola y las heridas de una o más, con tal que las heridas acarreen las consecuencias previstas en el artículo 414, la pena de prisión podrá aumentar hasta ocho años”*.

En términos similares, el artículo 420 del Código Penal, tipifica el delito de lesiones personales culposas, así: *“Artículo 420. El que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes o disciplinas, ocasione a otro algún daño en el cuerpo o en la salud, o alguna perturbación en las facultades intelectuales será castigado: 1. Con arresto de cinco a cuarenta y cinco días o multa de cincuenta unidades tributarias (50 U.T.) a quinientas unidades tributarias (500 U.T.), en los casos especificados en los artículos 413 y 416, no pudiendo procederse sino a instancia de parte. 2. Con prisión de uno a doce meses o multa de ciento cincuenta unidades tributarias (150 U.T.) a un mil quinientas unidades tributarias (1.500 U.T.), en los casos de los artículos 414 y 415. 3. Con arresto de uno a cinco días o con multa de veinticinco unidades tributarias (25 U.T.), en los casos del artículo 399, no debiendo procederse entonces sino a instancia de parte”*.

Siguiendo entonces la opinión de Reyes Echandía, un médico incurriría en un delito culposo o imprudente, por *“la reprochable actitud consciente de la voluntad que determina la verificación de un hecho típico y antijurídico por omisión del deber de cuidado que le era exigible al agente de acuerdo con sus condiciones personales y las circunstancias en que actuó”*¹⁴

Actualmente en la Asamblea Nacional se está discutiendo la Ley Contra la Mala Praxis en Salud, que, entre otras cosas, incorpora una serie de definiciones de mala praxis, de quienes son los profesionales de la salud, de sus auxiliares y agentes, de imprudencia, negligencia e impericia, del consentimiento, de tratamiento o terapia, de historia clínica, etc.

Casos especiales son las situaciones consideradas de temeridad extrema, con posibilidad de actuación dolosa, que sobrepasan la culpa e imprudencia, para entrar al campo del dolo eventual. Son aquellos casos de médicos, que han sido señalados de prácticas extremadamente temerarias, especialmente en relación con cirugías plásticas múltiples, así como de sitios que funcionan como clínicas, sin cumplir realmente con los requisitos básicos, ya que no cuentan ni con la infraestructura, ni con los permisos, ni con el personal, ni con el equipo necesario, para actuar en caso de que se presente una emergencia, a pesar de asegurarle a sus pacientes que sí disponen de ellos, en lo que podría considerarse una especie de estafa o fraude.

La posibilidad de la existencia o no del dolo eventual en la legislación penal venezolana, ha sido materia de gran discusión, tanto entre los autores como en la jurisprudencia, especialmente en la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, que en algunos casos ha reconocido esa posibilidad, pero en otros no¹⁵. Sin embargo, en la Sentencia No. 554 del 29 de octubre de 2009, dicha Sala declaró que el dolo eventual no se encuentra contemplado expresamente en el ordenamiento jurídico penal venezolano, por lo cual, no podría condenarse a nadie por dolo eventual, ya que se violentaría el principio de legalidad. Dicha Sentencia 554, fue anulada por la Sentencia No. 490 de la Sala Constitucional, de fecha 12 de abril de 2011, la cual, con carácter vinculante, acepta plenamente la existencia del dolo eventual en la legislación penal venezolana, indicando entre otras cosas, lo siguiente: *“... no sólo viola el principio de legalidad y, por ende, el debido proceso (artículo 49.6 constitucional) y la tutela judicial efectiva (artículo 26 eiusdem) reconocer la existencia de una norma que realmente no está prevista en el ordenamiento jurídico, sino también desconocer una norma jurídica que sí forma parte de él como es la que contempla el tipo base de homicidio doloso, prevista en el artículo 405 del Código Penal, la cual no sólo abarca el homicidio doloso de primer grado (dolo directo o indirecto de primer grado), sino también el de segundo (dolo indirecto, dolo directo de segundo grado o dolo de consecuencia necesaria) y el de tercer grado (dolo eventual o dolo de consecuencia eventual), ...”*.

De tal forma que esa es la interpretación y el criterio que ha dejado sentado nuestro máximo Tribunal en relación con el dolo eventual, el cual, lógicamente, ha traído como consecuencia el incremento de las acusaciones por mala praxis médica a título de dolo eventual.

