



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

“LOS ARTÍCULOS 111º Y 124º DEL CÓDIGO PENAL AL CARECER DE UNA TIPIFICACIÓN ESPECÍFICA COMO DELITO A LA NEGLIGENCIA MÉDICA, VULNERAN LOS DERECHOS A LA VIDA, A LA SALUD Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y PSÍQUICA DE LAS PERSONAS AFECTADAS POR ESTA CONDUCTA DELICTIVA EN LOS SERVICIOS DE SALUD”.

PRESENTADO POR:

BACH. ADRIAN CUADROS SANTOS

ASESORES:

DR. GODOFREDO JORGE CALLA COLANA
DRA. NILDA MARIUSKA PACHECO PINTO

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

AREQUIPA

2021

Dedicatoria:

A la memoria de mi amada madre Valentina, quien me enseñó la virtud de la perseverancia.

Agradecimiento:

A mis hijos: Karen, Karlo, Válery y Oliver, por su aliento, estímulo y valiosa colaboración para la realización de esta tesis.

A mis profesores y compañeros de Derecho de la Universidad Alas Peruanas, Filial Arequipa, por haber contribuido a lograr mi sueño de ser abogado

Reconocimientos:

Al Dr. Edwin Bengoa Feria, Médico Patólogo y al Dr. Víctor Augusto Benjamín, Pantigoso Bustamante, Abogado y Profesor Universitario, por sus aportes en la conceptualización, definición y realización de la presente investigación.

ÍNDICE

RESUMEN:	ix
ABSTRAT:.....	x
INTRODUCCIÓN:	1
CAPÍTULO I PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
1.1. Descripción de la realidad problemática	3
1.2. Delimitación de la investigación.....	7
1.2.1 Delimitación social.....	7
1.2.2. Delimitación espacial	8
1.2.3 Delimitación temporal.....	8
1.2.4. Delimitación conceptual	8
1.3. Problema de investigación.....	11
1.3.1. Problema general.....	11
1.3.2. Problemas específicos.....	11
1.4. Objetivos de investigación	12
1.4.1. Objetivo general.....	12
1.5 Hipótesis y variables de la investigación	12
1.5.1. Hipótesis general	12
1.5.2. Hipótesis específicas	12
1.5.3. Variables	12
1.5.3.1. Definición conceptual de las variables	12
1.5.4 Definición operacional de las variables:.....	13
1.6 Metodología de la investigación	15
1.6.1 Enfoque de la investigación	15
1.6.2 Tipo y nivel de investigación	15
1.6.3 Método y diseño de investigación	16
1.6.4 Población y muestra.....	17
1.6.5 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos.....	18
CAPITULO II MARCO TEÓRICO.....	22
2.1. Antecedentes del estudio de investigación.....	22
2.2. Bases teóricas	25
2.2.1. Teoría del delito	25
2.2.2. Culpabilidad y Culpa	39

2.2.3. Delitos culposos en el código penal peruano	43
2.2.4. La Negligencia Médica.....	45
2.3 Bases legales	47
2.4. Definición de términos básicos	53
2.4.1. Tipo penal	53
2.4.2. Negligencia Médica.....	53
2.4.3. Imprudencia e Impericia médicas.	55
2.4.4. Mala Práxis Médica.....	56
2.4.5. Lex Artis Médica	57
2.4.6. Ética Profesional	60
2.4.7. Perfil Profesional del Médico.....	62
2.4.8. Responsabilidad médica	66
2.4.9. Responsabilidad de la institución de salud	73
CAPITULO III PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE	
RESULTADOS.....	75
3.1. Presentación y análisis de tablas y gráficos	76
3.2. Discusión de resultados	88
3.3 Conclusiones	94
3.4 Recomendaciones	95
Referencias:.....	96
ANEXOS:	98
Anexo 1: Matriz de Consistencia del Proyecto de Investigación	99
Anexo 2: Instrumento	100
Anexo 3: Anteproyecto de Ley (que justifica la importancia de la investigación)	102
Anexo 4: Validación de Expertos	106

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	Años de Abogado.....	76
Tabla 2	Entidad donde cumple funciones.....	77
Tabla 3	¿Tipifica como delito a la Negligencia Médica el Código Penal?	78
Tabla 4	¿La Política Criminal del Estado debe incluir la percepción de la sociedad de impunidad frente a Actos de Negligencia Médica?.....	79
Tabla 5	¿Es viable jurídica incluir expresamente las conductas de negligencia médica en el Código Penal?.....	80
Tabla 6	¿Tiene Importancia formular tipos legales específicos de negligencia médica?.....	81
Tabla 7	¿Los Tipos Penales de negligencia médica, facilitarían su juzgamiento y condena?.....	82
Tabla 8	¿Las penas por negligencia médica, corresponden a daños de bienes jurídico protegidos?	83
Tabla 9	¿Es igual la responsabilidad del personal médico con la de otros profesionales o personas, frente a actos de negligencia en el cumplimiento de sus funciones?.....	84
Tabla 10	¿Las penas impuestas por negligencia médica, son benignas, en relación a daños irreparables de bienes jurídicos protegidos?.....	85
Tabla 11	¿Debe Tipificarse en el Código Penal el delito de homicidio culposo por negligencia médica?.....	86
Tabla 12	¿Debe Tipificar en el Código Penal el delito de lesiones culposas por negligencia médica?.....	87

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1	Años de Abogado.....	76
Figura 2	Entidad donde cumple funciones.....	77
Figura 3	¿Tipifica como delito a la Negligencia Médica el Código Penal?	78
Figura 4	¿La Política Criminal del Estado debe incluir la percepción de la sociedad de impunidad frente a Actos de Negligencia Médica?.....	79
Figura 5	¿Es viable jurídica incluir expresamente las conductas de negligencia médica en el Código Penal?.....	80
Figura 6	¿Tiene Importancia formular tipos legales específicos de negligencia médica?.....	81
Figura 7	¿Los Tipos Penales de negligencia médica, facilitarían su juzgamiento y condena?.....	82
Figura 8	¿Las penas por negligencia médica, corresponden a daños de bienes jurídico protegidos?	83
Figura 9	¿Es igual la responsabilidad del personal médico con la de otros profesionales o personas, frente a actos de negligencia en el cumplimiento de sus funciones?.....	84
Figura 10	¿Las penas impuestas por negligencia médica, son benignas, en relación a daños irreparables de bienes jurídicos protegidos?	85
Figura 11	¿Debe Tipificarse en el Código Penal el delito de homicidio culposo por negligencia médica?.....	86
Figura 12	¿Debe Tipificar en el Código Penal el delito de lesiones culposas por negligencia médica?.....	87

RESUMEN:

La presente investigación tituló: *Los artículos 11º y 124º del Código Penal al carecer de una tipificación específica, como delito, a la negligencia médica en el Código Penal, vulneran los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica de las personas afectadas por esta conducta delictiva en los servicios de salud*, tuvo como problema general: ¿Cómo el Código Penal al carecer de una tipificación específica como delito, a la negligencia médica permite que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, propiciando la ocurrencia de casos, en la provincia de Arequipa al año 2020? Su objetivo general fue: Tipificar específicamente a la negligencia médica, como delito, en el Código Penal, con penas severas y proporcionales, para evitar que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia. Su hipótesis general fue: Si es probable la tipificación específica, como delito, a la negligencia médica en el Código Penal, con penas severas y proporcionales, y así evitar que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia. Su enfoque fue cuantitativo, su tipo fue aplicada, su nivel fue descriptivo-explicativa, el método fue deductivo, la técnica fue la encuesta, el instrumento fue el cuestionario con preguntas cerradas. La población estuvo constituida por 117 y la muestra fue de 55 abogados. Llegándose a la siguiente conclusión entre otras: que es viable jurídicamente modificar el Código Penal, en sus capítulos de homicidio y lesiones, para incluir expresamente las conductas de negligencia médica, pues es importante y útil, ya que permite y facilita la investigación, el juzgamiento y la condena de los actos de negligencia médica, ya que se llegó a verificar que el código Penal, no incluye expresamente, como delito la negligencia médica; según opinión de los expertos consultados a través de la encuesta de la investigación.

Palabras clave: Tipificación específica, negligencia médica y penas benignas.

ABSTRAT:

The present investigation titled: Articles 111 and 124 of the Penal Code, lacking a specific classification as a crime of medical negligence, violate the rights to life, health and physical and mental integrity of the people affected by this criminal conduct in the health services, the general problem was: Penal Code, lacking a specific classification as a crime, allows medical negligence to be imposed benign penalties for acts of medical negligence, causing the occurrence of cases, in the province of Arequipa by the year 2020? Its general objective was: To specifically classify medical negligence, as a crime, in the Penal Code, with severe and proportional penalties, to prevent benign penalties from being imposed on acts of medical negligence, preventing their occurrence. His general hypothesis was: If the specific classification, as a crime, of medical negligence in the Penal Code is probable, with severe and proportional penalties, and thus avoid the imposition of benign penalties for acts of medical negligence, preventing their occurrence. Its approach was quantitative, its type was applied, its level was descriptive-explanatory, the method was deductive, the technique was the survey, the instrument was the questionnaire with closed questions. The population consisted of 117 and the sample was 55 lawyers. Reaching the following conclusion, among others: that it is legally feasible to modify the Penal Code, in its chapters on homicide and injuries, to expressly include behaviors of medical negligence, as it is important and useful, since it allows and facilitates investigation, prosecution and the condemnation of acts of medical negligence, since it was verified that the Penal code does not expressly include medical negligence as a crime; according to the opinion of the experts consulted through the research survey.

Key words: Specific typification, medical negligence and benign penalties.

INTRODUCCIÓN:

El tema del presente trabajo de investigación es la negligencia médica, que no se halla tipificada, expresamente, como agravante en los artículos 111º y 124º, o como tipo especial en el Código Penal peruano; se eligió este tema porque a diario se observaron casos de presuntas negligencias médicas en diferentes centros de salud, sean estos públicos o privados, pertenecientes al Ministerio de Salud, a los Gobiernos Regionales, a ESSALUD, o clínicas y consultorios médicos privados, los que fueron denunciados por familiares o por los propios pacientes afectados. También se observó que los casos de negligencia médica que ocasionaron la muerte de una persona, probados en proceso penal, y calificado como homicidio culposo, la sentencia condenatoria impuso penas entre dos y cuatro años de pena privativa de la libertad y generalmente con el carácter de suspendida; así mismo en los casos de negligencia médica con resultado de lesiones simples o lesiones graves, calificadas como lesiones culposas, las sentencias impusieron, en el primer caso, penas no mayores de un año y en el segundo caso la pena oscila entre uno y dos años, de pena privativa de la libertad, casi siempre, también, con el carácter de suspendida. Estos hechos constituyen un grave problema jurídico social, que es imperativo resolver.

Los antecedentes, relativos específicamente al tema son escasos, el que más se aproxima es la Tesis “Negligencia médica y la necesidad de regulación como tipo penal específico en la legislación peruana”, sin embargo, el estudio concluye que existe la necesidad de regular un tipo penal específico para negligencia médica con la finalidad de garantizar más allá de una sanción ejemplar para quienes infringen el deber del cuidado y en las recomendaciones no hay propuesta legislativa, se quedó en el plano descriptivo, sin llegar al propositivo.

En el trabajo se analizó el Código Penal, en especial los artículos 111º, homicidio culposo y 124º, lesiones culposas en cuanto a los supuestos de los hechos o fácticos y a las consecuencias jurídicas, las penas que se aplican en cada uno de los artículos mencionados, para verificar que no está tipificada la negligencia médica; lo que corrobora la percepción de la sociedad de impunidad, respecto a la negligencia médica; este hecho, contrastado con las opiniones recogidas en una encuesta, aplicada a los operadores, expertos en derecho penal

del sistema de justicia penal en la provincia de Arequipa, permitió formular conclusiones y recomendaciones para la solución de esta realidad jurídico-social problemática.

La tesis plantea como solución al problema la tipificación específica como delito, a la negligencia médica, en el Código Penal con penas severas y proporcionales, y así evitar se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia. En esos términos está formulada la hipótesis; por ello el tipo es investigación aplicada, el nivel es descriptivo-explicativo y el método el deductivo; se empleó este método, por la naturaleza de la investigación, que partió de una realidad, la carencia de una tipificación de la negligencia médica sea como agravante o delito específico, dentro de la categoría de los delitos culposos, para comprobar las consecuencias que se deducen de este hecho con los resultados de las encuestas aplicadas a los operadores del Derecho penal en la provincia de Arequipa.

Los resultados confirman y verifican las hipótesis, validando la tesis y para el logro de los objetivos se propone un proyecto de ley en base a los hallazgos y proposiciones derivadas de la encuesta aplicada a los expertos en Derecho Penal de la provincia de Arequipa.

Esta investigación contiene lo siguiente:

En el Capítulo I, Planteamiento del problema, que comprende: la descripción de la realidad problemática, la delimitación de la investigación, el problema a investigar, los objetivos, las hipótesis y variables y la metodología de la investigación.

En el Capítulo II, Marco teórico, que incluye: antecedentes de la investigación, las bases legales y teórica, así como la definición de términos.

En el Capítulo III, Presentación, análisis e interpretación de resultados; este capítulo comprende: la presentación y análisis de tablas y gráficos, la discusión de resultados, las conclusiones y las recomendaciones.

Por último, se encuentran los anexos donde se consignan la matriz de consistencia, instrumentos, juicio de expertos, entre otros.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la realidad problemática

La vida humana es el bien y valor máspreciado en la historia de la humanidad y ha sido tutelada, universalmente, por instituciones de las sociedades a lo largo del tiempo; así en el Código de Hammurabi de la antigua Babilonia, rezaba: “Si es una vida la que se perdió, la ciudad y el gobernador pesarán una mina de plata y se la entregarán a su gente”. Hay que recordar que el Código de Hammurabi, es el primer conjunto de leyes de la historia, data de los años de 1792 a. C.

El derecho a la vida, como derecho universal, corresponde a todo ser humano y es muy necesario para la existencia o vigencia de todos los demás derechos universales, por lo que expresamente ha sido consagrado en los tratados internacionales como es el referido a los Derechos Humanos, dentro de los derechos civiles de primera generación; también lo encontramos en las legislaciones internas de muchos países del mundo.

