

## Mala praxis médica en el derecho penal costarricense

### Medical malpractice in Costa Rican criminal law

Alejandro BARRANTES BÁEZ\*

**RESUMEN:** Para determinar la existencia de un ilícito por mala praxis médica, es preciso corroborar si se cumplen los requisitos objetivos (resultado dañoso) y subjetivos (falta al deber de cuidado) del tipo penal, así como un nexo de causalidad entre ambos. Todo ello, con la finalidad de determinar si se trata de un riesgo permitido en el arte médico o de un delito. Entonces, hasta en ese momento podría hablarse de una eventual responsabilidad por parte del personal médico, sea administrativa, penal o civil.

**PALABRAS CLAVE:** responsabilidad médica; derechos del paciente; mala praxis; iatrogenia; regulación penal.

**ABSTRACT:** To determine the existence of an illicit medical malpractice, it is necessary to corroborate whether the objective (harmful result) and subjective (lack of duty of care) requirements of the criminal offense are met, as well as a causal link between both. All this, in order to determine if it is a risk allowed in medical art or a crime. So, until then, one could speak of a possible liability on the part of medical personnel, be it administrative, criminal or civil.

**KEYWORDS:** Medical Liability; Rights of Patients; Malpractice; Iatrogenesis; Criminal Regulation.

---

\* Licenciado en Derecho. Abogado Litigante. Estudiante de la Maestría de Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica. Contacto: <jabarrantesb@abogados.or.cr>. Fecha de recepción: 27/10/2020. Fecha de aprobación: 30/01/2021.

## I. INTRODUCCIÓN

**E**n el sistema penal costarricense se encuentra el delito de lesiones culposas contemplado en el numeral 128 del Código Penal, el cual consagra una de las tantas conductas en la que la falta al deber de cuidado conduce a una afectación al derecho a la salud o la integridad física. No obstante, no es posible aseverar que específicamente se trate de la mala praxis médica; ya que tal como veremos, no existe un artículo específico para ello.

En realidad, existirá mala praxis médica cuando se provoque un daño en el cuerpo o en la salud de una persona física -valga recordar que la salud ha de entenderse desde el punto de vista físico, así como salud mental-, sea este daño parcial o total, limitado en el tiempo o permanente, como consecuencia de una acción profesional. No obstante, no se trata de cualquier actividad profesional, sino realizada en concurrencia con algunos de los siguientes elementos: imprudencia, negligencia, impericia o no observar las normas de los deberes a su cargo.

Para determinar la existencia de un delito de mala praxis médica, es preciso corroborar si se cumplen los requisitos objetivos (resultado dañoso) y subjetivos (falta al deber de cuidado) del tipo penal, así como un nexo de causalidad entre ambos y la culpabilidad del médico. Situación por lo que se hará especial alusión a la tipicidad subjetiva desde el marco de la teoría del delito, específicamente, para determinar si efectivamente estamos ante alguno de los posibles delitos que eventualmente podría configurarse por una mala praxis, o bien si se ha actuado dentro de los límites de la *lex artis* médica.

## II. CONCEPTO

Primeramente, previo a exponer los elementos que constituyen la mala praxis médica y analizar la tipicidad subjetiva propia de los

delitos en que encuadran dichas conductas, es de mérito exponer las nociones generales sobre la actividad médica y las posibles consecuencias. Tal como señala el jurista Carlos Tiffer, se entiende que ha ocurrido una mala praxis médica cuando “ocurre un daño en la salud de una persona, como efecto del accionar profesional debido a la imprudencia, impericia, negligencia o por no cumplimiento de las normas jurídicas respectivas o por falta a los deberes profesionales”<sup>1</sup>. Dicho esto, la jurisprudencia nacional ha corroborado lo manifestado líneas atrás, al decir la Sala de Casación Penal que la mala praxis es provocada por la

falta al deber de cuidado, reflejada –generalmente– como imprudencia, negligencia o impericia (...) mala práctica médica, entendida ésta como: “un *error involuntario vencible, un defecto o falta de aplicación de métodos, técnicas o procedimientos del actuar del profesional (examen físico, diagnóstico, tratamiento y seguimiento) que como resultado afecta la salud o la vida del paciente...*”<sup>2</sup> (La cursiva es propia).

Ahora bien, la Sala de Casación Penal ha señalado que la mala praxis médica se trata de una “falta al deber de cuidado”. Sin embargo, habría que determinar si efectivamente ese elemento de la teoría del delito, el cual se traduce como la “culpa” cuenta con los requerimientos básicos para ello -tema que será abordado más adelante-, y ser catalogado efectivamente como una mala práctica médica y no un riesgo permitido. En el mismo sentido, según

---

<sup>1</sup> TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, “Mala praxis y sus consecuencias penales”, San José, *Revista de Ciencias Penales*, núm. 19, 2001, n.p. Ver VARGAS ALVARADO, Eduardo, *Medicina Legal*, México, 2000. p.433.