Existen, por supuesto, otros delitos que pueden ser cometidos por médicos en forma dolosa, no sólo culposa, pero este trabajo sólo se refiere a los delitos imprudentes que pueden ser perpetrados por los médicos en el ejercicio de su profesión. Tal es el caso de los delitos de violencia obstétrica y de esterilización forzada, que se encuentran previstos y sancionados en la Ley Orgánica Sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia¹⁶.

OBLIGACIONES DE LOS MÉDICOS

El médico tiene la obligación de informar debida y suficientemente al paciente, acerca de la patología y dolencias que éste padece, y, en ocasiones, también a sus familiares, advirtiéndole de los riesgos que pudiera acarrear el tratamiento o la intervención quirúrgica, a que se le va a someter, según sea el caso, de manera que su decisión sea consciente, con cabal y total conocimiento de la situación en que se encuentra, así como de las posibilidades que tiene de sanarse o no. Por lo cual, debe hacer el mejor diagnóstico de la enfermedad, el más certero pronóstico, escoger el tratamiento adecuado e implementarlo debidamente, ya que su obligación fundamental es sanar al paciente.

EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE EN DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD

Entre los “*Derechos Civiles*” consagrados en la Constitución, se garantiza que “*Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral, en consecuencia: 1... 2... 3. Ninguna persona será sometida sin su libre consentimiento a experimentos científicos, o a exámenes médicos o de laboratorio, excepto cuando se encontrare en peligro su vida o por otras circunstancias que determine la ley*”. De tal manera que, por mandato expreso de la Constitución, salvo excepciones, hasta para que se le realice un examen médico o de laboratorio, se requiere el consentimiento de la persona. Ahora bien, en relación con la necesidad del consentimiento del paciente, pueden darse varias situaciones: en caso de que se pretenda dar el consentimiento para que se perpetre algún delito contra la vida o la salud del mismo, o de otra persona, como pudiera ser el consentir en el aborto o la eutanasia, ambos hechos se encuentran prohibidos expresamente en

la legislación venezolana, y tipificados como hechos punibles, aunque, desde hace ya mucho tiempo, ha habido varias propuestas para despenalizar ambos actos, sin que hasta la fecha hayan tenido éxito esos intentos.

Mendoza Troconis señala que cuando la intervención del médico se hace sin el consentimiento del paciente se le denomina “*tratamiento médico arbitrario*”, sin embargo, reconoce que la intervención se justifica y es necesaria, si está en peligro la vida, y que “*puede darse el caso de imposibilidad de obtener el consentimiento, si un herido está inconsciente*”¹⁷.

La Ley Sobre Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células en Seres Humanos¹⁸, que derogó a la Ley Sobre Trasplante de Órganos y Materiales Anatómicos en Seres Humanos de 1992¹⁹, establece que son donantes “*El ser humano que durante su vida haya manifestado su voluntad de donar, o aquél que no haya manifestado su voluntad en contrario*”²⁰. De tal forma que la nueva Ley prácticamente considera que todos somos donantes de órganos, tejidos y células, tanto los que dieron su consentimiento expreso, como aquellos que no indicaron su negativa a hacerlo, por lo que existe entonces el consentimiento presunto en caso de muerte, sea cual sea la causa de la misma²¹.

El consentimiento presunto pretende así sustituir la ausencia de un consentimiento real y efectivo, de la voluntad del titular del bien jurídico, quien generalmente no se encuentra en ese momento en condiciones de darlo, por el estado de inconsciencia en que se encuentra. En este sentido, existe el fundado temor, que el “*consentimiento presunto*” pueda ser mal utilizado y ocasiona que algunos pacientes no sean debidamente atendidos, por el interés de obtener sus órganos, tejidos o células. La donación presunta se encuentra establecida en el artículo 27, disponiendo que toda persona mayor de edad, “*a quien se le haya diagnosticado la muerte, se presumirá donante de órganos, tejidos y células con fines terapéuticos, salvo que existiese una manifestación de voluntad en contrario*”.

Por otro lado, el artículo 10 de la nueva ley, prohíbe cualquier tipo de transacción comercial de órganos, por lo cual, “*la donación de órganos, tejidos y células, solamente deberá realizarse a título gratuito*”. También se prevé la posibilidad de trasplantes entre personas vivas. Dicha ley, además de sanciones penales de prisión por algunas conductas dolosas, también prevé sanciones administrativas, de multa y de suspensiones del ejercicio de la profesión.