El Derecho a la vida está señalado en el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos bajo los siguientes términos: “Todo individuo

tiene derecho a la vida digna, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

Nuestra Constitución Política de 1993, establece en sus dos primeros artículos la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado y que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

El derecho a la vida, como se ha dicho es generador de otros derechos, también fundamentales de la persona como son el derecho a la salud y a la integridad física y psíquica, así tenemos que la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en el Título Preliminar, en los acápites I, II, y III establece que la salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. La protección de la salud es de interés público. Por lo tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud e integridad física y psíquica en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la salud es irrenunciable. En este sentido, es inviolable y no admite excepción alguna, es decir, se tutela tanto en el ámbito privado como en el público a fin de cubrir la dimensión personal.

A diario se observan casos de presuntas negligencias médicas en diferentes centros de salud, sean estos públicos o privados, pertenecientes al Ministerio de Salud, a los Gobiernos Regionales, a ESSALUD, y en clínicas y consultorios médicos privados, denunciados por familiares o por los propios pacientes afectados, así tenemos que en diarios se han publicado denuncias de presuntos casos de negligencia médica, así se tiene: que *El Comercio* 2019 “Denuncian presunta negligencia médica durante parto de joven En hospital de Essalud. Carmen Fiorella Anastasio Requena ingresó de emergencia el pasado viernes al hospital Ramón Castilla y fue sometida a cesárea. Joven falleció tras perder una cantidad importante de sangre”. *El Comercio*. Lima 19 de agosto, p. policial.

EL COMERCIO

2019 “Huancayo: madre golpea a médico que habría cometido negligencia médica. Su hijo quedó en estado vegetal luego de haber sido operado de apendicitis. Otros casos también se registraron en la región”. El Comercio. Lima 3 de junio. p. País.

RADIO PROGRAMAS DEL PERÚ – RPP

2017 “Negligencia médica en hospital Honorio Delgado será sancionado. Sanción sería de hasta dos millones de soles. La Superintendencia Nacional de Salud informó que, de las 240 quejas registradas, 79 son de Arequipa”. RPP. Arequipa 27 de febrero. Redacción. Consulta: 19 de setiembre de 2019. 12.01 horas.
<http://www.rpp.pe/perú/arequipa/negligencia-medica-en-hospital-honorio-delgado- será-sancionado-noticia-103356>

En detalle, esta última presunta negligencia médica, se refiere a que la Superintendente Nacional de Salud (SuSalud), Elena Zelaya Arteaga, en su llegada a la ciudad de Arequipa para atender las denuncias constantes en contra del Hospital Regional Honorio Delgado Espinoza, explicó que el nosocomio no será clausurado; sin embargo, podría ser multado con dos millones de soles a causa de los conocidos hechos sobre los bebés cambiados, la fractura de un recién nacido y un feto destrozado en la lavandería.

Respecto a los equipos del área de hemodiálisis de dicho sanatorio, confirmó que equipos eran desinfectados con productos vencidos, pese a contar con otros de fechas vigentes; ante ello SuSalud, recomendará iniciar un proceso administrativo, civil y penal para los responsables, así como el seguimiento estricto a los protocolos de seguridad.

Elena Zelaya, agregó que el caso ya se encuentra en la Fiscalía, y que resultados de la intervención al hospital Honorio Delgado y otros locales se conocerá mañana. En otro momento sostuvo que en lo que va del año recibieron 240 quejas a nivel nacional, mientras que en la región son 79, considerando que la insatisfacción del servicio de salud en Arequipa es altísima, por lo que urge la instalación de una oficina desconcentrada de la institución.

También se observa que los casos de negligencia médica que ocasionan la muerte de una persona, probados en proceso penal, y tipificado como homicidio

culposo, la sentencia condenatoria impone penas entre dos y cuatro años de pena privativa de la libertad y generalmente con el carácter de suspendida, así mismo en los casos de negligencia médica con resultado de lesiones simples, las sentencias imponen penas no mayores de un año, igualmente la mayoría con el carácter de suspendidas; y si el resultado son lesiones graves la pena oscila entre uno y dos años, de pena privativa de la libertad, casi siempre con el carácter de suspendida, y con penas accesorias, del tipo limitativas de derechos como la inhabilitación.

Como ejemplo tenemos el Expediente. N° 1008-2008, Cuarto Juzgado Penal Unipersonal, en la Sala de Audiencias de la Corte Superior de Justicia de Huaura, Materia: Homicidio Culposo, Demandante: Rosa Ramírez madre la menor Marcela Luna Ramírez, Demandada: Carlos Poma y Essalud, Juez: Víctor Romero Uriol:

Se emitió una sentencia condenatoria con ejecución suspendida condicionada al cumplimiento de determinados requisitos de conducta que se establecen en el artículo 58º del Código Penal para el cumplimiento de la pena con libertad restringida. Por tratarse de un daño irreversible como es la muerte de una niña de cinco años, el Juez fijó el pago de una reparación civil de 50,000 soles que deberán pagar el condenado y el tercero civilmente responsable Essalud.

El acusado fue condenado a dos años de pena privativa de libertad con carácter suspendida por el período de prueba de un año, a condición de que cumpla con las siguientes reglas de conducta: Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del juez, comparecer personalmente al juzgado para informar de sus actividades firmando el libro de control respectivo y pagar la reparación civil, bajo apercibimiento de revocarse la condicionalidad de la pena.

Otro ejemplo es el Exp. N° 0197-2007-3JEP, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Materia: Homicidio Culposo, Demandante: Liliana Ramos Núñez, Demandado: German Alejandro Herrera Lazarte, Juez: Pablo Walter Carpio Medina; también la sentencia condenatoria le impone dos años de pena privativa de la libertad, con el carácter de suspendida, y pena accesoria de inhabilitación.

Como se ve estos casos de negligencia médica probados los jueces los subsumen en los artículos 111º y 124º del Código Penal vigente, es decir como

homicidio culposo y lesiones culposas respectivamente, pero aquí se debe tener en cuenta que existe una gran diferencia entre un homicidio y lesiones, ambos culposos, ocasionado por cualquier persona y las mismas conductas delictivas perpetradas por un médico u otro profesional de la salud; la diferencia está en que el médico y los otros profesionales de la salud tiene la responsabilidad de tratar la vida y la salud de las personas, lo que demanda desde ya una diligencia máxima por el deber objetivo de cuidado, pues la vida y la salud son derechos de alto valor tutelados por la sociedad y el Estado; en cambio otra persona o profesional que tiene por objeto de trabajo bienes materiales y que por culpa puedan ocasionar la muerte o lesiones simples o graves a una persona, si bien tiene que asumir su responsabilidad por el hecho, ésta no es del mismo nivel que la del médico o profesional de la salud, cuyo objeto de trabajo o intervención es la vida y la salud de las personas, por ello la sanción penal debe ser diferente, es decir más gravosa que para cualquier otra persona que incurra en estas conductas delictivas.

En consecuencia de todo lo señalado anteriormente se puede inferir que se advierte una realidad problemática jurídico penal, un vacío legal, el Código Penal carece de una tipificación específica, como delito, a la negligencia médica en, sea como homicidio culposo o lesiones culposas, con penas más severas que para el resto de individuos que incurren en esas conducta delictivas; este hecho permite que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica propiciando su ocurrencia en la provincia de Arequipa al año 2020, vulnerando los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica de los pacientes que demanda atención en los servicios de salud públicos y privados.

1.2. Delimitación de la investigación

1.2.1 Delimitación social

Las unidades de análisis del presente trabajo de investigación son: como objeto de investigación, el Código Penal, particularmente los artículos 111º y 124º; y como sujetos de investigación, los operadores de la justicia penal, en cuanto a sus opiniones, como expertos, relacionadas directamente con la investigación, procesamiento y sentencia de actos de negligencia médica. El estudio de estas unidades de análisis, inciden en la realidad social de un sector de la población,

afectado por actos de negligencia médica, que muestra su insatisfacción, frente a las sentencias judiciales, con penas benignas. Por lo que se hizo una encuesta a los abogados de Arequipa.

1.2.2. Delimitación espacial

La investigación se realizó en la provincia de Arequipa, Región de Arequipa, Perú.

1.2.3 Delimitación temporal

El estudio se realizó entre los meses de setiembre del año 2019 y diciembre del año 2020.

1.2.4. Delimitación conceptual

Las variables conceptuales que comprende la realidad problemática delimitada para esta investigación son:

Tipificación específica como delito a la negligencia médica.

El concepto de esta categoría es que, en el cuerpo metódico y sistemático que establece delitos y penas que le son aplicables, no se encuentra tipificada la negligencia médica como delito; siendo este vacío legal la causa del problema.

Tipificación es el acto de tipificar, y tipificar significa jurídico-penalmente establecer el tipo penal. Hurtado (2005) dice “Toda disposición jurídico-penal está constituida por dos partes: el precepto y la sanción. La primera contiene la descripción de la acción humana que el legislador declara punible. En este sentido restringido, se denomina tipo legal a tal descripción.... En sentido amplio, el tipo legal es concebido como el conjunto de todos los presupuestos necesarios para aplicar una pena” (p. 403).

La negligencia médica debe tipificarse como delito, por el incumplimiento del deber objetivo de cuidado, de mayor responsabilidad en los profesionales y trabajadores de la salud, al causar daño a la vida, la salud y a la integridad física de las personas a su cuidado. Salinas (2015) afirma: “desarrollar actividades peligrosas (la medicina, la arquitectura, la química, etc.) exigen un mayor cuidado en el actuar normal de las personas, caso contrario, de ocasionarse un perjuicio a algún bien jurídico por falta de cuidado debido, se estaría configurando el delito culposo calificado. El ejercicio de actividades riesgosas exige en quien lo practica, como profesional o técnico, un cuidado y diligencia extrema para no aumentar el riesgo consentido y ordinario” (p. 157).

Penas benignas a actos de negligencia médica.

El concepto de esta categoría es que, las penas que se imponen a actos de negligencia médica en los procesos judiciales, no corresponden a la responsabilidad que tiene el personal de salud, respecto a los daños ocasionados a la vida, la salud y la integridad física y psíquica de las personas a su cuidado; y, además, no cumplen con la utilidad social de la pena, que es la prevención. Esta es la consecuencia del problema.

De las teorías de la pena, son las teorías mixtas (absolutas y relativas), las que asume esta tesis. Villavicencio (2013) afirma: “Las teorías mixtas reúnen en la pena las características que las teorías anteriores consideraban primordiales: Identifican a la pena como justa y útil. Consideran que la pena debe reprimir tomando en cuenta la culpabilidad y la proporcionalidad con respecto al hecho delictivo (llegando a la justicia), y a la vez prevenir la comisión de nuevos delitos (llegando a la utilidad)” (p. 65).

En consecuencia, ambas categorías se las trabajó en el ámbito del Derecho Penal y en el ámbito de las competencias, capacidades, facultades, experiencia y posiciones, expresadas en las opiniones de los operadores de la justicia penal de la provincia de Arequipa.

Para mayor detalle se definen los siguientes términos:

- **Código Penal**

Según M. Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, el concepto de Código Penal es, cuerpo de leyes dispuestas según un plan metódico y sistemático que establece los delitos y las penas que le son aplicables (2010, p. 187).

- **Tipificación**

En términos jurídicos, según EGACAL, es la acción de definir el tipo penal, que es el instrumento legal a través del cual se describe una acción u omisión considerada punible, es decir, se describe un comportamiento prohibido por la norma (2013, p. 54).

- **Delito**

EGACAL (2013) afirma: “El delito es una conducta típica, antijurídica y culpable” (p. 45).

- **Negligencia Médica**

La Negligencia Médica, la Mala Praxis, error médico o daño médico, es una acción u omisión, por inobservancia de las normas de su profesión, que tiene como denominador el causar un daño a una persona en su salud, poniendo en riesgo su vida o acabando con ella.

- **Homicidio culposo**

Según R. Salinas, homicidio culposo es aquel en el que el sujeto activo ocasiona la muerte del sujeto pasivo, por haber obrado culposamente, es decir cuando produce el resultado dañoso al haber actuado con falta de previsión, prudencia o precaución, habiendo sido el resultado previsible o previniéndolo, confiando en poder evitarlo, incumpliendo el deber objetivo de cuidado (2015, p. 150).

- **Lesiones culposas**

Según R. Salina, de acuerdo a la jurisprudencia, las lesiones culposas pueden definirse como aquella lesión producida por el agente al no haber previsto el posible resultado antijurídico, siempre que debiera haberlo previsto y dicha previsión era posible, o habiéndolo previsto, confía sin fundamento en que no se producirá el resultado que se representa, actuando en consecuencia con negligencia imprudencia e impericia (2015, p. 281).

- **Pena**

De acuerdo a EGACAL, pena es la norma secundaria de la estructura de la norma jurídica o ley penal; es la medida que se aplica por el incumplimiento del mandato o prohibición de la norma.

Este elemento de la ley penal va dirigido al juez para que efectúe la aplicación de la sanción al trasgresor de la norma primaria de la ley penal (2013, p. 40).

- **Benigna**

Según la Real Academia de la Lengua española, benigno, benigna significa: afable, benévolo, piadoso, suave, que no reviste gravedad.

1.3. Problema de investigación

1.3.1. Problema general

¿Cómo el Código Penal, al carecer de una tipificación específica como delito a la negligencia médica, permite que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, propiciando la ocurrencia de casos, en la provincia de Arequipa, al año 2020?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿Cómo el Código Penal carece de tipificación específica, como delito a la negligencia médica?

- ¿Por qué se imponen penas benignas a actos de negligencia médica, propiciando su ocurrencia, en la provincia de Arequipa al año 2020?

1.4. Objetivos de investigación

1.4.1. Objetivo general

Tipificar específicamente los actos de negligencia médica, como delito, en el Código Penal, con penas severas y proporcionales; para evitar que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia

1.4.2. Objetivos específicos

- Tipificar específicamente a la negligencia médica como delito en el Código Penal, con penas severas y proporcionales.
- Evitar que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia.

1.5 Hipótesis y variables de la investigación

1.5.1. Hipótesis general

Sí es probable la tipificación específica como delito, a la negligencia médica, en el Código Penal con penas severas y proporcionales, y así evitar se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia.

1.5.2. Hipótesis específicas

- Si es probable la tipificación específica del delito de negligencia médica en el Código penal, con penas severas y proporcionales.
- Si es probable evitar se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia.