<sup>2</sup> Resolución N° 00913-2011 emitida el 29 de julio del 2011 por la Sala de Casación Penal dentro del Expediente: 06-000194-0068-PE

Corbella citado por Carles Martín Fumadó<sup>3</sup>, se manifiestan diversos tipos de mala praxis y las clasifica en 4 grupos, siendo estos:

Un primer grupo lo constituye la denominada “*falta o insuficiencia de asistencia*”. En este grupo el motivo de denuncia sería una inasistencia total o parcial de un paciente. Sería el caso de un paciente ingresado en un hospital en otra sala a la adecuada por falta de camas o por cualquier otro motivo, y que ha empeorado por inasistencia posterior a su ingreso desde el servicio de urgencias.

Se define un segundo tipo denominado “*mala praxis aparente*” que se corresponde con aquellos casos con mala evolución o resultado a pesar de que la praxis médica sea correcta.

Un tercer grupo es el llamado “*mala praxis real*”. En este caso el resultado es insuficiente porque la actuación profesional también lo ha sido. Generalmente es consecuencia de un error grave de diagnóstico, tratamiento o seguimiento, que ha provocado un mal resultado.

Finalmente, existe un cuarto grupo al que se ha denominado “*doctrina del riesgo conocido*”. Se trata de casos en que se han producido complicaciones esperables, en pacientes graves en que una intervención quirúrgica difícil o prueba diagnóstico-terapéutica de riesgo, aunque bien realizada, ha conllevado un mal resultado terapéutico.

Sin embargo, difiero de la connotación dada por el autor, en virtud de que la mala práctica médica genera responsabilidad civil y/o penal; aunque no podría hablarse del riesgo conocido como una mala práctica contra el *lex artis*. En otras palabras, se verifica la mala praxis médica cuando “se provoca 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

---

<sup>3</sup> MARTÍN FUMADÓ, Carles, “Análisis de la responsabilidad profesional médica derivada del ejercicio de la Psiquiatría y de la Medicina Legal. Departamento de Psiquiatría i Medicina Legal” en *Psiquiatría i Psicologia Clínica*, Universitat Autònoma de Barcelona. Programa de Doctorat, n. 778, 1998, p. 15.

un accionar profesional realizado con imprudencia o negligencia, impericia en su profesión o arte de curar o por inobservancia...”<sup>4</sup>. Siendo que, resulta necesario estudiar donde se encuentra la protección por parte del ordenamiento jurídico costarricense al derecho de la salud; así como el tipo de responsabilidad que podría eventualmente atribuírsele al médico.

### III. ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE Y MALA PRAXIS

En el marco del ordenamiento jurídico costarricense y el derecho internacional, se ha reconocido el derecho a la salud, tanto en la Constitución Política y los Tratados y Convenios Internacionales como derecho humano y derecho fundamental. Por tanto, la Sala Constitucional ha manifestado que,

[...] si bien nuestra Constitución Política no contempla en forma expresa ese derecho -aunque sí se preocupa de regular expresamente los aspectos con ella relacionados, catalogados como parte de los derechos constitucionales sociales, como el derecho a la seguridad social-, no se puede negar su existencia, por ser derivado directo del derecho a la vida protegido en el artículo 21 de nuestra Constitución, ya que éste -*el derecho a la vida*- es la razón de ser y explicación última del derecho a la salud. La conexión existente entre ambos es innegable, *el derecho a la salud tiene como propósito fundamental hacer efectivo el derecho a la vida, porque éste no protege únicamente la existencia biológica de la persona, sino también los demás aspectos que de ella se derivan*. Se dice con razón, que el ser humano es el único ser de la naturaleza con conducta teleológica, porque vive de acuerdo a sus ideas, fines y aspiracio-

---

<sup>4</sup> SALAZAR, Bernan y QUINTANA, Roxana, “La mala praxis. Responsabilidad penal del profesional en medicina” en *Medicina Legal*, vol. 10, núm. 2, 1993, pp. 30-33.

nes espirituales, en esa condición de ser cultural radica la explicación sobre la necesaria protección que, en un mundo civilizado, se le debe otorgar a su derecho a la vida en toda su extensión, en consecuencia a una vida sana. Si dentro de las extensiones que tiene éste derecho está, como se explicó, el derecho a la salud o de atención a la salud ello incluye el deber del Estado de garantizar la prevención y *tratamiento de las enfermedades*<sup>5</sup>. (El destacado no es de su original).

Conforme a lo anterior, es que cabe recordar que el derecho a la salud otorga una serie de beneficios para el paciente. Tales como los consagrados en la Ley No. 8239 del 2 de abril del 2002 donde se establecen los derechos y deberes de las personas usuarias de los servicios de salud y privados, específicamente reza el artículo segundo:

Artículo 2.- Derechos:

Las personas usuarias de los servicios de salud tienen derecho a lo siguiente:

- a) *Recibir información clara, concisa y oportuna*, sobre sus derechos y deberes, así como sobre la forma correcta de ejercitarlos.
- b) Ser informadas del nombre, los apellidos, *el grado profesional y el puesto que desempeña el personal de salud* que les brinda atención.
- c) *Recibir la información necesaria y, con base en ella, brindar o no su autorización para que les administren un determinado procedimiento o tratamiento médico (...)*
- e) *Recibir atención médica con la eficiencia y diligencia debidas.*
- f) *Ser atendidas sin dilatación en situaciones de emergencia (...)*
- i) *Obtener el consentimiento de un representante legal cuando sea posible y legalmente pertinente (...)*

---

<sup>5</sup> Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Recurso de amparo: voto 1915-1992, 22 de julio de 1992, 14:12 horas”, expediente 92- 001915-0007-CO. El voto fue redactado por el magistrado Luis Paulino Mora.

k) Tener acceso a su expediente clínico y a que se le brinde una copia...