En la propuesta de un nuevo Código Penal del ex-Magistrado de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, Dr. Alejandro Angulo Fontiveros,

se plantean esas dos posibilidades, de despenalizar tanto el aborto como la eutanasia.

LA MALPRAXIS MÉDICA

La malpraxis médica ha sido definida por Arteaga Sánchez, como “*la actuación incorrecta en el ejercicio de la profesión médica, capaz de provocar daños al paciente*”²². De tal forma que la mala praxis médica es la inadecuada actuación del facultativo médico tratante, y se incurre en ella cuando el profesional médico no se ajusta a los criterios de la *lex artis*²³, que son los criterios generalmente aceptados de actuación, considerados adecuados por la comunidad sanitaria y científica, que sigue los mismos.

En relación con la culpa en casos de mala praxis médica, la Sala de Casación Penal, siguiendo la doctrina española, estableció en la Sentencia No. 177 del 25 de mayo de 2010, que “*la culpa en la praxis médica se caracteriza por una falta o defecto de la conducta, en la voluntad o en el intelecto que se puedan materializar en una desatención o descuido del paciente, en la carencia de los conocimientos médicos necesarios o en la técnica aplicable a un caso que tienen como consecuencia un estado de deterioro de la salud del paciente*”

De conformidad con la legislación venezolana, es el Ministerio Público el titular de la acción penal y quien tiene el monopolio de ejercer la misma, por lo cual, en caso de ocurrir algún hecho atribuible a mala praxis médica, cualquier denuncia de las presuntas víctimas o de sus familiares, deben interponerla por ante ese organismo. Sin embargo, desde hace varios años, el Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, ha dictado varios fallos, en los cuales se permite, excepcionalmente, que las víctimas puedan directamente presentar la acusación. Por otro lado, también la Defensoría del Pueblo, en ciertos casos, podría actuar.

El caso más sonado de mala praxis médica en los últimos años, es el lamentable fallecimiento de la Dra. Ninoska Beatriz Queipo, Presidenta de la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, el 10 de octubre de 2012, en la Ciudad de Caracas, aparentemente de sepsis generalizada severa y complicación intestinal (infección), luego de una cirugía estética (liposucción). Por dicho caso, fue imputada la médico cirujana Lidisay Galeno, por el delito de homicidio intencional a título de dolo eventual. El abogado defensor alegó que la muerte no fue causada por el acto quirúrgico, el cual, según él, concluyó satisfactoriamente, sino como consecuencia de una reacción adversa a una

transfusión sanguínea hecha al día siguiente de la operación. Cuestión que será dilucidada en el juicio y de la cual no se ha tenido información oficial.

Como se puede observar, en relación con la salud y la mala praxis médica, hay muchísimos aspectos irregulares que analizar y corregir, especialmente en Venezuela, cuyo sistema de salud es muy deficiente, entre los cuales considero como más importantes los siguientes:

- a) La existencia de numerosas empresas que ofrecen sus servicios sin realmente cumplir con los requisitos mínimos necesarios para garantizar un buen tratamiento médico;
- b) que en muchos de los hospitales, clínicas y demás centros de salud, tanto públicos como privados, proliferan las bacterias que amenazan la salud;
- c) que los descuidos médicos que ocasionan graves padecimientos físicos y mentales, y hasta la muerte, son muy frecuentes, y muchos no son ni siquiera denunciados;
- d) que además de los errores, también se observa a veces, el abandono del paciente por parte de algunos médicos inescrupulosos e irresponsables;
- e) que hay que analizar y revisar las normas disciplinarias de los Colegios Médicos, para actualizarlas y adecuarlas a las nuevas tecnologías y realidades;
- f) que existen faltas a la moral médica cometidas por ignorancia, negligencia, impericia o mala fe debidamente comprobada. Todas ellas deben ser objeto de sanciones por parte de los Tribunales Disciplinarios de los Colegios de Abogados y por la Federación Médica Venezolana;
- g) que también a veces las personas son negligentes como pacientes, y no siguen al pie de la letra las instrucciones de su médico, o, incluso, se auto recetan;
- h) que en ocasiones hay personas que tienen una fe tan ciega en su médico, una confianza excesiva en él, que no consultan otras opiniones médicas, dejando su salud y su vida en manos de un solo galeno, sin investigar ni escuchar otros diagnósticos, a pesar de haber observado algunos signos de negligencia de parte de su médico tratante;
- i) que hay médicos que no informan debidamente a su paciente, ni se preocupan en controlarlo, y simplemente lo abandonan a su suerte, especialmente después de una intervención quirúrgica, a pesar de que es en ese momento cuando más atención médica necesita;
- j) que también ocurre que muchas veces los pacientes no son atendidos en caso de emergencias, o son