1.5.3. Variables

1.5.3.1. Definición conceptual de las variables

a) Variable independiente:

“La tipificación específica, como delito, de la negligencia médica” y los

atributos que le asignó en la investigación son: si está incluida o no, en el Código Penal, o no es opinable; si es viable jurídicamente o no su inclusión, o no es opinable; si tienen mucha, poca o ninguna importancia su inclusión; y si facilitaría, o no el juzgamiento y la condena de casos de negligencia médica, o es indiferente.

b) Variable dependiente:

“Penas a actos de negligencia médica” y los atributos que se le asignó en la investigación son: si corresponden o no a los daños de los bienes jurídicos protegidos, o no es opinable; si son o no benignas en relación a los daños de los bienes jurídicos protegidos, o no es opinable.

Para obtener estos resultados, se recurrió a la opinión de expertos en materia jurídica penal, que son los operadores del sistema de justicia penal en la provincia de Arequipa, del Distrito Judicial de Arequipa.

1.5.4 Definición operacional de las variables:

a) Variable independiente:

VARIABLE	DIMENSIÓN	INDICADORES	INSTRUMENTO	ITEMS
La tipificación específica como delito de la negligencia médica.	Tipificación de la negligencia médica en el Código Penal	- Inclusión o no de la tipificación. -Viabilidad jurídica. -Importancia de su inclusión. -Facilita o no el juzgamiento y condena.	Cuestionario	<p>¿Considera que la tipificación de los artículos 111º y 124º del Código Penal Incluye expresamente las conductas de negligencia médica?</p> <p>¿La política Criminal del Estado debería tener en cuenta la percepción de impunidad que tiene la sociedad, frente a los actos de negligencia médica que ocurren en los servicios de salud?</p> <p>¿Considera que es viable, jurídicamente, modificar el Código Penal en sus Capítulos que corresponden a Homicidio y Lesiones para incluir expresamente las conductas de negligencia médica?</p> <p>¿Qué importancia tendría el formular un tipo legal específico que comprenda las conductas de negligencia médica?</p>

b) Variable dependiente

VARIABLE	DIMENSIÓN	INDICADORES	INSTRUMENTO	ITEMS
Penas a actos de negligencia médica.	Consecuencias jurídicas, por daños a los bienes jurídicos protegidos.	-Corresponden o no a los daños. -Son benignas o no en relación a los daños.	Cuestionario	<p>¿La inclusión de tipos penales de negligencia médica en los delitos culposos, tipificados en los artículos 111º y 124º del Código Penal, facilitarían el juzgamiento y la condena de los casos de Negligencia Médica?</p> <p>¿Las penas impuestas en los art. 111º y 124º del Código Penal, corresponden proporcionalmente a la afectación de los bienes jurídicos protegidos por actos de negligencia médica?</p> <p>¿Considera que es igual la responsabilidad profesional del médico a la responsabilidad de otros profesionales o personas, frente a actos de negligencia en el ejercicio de sus funciones que afecten la vida, la salud o la integridad física de las personas?</p> <p>¿Considera que las penas impuestas en los procesos penales por negligencia médica son benignas en relación a los daños irreparables a la vida, la salud y a la integridad física y psíquica de las personas?</p> <p>¿Estaría de acuerdo con que, en el Código Penal, en el Capítulo de Homicidio se tipifique, específicamente, el delito de homicidio culposo por negligencia médica?</p> <p>¿Estaría de acuerdo con que, en el Código Penal, en el Capítulo de Lesiones se tipifique, específicamente, el delito culposo de lesiones en todos sus grados, por negligencia médica?</p>

1.6 Metodología de la investigación

1.6.1 Enfoque de la investigación

En el presente trabajo de investigación tiene el enfoque cuantitativo, que es aquel que utiliza como medios la recolección y el análisis de datos para dar respuesta al problema de investigación y probar las hipótesis formuladas al respecto, procesando y elaborando mediciones numéricas con ayuda de la estadística para establecer resultados que permitan llegar a conclusiones y recomendaciones (Hernández, 1991, p. 5).

1.6.2 Tipo y nivel de investigación

a) Tipo de investigación

El presente trabajo es, estrictamente, es una investigación aplicada.

Este tipo de investigación “tiene un fin práctico, utilitario como es el de resolver los problemas jurídicos de leyes penales y la administración de justicia; mejorar el sistema judicial, a fin de optimizar la protección de los bienes jurídicos y mejorar las relaciones entre los miembros de una sociedad, alcanzando la justicia, la armonía y la paz sociales. Estas investigaciones se orientan a la formulación de iniciativas legislativas de normas sustantivas más efectivas, normas que restituyan derechos o fijen obligaciones omitidas o establezcan sanciones más justas” (Romero, H y otros 2016, pp. 115-116).

El tipo de investigación es aplicada porque el resultado de la misma, permitió formular los artículos pertinentes a los delitos culposos en el Código Penal peruano que tipifican específicamente la negligencia médica como delito; este hecho permitirá que las sanciones o penas, cumplan su finalidad general y específica, haciendo cada vez menos creciente los casos de negligencia médica; lo que garantiza, a los pacientes, el derecho a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica.

Además, es una investigación aplicada por la misma naturaleza del derecho, que es una disciplina para unos y una ciencia para otros, aplicada o

tecnocientífica, ya que su operacionabilidad es de carácter teórico-doctrinario y tecnológico (Romero, H 2016, p. 403).

b) Nivel de investigación

Esta investigación es del nivel explicativo, aunque realmente es descriptivo-explicativa.

Para Mario Bunge, “La ciencia es explicativa: intenta explicar los hechos en términos de leyes y las leyes en términos de principios. Los científicos no se conforman con descripciones detalladas; además de inquirir cómo son las cosas, procuran responder a por qué: por qué ocurren los hechos como ocurren y no de otra manera” (Bunge, M 1975, p. 30).

El nivel es explicativo, porque operacionalmente se establecerá la naturaleza y las características de la relación causa efecto entre las variables independiente y dependiente. Al inicio se afirmó que realmente se trataría de un nivel descriptivo-explicativo, porque se considera que, para llegar al nivel de explicación se parte de la descripción de los fenómenos relacionados y determinados en las variables de estudio.

1.6.3 Método y diseño de investigación

a) Método de la investigación

El método aplicado en este trabajo de investigación fue el deductivo.

Método deductivo es una forma de razonamiento que parte de una verdad universal o general para obtener conclusiones particulares (Cano, 1975, p. 42)

Se empleó este método, por la naturaleza de la investigación que parte de una realidad, que es la carencia de una tipificación de la negligencia médica como delito específico, dentro de la categoría de los delitos culposos, para comprobar las consecuencias que se deducen de este hecho.

b) Diseño de investigación

La presente investigación aplicó el diseño no experimental, debido a que

no se controlan ni manipularlas variables para alcanzar un resultado y analizaremos el fenómeno tal como se encuentra en la realidad. Según el Blog Metodologías De Investigación (2012), indica que este tipo de investigación no experimental no va a manipular o experimentar con las variables, ya que el fenómeno ya ocurrió y esté se observa cómo se está dado en la realidad.

1.6.4 Población y muestra

a) Población

Todo grupo de objetos o individuos que poseen alguna característica común es llamado universo o población (Pardinas, F 1972, p. 68).

En la presente investigación la población está definida por todos los jueces, fiscales y abogados, expertos en materia penal, que operan el sistema de justicia penal en la provincia de Arequipa, del Distrito Judicial de Arequipa, a cargo de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. El universo estaría conformado por 18 jueces, 31 fiscales y 68 abogados, haciendo un total de 117 unidades.

b) Muestra

La muestra con la que se trabajó es no probabilística, a criterio del responsable de la investigación, buscando sea representativa de la población de jueces, fiscales y abogados expertos en materia penal de la provincia de Arequipa. Debido a las limitaciones expuestas, la muestra será, como mínimo, 55 unidades, compuesta por 12 jueces, 21 fiscales y 22 abogados.

Felipe Pardinas dice "Muestreo es seguir un método, un procedimiento tal, que al escoger un grupo pequeño de una población podamos tener un grado de probabilidad de que ese pequeño grupo efectivamente posee las características del universo y de la población que estamos estudiando.

La probabilidad de que ese universo posea tales características nos entrega la probabilidad de error en nuestra investigación" (Pardinas, F. 1972, pp. 68-69).

1.6.5 Técnicas e Instrumentos de recolección de datos

a. Técnicas:

La técnica que se utilizó en la presente investigación es la encuesta.

La técnica de la encuesta, que consiste en recoger información de las unidades de estudio, según la operacionalización de la variable correspondiente, aplicando un instrumento que en este caso será un cuestionario, dicha información se procesará estadísticamente para valorar su incidencia en los resultados de la investigación.

b. Instrumento:

El instrumento, como ya se ha mencionado fue el cuestionario.

c. Criterios de validez y confiabilidad del Instrumento

La validez, en términos generales se refiere al grado en que un instrumento realmente mide la variable que pretende medir (Hernández, S 1991, p. 346).

Por lo tanto, se utilizó el criterio de evidencia relacionada con el contenido, ya que debe cubrir los indicadores determinados de las variables.

La confiabilidad de un instrumento de medición se refiere al grado en que su aplicación repetida al mismo sujeto u objeto produce resultados iguales (Hernández, S 1991, p. 346).

En tal sentido el criterio de confiabilidad que se usó fue el de test-retest.

1.6.7 Justificación, importancia y límites de la investigación

a) Justificación

- Teórica

Se fundamenta en la percepción de una carencia específica en el Código Penal, respecto a la negligencia médica. En la tipificación de los delitos de homicidio y lesiones culposas, se ubica en el mismo plano los actos de negligencia médica con los de inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria,

siendo que, el acto médico, a diferencia de las demás profesiones u ocupaciones que tienen como objeto de trabajo elementos materiales, cosas; el acto médico tiene que ver con la vida, la salud y la integridad física y psíquica de la persona humana, valores superiores a los materiales y que la sociedad ha confiado a la profesión médica y afines; es por ello la importancia de prever este tipo de conductas como la negligencia médica, para garantizar la protección de estos bienes jurídicos valiosos.

- Práctica

La administración de justicia penal dispondrá de un instrumento preciso para juzgar y condenar severamente, estas conductas delictivas, sin que se preste a dudas e indefiniciones en el momento de la interpretación jurídica de la norma penal, reivindicando así las expectativas de protección y seguridad de las personas que acuden a los centros asistenciales de salud tanto públicos como privados y previniendo su ocurrencia.

- Metodológica

La presente investigación permitió la revisión sistemática del Código Penal, del Código Procesal Penal, en cuanto a los delitos de homicidio y lesiones culposas, aplicados en las sentencias emitidas en los casos de actos de negligencia médica subsumidos en el contenido de los supuestos jurídicos de los artículos 111º y 124º de dicho Código, se comprobó el vacío legal existente en tales artículos, y ofrecer la justificación técnica y jurídica para la modificación de la norma penal, incorporando el tipo penal específico de la negligencia médica, con la opinión experta de los operadores de la justicia penal, contribuyendo al desarrollo de la dogmática del Derecho Penal en el país.

- Legal

La presente investigación halla su justificación en la Constitución Política del Perú de 1993 artículos 1º y 2º; Ley N° 26842, Ley General de Salud Título Preliminar, acápite I, II y III; Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 3º; Convención Americana Sobre Derechos Humanos artículos 4.1 y 5.1; Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú, Título I numeral 6, Título II artículo 52º.

En consecuencia, este trabajo de investigación propone la solución a una carencia del Código Penal; ofreciendo a la administración de justicia penal, un instrumento jurídico para juzgar y condenar severamente los actos de negligencia médica, teniendo como fundamento el estudio dogmático del Código Penal, en cuanto a homicidio y lesiones culposas y la técnica legislativa para iniciativa legales, sobre las bases legales correspondientes.

b) Importancia

La importancia de la presente investigación está en que sus resultados permitirán corregir la carencia que se advierte en el Código Penal, respecto a las conductas de negligencia médica que son muy frecuentes y que la sociedad, a través de sus medios de comunicación, denuncia ante las autoridades para exigir políticas de justicia penal para evitar estos delitos y advertir a los operadores de los servicios de salud sobre las penas que sancionaran este tipo de conductas delictivas, previniendo su ocurrencia y procurando la paz y convivencia sociales.

c) Limitaciones

El presente trabajo de investigación, presentó algunas limitaciones, de ellas las más importantes fueron: en el plano teórico, que existen antecedentes de investigaciones tanto nacionales como extranjeras, poco relacionadas con las variables de estudio; unas han abordado el tema de la negligencia médica de modo descriptivo en cuanto a frecuencia de casos o a casos específicos, como responsabilidad contractual y extracontractual civil; otras las han enfocado en la complejidad que resulta procesar penalmente la negligencia médica. Esta limitación la podemos explicar primero porque el tema es complejo y polémico, ha habido posiciones en el Congreso de la República, en el sentido de exculpar cualquier mala praxis al médico, dada su “sacrificada” labor que desempeña; obviamente sin mayor aceptación. Otra razón para esta limitación es aquella relacionada con el nivel de conocimientos de la profesión médica y afines, los protocolos de intervención, el rol de los peritos en medicina forense, cuyos informes son de suma importancia para la decisión judicial; sin embargo, eso ha servido para orientar y definir estrategias para esta investigación.

En el aspecto práctico, hay la dificultad de llegar al máximo porcentaje de los operadores de la justicia penal (jueces, fiscales y abogados penalistas), en particular jueces y fiscales, debido a sus funciones y alta responsabilidad, dados el carácter de su autoridad e investidura de magistrados; La gran carga procesal que deben atender diariamente, situación agravada por la pandemia de la COVID 19, que generó medidas legales restrictivas en el trabajo presencial de las instituciones públicas como la Fiscalía y el Poder Judicial, disponiendo el trabajo remoto al personal con factores de riesgo como la edad y comorbilidades, siendo que el mayor número de jueces y fiscales se acogieron a esta disposición, haciendo más dificultosa la recolección de la información para la presente investigación. ante esta limitación se recurrirá a estrategias de comunicación e información por medios virtuales complementarios garantizados.

Estas limitaciones se trataron de minimizar, recurriendo a prácticas y estrategias adecuadas, como el uso de la tecnología de la información y contactos profesionales y administrativos dentro del sistema fiscal y judicial.