Igualmente, es importante decir que adicional a la Constitución Política de Costa Rica, se regula el derecho a la salud en algunos instrumentos tales como:

<b>INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE REGULAN EL DERECHO A LA SALUD</b>	
<b>INSTRUMENTOS JURÍDICOS</b>	<b>ARTÍCULO (S) O APARTADO (S)</b>
<b>Internacionales</b>	
Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)	25
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	12
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1967)	5º
Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)	11 ,12

<b>INSTRUMENTOS JURÍDICOS QUE REGULAN EL DERECHO A LA SALUD</b>	
<b>INSTRUMENTOS JURÍDICOS</b>	<b>ARTÍCULO (S) O APARTADO (S)</b>
<b>Internacionales</b>	
Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)	25
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	12
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1967)	5º
Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)	11 ,12
Convención sobre los Derechos del Niño (1989)	24, 25, 26
Convención Americana de Derechos Humanos (1969)	4º,5º
Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o, Protocolo de San Salvador (1988)	10
Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (1948)	XI
Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul) (1981)	16
La Declaración para la Promoción de los Derechos de los Pacientes en Europa (1994)	2º

Tratado de Maatrischt (1992)	129
Tratado Constitucional Europeo (2004)	II-95
<b>Nacionales</b>	
Constitución Política de la República de Costa Rica (1949)	21,46,50,76
Ley General de Salud (1973)	1º,3º,4º
Ley General de Derechos y Deberes de las Personas Usuarías de los Servicios de Salud Públicos y Privados (2002)	2º

Tabla I. Elaborada por Susana Araya Orozco, 2010, pág. 48-49<sup>6</sup>.

Consecuentemente, no cabe duda de que el daño provocado por la mala práctica médica ocasionaría efectivamente un perjuicio a un derecho fundamental, el cual esta debidamente regulado en el ordenamiento costarricense.

#### IV. LEX ARTIS MÉDICA

En cuanto al término *lex artis*, se asevera por parte de Vázquez, citado por Arboine que debe entenderse como el “conjunto de prácticas médicas aceptadas como adecuadas para tratar al enfermo en el momento de que se trata. De modo que, cuando se faltan a estas prácticas se habla de “Mal Praxis”<sup>7</sup> (La resaltado es propio). Empero, de existir correlación entre la conducta del médico y el uso adecuado de las diligencias o prácticas propias de su función, el

<sup>6</sup> ARAYA OROZCO, Susana, “La Culpa de los Profesionales en Medicina por Mal Praxis”, Tesis de la Universidad de Costa Rica, 2010, p. 76.

<sup>7</sup> ARBOINE CIPHAS, Maureen, “Causalidad y Responsabilidad Médica”, Legal de Costa Rica-Edición Virtual Vol. 32, núm. 2, Setiembre 2015, p. 5.

médico habría obrado diligentemente como un buen profesional. Entonces, es cierto que el médico tiene una obligación, pero no se trata de una de resultados, sino de medios. Con lo cual quiere decir, que no busca un resultado con total certeza, sino uno en el que se denote su correcto actuar. En otras palabras, “la obligación de medios que tiene el médico se debe poner en relación con el criterio de la *lex artis* que servirá para determinar cuándo se han puesto los medios correctos y en qué supuestos la atención prestada al paciente ha sido la adecuada en consideración a las condiciones y circunstancias en las que se presta dicha atención”<sup>8</sup>. A partir de lo esbozado supra, cabe decir que existen 3 tipos de responsabilidad por parte de los médicos en relación con sus pacientes que son las que abarcan el resto. Teniéndose la responsabilidad penal, civil y administrativa.

## V. RESPONSABILIDAD MÉDICA

Se entiende por responsabilidad médica la obligación que tiene toda persona que ejerce el arte de la salud, al tener que responder ante la justicia por los actos perjudiciales que pueda ocasionar cuando sobrepasa los límites propios de dicha ciencia y se haya causado un daño. De tal forma que, el daño se entiende como cualquier detrimento, menoscabo o perjuicio que experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales. Para efectos legales, Tamayo sostiene que el “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o inmaterial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado

---

<sup>8</sup> LIMAYLLA VEGA, Gladis María, *La mala praxis médica y la obligación del estado médico de informar a la paciente de su estado de salud*, año 2017, Lima, Universidad Norbert Wiener, 2018, p. 87.

por alguien diferente de la víctima”<sup>9</sup>. Así pues, la doctrina señala que a solución ideal contra los daños debe ser integral, completa, pero también preventiva de los derechos de las personas, con la finalidad de adoptar las medidas precautorias necesarias, lo que evitaría que derechos amparados en la Constitución Política.

A su vez, diversos autores definen la *responsabilidad médica*, siguiendo a Gisbert Calabuig, se dice ser “la obligación de reparar o compensar los daños producidos por el médico en el curso de su actividad profesional”. Del mismo modo, continúa diciendo que la *responsabilidad profesional médica* debe entenderse como “la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios, incluso involuntarios dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión”<sup>10</sup>.