- atendidos como para salir del paso, sin efectuar una verdadera revisión y análisis de su caso;
- k) que casos como el olvido de gases o de instrumental en una intervención quirúrgica, constituye una grave e injustificada negligencia médica, que puede traer serias consecuencias al paciente;
 - l) que no aplicar los sueros, vacunas y medicamentos necesarios y correspondientes a la enfermedad del paciente, o aplicar algunos defectuosos o vencidos, pueden dar lugar a exámenes y diagnósticos erróneos, y a tratamientos equivocados, que lejos de sanar al paciente, pueden comprometer su salud;
 - m) que antes de proceder a practicar cualquier operación o intervención quirúrgica, previamente deben practicarse al paciente todos los exámenes pre-operatorios necesarios. Así como después de la misma;
 - n) que se deben seguir todos los lineamientos y recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS);
 - o) que son frecuentes las transfusiones de sangre sin establecer el grupo sanguíneo ni la existencia de enfermedades (HIV, VDRL, hepatitis, etc.);
 - p) que realizar actos quirúrgicos innecesarios, y hacer operaciones con un simple examen clínico, también es un acto irresponsable, no ético y hasta criminal;
 - q) que hay que revisar y verificar el tiempo de coagulación y de sangría, así como la existencia de otras posibles afecciones, anomalías anatómicas, alergias y sepsis, antes de proceder a intervenir a un paciente;
 - r) que las equivocaciones en el diagnóstico, en la administración de fármacos y otros medicamentos, causan errores en la ejecución de procedimientos

CONCLUSIONES

Aunque la salud es un derecho social fundamental, reconocido y establecido en la Constitución Nacional y en otras leyes, lo cierto es que en la práctica se presentan muchas situaciones, que evitan y dificultan que la preservación de la salud sea una realidad, circunstancias éstas que ocasionan graves daños a los pacientes, sin que necesariamente sean toda responsabilidad de los médicos. En las clínicas, hospitales y demás centros e instituciones médicas y de salud, sean públicas o privadas, laboran muchas personas que sin ser médicos, sus actividades influyen grandemente en la salud de las personas, así vemos que el personal encargado del ingreso y admisión de los pacientes, pueden causar

retrasos que a su vez pueden ocasionar el deterioro de la salud del mismo, y disminuir así sus posibilidades de curación. Por ello, el tiempo de atención a los pacientes es un factor de fundamental importancia, y es necesario disminuirlo al mínimo posible. Lo mismo que el tiempo de llegada de las ambulancias a los sitios donde ocurren accidentes, porque los segundos y minutos cuentan.

Tanto los médicos como los pacientes, el gremio médico y la propia comunidad, deben estar conscientes de la necesidad de tomar este problema de la mala praxis con la mayor seriedad, responsabilidad y ética, y asumir que, así como no se pueden encubrir los hechos irregulares y hasta delictivos, en que incurrir algunos galenos, tampoco se puede denunciar y acusar alegre e irresponsablemente, a algún médico, sin que se haya hecho la correspondiente averiguación, y se determine que existen fundamentos y elementos serios, para proceder contra un profesional de la medicina, por un error que debe ser grave e inexcusable.

Por lo delicado del ejercicio de la profesión médica y las consecuencias que pueden acarrear sus actos, los médicos tienen que ser extremadamente cuidadosos, por ello, entre otras cosas, deben ser humanos, abnegados, altruistas, solidarios, tener mucho amor al trabajo, y ser dedicados, éticos, respetuosos, responsables, competentes, honestos, sensibles, modestos y eficientes.