CAPITULO II MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del estudio de investigación

Entre los antecedentes internacionales que más se relacionan con esta investigación destacan los siguientes:

Martínez, L. (2011) desarrolló la investigación titulada *Negligencia Médica y sus efectos en materia penal. Managua Nicaragua*, utilizando el enfoque cuantitativo, investigación básica, descriptiva y el método deductivo y diseño no experimental. Aplicó una encuesta a cincuenta personas de diferentes partes de su país, acerca de su percepción de la negligencia médica; también recurrió al análisis documental de un expediente, emblemático, sobre el tema, de un juzgado penal de Managua, llegando a la siguiente conclusión: “Se logró explicar la responsabilidad que tiene el médico como profesional de la salud y se analizó que, la norma penal castiga a las personas que cometen negligencia médica...”; formulando la siguiente recomendación, entre otras: “Que las autoridades investiguen a fondo, cuando se dé un caso de negligencia. Donde los médicos que se demuestre que son culpables de negligencias médicas graves, sean suspendidos. Y aplicar las penas necesarias a los médicos culpables, para que tengan más cuidado y que tengan conocimiento que si cometen negligencia, serán castigados.”.

Calvo, M. (2015), desarrolló la investigación *Negligencia Médica, un tema complejo. Santiago, Chile*; la investigación tuvo un enfoque cuantitativo, de tipo básico, nivel descriptivo; utilizó el análisis documental. La conclusión que destaca, para los fines del presente trabajo, es la siguiente: “Se comprueba aún más la complejidad del tema Negligencia Médica, además se agrega que el cumplimiento de la *lex artis* médica, es determinante en un juicio principalmente por peritos, en que muchas veces sus informes son contradictorios, poco claros o extemporáneos. Todo lo cual incrementa lo complejo para resolver un conflicto de negligencia médica.”. Aquí se observa que la investigación centró su interés en descubrir los factores que hacen complejo el resolver casos de negligencia médica en el fuero legal.

Siles, J. (2016), en el país vecino de Bolivia, realizó la investigación *Implementación de un Seguro Médico de Responsabilidad Civil para pago de los daños y perjuicios por mala praxis médica. La Paz, Bolivia*. La investigación se realizó dentro del método dialéctico, analítico y descriptivo, inductivo deductivo, utilizó como técnicas la encuesta y el análisis documental; aplicó un cuestionario de preguntas cerradas a una muestra no probabilística. En esta investigación, tiene significación para el presente trabajo, la siguiente conclusión: “Se concluye que dentro de la presente investigación se ha llegado a proponer parámetros jurídicos para elaborar un anteproyecto para la creación de un Seguro Médico de responsabilidad civil para el pago de daños y perjuicios por mala praxis médica, tomando en cuenta las normas de la técnica legislativa”; y , “Se recomienda que al existir la necesidad de implementar un seguro médico de responsabilidad civil para el pago de los daños y perjuicios por mala praxis médica, éste sea de carácter obligatorio como un mecanismo que le permitirá afrontar al médico las consecuencias de la responsabilidad que podría derivarse de sus actuaciones en el ejercicio de la actividad profesional, estableciendo los derechos, deberes y responsabilidades de las partes que serán consideradas dentro de este proyecto.

En la revisión bibliográfica de los antecedentes nacionales, se encuentra, en los repositorios digitales, que existen antecedentes de investigaciones, relacionadas parcialmente con las variables de estudio; así se tiene:

Sánchez, M. (2017), escribió la tesis *Negligencia médica y la necesidad de regular como tipo penal específico en la legislación peruana. Trujillo, Libertad*; según refiere, uso el método científico, diseño no experimental transversal-descriptivo, de tipo diagnóstica, enfoque cualitativo, la técnica usada la entrevista y el instrumento el cuestionario de preguntas abiertas. En sus conclusiones precisa: “Se concluye que existe la necesidad de regular un tipo penal específico para negligencia médica...”, y que “El artículo 111° del Código penal peruano a decir de los expertos en la materia resulta insuficiente con respecto a la sanción para los médicos que resultan acusados y sentenciados por negligencia médica...”. Hay que advertir que obvia el artículo 124° del Código Penal peruano, referido a lesiones culposas, que afectan el derecho a la salud y a la integridad física y/o psíquica de las personas, que pueden dejar secuelas permanentes, irreversibles e incapacitantes en perjuicio de la vida y la salud de las personas y por ello hay que acometer, también, este tema y eso, lo hace la presente investigación.

Candia, K. (2016), en la tesis: *Impunidad de negligencia médica en la mala praxis y sus consecuencias penales, por desconocimiento jurídico del paciente para proceder a la reparación del daño, Hospital Regional EsSalud-Puno*; mediante el método deductivo, enfoque cuantitativo, la técnica de la encuesta y el instrumento el cuestionario de preguntas cerradas aplicadas a una muestra, no probabilística, de personas que fueron sometidas a intervención quirúrgica electiva programada en el mes de diciembre del año 2015, en el Hospital Regional EsSalud de Puno, llegó a la conclusión siguiente: “Se determinó el bajo nivel de conocimiento de los pacientes para reportar o proceder en caso de negligencia médica por mala praxis. Tiene desconocimiento de un procedimiento legal en 37% de pacientes, quienes no actúan por ausencia de información de sus derechos como pacientes y en 22% no le toma importancia quienes desconocen los procedimientos legales en caso de negligencia médica”. Como se puede observar, este trabajo de investigación centra su interés en el conocimiento que los pacientes tienen respecto de los procedimientos legales para hacer defensa de sus derechos ante actos de negligencia médica, objetivo diferente al de la presente investigación; sin embargo, sirve para afianzar la idea de que existe impunidad frente a actos de negligencia médica en esta parte sur de nuestro país.

Otro antecedente nacional, aunque no proviene precisamente de una investigación o tesis específica, es el Proyecto de Ley N° 3816/2009-CR, cuyo contenido no es accesible, pese a esfuerzos de búsqueda tecnológica; sin embargo, “El Heraldó”, medio de comunicación, difundió la siguiente nota: “La Congresista de la República, Rosa María Venegas Mello, presentó el jueves 4 de febrero, el proyecto de ley N° 3816/2009-CR, que dispone tipificar como delito la negligencia médica respecto a la salud e integridad de las personas, modificando el artículo 111° y 124° del código penal”. En detalle propone que se modifiquen esos artículos, agregando penas específicas cuando el profesional de la salud y otro desarrolla una conducta negligente que conlleve a la muerte de la persona o conducta negligente respecto a la salud e integridad física de la persona; propuesta diferente de la que plantea esta investigación.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. Teoría del delito

La Teoría General del delito se puede señalar como un conjunto de proposiciones sistemáticas organizadas que pretende explicar la naturaleza jurídica del hecho punible.

Villa Stein, Javier, Derecho Penal parte General, Grijley 2008, p. 171. La teoría del delito es, entonces, un constructo epistémico que facilita la definición conceptual y el análisis secuencial del delito como conducta humana compleja e inaceptablemente transgresora de la norma estatal prohibitiva o imperativa. Desde luego, su carácter abstracto persigue, como toda teoría que se precise de tal, una finalidad práctica consistente en facilitar la determinación precisa del universo de conductas que son ciertas e inconfundiblemente contrarias al orden jurídico social, cuantificar la intensidad de la contrariedad y aplicar con enérgica prudencia la contingencia sancionadora que, el Estado liberal y democrático de Derecho, mediante tribunales de justicia, considere oportuno y necesario conforme determinada racionalidad político criminal . Las peculiaridades de cada evento criminal son materia de estudio de la parte especial del Derecho penal, llamado catálogo de delitos y penas. Sin embargo, todos esos eventos tienen propiedades comunes, siendo la primera y más evidente, de estas propiedades, el ser

conductas humanas y estar anticipadas en el aludido catálogo. De estas propiedades comunes da cuenta, pues, como bien dice Muñoz Conde, la teoría del delito, cuerpo organizado y sistemático conocimiento que se comprende en la parte general del derecho penal, y sirva de instrumento a la interpretación y racionalidad jurídica. En términos de Cabo de Rosal y Vives Antón, nace la teoría jurídica del delito como sede, en la que se han formular las proposiciones generales que pretenden y debieran tener virtualidad para todas las hipótesis delictivas. Su naturaleza es, en consecuencia, abstracta y generalizadora.

La filosofía del Derecho es materia principal de la dogmática jurídica penal como disciplina que se ocupa de la interpretación, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal.

Se puede decir también que el Teoría General del delito, como un cuerpo organizado y sistemático de conocimiento, que se aprecia y comprende en la parte general del Derecho penal, sirve como instrumento y herramienta a la interpretación legal jurídica.

a) Delito

Es una acción u omisión típicamente antijurídica imputable al culpable y sancionado con una pena. También son delitos o faltas, las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley. Nuestro ordenamiento penal consagra, precisamente al hecho punible, nos dice que son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas u culposas penadas por la Ley.

En términos generales, el delito es toda conducta que el legislador castiga con una pena. No obstante, parece dominante en la doctrina, la fijación del delito, desde una perspectiva más analítica, como “comportamiento antijurídico amenazado con pena y determinado en sus caracteres por el tipo de una Ley penal, que el autor ha realizado de modo culpable”. Es obvio que, junto al delito, y en relación a las medidas de seguridad, se desarrollan los estados peligrosos, entendidos como la concreción, a partir de la realización de un delito y dentro de una determinando categoría de personas, de un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos hechos criminales,

concebidos como complementos del delito en cuanto a la necesaria comisión previa, su presencia conceptual es asimismo accesoria y dependiente de aquel.

a.1) Delitos Culposos

Delito culposo es una acción u omisión típicamente antijurídica imputable al culpable y sancionado con una pena, cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en que no se produciría o en poder controlarlo. “El agente obra por culpa cuando produce un resultado dañoso al haber actuado, sin prudencia o precaución, habiendo sido el resultado previsible o, previéndole, confía en poder evitarlo” (Salinas, R 2015:150)

La culpa se define tradicionalmente como la falta de previsión de un resultado; el mismo que puede cometer por imprudencia o negligencia en la conducta de la persona.

Antonio Terragni, Marco señala: La palabra culpa tiene múltiples significaciones, pues se designa desde la característica que hace que un sujeto deba responder jurídicamente, con lo cual se la hace sinónimo de culpabilidad, hasta una de las formas del reproche, ocupando un lugar junto al dolo. Puede representar, en la moderna doctrina penal, una característica subjetiva del tipo, o también ser el elemento aglutinador de las formas que adopta un determinado obrar, como imprudencia, negligencia, etc.; lo que en algunos ordenamientos puede adquirir sustantividad en la forma del crimen culpable. Las definiciones de culpa son numerosas, tantas como los intentos de caracterizarla y buscarle sinónimos. Sin embargo, llama la atención que pocas veces se vaya advirtiendo que resulta imposible señalar los contornos de la culpa en sí porque ésta no existe. Ni conceptualmente ni tampoco gramaticalmente es correcta su sustantivación. En realidad, se trata de una cualidad de la acción, por lo que es un adjetivo que le asigna un valor a ese fenómeno que, él si tiene existencia autónoma.

La culpa puede ser considerada como un componente psicomental vinculado al autor en el momento de la infracción delictiva, basando el reproche de la sociedad en la ausencia de un resultado querido y en el incumplimiento de los deberes de cuidado (Villavicencio, F 2007: 381-384).

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal no establece una definición sobre la culpa, por lo que el Juez, al momento de Administrar la Justicia es el encargo de cerrar el concepto. La culpa entonces es un tipo abierto, ya que debe ser completado por la autoridad judicial; para que se pueda dar esta operación se debe analizar el deber objetivo de cuidado que debió tener el sujeto activo.

Hurtado pozo, José, Manual del Derecho Penal, Parte General I, señala. El artículo 11 del Código penal, considera que los delitos y las faltas pueden estar constituidos por acciones u omisiones tanto dolosas como culposas. De esta manera, se consideran las formas tradicionales de infracciones penales: por un lado, las cometidas mediante la ejecución o la omisión de una acción y, por otro, desde una perspectiva subjetiva las realizaciones con dolo o culpa. Así, nuestro legislador no hace sino seguir las tradiciones del derecho penal de Europa continental. La importancia de los comportamientos culposos ha aumentado de modo notable con los cambios substanciales producidos por la mecanización y la automatización de grandes sectores de las actividades domésticas, comerciales e industriales. Un ejemplo claro, es el del transporte, ámbito en el que los medios son cada vez más veloces y tecnificados. Estos medios, sin duda, comportan grandes ventajas; pero, al mismo tiempo, son fuentes de riesgos para las personas y el medio ambiente.

Esta evolución ha hecho posible que las sociedades desarrolladas sean calificadas de sociedades de riesgo y que se les considere como ámbito propicio para la proliferación de diversos comportamientos imprudentes. Esto permite comprender que las infracciones culposas, según las estadísticas, constituye un gran porcentaje de los delitos cometidos y, por lo tanto, sean la materia de una buena parte de los procesos que ocupan a los órganos de control penal. En la legislación, los tipos legales que prevén delitos culposos son una minoría en relación con los que reprimen delitos dolosos. La represión de éstos es prevista como la regla, mientras que la de los delitos imprudentes como excepcional. Las penas previstas para los responsables de los primeros son muchos menos graves que las estatuidas para los agentes del delito doloso. Las razones son, primero, que se estima innecesaria la protección de todos los bienes jurídicos contra los perjuicios causados mediante comportamientos culposos. Solo algunos de los bienes jurídicos más importantes (por ejemplo, la vida, la salud) son tenidos en

cuenta. Cuando este es el caso, el legislador debe establecerlo mediante la elaboración de un tipo legal específico, haciendo constar de manera expresa que se reprime a título de culpa. Esto significa que conforme al artículo 12, rige en el derecho penal peruano el sistema de *numerus clausus* de delitos culposos, que presupone la regla general de que solo se reprime a título de dolo y, por el contrario, de manera excepcional a título de culpa. La segunda razón es que se les considera menor grave y que, en consecuencia, hay que tratarlo de manera desigual. Defiere tanto en la intensidad de la ilicitud como de la culpabilidad. Esto implica, por ejemplo, que la exclusión del carácter ilícito de la acción culposa sea admitida con mayor factibilidad que en caso de la acción dolosa y que la pena sea menos severa.