Tal como se expuso líneas atrás, cuando el médico toma a su cargo la asistencia de un paciente, asume una obligación. Desde el punto de vista jurídico, las obligaciones pueden ser de dos tipos: *a) de medios y b) de resultados*. Un claro ejemplo, se podría utilizar al decir que: “En las obligaciones de resultado, el deudor se obliga a proveer el éxito que apetece el acreedor. En las obligaciones de medio, sólo está obligado a intentar el logro de aquel resultado, debiendo a ese efecto, proceder con un comportamiento diligente, en prosecución de dicho fin”<sup>11</sup>.

Por ende, el médico, en principio, no puede comprometerse a curar a sus pacientes pero está, obligado a poner en práctica

---

<sup>9</sup> TAMAYO, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*. T I, Bogotá, Editorial Legis, 2007, p. 326.

<sup>10</sup> CALABUIG, Gisbert, *Medicina legal y toxicología*, 6a ed., Barcelona, Masson, 2005, pp.24-109.

<sup>11</sup> KVITKO, Luis Alberto, “La responsabilidad Médica en Cirugía Es-tética. ¿Obligación de medios o de resultados? Antecedentes. Jurisprudencia Argentina y Española. Cambio radical en la doctrina y criterio jurisprudencial español”, *Medicina Legal de Costa Rica*, vol. 28, núm. 1, ASOCOMEFO-Departamento de Medicina Legal, Poder Judicial, Costa Rica, marzo 2011, p. 8.

todos los cuidados necesarios para satisfacer su objetivo final; ya sea el de alcanzar la curación del enfermo, a minimizar el dolor o impedir futuras complicaciones, y así evitar en la medida de lo posible la muerte. Consiguientemente, pondrá en práctica toda su experiencia y conocimientos médico-científicos del momento y los medios a su alcance. Esto quiere decir que se cumple con la obligación al agotar todos los esfuerzos porque se logre el objetivo (la curación, tratamiento, etc...), y no al efectivamente alcanzar ese objetivo. Lo que se promete es una conducta diligente y prudente, más no un resultado determinado. Claro esta, que existen excepciones a nivel médico, por ejemplo, las cirugías plásticas donde podría discutirse acerca de una obligación de resultado.

#### A) LA RESPONSABILIDAD Y SU TIPOLOGÍA

Ahora bien, respecto a la tipología de la responsabilidad se puede dividir en múltiples categorías, entre ellas:

- *Objetiva*, de acuerdo con sus efectos
- *Subjetiva*, en función de la comprobación del dolo o mala fe.

Asimismo, puede clasificarse según la doctrina en una responsabilidad de otro tipo dependiendo del campo normativo:

- *Contractual*, si deriva de un convenio entre las partes (paciente y médico).
- *Extracontractual*, si no se deriva de un acuerdo entre partes.
- *Administrativa*
- *Civil*, se da en la situación en la cual existe daño por culpa o por dolo, dando lugar a una indemnización pecuniaria.
- *Penal*, ocurre cuando el derecho penal tipifica la conducta respectiva como delito.

No obstante, para nuestros efectos haremos referencia únicamente a la responsabilidad penal; al considerar que la responsabilidad civil sería más que obvia en caso de no cumplir con los estándares de la *lex artis* médica.

## VI. RELACIÓN ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA MALA PRAXIS

Ahora bien, se discute ampliamente si el derecho penal es la vía correcta para conocer el actuar de un médico ante el eventual caso de que en un procedimiento médico determinado asunto pueda complicarse. Sobre todo porque para que la conducta médica sea imputable a un sujeto, debe cumplir con estar configurada en el Código Penal. Ahora bien, en virtud de que la pena o sanción penal recae sobre las personas en forma directa, se cataloga este tipo de responsabilidad -penal- de índole subjetiva, debiéndose demostrar la relación directa o nexo de causalidad entre el accionar médico y el daño. Para esto último, existen diversas teorías que se discuten en la doctrina.

Se pueden mencionar posibles conductas médicas que podrían configurar la mala praxis a raíz de errores, que en realidad no son más que faltas al deber de cuidado, aunque habrá que remitirse al caso concreto para el estudio de los elementos de la teoría del delito y corroborar si es un riesgo permitido. Por ende, se exponen en la siguiente tabla:

Tabla I Tipos de errores que conducen a la malapraxis

Diagnósticos	Error o retardo en el diagnóstico
	Fallo en la indicación de pruebas pertinentes
	Fallo al actuar en base a los resultados de las pruebas realizadas
	Indicación de pruebas terapéuticas inadecuadas
Terapéuticos	Cuidado inapropiado o no indicado
	Error en el método o dosis de administración de medicamentos
	Error en la administración del tratamiento
	Realización errónea de cirugía, procedimentoso pruebas
Preventivos	Retraso evitable en tratamiento o respuesta apruebas anormales
	Fallo por no indicar tratamiento profiláctico
	Indicaciones profilácticas inadecuadas
Otros	Inadecuado seguimiento del tratamiento
	Fallo en el equipo
	Fallo en la comunicación
	Fallo en otros sistemas

Tabla II. Elaborada por Fuentes del Campo, Antonio y Ríos Ruíz, Alma, 2018<sup>12</sup>.