Ahora bien, para evitar la mala praxis, fundamentalmente se deben evitar las situaciones irregulares antes mencionadas, y respetar los derechos de los pacientes, muy especialmente los siguientes: el derecho a recibir toda la información sobre su estado de salud, diagnóstico, alternativas de tratamiento, riesgos y pronósticos, todo lo cual debe constar en la historia clínica; el derecho a la libre elección entre las diversas opciones que le presente su médico tratante, siendo preciso su consentimiento previo expresado por escrito ante la realización de cualquier intervención, excepto en los casos de extrema urgencia, cuando exista riesgo de lesión irreversible o de fallecimiento y la urgencia no permita demoras, caso en el cual se consultará con sus familiares; el derecho a recibir la mejor atención sanitaria integral posible; el derecho al respeto de su personalidad, dignidad e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de tipo social, económico, moral e ideológico; y el derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso.

Por otro lado, pero no menos importante, son las condiciones en que debe encontrarse el centro asistencial (sea hospital, clínica, dispensario o centro de diagnóstico), cuyos servicios y estructura deben estar

en las mejores condiciones de habitabilidad, higiene y seguridad posibles, de manera que no impliquen riesgo adicional alguno para la salud del paciente. Debiendo estar dotado de los equipos médicos más modernos y avanzados, y el personal debe estar apropiadamente adiestrado y capacitado, para que se pueda garantizar una asistencia de calidad, con un régimen adecuado de comidas y de visitas de familiares y amigos, que faciliten la recuperación del paciente, con el mínimo de molestias posibles.

Finalmente, la situación de Venezuela en materia de salud es francamente desastrosa, se requiere sobre todo, la construcción de nuevos y modernos hospitales, con equipos de última tecnología, mejorar la preparación médica, aumentar los salarios de los galenos para reducir la migración a otros países y extender los servicios de salud a las zonas rurales, suburbanas y marginales. De no corregir esta lamentable situación los errores médicos seguirán aumentando.

Notas

- 1 Dependiendo la pena de si los delitos son dolosos o culposos, así como del tipo delictivo.
- 2 Artículo 1.185 del Código Civil
- 3 La OMS es una organización que forma parte de las Naciones Unidas
- 4 Entró en vigencia el 29 de marzo de 1985, fecha de su aprobación en la LXXVI Reunión Extraordinaria de la Asamblea de la Federación Médica Venezolana, efectuada en la ciudad de Caracas
- 5 Gaceta Oficial No. 39.823 del 19-12-2011.
- 6 Artículo 24.

- 7 Idem.
- 8 Ibidem.
- 9 RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro J. "*Síntesis de Derecho Penal. Parte General*". Ediciones Paredes. Caracas. 2006, p. 272
- 10 Ob. cit., p. 273.
- 11 GRISANTI AVELEDO, Hernando. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General". 10ª. Ed. Revisada. Vadell Hermanos editores. Valencia, Venezuela. 1997, p. 201
- 12 CHIOSSONE, Tulio. "*Manual de Derecho Penal Venezolano*". Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Imprenta Universitaria. Caracas. 1972, p. 105 .
- 13 Ob. cit., p. 301.
- 14 REYES ECHANDÍA, Alfonso. "*Derecho Penal*". Editorial Temis. Bogotá. 1998, p. 219.
- 15 1160 del 9-8-2000, 1463 del 9-11-2000, 1703 del 21-12-2000 y 159 del 14-5-2004.
- 16 Gaceta Oficial No. 38.770 del 17-9-2007 (reimpresión por error material).
- 17 MENDOZA TROCONIS, José Rafael. "Curso de Derecho Penal Venezolano". Parte General. Tomo II. Librería Destino, pp. 81 y 82.
- 18 Gaceta Oficial No. 39.808 del 25 de noviembre de 2011
- 19 Gaceta Oficial No. 4.497 Extraordinario de fecha 3 de diciembre de 1992
- 20 Artículo 3 numeral 8
- 21 biológica, al haber el cese total de las funciones vitales, o cerebral.
- 22 ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto. "*La Responsabilidad Penal del Médico*". Ed. Jurídica Alva S.R.L. Caracas. 2da. Ed. 1986, pp. 26 y 27
- 23 La traducción literal del latín es "*ley del arte*", y, en general, se entiende como el conjunto de normas o leyes que gobiernan el desempeño de determinado oficio o profesión. En el campo de la medicina se habla de *lex artis médica* o *lex artis ad hoc*.