Al respecto, basta comparar las penas previstas para el homicidio simple (pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de veinte años, art. 106) y para los homicidios culposos (pena privativa de libertad no mayor de dos años o prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas, art. 111).

a.2) La punibilidad

En cuanto a los fundamentos de la punibilidad podemos señalar: a) el desvalor de la acción, por crear o incrementar el peligro o riesgo cuando se infringe una norma de cuidado. b) el desvalor del resultado, por poner en peligro o la lesión que se genera en contra del bien jurídico protegido.

a.3) La culpa

La culpa constituye una forma de culpabilidad, respecto al dolo, de adquisición más tardía, menos graves, es legislada excepcionalmente y de manera minoritaria y subsidiariamente; porque una responsabilidad culposa sería ilógica sin la previsión para el mismo hecho de una responsabilidad dolosa, en cuanto medio para una completa tutela de bienes jurídicos primarios.

Sobre la culpa, Jiménez de Azua, en su Tratado de Derecho Penal, señala que la culpa, en su sentido más amplio y general, es la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia o impericia del agente causa un efecto dañoso y que su evolución se originó en el

Derecho Civil de Roma, bajo el concepto de la negligencia, imprudencia o impericia (Jiménez, D 1963:677).

- Clases de culpa

Existen dos clases de culpa:

a) Culpa consciente: cuando el sujeto, si bien no quiere causar el resultado, advierte la posibilidad que éste ocurra, pero confía en que no ocurrirá.

b) Culpa inconsciente: no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro. La diferencia entre la culpa consciente y la inconsciente radica en la previsibilidad que puede tener el hombre medio: si prevé el resultado será culpa consciente, de lo contrario será inconsciente; si el hecho no podía ser previsto, entonces no existe culpa, sino que el hecho es fortuito. Esta Primera parte se llama previsibilidad objetiva. Nuestro Código Penal no hace diferencia entre las clases de culpa, pero esta diferencia es importante para diferenciar entre el dolo eventual y la culpa consciente en el primero asumo el peligro, en la segunda confío en que el resultado no se produciría, además, el juzgador puede tomar estos criterios al momento de determinar la pena.

Antonio Terragni, Marco, El Delito Culposo, Editorial Rubinzal –Culzoni - Chile, 3573, p.30,31-32, establece, consciente e inconsciente: estas clasificaciones están referidas al contenido de la conciencia respecto del hecho. Si el individuo se representó las posibles consecuencias de su acción y no obstante confió evitar los efectos dañosos, nos encontramos ante un caso de culpa consciente; y al revés, cuando ni siquiera pasó por su mente la imagen de lo que podría ocurrir, el supuesto es de culpa inconsciente o sin representación. Así planteada la diferencia, todo parece muy simple, pero en realidad la explicación abreviada esconde algunos problemas de los que nos vamos a ocupar: La culpa consciente se ubica en una zona fronteriza con el dolo eventual, pues en ambos casos el sujeto se representa el hecho, con toda su característica incluido su efecto jurídico. Lo que cambia es la actitud: en el primer caso el sujeto confía en poder evitarlo y por eso no acepta el resultado, y se hubiese abstenido de obrar de haberlo considerado inevitable. En el segundo el agente, aunque no quiere de modo directo el hecho, asiente a su

producción eventual.

En definitiva, lo admite, ratifica y asume, mostrando de esa manera una actitud de menosprecio hacia las normas que ordenan una conducta distinta. Dudar y no obstante obrar, equivale a obrar de todas maneras. Cosa distinta ocurre con quien no duda: está seguro de poder de evitar el perjuicio, aunque se equivoca en el empeño. Naturalmente los dos comportamientos son reprochables, pero de manera distinta. El primero con el máximo rigor correspondiente al mayor contenido el injusto del hecho: el segundo con una pena considerable menor, teniendo en cuenta la circunstancia minorante del error.

La culpa inconsciente obliga también a reflexionar sobre el arduo tema de la dirección de la acción, pues en este caso el individuo quiere emprender la acción y lo hace, aunque supone, el resultado dañoso no acontecerá porque podrá evitarlo. Quiere decir que hay una acción cuya finalidad resulta indiscutible, con la única diferencia, respecto del hecho doloso de la misma naturaleza, que está dirigida a un objetivo distinto, de aquel típicamente antijurídico que persigue quien obra con dolo.

El resultado, cuyo papel en su momento veremos, no se produce por “azar”, sino por razón de la imprudencia, negligencia, etc. No hay tampoco una necesaria relación entre el hecho de representarse el resultado y que la conducta sea objetivamente lícita, pues el sujeto pudo tener consciencia de lo que podía ocurrir y no obstante actuar descuidadamente. No habría acción ilícita, entendiendo por tal asunción de riesgo no permitido, si el agente se representase el hecho, confiase, en evitar el resultado dañoso y obrase de manera prudente, diligente, con pericia, etc., aunque en definitiva en el resultado se produzca lo mismo. Se volverá sobre el punto, al tratar acerca de la tipicidad y la anti juridicidad.

Desde otro enfoque se puede pensar que, criminológicamente considerando, el caso de la culpa inconsciente es más grave, porque evidencia una total despreocupación, actitud con lo que se pueden producir resultados muy graves. El individuo que reflexiona y que se equivoca, sería – para tal manera de pensar – menos peligroso que aquel que obra “a tontas y a locas” sin pensar siquiera en lo que puede llegar a producir, por acción u omisión. Mencionamos las

dos formas de actuar pues es notorio que la culpa consciente o con representación no es sinónimo de una conducta positiva y la culpa inconsciente o sin representación la de una actuación negativa. En ambos casos el bien jurídico resulta menoscabado, sea que el sujeto cause el daño haciendo u omitiendo.

Manifestación de la culpa

La culpa puede manifestarse de las siguientes maneras:

La imprudencia

Es uno de los casos en que no se corresponden la representación y la realidad, o sea, un supuesto error, si es que no se trata más bien de un caso de ceguera ante los hechos. En contraposición al error en la tentativa, en que el autor imagina una realización del tipo que no se produce, el autor en la imprudencia yerra al no advertir la realización del tipo que va a tener lugar. Es punible el comportamiento cuando lo establece la ley penal, si el autor no conoce todas las circunstancias pertenecientes al tipo legal, no actuaría dolosamente, pero, si las circunstancias son, no obstante, cognoscibles, actuaría imprudentemente. La imprudencia es aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento de lo que ha de evitarse. Es la falta de una relación volitiva o la falta de previsión segura.

La imprudencia, es una conducta, consistente en una acción de la cual había de abstenerse, por ser capaz de ocasionar determinado resultado de daño o de peligro, o que ha sido realizada de manera no adecuada, haciéndose así peligrosa para el derecho ajeno, penalmente tutelado. Representa la temeridad excesiva, el ejercicio de lo que la prudencia indica no hacer o la ligereza o indebida audacia.

Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal Parte General, Nacional, México 1968, p. 400. Donde el autor nos señala que la imprudencia supone una actividad positiva, se refiere al obrar no reflexible, sin precaución ni cautela.

Negligencia

Es una falta de atención, descuido que origina la culpa inconsciente,

donde el autor en su falta de precaución no ha previsto como posible el resultado criminal que ha causado. La falta de precaución ha hecho que el autor ignore o yerra acerca de la naturaleza de lo que hacía y de su resultado posible. Es la omisión del autor, al obrar u omitir, de los cuidados debidos que no le permitieron tener conciencia de la peligrosidad de su conducta para la persona, bienes o intereses de terceros.

Desde el punto de vista psicológico la negligencia se deriva del funcionamiento defectuoso de la memoria y de la asociación, respecto a la atención, de modo que no surgen recuerdos que la activen, imponiendo el debido comportamiento. Vendría a considerarse una forma de desatención, inercia psíquica.

Es conocida como la culpa sin previsión o la culpa inconsciente; el autor no se dio cuenta a raíz de su falta de cuidado, precaución o atención, no ha previsto los resultados, debiendo hacerlo, por el verdadero carácter de su comportamiento.

Impericia

Es la insuficiente aptitud, habilidad o deficiencia técnica y experiencia, para el ejercicio de un determinado oficio, arte o profesión, que ordinariamente se exige en el desempeño de ciertas funciones y que es causante de resultados dañosos por parte de quien carece de preparación debida. La impericia supone, el ejercicio de una actividad determinada para la que se requieren los conocimientos más o menos especializados, sin tener dominio sobre ellos. Dentro de los presupuestos de la impericia podemos señalar la ineptitud y la inhabilidad y como fuente de estos la ignorancia o el error.

a.4) Tipo objetivo:

Acción Típica

Los tipos penales en nuestro Código Penal han sido redactados como dolosos, es decir, se presume el dolo en cada uno de ellos, pero, como excepción aparece los tipos culposos, los cuales solo se sancionan conforme a nuestro ordenamiento legal.

Hurtado Pozo, José, en su Manual del Derecho Penal Parte General I, señala que los delitos culposos pueden ser de comisión y de omisión, así como de pura actividad o de resultado. Estos últimos son los que con mayor frecuencia se han previsto en la Ley. En cuanto a los primeros, basta la realización del comportamiento, y, por lo tanto, no hay que comprobar la existencia de un resultado, daños o puesta en peligro concreto de un bien jurídico. El carácter culposo, de la comercialización o tráfico de productos nocivos a la salud de las personas, no está en buena medida, en relación con el mismo acto de poner en venta o en circulación, importar o tomar en depósito, sino con el hecho de que el consumo, empleo normal o probable del producto, pueda comprometer la salud de las personas.

Tratándose de delitos de resultado, el agente debe, mediante su comportamiento, producir la modificación del mundo exterior previsto en el tipo legal. El juicio de valor negativo referente a la producción del perjuicio prohibido (muerte o lesiones de una persona, por ejemplo) constituye, junto al juicio negativo sobre la acción de crear o aumentar un peligro, un aspecto esencial de la tipicidad del delito culposo. Por esto, dicho resultado es un elemento constitutivo del tipo legal y no solo una condición objetiva de punibilidad. El criterio contrario no puede ser justificado afirmando que solo se pueden prohibir acciones y no resultados. Tampoco es decisivo que la represión del autor de un comportamiento culposo donde de la materialización aleatoria del peligro creado o aumentado mediante dicho comportamiento.

Para determinar la relación de causalidad deben aplicarse los mismos criterios empleados con relación a los delitos dolosos. Así mismo, se aplicarán los criterios referentes a la imputación objetiva. Al respecto no hay que olvidar, por un lado, que tanto en la jurisprudencia y en la doctrina comparada se ha invocado con frecuencia la denominada causalidad adecuada y, por otro, que este criterio se encuentra en la base de la concepción de la imputación objetiva.

Los tipos culposos no son determinados legalmente, en el sentido de que no tenemos una definición exacta de lo que se debe entender por culpa, es un tipo abierto. En términos generales podemos decir, actúa culposamente el que no observa cuidado requerido, en otros términos, el que no cumple con el deber

objetivo de cuidado, el encargado de cerrar el tipo, es el Juez y no el legislador que dio la ley, en otras palabras, es el órgano Administrador de Justicia y no el Poder Legislativo el que da contenido al tipo, por lo que se puede estar afectando el principio de legalidad (Hurtado, J 2005: 717).

El Deber Objetivo de Cuidado

El deber de cuidado es un deber objetivo, ya si cada persona fuese libre de atenerse a lo que personalmente le fuere posible se ocasionaría el caos, y amenazando desde luego la vulneración de los bienes jurídicos. El deber objetivos, se debe valorar la conducta realizada por el sujeto desde el punto de vista de un observador imparcial, debemos tener en cuenta el cuidado objetivo y el normativo o valorativo; es objetivo cuando el sujeto actuó en el caso concreto con el cuidado requerido por la sociedad hombre medio; es normativo o valorativo cuando el comportamiento realizado se adecua a lo establecido por la sociedad, es decir, se compara lo realizado por el sujeto y lo que hubiese hecho el hombre medio para ver si coincide; de coincidir no se puede castigar porque cualquiera hubiese reaccionado de la misma manera, si actuó con una diligencia menor, este es culposo (Peña, R 1994: 464)

Peña Cabrera, Raúl, en su Tratado del Derecho Penal, establece: La lesión del deber objetivo de cuidado, constituye el primer momento en el proceso de subsanación de la conducta del agente dentro del tipo de injusto culposo. La acción generalmente lícita desplegada por el autor debe verificarse contraviniendo la normal precaución que le son exigidas. Esto supone que el agente debió prever lo que una persona con diligencia normal hubiera previsto en su caso, respecto a que la acción que realizaba incrementaba el riesgo de provocar una afección a un bien jurídico (previsibilidad objetiva), ejemplo, el sujeto que mata a otro, en circunstancias en que limpia el arma de fuego, debía de prever la potencialidad dañosa de ésta.

Esto no significa que se prescinda del examen de la conducta del autor, en vista a sus condiciones personales, entendido como “poder concreto de evitación”. La adecuación a la conducta homicida requiere de un juicio normativo, que surge de la comparación entre la conducta que hubiere adoptado un hombre

prudente razonable en la situación del autor y la observada realmente.

En el caso de actividades de utilidad social imprescindible (operaciones quirúrgicas, tránsito vehicular, empleo de maquinarias peligrosas, etc), que lleva implícita un mayor peligro para la vida, la determinación de falta de cuidado externo deberá hacerla el juzgador teniendo en consideración los niveles “riegos permitido” que presenta. El deber objetivo de cuidado tiene en algunos casos, plasmación en un conjunto de reglas especiales de carácter administrativo (regla de tránsito, de seguridad laboral o la llamada *lex artis*). Su violación constituye una condición necesaria, pero insuficiente para establecer la responsabilidad por culpa del infractor. Hay casos en que la observancia puede ser imprudente y la inobservancia prudente; el invadir el lado izquierdo de la calzada, cuando no viene nadie en contra, para evitar atropellar a un niño, es, a pesar de la infracción formal un acto prudente, el seguir por el mismo lateral puede ser imprudente.

Por último, la determinación del cuidado, observado por el autor, en aquellas actividades que requieren el concurso de otras personas (tránsito vehicular, construcción de edificios, operación quirúrgica, etc.), se hará teniendo en cuenta que, a cada participante le es admisible confiar en que el otro partícipe desarrollará parte de la actividad de la manera correcta, salvo que las circunstancias especiales del caso hagan reconocible lo contrario, por ejemplo: el cirujano debe confiar en la enfermera le asista correctamente, de tal manera que si ésta equivoca la inyección, no es la acción de aquél sino la de ella la que lesiona el deber objetivo de cuidado.