Siendo que, al final de cada una de ellas podríamos determinar si efectivamente podría hablarse de un hecho delictivo o no, y sugerir la calificación jurídica pertinente. Por lo general -para no decir siempre-, la mal praxis se constituye a partir de la falta al deber de cuidado, dando cabida a los siguientes delitos:

- Lesiones
- Homicidio
- Aborto
- Falsedad ideológica.

En otras palabras, en el ordenamiento jurídico costarricense no existe la mala praxis tipificada, pero ello no excluye que se aplique lo relativo a la responsabilidad administrativa, civil y penal. Ahora, hay que tener presente que un caso de responsabilidad por

<sup>12</sup> Fuentes del Campo, Antonio y Ríos Ruíz, Alma. El ejercicio de la Medicina y su entorno legal. Cirugía Plástica Ibero- Latinoamericana; Madrid, v. 44, n. 2, jun. 2018, 123-130.

mala praxis médica, puede generar tanto un proceso penal (que busca una sanción penal), como un proceso civil (que busca una reparación por los daños causados) simultáneamente a través del uso de la acusación y/o querrela en conjunto con la acción civil resarcitoria.

#### A) ELEMENTOS QUE INCIDEN PARA IMPUTAR LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Por otra parte, sin adentrarnos en mayores detalles que no vienen al caso, los elementos necesarios para el estudio de la responsabilidad penal por parte de un personero de la salud evidentemente serán los mismo de la teoría del delito. Con ello, permitirán valorar si efectivamente la conducta que se le achaca resulta en una acción, la cual ha de ser a su vez típica, antijurídica y culpable.

#### B) RESPONSABILIDAD PENAL Y TIPICIDAD SUBJETIVA

Al adentrarnos en la responsabilidad penal, no cabe ninguna duda que el concepto de responsabilidad está íntimamente vinculado al de daño; y se materializa cuando se ha producido una actuación que tiene como consecuencia la afectación de las personas, de sus intereses o de sus bienes. Sin embargo, no toda conducta esta orientada a ocasionar un daño como finalidad última. Entonces, para ello es importante determinar la tipicidad subjetiva del sujeto activo que comete la acción antijurídica y culpable. Es cierto, que hay conductas que buscan intencionalmente causar el daño; mientras otras por el contrario, si bien lo producen sin ninguna intención. Por lo que resultaría ilógico imponer la misma sanción, o en algunos casos sancionar la conducta que fue imprevisible del todo. Pudiendo observar, como existe una diferencia entre lo que se llama culpa, la cual se configura como una falta de diligencia o cuidado y el dolo.

Razón por la cual, señala Francisco Moreno en su artículo sobre “Responsabilidad Penal del Médico”, citado por Maureen Arboine Ciphaz al decir que,

la imprudencia o negligencia o culpa no dolosa, es la habitual en medicina, ya que el dolo (intención de hacer daño), es excepcional en nuestra profesión, a su vez define la imprudencia: “como la conducta humana, que por falta de previsión o inobservancia de un deber de cuidado del sujeto que la ejecuta, produce un resultado lesivo para un bien jurídico protegido en una norma penal. Se ocasiona una lesión porque el sujeto no previó el resultado, o habiéndolo previsto, no lo evitó pudiendo hacerlo<sup>13</sup>.

### *El Dolo Penal*

Tal como en reiteradas ocasiones ha manifestado Cecilia Sánchez, el dolo constituye el ámbito subjetivo del tipo de injusto en los delitos dolosos. De forma que, la responsabilidad se advierte por la finalidad que busca el sujeto con la conducta que realiza. El sujeto quiere y sabe que va a provocar un daño en la persona, en los intereses de esta o en sus bienes. En otras palabras, por se entiende la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito. Cuestión que, sería difícil creer que un médico en el ejercicio de su función actúe de dicha forma, y reduciéndose a una situación casuística.

### *La Culpa Penal*

Al igual que ocurre con el dolo, en la teoría del delito se encuentra la culpa, específicamente en la tipicidad, concretamente en el tipo subjetivo. Acá es donde se estudia la actitud del sujeto a la hora de cometer el ilícito. Siendo la culpa, “una calificación de la acción y no es la acción en sí misma. La acción es la conducta humana

---

<sup>13</sup> CIPHAS, Arboine, *op. cit.*, p. 5.

voluntad con una finalidad, y la culpa es una de las formas de comisión delictiva<sup>14</sup>. Así es que, se define el delito culposo como “(...) una acción que no está orientada hacia la realización de un hecho antijurídico, pero que lo concreta, porque el sujeto omitió el deber de cuidado imprescindible para que no aconteciera. Le es reprochable porque pudo y debió evitarlo. Y por serle reprochable es punible. (...)”<sup>15</sup>.

A pesar de no tener la intención para la comisión del delito, resulta reprochable porque tampoco cumplió con las exigencias mínimas que debe observar en la ejecución de la actuación correspondiente. En esa misma línea señala Tiffer que,

resulta más difícil determinar la finalidad del acto, ya que la actuación carece de una finalidad delictiva. *El sujeto no sabe, ni quiere, el resultado dañoso*. Su conducta se encuentra en el límite de imputabilidad, entre el ámbito de protección de la norma y más allá del riesgo permitido. Otra dificultad de este tipo de delitos es que tampoco resulta fácil precisar el tipo de riesgo y cuáles son sus excesos. Primero porque las conductas son innumerables y no se encuentran todas escritas y, segundo, porque la evaluación del peligro corresponde siempre a una valoración legal, es decir al juez penal<sup>16</sup> (El resaltado es propio).

Dicho esto, es notorio como existen dos elementos esenciales a la hora de analizar la culpa como elemento de la tipicidad desde el tipo subjetivo. Siendo estos, la previsibilidad y la evitabilidad. Lo anterior, porque es a partir de ambos conceptos que se reprocha la

---

14 RENAULD CASTRO, Andrea, “La Noción de Culpa en el Ordenamiento Jurídico Penal Costarricense: Análisis del Tipo Omisivo Culposo a partir de la Teoría de la Imputación Objetiva”, Tesis de Graduación para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Campus Rodrigo Facio, Universidad de Costa Rica, 2002, pp. 20-29.

15 TERRAGNI, Marco Antonio, *El Delito Culposo*, Argentina, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1984, p. 27.

16 TIFFER SOTOMAYOR, Carlos, “Mala praxis y sus consecuencias penales”, San José, *Revista de Ciencias Penales*, núm. 19, 2001, n.p.

acción cometida al individuo, de manera que han de comprenderse respectivamente como la

*previsibilidad*, en el tanto, solo puede hablarse de culpa en la medida en que era previsible el resultado dañoso, no pudiendo reprocharse la conducta si no existía la posibilidad de preverlo. Se entiende por previsibilidad la posibilidad abstracta de un hombre de mediana inteligencia y cultura, en un determinado momento, para prever un resultado como consecuencia de su propio actuar.

Por su parte, la *evitabilidad* sugiere que no hay culpa si el sujeto no tenía la posibilidad de impedir el resultado, pues si algo es inevitable, no depende de la voluntad del sujeto, por lo que se carece de acción, la cual es fundamental para hacer un análisis según la teoría del delito<sup>17</sup> (La cursiva es propia).

En el delito culposo por mal praxis esa voluntad que se reprocha se encamina a no actuar conforme a las reglas del arte médico, sin embargo dichas reglas *-lex artis-* se traza en una línea muy delgada. Entonces, en materia penal la responsabilidad profesional médica a partir del concepto de “culpa” se ha definido a partir de cuatro categorías que se manifiestan como:

1. *Impericia*: es una actuación con *ausencia de los conocimientos fundamentales*. Se trata de la culpa profesional; se imputa impericia al agente *cuando este sin estar debidamente preparado o capacitado para realizar determinada acción peligrosa*, lo realiza sin prever el resultado dañoso. Es la falta o insuficiencia de aptitudes para el ejercicio de una profesión o arte que importa un desconocimiento de los procedimientos elementales. Cuando no posea los conocimientos o la destreza requerida.

2. *Imprudencia*: es una actuación temeraria o precipitada. Se verifica cuando *el autor realiza la acción por actos inusitados, precipitados y fuera de lo corriente*, de los cuales debió abstenerse por ser capaces de producir un resultado lesivo para determinado bien jurídico por

---

17 ARAYA OROZCO, Susana, *op. cit.*, p. 76.

las mismas circunstancias que lo rodean. La *imprudencia requiere la concurrencia* de los siguientes requisitos:

- a) Una acción u omisión voluntaria no maliciosa;
- b) Infracción del deber de cuidado;
- c) Creación de un riesgo previsible y evitable;
- d) Un resultado dañoso derivado de aquella descuidada conducta (relación de causalidad).

3. *Negligencia*: se obra por negligencia cuando el agente *no toma las debidas precauciones y prudencia en su accionar*; el deudor omite realizar un acto que la prudencia aconseja realizar.

4. *Inobservancia de reglamentos o normas*: se trata de la inobservancia de los reglamentos y deberes del cargo; es decir, *inobservancia de disposiciones expresas* (...) Se refiere al incumplimiento de la obligación que tienen todos los que trabajan en un hospital de respetar los reglamentos internos o específicos de la institución y las reglas del servicio; también incluyen los principios éticos de la Medicina y los derechos del paciente.<sup>18</sup>

### C) DISTINCIÓN ENTRE DOLO EVENTUAL, CULPA CON REPRESENTACIÓN Y CULPA

En vista de ambas figuras que se hallan dentro de la tipicidad subjetiva, han de esclarecerse algunos conceptos que podrían ser fácilmente confundidos. Sobre todo porque el contenido del elemento subjetivo del tipo imprudente no es otro más que actuar de forma consciente en la vulneración al deber de cuidado; aunque “ese nivel de conciencia no abarca el resultado, cosa que si ocurre por ejemplo, en el dolo eventual, donde el sujeto abarca el resultado en su comportamiento típico”<sup>19</sup>. Entonces, según Francisco Castillo el dolo eventual es aquel que “se da cuando el sujeto, pese

---

<sup>18</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro, “Derecho Penal. Parte Especial”, vol. 1, Lima, Grijley, 2010, pp. 101-102.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ DELGADO, Julio, *El tipo imprudente*, Lima, Grijley, 2007, p. 77.

a percibir los riesgos de provocar un desorden social con su desempeño, actuó de igual forma por haber descartado el peligro<sup>20</sup>.