El Resultado

Entre la acción y el resultado, se presenta la relación de causalidad, la que en los delitos culposos gira sobre la teoría de la equivalencia de condiciones, toda causa es condición de un resultado, a esto se debe añadir el criterio de la imputación objetiva, la producción del resultado se da por la inobservancia del deber objetivo de cuidado, el cual debe poderse imputar objetivamente al mismo. Resulta un requisito indispensable para la configuración de este tipo de delitos, el que se dé una concreta afección al bien jurídico, no existiendo en ningún caso una tentativa culposa (Altavilla, E 1999: 140)

Altavilla, Enrico, establece, La conducta humana es una manifestación extrínseca de la personalidad, que, ocasionado en el mundo exterior, con la coeficiencia de factores externos (exógenos), una modificación, que los filósofos llaman acontecimientos y los juristas resultados. Podemos afirmar que, a impedir o a producir la realización del resultado, se dirigen los preceptos penales que prohíben o imponen conductas con capacidad para ocasionarlo.

El resultado puede ser de daño o de peligro, según el cambio deseado se realice (como la muerte de una persona), o se hayan puesto en movimiento fuerzas causales capaces de producirlo, pero sin producirlo (como el choque de un tren en una vía obstruida, sin que resulten daños). Se discute si el resultado del peligro basta para integrar los delitos culposos. Rocco, sostuvo la opinión negativa: “los delitos del peligro nunca podrán ser delitos culposos. En efecto, la conducta que contenga en sí misma, no un peligro efectivo, sino la posibilidad de un peligro tendrá por resultado un peligro efectivo, no un daño efectivo, y por lo tanto no podrá originar la noción de la culpa y del delito culposo”.

La producción del resultado no es una condición objetiva de punibilidad, no basta con que se produzca, éste debe ser imputado al autor de la falta al deber objetivo de cuidado, debe existir una determinada relación entre éste y el resultado, debido al riesgo que se ha creado o aumentado.

Peña Cabrera, Raúl, señala: El hecho de que se exija necesariamente la causación de un resultado, en modo alguno significa que sea el fundamento del injusto. En el Perú se castiga la imprudencia cuando se ha seguido un resultado, cumpliendo con el principio de intervención mínima; de modo, cuando no se haya generado consecuencias, podría tratarse de una infracción administrativa, por ejemplo, e exceso de velocidad. Lo que importa es que el resultado se derive casualmente de la acción de agente. Esto es algo indiscutible, pero como ya lo dijimos en su oportunidad, en los delitos dolosos la imputación del resultado deberá solventarse “normativamente”, razón por la cual se hicieron las observaciones pertinentes a las teorías de la causalidad (Peña, R 1994:245)

a.5) El tipo Subjetivo

Posibilitar de conocer el peligro que la conducta ocasiona para los bienes

jurídicos, previsibilidad y deber de evitar el resultado dañoso. (HURTADO POZO, José, Manual del Derecho Penal, Editora Jurídica Grijley 2005, p. 276).

Hurtado Pozo, José, señala: En la medida en que se procede al análisis de todos los aspectos subjetivos del comportamiento en el nivel de la culpabilidad (orden de tener cuidado y prever el perjuicio respecto a la persona del autor), se niega la existencia o, al menos, la necesidad práctica de considerar la presencia de un tipo legal subjetivo en los delitos imprudentes. De modo que, se considera, dado el injusto en estos delitos, en razón a tres factores: La posibilidad de prevenir el riesgo de la realización del hecho típico, el obrar sin cuidado exigido del modo objetivo, y, en caso necesario, la realización del resultado típico por la violación del deber de cuidado. El reproche de culpabilidad tendría como objeto la actitud ante el derecho. Si el suceso es imprevisible, se trata de un caso fortuito, el mismo que esta fuera del derecho penal. Si se tiene en cuenta la delimitación hecha entre culpa con representación (consciente) y culpa sin representación (inconsciente), hay que preguntarse si ello no implica matizar la afirmación de que no es posible concebir el tipo subjetivo en los delitos culposos.

Tratándose de la culpa sin la representación, resulta imposible hacerlo porque el agente no se ha representado los presupuestos del tipo objetivo. Respecto a los ejemplos dados, es lo que sucede cuando el chofer ni siquiera perciba la luz roja del semáforo y el ama de casa olvida apagar la cocina. Por el contrario, tratándose de la culpa con representación, el agente deber ser consciente de todas las circunstancias que hacen de su acción un comportamiento peligroso no permitido. De esta manera, él se representa la posibilidad de lesionar el bien jurídico protegido; es decir, es consciente de las circunstancias previstas en el tipo legal objetivo. En esto reside, en efecto, su semejanza con el dolo eventual. En este último, la decisión con que actúa el agente respecto al resultado permite decir que lo acepta, lo asume, lo hace suyo; mientras que el agente culposo confió en que no se produzca.

Se debe analizar cuál es la relación concreta que existe entre el sujeto y el proceso que ha desencadenado. Examinando la conciencia del individuo respecto del proceso que se ha dado nos llevará a una graduación de la culpa, es aquí donde cobra importancia la diferencia que se ha señalado anteriormente entre

culpa consciente, con representación, e inconsciente, sin representación. En este punto donde se pueden dar cruces entre la culpa consciente y el dolo eventual; en el primero existe una actitud de confianza dada por las circunstancias, en el segundo, el sujeto cuenta con el suceso para afectar el bien jurídico. En ciertos casos se debe ver si el sujeto tiene un conocimiento especial sobre las circunstancias, el cual lo hace responsable de su actuar. Un ejemplo claro de esto se presenta en el caso del médico que somete a su paciente a una operación, y el paciente muere; esto, aunque sea previsible no sea suficiente, se debe ver si el médico actuó cumpliendo todas las reglas de conducta que le impone realizar una operación. Para que el sujeto responda a título de culpa, le debe haber sido previsible que actuando de tal manera pudiera afectar al bien jurídico, esto debe ser complementado por el hecho de que, el sujeto debe haber tenido en sus manos el evitar el daño causado, si hubiese actuado con mayor diligencia.

a.6) Fundamentación jurídica de la culpa.

Así como el dolo es una volición delictiva. Y partiendo desde una política criminal, se considera el desvalor del resultado, cuyo fundamento es la afectación del bien jurídico y por consiguiente la imputación objetiva, que consiste en atender cuáles son los fundamentos o argumentos que permiten sostener que la afectación al bien jurídico es obra del autor. La previsibilidad condiciona el deber de cuidado, quien no puede prever no tiene a su cargo el deber de cuidado y no puede violarlo. El deber de cuidado, cuya violación hace incurrir en culpa, tiene sus riesgos creados o afrontados fuera del desenvolvimiento permitido de la vida individual o social; así la vida práctica con sus exigencias impone una serie de actividades que en sí mismas no pueden realizarse sin riesgos para la persona y bienes de terceros, como son, el tránsito de los vehículos, las actividades industriales, la actividad de los médicos y las deportivas, etc. La previsión de estos riesgos se halla implícitamente permitidos al aceptarse la licitud de las actividades que los llevan inherentes en su normal ejercicio.

2.2.2. Culpabilidad y Culpa

Los términos culpabilidad y culpa son conceptos jurídicos, propios del lenguaje de los operadores del Derecho, aunque su significado sea otro para el

ciudadano común, eso precisamente hace necesario identificar estos conceptos con mucha precisión jurídica, diferente a lo expresado en el lenguaje común. En “Derecho se presentan dos problemas adicionales: Uno, que absolutamente todos los ciudadanos están obligados a cumplir la ley, pero ¿Cómo obligar a cumplir términos que no se entienden?; y segundo, que los términos empleados en Derecho no solo son ambiguos, sino que a veces tienen un significado totalmente distinto al del propio idioma español. Por ejemplo ‘tipo’ no significa tipo, ‘injusto’ no es injusto, y ‘culpa’ tampoco significa culpa. Intentemos al menos establecer la diferencia entre culpa y culpabilidad” (Cortez, A 2018).

Cortez Bernal refiere que la “culpabilidad” penal es una de las tres características que la conducta humana debe tener para ser considerada delito. Estas características son: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; en esencia se refiere básicamente a la atribución de responsabilidad que se hace a una persona, por la realización injustificada de un hecho prohibido por la ley. Este término sí se parece al utilizado en lenguaje coloquial, pues llamamos culpable a quien reprochamos la realización de algo negativo. Ya a nivel especializado, la culpabilidad ha sido de los conceptos más discutidos, admitiéndose hoy por un amplio sector la llamada “concepción normativa”, que consiste en que al autor del ilícito será culpable si:

- a) Es imputable (por ejemplo, mayor de edad, o sin enfermedades mentales);
- b) Tiene posibilidad de saber que su conducta está prohibida; y
- c) De acuerdo con las circunstancias, es posible exigirle una conducta apegada a la norma.

Así mismo dice que, la “culpa”, significa simplemente “imprudencia”, entonces se llama delito culposo a uno realizado de forma imprudente, al violar un deber de cuidado que se tenía la posibilidad de observar; como quien atropella al conducir por estar enviando mensajes de texto. Finalmente formula las siguientes reflexiones:

Desde 1930 se superó la concepción psicológica de culpabilidad, que

sostenía que sus formas eran el dolo y la culpa. La opinión doctrinal dominante, ubica desde entonces al dolo y la culpa en la tipicidad; entre muchas razones, porque un hecho realizado sin dolo ni culpa no puede ser antijurídico.

No comparto el añejo criterio de que la culpa se produce por imprudencia, impericia, negligencia o inobservancia. Imaginen a quien opera sabiendo que no es médico, con su impericia actúa dolosamente, no culposamente; mientras que imprudencia, negligencia, o inobservancia de un deber son utilizadas en la práctica como sinónimos. La ley cuanto más comprensible, mejor.

Recordemos también al llamado “Principio de Culpabilidad”, bien distinto a la culpa y a la culpabilidad en sentido estricto, del que ya nos ocuparemos en otra ocasión (Cortez, A 2018).

La culpa se define tradicionalmente como la falta de previsión de un resultado; el mismo que puede cometer por imprudencia o negligencia en la conducta de la persona.

ANTONIO TERRAGNI, Marco, señala: La palabra culpa tiene múltiples significaciones, pues se designa desde la característica que hace un sujeto deba responder jurídicamente, con lo cual se la hace sinónimo de culpabilidad, hasta una de las formas del reproche, ocupando un lugar junto al dolo. Puede representar, en la moderna doctrina penal, una característica subjetiva del tipo, o también ser el elemento aglutinador de las formas que adopta un determinado obrar como la imprudencia, negligencia, etc., lo que en algunos ordenamientos puede adquirir sustantividad en la forma del crimen culpable. Las definiciones de culpa son numerosas, tantas como los intentos de caracterizarla y buscarla sinónimos. Sin embargo, llama la atención que pocas veces se vaya advirtiendo que resulta imposible señalar los contornos de la culpa en sí porque ésta no existe. Ni conceptualmente ni tampoco gramaticalmente es correcta su sustantivación. En realidad, se trata de una cualidad de la acción, por lo que es un adjetivo que le asigna un valor a ese fenómeno que él, si tiene existencia autónoma.

La culpa puede ser considerada como un componente psicomental vinculado al autor en el momento de la infracción delictiva, basando el reproche de la sociedad en la ausencia de un resultado querido y en el incumplimiento de los

deberes de cuidado.

Se puede colegir, entonces, que la culpa, en el Derecho Penal, está relacionada con la acción delictiva que se realiza sin el debido cuidado para evitar el daño pero sin intencionalidad por parte del sujeto activo. Este acto está sancionado por la ley penal, porque la culpa es una acción delictiva producida de manera imprudente sin intencionalidad, pero que reúne los requisitos del hecho punible: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Por ello, desde el punto de vista del ámbito penal, nos referimos a delito culposo como la acción u omisión sin el suficiente cuidado y de manera imprudente de la que se podría haber previsto el resultado dañoso pero que en realidad se desconocía dicho resultado a la hora de realizar el acto culposo.

Por su parte Ruiz Ramal nos dice que en los delitos culposos hay que distinguir cuidadosamente el conocimiento efectivo o potencial del peligro que la conducta crea para los bienes jurídicos, del conocimiento abstracto del deber de cuidado. El conocimiento del peligro causado es efectivo en la culpa consciente o con representación, pero es potencial en la culpa inconsciente o sin representación. Cuando ese conocimiento falta en forma efectiva y no es exigible, faltaría la tipicidad culposa, pero cuando no es ese el caso, sino que el sujeto desconoce directamente su deber de cuidado en forma abstracta, no puede pretenderse que reconozca la antijuridicidad concreta de su conducta y reprochársele por no haberla conocido, pese a que conozca perfectamente el peligro que con la misma introduce, lo que configurara un claro supuesto de error directo de prohibición (Ruiz, A 2016).

Zaffaroni, en su Tratado de Derecho Penal Parte General, señala: Los delitos culposos siempre fueron problemáticos, a1 punto de ponerse en duda la culpabilidad en ellos, cosa que jamás aconteció con los dolosos y ni siquiera con los omisivos. La característica esencial del tipo culposo y la diferencial respecto del doloso- es la forma de individualización de la conducta prohibida. En tanto que en el tipo doloso la conducta se ciñe, por lo general, mediante una descripción, en el tipo culposo ésta permanece prima facie indeterminada, siendo sólo determinable frente a cada caso concreto. Cabe insistir una vez porque nunca será suficiente, dada la confusión creada2- en que el tipo culposo también individualiza conductas,

que son tan "finales" como las individualizadas por los tipos dolosos'. Los tipos legales individualizan conductas y es imposible que individualicen otras cosas, porque es inconcebible que prohíban algo distinto de conductas humanas. Por consiguiente, el tipo culposo, al igual que el doloso, no puede hacer nada diferente que individualizar conductas humanas. Si la conducta no se concibe sin voluntad, y la voluntad no se concibe sin finalidad, la conducta que individualiza el tipo culposo tendrá una finalidad, igual que la que individualiza el tipo doloso. Todo este planteo parece una simpleza y, en verdad lo es. Puede reducirse a lo siguiente: los tipos (dolosos y culposos) contienen prohibiciones de conductas. No obstante, esta simplicidad, la aclaración se hace necesaria porque en razón de planteamientos idealistas, que conciben a lo prohibido como creado por la norma que lo prohíbe, se ha confundido lo que se prohíbe con la forma en que se lo prohíbe. El tipo culposo no individualiza la conducta por la finalidad, sino porque en la forma en que se ha querido obtener esa finalidad se ha violado un deber de cuidado.

Pero la circunstancia de que el tipo no individualice la conducta por la finalidad en sí misma, no significa que no tenga finalidad, lo que parecen haber entendido numerosos autores.

El tipo es una figura que crea el legislador, una imagen que da a muy grandes trazos y al sólo efecto de permitir la individualización de algunas conductas. Cuando se toman algunos caracteres para individualizar un objeto cualquiera, como ser algunas características personales para individualizar a ciertas personas, como cuando se describen los hombres de raza amarilla por la forma de sus ojos, esto no significa que los hombres de raza amarilla no tengan nariz. El tipo culposo hace lo mismo: individualiza conductas porque en la forma de obtención de su finalidad violan un deber de cuidado, pero no porque no tengan finalidad (Zaffaroni, E 1999:195-200).

2.2.3. Delitos culposos en el código penal peruano

En el Libro segundo, Parte Especial, Delitos, Título I: Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, Capítulo I: Homicidio, se tipifican los delitos culposos:

Artículos 111^a, homicidio culposo

El que, por culpa ocasionara la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

La pena privativa de la libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y no menor de una año ni mayor de seis años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho.

La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de ocho años e inhabilitación, según corresponda, conforme al artículo 36° -incisos 4), 6) y 7)-, si la muerte se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, o con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25 gramos litro en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

Artículo 124° Lesiones culposas

El que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa, si la lesión es grave, de conformidad a los presupuestos establecidos en el artículo 121°.

La pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de cuatro años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho.

La pena privativa de la libertad será no menor de cuatro años ni mayor de seis años e inhabilitación, según corresponda, conforme al artículo 36° -incisos 4), 6) y 7)-, si la lesión se comete utilizando vehículo motorizado o arma de fuego, estando el agente bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias

psicotrópicas o sintéticas, o con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, en el caso de transporte particular, o mayor de 0.25 gramos/litro en el caso de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, o cuando el delito resulte de la inobservancia de reglas técnicas de tránsito.

2.2.4. La Negligencia Médica

La negligencia médica designa una lesión causada a un paciente por no haber obrado el personal sanitario como debió hacerlo. En este sentido se considera la *lex artis*, que representa la actuación diligente desde el punto de vista del caso específico y el estado de la técnica.

El personal sanitario tiene el deber de preservar y restablecer la salud del paciente. Y, aunque tal resultado no siempre está en sus manos, existen unos estándares en la práctica médica, orientados a la curación. Así, un médico no puede apartarse injustificadamente de tales estándares.

La negligencia médica es una *mala praxis* médica que ocasiona una lesión al paciente. De modo que conjuga tres elementos:

a). Por un lado, la lesión. Esta puede ser inmediata o no, y física o moral. Por ejemplo, un mal diagnóstico que perjudique las posibilidades de curación del paciente puede considerarse negligencia médica. Del mismo modo, no es necesario que la lesión cause un menoscabo en la integridad física del paciente. Así, una marca meramente estética puede suponer responsabilidad del personal sanitario cuando se deba a su *mala praxis*.

b) Por otro lado, la *mala praxis*. Se entiende como tal el apartarse del protocolo sanitario o los estándares de la profesión. Así, la mala praxis puede derivar de un descuido de la diligencia debida. Pero también de una vía de actuación que no habrían seguido otros facultativos.

c) Por último, un nexo causal. Así, la lesión debe ser consecuencia de la *mala praxis*. A falta de la relación de causalidad (por ejemplo, si la lesión se hubiera producido incluso aplicando el tratamiento corriente) el paciente lesionado no tendrá derecho a indemnización.

Los tres elementos deben concurrir para que se pueda hablar de negligencia médica y se despierte el derecho a una indemnización. Generalmente, para apreciar la mala praxis y el nexo causal serán necesarios los servicios de un perito médico.

Determinar la concurrencia de una negligencia médica no siempre es sencillo. Por eso se necesitan los servicios de un perito médico que pueda ilustrar al tribunal sobre el estado de la técnica y los estándares de la profesión. El abogado que lleve el asunto también deberá conocer la jurisprudencia al respecto.

Aunque en algunas ocasiones será fácil imputar la negligencia médica (por ejemplo, cuando se ha olvidado material quirúrgico en el interior del paciente tras una intervención) en otros habrá que realizar un análisis detallado de la situación. Y es que aquellos daños que no pudieran prevenirse o evitarse no pueden conllevar negligencia médica.

Negligencia médica: Responsabilidad Social, Civil y Penal

La Responsabilidad del Médico se inicia con el Juramento (Declaración de Ginebra, 1948), referida al "Juramento Hipocrático" de un buen desempeño de la profesión y desde la inscripción en el Colegio Médico Profesional (C.M.P.) y en relación con el cliente (paciente) que es de naturaleza contractual; existiendo deberes comunes para la mayoría de profesiones, como son: Deber de Lealtad, Secreto Profesional e Indemnización del daño que hubiera ocasionado. La responsabilidad médica es una variedad de la responsabilidad profesional.

Juramento Hipocrático: "Juro por Apolo, médico, por Esculapio, Higias y Panacea, y por todos los dioses y diosas, a quienes pongo por testigos de la observancia del siguiente juramento, que me obligo a cumplir lo que ofrezco con todas mis fuerzas y voluntad. Tributaré a mi maestro de *medicina* el mismo *respeto* que a los autores de mis días, partiendo con ellos mi fortuna, y socorriéndoles si lo necesitasen, trataré a sus hijos como a mis hermanos, y, si quisieren aprender la *ciencia*, se la enseñaré desinteresadamente y sin ningún *género* de recompensa. Instruiré con preceptos, lecciones orales y demás modos de enseñanza a mis hijos, a los de mi maestro, y a los discípulos que se me unan bajo el convenio y juramento que determina la ley médica, y a nadie más".

Asimismo, La Asociación Latinoamericana de Academias Nacionales de Medicina (ALANAM), constituida en la ciudad de Quito en 1983, considera que la ética debe ser el marco conceptual de inspiración y de referencia para todas las acciones concernientes a la formación, ejercicio y desarrollo de las profesiones médicas. Ética y Medicina están ineludible e indisolublemente vinculadas desde sus orígenes en la historia de todas las civilizaciones; la incesante evolución de las formas de vida y de asociación humanas impone revisiones permanentes de enfoques y normas (Navarrete, L 2016)

El Abogado Luis Felipe Ginocchio Reyes, con acierto, en su trabajo "Negligencia Médica", publicado en monografías.com, con acierto afirma: "El hombre debido a su imperfección es susceptible en errar. Ejemplo los profesionales de la construcción al edificar bienes inmuebles sin los conocimientos así como careciendo de experiencia adecuada, estos muy certeramente ocasionaran pérdidas humanas y materiales lamentables sancionadas por ley, esto ocurre en toda actividad humana en el caso que nos ocupa el médico por un actuar o dejar de actuar, ya sea en las formas de negligencia, imprudencia y/o impericia puede ocasionar graves consecuencias en la vida, cuerpo o la salud de las personas".

2.3 Bases legales

a) Constitución Política del Perú - 1993

Título I: De la Persona y de la Sociedad

Capítulo I: Derechos Fundamentales de la Persona

Artículo 1.- Defensa de la persona humana La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

b) Ley N° 26842, Ley General de Salud. Título Preliminar Art. I, II y III.

c) Reglamento del Congreso de la República. Artículo 4º. Función Legislativa. Capítulo VI: Procedimiento Parlamentario, artículo 64º inc. a). Procedimiento legislativo. Artículo 66º inc. a) Propositiones de Ley. Artículo 73º inc. a) Iniciativa Legislativa. Artículo 75º Requisitos y Presentación de Propositiones.

d) Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

Artículo 3 Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

e) Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, conforme al Artículo 74.2 de la Convención Depositario: Secretaría General OEA (Instrumento Original y Ratificaciones) Serie sobre Tratados OEA N° 36 – Reg. ONU 27/08/1979 N° 17955

Parte I: Deberes de los Estados y Derechos Protegidos

Capítulo I: Enumeración de Deberes

Capítulo II: Derechos Civiles y Políticos

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

El derecho a la vida que tiene toda persona humana es la condición previa necesaria para la realización y disfrute de todos los demás derechos.¹ En efecto, de no ser respetado y garantizado el derecho a la vida, los demás derechos de la persona se desvanecen, ya que se afecta la existencia misma de su titular (Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada. Coordinadores Christian Steiner Patricia Uribe. 2014. P.113)

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de personas no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad

posible, para su tratamiento.

6. Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

El sistema internacional de derechos humanos, en general, y el sistema interamericano de derechos humanos, en particular, se construyen sobre algunos pilares básicos vinculados con la protección de la dignidad del ser humano. Uno de estos pilares es el derecho de toda persona a su integridad personal.

De esta forma, hoy el derecho a la integridad personal y, en particular, la prohibición de afectaciones ilegítimas al mismo se reconoce, acepta y protege. Señalo explícitamente que lo que se prohíbe es una afectación ilegítima, ya que hay ciertos actos que podrían ser considerados como afectaciones a la integridad personal, pero que no son necesariamente una violación del mismo, ya que serían afectaciones legítimas, tales como tratamientos médicos, tatuajes, entre otros. (Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada. Coordinadores Christian Steiner Patricia Uribe. 2014. P.133)

Al estar la integridad personal directamente vinculada con la dignidad humana, las formas de afectación son variadas y muchas de ellas no tan evidentes como lo son las formas más agravadas de violación de este derecho. Así lo ha entendido la Corte Interamericana que desde sus primeros casos estableció una visión amplia sobre este vínculo entre dignidad humana e integridad personal. (Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada. Coordinadores Christian Steiner Patricia Uribe. 2014. P.134).

f) Código de Ética y Deontología del Colegio Médico del Perú

Sección Primera: De los Principios Éticos en la Medicina

Título I: Declaración de Principios

1. El rol de la Ética y la Deontología Médica

La ética médica orienta la conducta de los médicos hacia el bien, a buscar lo correcto, lo ideal y la excelencia. La deontología médica establece qué deben y

qué no deben hacer los médicos. El Código de Ética y Deontología contiene un conjunto de orientaciones y preceptos cuyo cumplimiento garantiza un ejercicio profesional digno, autónomo e integral de los miembros del Colegio Médico del Perú, en el marco del respeto a los derechos de los pacientes. Rige para todos los colegiados y concierne al ámbito de su moral personal y social.

2. El rol de la Medicina

La Medicina se orienta al respeto a la vida y al logro de la más alta calidad de la misma. Se fundamenta en el reconocimiento de la dignidad, la autonomía y la integridad de las personas. Es una profesión científica y humanista cuya misión es promover y preservar la salud, así como aliviar y reconfortar ante la enfermedad y consolar al enfermo y sus allegados ante el sufrimiento, la agonía y la muerte.

3. Los principios y valores éticos en la Medicina

Los principios y los valores éticos son aspiraciones sociales y personales. En lo concerniente a la sociedad, estas aspiraciones máximas son la solidaridad, la libertad y la justicia, y en lo concerniente a la persona, el respeto a la dignidad, la autonomía y la integridad. En el ejercicio profesional de la Medicina, estas aspiraciones se realizan por medio de los preceptos de beneficencia -que consiste en la búsqueda del bien para el paciente- y de non-maleficencia -que consiste en evitar que se produzca cualquier forma de daño o lesión.

a. De las Personas:

La dignidad de la persona obliga moralmente al médico a tratar a toda otra persona, en situación de salud o enfermedad, siempre como un fin y no como un medio, y por lo tanto con empatía, lealtad, diligencia, compasión y responsabilidad. La autonomía de la persona obliga moralmente al médico a solicitar su consentimiento informado y respetar su decisión, en consonancia con sus valores personales y culturales. La integridad de la persona obliga moralmente al médico a respetarla, no sólo en su entereza moral sino también en su unidad, plenitud, totalidad, indemnidad, pudor y sacralidad de su ser corporal.

4. La salud y el derecho a la salud

Si comprendemos que el paciente es una personalidad, estructurada por información genética y social, la salud viene a ser el proceso de actualización plena de sus capacidades, por medio del cual aquella contribuye al desarrollo de una sociedad íntegramente moral. El derecho a la salud se cumple y satisface en la equidad, universalidad y plenitud del cuidado y la atención de todas y cada una de las personas, sin exclusión alguna.

5. La enfermedad, la atención y cuidado del enfermo

La enfermedad es, por consiguiente, un proceso de desorganización natural y socialmente determinado que, de algún modo y en distinto grado, afecta el desarrollo integral y la capacidad de adaptación de las personas; proceso que, bajo ciertas condiciones negativas, determina su muerte. El ejercicio de la medicina se fundamenta en el permanente respeto a los derechos de los pacientes, tales como el derecho a la libertad de conciencia y de creencia; el derecho a la integridad física, psíquica y moral; el derecho a su libre desarrollo y bienestar; el derecho a la intimidad personal y familiar; el derecho a que se respete su autonomía; el derecho a no ser discriminado en razón de su sexo, género, orientación sexual, edad, enfermedad o discapacidad, credo, raza, etnia, nacionalidad, filiación política o condición económica, entre otros.

6. Las responsabilidades en el cuidado de la salud

El médico debe permanentemente tomar decisiones en los campos de la vida, la salud y la enfermedad, decisiones que se aproximarán más a la certeza en la medida que cuente con los medios y recursos que exige la práctica de la medicina científica o *lex artis*. Es su responsabilidad realizar el acto médico en forma diligente. Es responsabilidad de la sociedad y el Estado proveer de manera equitativa los mejores medios y recursos disponibles para este propósito.

Sección Segunda: De los Preceptos Deontológicos en la
Práctica Médica Título I: Del Trabajo Médico

Capítulo 1: Del Ejercicio Profesional

Art. 1° Es deber del médico desempeñar su profesión competentemente, debiendo, para ello, perfeccionar sus conocimientos, destrezas y actitudes en forma continua y ejercer su profesión integrándose a la comunidad, con pleno respeto de la diversidad sociocultural del país.

Título II: De la Atención y Cuidado de los Pacientes

Capítulo 1: Del Acto Médico

Art. 52° El acto médico es el proceso por el cual el médico diagnostica, trata y pronostica la condición de enfermedad o de salud de una persona. El acto médico es de exclusiva competencia y responsabilidad del médico.