Se ha dicho que, en medicina también pueden obrar con culpa con representación el médico que por olvido no receta antibióticos a un paciente previo a un procedimiento quirúrgico menor, habiéndose representado la posibilidad de desarrollo de una severa infección, pero confiando en que esta infección no se iba a desencadenar. Siendo que, actúan u omiten actuar conforme a la *lex artis*, teniendo conciencia que eso puede generar consecuencias perjudiciales en el paciente; pero confiando en que la misma no se iba a desarrollar. Entonces, nos hallamos en el punto elemental de la culpa con representación y del dolo eventual, casi sin poder diferenciarla. De modo que, se ha dicho el único “aspecto que marca la distinción entre el dolo eventual -en el cual el sujeto activo prevé el resultado y lo acepta como una posibilidad- y la culpa con representación -donde el sujeto activo prevé el resultado pero confía en que lo evitará o en que no sobrevendrá”<sup>21</sup>.

Por otro lado, también valga hacer la distinción entre la culpa con previsión debe diferenciarse del dolo eventual; la culpa sin previsión debe distinguirse del caso fortuito. Donde la diferencia entre estas dos últimas figuras, radica en que el sujeto actuando conforme el debido cuidado, no tuvo ninguna posibilidad de prevenir el resultado dañoso o al menos de evitar que este se produjera.

## VII. ELEMENTOS DEL TIPO OBJETIVO

Ahora bien, a nivel doctrinario se han ido creando diversas teorías para explicar la causalidad física o natural entre la acción de un sujeto y el resultado dañoso. Diversas teorías se han creado

---

<sup>20</sup> CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco, “Observaciones sobre los Delitos Culposos”, (s.f., n.p.), 287.

<sup>21</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 6° ed., Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 415.

y siguen siendo objeto de discusión, no obstante, la teoría de la imputación objetiva es la que prevalece. Tal como señala Renauld Castro, al decir que

(...) a la par del reconocimiento de la teoría de la equivalencia de las condiciones, punto de partida que comparte con la doctrina mayoritaria, (la teoría de la imputación objetiva) afirma que el *tipo objetivo no puede afirmarse con la mera constatación de un relación causal, sino que es necesario que exista, entre acción y resultado, una especial relación de riesgo*<sup>22</sup> (El resaltado es propio).

Consecuentemente, tal como hemos venido adelantando a lo largo del presente artículo, se denota que los elementos del tipo objetivo en los delitos culposos son tres: 1) *La acción u omisión típica*. 2) *La relación o vínculo causal de esta acción u omisión*; y 3) *el resultado lesivo*. En relación a la acción u omisión, cabe decir que en los delitos culposos, -todos los delitos de mala praxis médica-, no existe una definición de la acción que se encuentra prohibida, ni de la acción que se encuentra mandada por ley. Lo anterior, en virtud de que, los delitos culposos se desarrollan mediante tipos penales abiertos, cuyos alcances deben ser interpretados a través de la actividad del juzgador.

En segundo y tercer lugar, para determinar la relación o vínculo de la acción u omisión con el resultado lesivo, será necesario y *no bastará un análisis de causalidad natural*. Siendo necesario descartar a través de: condiciones de iatrogenia existentes en una actividad médica particular, *para tener la certeza de que no se trató en realidad de un riesgo permitido*.

Consecuentemente, tal como ha señalado la Sala de Casación Penal, el único modo para poder afirmar la existencia de un delito culposo en el campo médico, será determinar “en primer lugar; la falta (voluntaria o involuntaria) cuya producción haya sido previsible y evitable en el ejercicio de su profesión (...) En segundo

---

<sup>22</sup> Renauld CASTRO, *op. cit.*, p. 123.

lugar; la creación efectiva de un resultado lesivo (...) En tercer y último lugar; que el resultado perjudicial sea consecuencia directa de la falta cometida...”<sup>23</sup>.

Asimismo, ello permite arribar a la conclusión de que efectivamente la teoría de la imputación objetiva tendrá una estricta relación con la teoría del riesgo permitido en la *lex artis* médica. Tal es el caso, que se ha manifestado que,

la noción de riesgo ocupa el centro de la teoría de la imputación objetiva, lo que es coherente con el sustrato sociológico que nutre el funcionalismo: La sociedad, y su expresión institucionalizada que es el Estado, permite, consiente y auspicia ciertas conductas (como las del arte de curar) que generan riesgo; esto es, la contingencia o proximidad de un daño. Las permite porque resulta imposible (y más bien absurda la pretensión) de impedir las todas, siendo que prácticamente cualquier comportamiento humano conlleva peligro. Las consiente en la medida en que los beneficios que generan son superiores a los perjuicios. Es lo mismo que decir: en la serie estadística la efectiva concreción de un daño es infrecuente y su entidad mínima.<sup>24</sup>

Entonces, dicho de otra manera según Bacigalupo citado por Terragni “así, la idea *riesgo permitido*, es decir, no es que el riesgo sea permitido, sino que existe libertad para realizar acciones riesgosas: libertad hasta ciertos límites; esta teoría alude a todas las acciones peligrosas que, no obstante serlo, pueden ser emprendidas teniendo en cuenta su utilidad social”<sup>25</sup>. Con lo cual, quiere decir que es el límite de una forma socialmente riesgosa de actuar,

---

<sup>23</sup> Resolución N° 00913-2011 emitida el 29 de julio del 2011 por la Sala de Casación Penal dentro del Expediente: 06-000194-0068-PE

<sup>24</sup> TERRAGNI, Marco Antonio, *La moderna teoría de la imputación objetiva y la negligencia médica punible*, Córdova, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad Nacional de la Pampa, 2001, pp. 9-10.

<sup>25</sup> *Idem*.

y será válida si se respeta el cuidado exigible. Así pues, el riesgo permitido le otorga al individuo un ámbito de libertad en el que desenvolverse.

Según Susana Araya, varios criterios fungen como parámetros para determinar cuándo una conducta se ubica dentro del riesgo permitido:<sup>26</sup>

- *Criterio del hombre prudente*: Parte de la comparación con el comportamiento de una persona razonable y cuidadosa que estuviera en la misma posición del autor en el caso concreto.
- *Principio de Confianza*: no se responde por faltas de cuidado ajenas, pues el que realiza una actividad arriesgada confía en que los que actúan junto a él se van a comportar correctamente.
- *Actuación a riesgo propio de la víctima*: utiliza el principio de autorresponsabilidad que trata la autonomía de cada individuo de disponer de los bienes de los que es titular, en los casos en los que asume voluntariamente un riesgo. En este caso se ubica la acción dentro del riesgo permitido si la actividad se ubica dentro de los límites de lo previsto entre autor y víctima.

## VIII. PROTECCIÓN DEL MÉDICO ANTE UNA POSIBLE MALA PRAXIS

Ahora bien, resulta importante señalar que no en todos los casos en los que un paciente se complique estará el médico en una situación de mala praxis médica. Siendo de vital importancia que el médico proponga el consentimiento informado, el cual debe estar expresamente firmado por el paciente o sus familiares, según el caso. Ese consentimiento debe regirse por las mismas reglas del derecho civil, donde “el sujeto debe ser capaz para consentir -desde un punto de vista jurídico-; estar libre de presión, fraude, engaño, coacción, o compulsión; y disponer de la información y comprensión suficiente de los elementos en juego. El consentimiento informado, señala Enrique Varsi, que “es la anuencia

---

26 ARAYA OROZCO, Susana, *op. cit.*, p. 76.

libre, voluntaria y conscientemente manifestada por un paciente, en pleno uso de sus facultades, después de recibir la información adecuada, a efectos que se lleve a cabo en él una actuación médica en el tratamiento de su salud<sup>27</sup>.

En ese mismo sentido, se dispone en el Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos, de 1984 el consentimiento informado, como:

el consentimiento informado consiste en la explicación a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica del paciente.<sup>28</sup>

Entre los derechos que tienen los pacientes, se encuentra la *autonomía del mismo*, cuestión que suele pasarse por alto, cuando esta en realidad “implica una visión del ser humano como agente moral y artífice de sus propios pensamientos, decisiones y acciones<sup>29</sup>. De manera que, hoy en día podemos decir que,

el consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizadas en la teoría de los derechos humanos, consecuencia neces-

---

<sup>27</sup> VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique, *Derecho médico peruano*, Lima, Grijley, 2006, pp. 183-184.

<sup>28</sup> LIMAYLLA VEGA, Gladis María, “La mala praxis médica y la obligación del estado médico de informar a la paciente de su estado de salud, año 2017”, Lima, Universidad Norbert Wiener, 2018, p. 37.

<sup>29</sup> LIMAYLLA VEGA, Gladis María, *op. cit.*, p. 49.

ria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo.<sup>30</sup>

Consiguientemente, si hay un riesgo permitido en lo estipulado como acción socialmente adecuada; ya que la culpa penal es una acción que excede la permisión del riesgo, por lo que se trata de una acción socialmente inadecuada.

## IX. CONCLUSIÓN

Actualmente no existe un consenso internacional sobre la definición del error médico. Siendo que, se ha sido definido como el fracaso de aplicar completamente un plan de acción como fue propuesto. Tal como, se denota en el artículo, es importante diferenciar el error médico de la mala práctica y sus variantes como la infracción o imprudencia, negligencia, la mala fe, el abandono, impericia. Sin embargo, en razón de ello su penalización ha sido cuestionada. Para muchas personas juristas los delitos culposos no deben ser penados de la misma manera que los delitos dolosos; es decir, con pena de prisión. Para muchas personas, incluso, los daños ocasionados por mala praxis médica no son pertenecientes a la materia penal, sino que son propios de una relación contractual civil.

Por último, el principio de legalidad penal debe tener al menos un mínimo grado de vigencia en el caso de los delitos culposos de mala praxis médica. Todo ello, por tratarse de tipos penales abiertos en los cuales debe de verificarse la acción u omisión que se le atribuye al médico en cuestión.

---

<sup>30</sup> DE SA LIMA, Porfirio, *El consentimiento informado: estudio comparativo de los sistemas español y brasileño de protección al paciente*, Salamanca, *Ratio Legis*, 2017, p. 72.