Capítulo 2

Del Respeto de los Derechos del Paciente

Art. 63° El médico debe respetar y buscar los medios más apropiados para asegurar el respeto de los derechos del paciente, o su restablecimiento en caso que éstos hayan sido vulnerados.

2.4. Definición de términos básicos

2.4.1. Tipo penal

La tipificación consiste en establecer el tipo penal. Hurtado (2005) dice "Toda disposición jurídico-penal está constituida por dos partes: el precepto y la sanción. La primera contiene la descripción de la acción humana que el legislador declara punible. En este sentido restringido, se denomina tipo legal a tal descripción.... En sentido amplio, el tipo legal es concebido como el conjunto de todos los presupuestos necesarios para aplicar una pena" (p. 403).

2.4.2. Negligencia Médica

El término Negligencia, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa: "Del latín "negligentia", es la falta de cuidado o el descuido. Una conducta *negligente*, por lo general, implica un riesgo para uno

mismo o para terceros y se produce por la omisión del cálculo de las consecuencias previsibles y posibles de la propia acción".

La negligencia es la omisión, el descuido voluntario y consciente en la tarea cotidiana que se despliega o bien en el ejercicio de la profesión a través de la realización de un acto contrario a lo que el deber que esa persona realiza exige y supone.

Esta falta grave o culpa, generalmente, son punibles de una sanción en materia penal. Si bien y de acuerdo a lo que mencionábamos en el primer párrafo, cualquier persona es plausible de cometer una negligencia en su quehacer cotidiano, pero existen determinadas profesiones, generalmente, aquellas orientadas a la consecución y al servicio del bien común y de las cuales depende la seguridad y la integridad del prójimo, que están más expuestas al mismo.

Por ejemplo, la profesión de policía, de arquitecto y ni que hablar la de un médico son las que más deben cuidar este aspecto, por esto es que durante el proceso de preparación profesional, será necesario que se haga especial hincapié en la responsabilidad social que sus profesiones tienen. En el caso de un policía, el mayor cuidado debería pasar por el hecho de estar habilitado ya de por sí por la ley para usar un arma en caso de que se aventure algún peligro, esto implicará obviamente hacerlo con cordura y no creerse, a raíz de esta cuestión, que se es súper poderoso y quizás herir de gravedad a algún inocente.

Para el caso que nos ocupa, es necesario definir lo que es "la Negligencia Médica", siendo esta, "la Mala Praxis", "error médico" o "daño médico", que tiene como denominador el causar un daño a una persona en su salud, poniendo en riesgo su vida o acabando con ella. A lo largo de la historia, el tema de la responsabilidad médica, ha ido variando desde la culpa y la negligencia, pero básicamente el tema de daño es el que domina actualmente el derecho a la responsabilidad civil del médico.

El daño es la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio por la falta de cumplimiento de una obligación. Esta definición se debe entender en el sentido de daño material. El daño también puede ser moral.

Las negligencias médicas se producen cuando el médico actúa sin cumplir con las normas que rigen su profesión. Como ya hemos explicado en algún artículo anterior del blog, se producen por un descuido en la forma de actuar del médico o el profesional sanitario. Es decir, se produce una omisión consciente en el que se deja de cumplir un acto que el deber funcional exige, por lo que si se produce un daño, es totalmente punible judicialmente en el caso que suceda y se detecte.

2.4.3. Imprudencia e Impericia médicas.

Por su parte, la "imprudencia médica" hace referencia a acciones que realiza un profesional médico de forma temeraria, y que por ello son previsibles desde un punto de vista objetivo, por lo que al cometer una de ellas, se puede estar incurriendo en delito. Es punible e inexcusable, como se puede apreciar en este caso que resolvimos hace unos meses. Es la confianza excesiva del médico en la banalidad del cuadro clínico del paciente, o en la percepción de que las complicaciones importantes no pueden ocurrir; y por lo tanto no tomar medidas para prevenirlas.

Por su parte, la "impericia", como dice la palabra, hace clara alusión a una falta de pericia del profesional sanitario en su quehacer profesional. Es decir, falta de sabiduría en sus acciones, experiencia y habilidad en la ejecución de su profesión, que pueden perjudicar directamente al paciente. El escaso conocimiento o habilidad del médico para interpretar los síntomas y signos del paciente, realizar un diagnóstico o escasa formación para realizar alguna intervención diagnóstica o terapéutica.

Los daños producidos por negligencias médicas pueden provenir de una actuación (p.e. aplicación de un medicamento erróneo) o una omisión médica (p.e. la falta de aplicación de un tratamiento adecuado a tiempo, un error de diagnóstico), descartándose aquellos casos en los que la causa del daño no es atribuible a un acto u omisión médica.

Además de la existencia de un daño como consecuencia de una actuación u omisión médica, debe concurrir un elemento negligente.

¿A qué llamamos negligencia médica? La negligencia médica se produce cuando el médico actúa sin cumplir con las normas que rigen su profesión. Al conjunto de normas de la profesión médica se le denomina "lex artis ad hoc" o llamada también "lex artis médica" y se recoge en las guías o protocolos médicos.

2.4.4. Mala Práxis Médica

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 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.

"Mala praxis" es un término que se utiliza para referirse a la responsabilidad profesional por los actos realizados con negligencia. La forma más conocida de la mala praxis es la negligencia médica o mala praxis médica, pero la misma también se aplica a otros ámbitos profesionales como la abogacía, la contabilidad pública, ingeniería, etc.

Se denomina "mala praxis", en medicina, al daño provocado 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.

En Medicina una 'mala praxis' es un término empleado para indicar una mala gestión "por acción o por omisión" en la prescripción de medicación o en una manipulación en el cuerpo en el paciente (en una operación, de cara a reclamar la responsabilidad de los médicos en los problemas que hayan podido derivar).

Entonces, 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.

En primer lugar debe existir un daño constatable en el cuerpo, entendido como organismo, o en la salud, extendiéndose el concepto tanto a la salud física como a la mental, siendo ésta comprensiva de todas las afecciones y trastornos de orden psiquiátrico, psicológico, laborales, individuales y de relación, con incidencia en las demás personas. La amplitud del concepto, abarca no solo el daño directo al individuo, sino que por extensión, se proyecta inclusive sobre prácticamente la totalidad de las actividades del afectado.

En segundo lugar, el daño causado debe necesariamente originarse en un acto imprudente o negligente o fruto de la impericia o por el apartamiento de las normas y deberes a cargo del causante del daño o apartamiento de la normativa vigente aplicable.

- **Imprudencia:** La imprudencia es entendida como falta de tacto, de medida, de la cautela, precaución, discernimiento y buen juicio debidos, por parte del profesional de la salud.

- **Negligencia:** Es entendida como la falta de cuidado y abandono de las pautas de tratamiento, asepsia y seguimiento del paciente, que están indicadas y forman parte de los estudios en las profesiones de la salud.

- **Impericia:** Está genéricamente determinada por la insuficiencia de conocimientos para la atención del caso, que se presumen y se consideran adquiridos, por la obtención del título profesional y el ejercicio de la profesión.

Para terminar, sobre este punto concluiremos que se conoce como "mala praxis", a la mala actuación de un profesional, producto de la negligencia, a la que está ligada íntimamente ambos conceptos. Estos desafortunados fenómenos son más comunes en la medicina que en cualquier otro campo, y acarrea serias consecuencias sobre la salud y la vida de los pacientes.

2.4.5. Lex Artis Médica

El desarrollo del concepto de *lex artis* médica en la jurisprudencia

contencioso-administrativa está ligado a las pretensiones de responsabilidad extracontractual de la Administración, por los servicios médicos ofrecidos en centros sanitarios públicos. El término se refiere al tratamiento o actuación médica, típicamente aplicable al caso específico teniendo en cuenta la especialización del autor, la complejidad y trascendencia vital para el paciente.

El término *lex artis* médica es utilizado con mucha frecuencia por la jurisprudencia, tanto civil como contencioso-administrativa, en el ámbito de la responsabilidad médica. Puede definirse de modo simple como "aquel criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico" (Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 18 de diciembre de 2006). "Comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolario de las técnicas previstas, aceptadas generalmente por la ciencia médica y adecuadas a una buena praxis, sino, la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza." (Sentencia de Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006) Debe tenerse en cuenta que por definición la *lex artis* medica sigue la evolución del progreso técnico-científico de la Medicina, así como las peculiaridades personales de cada paciente y las características del profesional.

Encontramos también con frecuencia la alusión a la *lex artis* médica ad hoc. Esta precisión alude al tratamiento o actuación médica típicamente aplicable al caso específico teniendo en cuenta la especialización del autor, la complejidad y trascendencia vital para el paciente. Sin extendernos a ámbitos que son propios de la ciencia médica y no de la jurídica, que es nuestra especialidad, cabe decir que la instauración de "protocolos de actuación" suponen la fijación de pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico que resultan especialmente útiles como parámetro para comprobar la correcta o incorrecta actuación médica ad hoc. En muchos casos, la infracción de la *lex artis* deberá acreditarse mediante las correspondientes pruebas periciales.

El criterio de la *lex artis* médica es de obligada consideración a la hora de declarar la eventual responsabilidad que corresponda. Lo contrario implicaría acoger una responsabilidad, basada exclusivamente en la producción de un resultado, ajena a cualquier valoración sobre la culpa. Entiende la jurisprudencia

del Tribunal Supremo que la actuación negligente, contraria a la *lex artis* médica "...permite imputar el resultado dañoso a la demandada, por cuanto implica una actuación negligente de los facultativos, no por el resultado, puesto que los médicos actúan sobre personas con o sin alteraciones de la salud y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, sino por una mala praxis médica." (Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006).

Según diversas sentencias se puede considerar como *lex artis ad hoc* "aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida, derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado, siendo sus notas:

a) Como tal «lex» implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta.

b) Objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.

c) Técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la «lex» es un profesional de la medicina.

d) El objeto sobre que recae. Especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución).

e) Concreción de cada acto médico o presupuestos «ad hoc»: tal vez sea este el aporte que individualiza a dicha «lex artis»: así como en toda profesión rige una «lex artis» que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa «lex», aunque tenga un sentido general, responde a las peculiares de cada actor, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos.

Además, se incide en que la obligación contractual o extracontractual, del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia en ese momento (Lex Sanitas 2013).

2.4.6. Ética Profesional

Ética es la parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre. La moral es lo relativo a las acciones o caracteres de las personas desde el punto de vista de la bondad o malicia. Es aquello que no pertenece al campo de los sentidos o de lo físico, sino al del entendimiento, conciencia, lo espiritual. Tampoco pertenece al campo jurídico, sino al fuero interno y el respeto humano.

Hace algunas décadas, se entendía que ética y moral era lo mismo, pero fue Hans Kelsen, quien definió que las dos disciplinas eran distintas, cada una de ellas tenía su campo de acción; mientras que la ética estudia la moral y las obligaciones del hombre; la moral estudia las acciones o caracteres de las personas desde un punto de vista del bien, que el individuo se forja en su conciencia.

Entonces, dicho en otras palabras, la ética es diferente de la moral, porque la moral se basa en la obediencia a las normas, las costumbres y preceptos o mandamientos culturales, jerárquicos o religiosos, mientras que la ética busca fundamentar la manera de vivir por el pensamiento humano.

La ética profesional es el conjunto de normas de carácter ético aplicadas en el desarrollo de una actividad laboral. La ética puede aparecer reflejada en Códigos Deontológicos o llamados también Códigos Profesionales, que a través de una serie de principios y valores contenidos en postulados, en forma de

decálogo o documentos de mayor extensión.

La ética profesional marca pautas de conducta para el desempeño de las funciones propias de un cargo dentro de un marco ético. En muchos casos tratan temas de competencia y capacidad profesional, además de temas específicos propios de cada área.

Aunque la ética profesional utiliza valores universales del ser humano, se centra en cómo son estos aplicables al entorno laboral. Se trata de un tema en continuo debate, especialmente cuando existen conflictos éticos entre el desarrollo de una profesión y la conciencia o ética personal. En determinadas situaciones se puede optar por la objeción de conciencia cuando una persona no piensa que está actuando de forma correcta.

La ética profesional, al ser un conjunto de principios y normas morales que regulan la asistencia de todo profesional; tiene como fundamento ineludible el comportamiento y las relaciones interpersonales establecidas entre un profesional, para nuestro caso, el Médico, sabedor, conocedor y actor competente, y un paciente, objeto y sujeto a la vez, orgánico, social y personal; en el que aquel ve a un amigo.

El término "Ética", está relacionada con la "Deontología", término que se deriva del griego "deon", "deontos", que significa "deber", "obligación", y a veces se ha utilizado como sinónimo de "ética" y "moral". Históricamente se ha referido al conjunto de deberes de una profesión, expresado en un código de normas éticas que afectan a los profesionales de un determinado colectivo. Generalmente ha sido aprobado por la corporación correspondiente, por ejemplo, para el caso que nos ocupa, los Colegio Médicos, que vigilará por la calidad del ejercicio profesional y prestigio social.

No podemos dejar de tratar la "*Bioética*", la misma que es de reciente aparición (1971), y expresa la ética de la vida biológica. Trata de sustituir a otros términos como ética médica o deontología médica, dándole un enfoque secular, interdisciplinario, prospectivo, global y sistemático. Este término permite la incorporación de otros profesionales de las ciencias de la vida, o del derecho. Es decir, la parte de la ética o filosofía moral que estudia la licitud de las intervenciones

sobre la vida del hombre, especialmente en la Medicina y las ciencias de la vida.

El respeto a la dignidad humana exige el respeto a cada uno individualmente. Debe valorarse la igualdad entre todos ellos y su distinción individual. Este concepto no es aceptado por todos los planteamientos éticos.

2.4.7. Perfil Profesional del Médico

Es el médico egresado de las Universidades; debe ser un profesional académicamente excelente, disciplinado y con conocimientos y habilidades integrales, fundamentales para su ejercicio como médico, crítico de su entorno y con las competencias necesarias para saberlo transformar y adaptarse creativamente.

Debe tener una alta capacidad de resolución y una gran fortaleza en la comprensión de los procesos de salud – enfermedad y del funcionamiento del cuerpo humano, teniendo en cuenta los determinantes sociales de la salud. Gracias a la habilidad de aprender a lo largo de la vida, buscará las rutas para especializar su conocimiento en el vasto mundo de la Medicina.

La ética guía cada una de sus decisiones, a través de las cuales es autónomo, responsable y libre. Es apasionado por su profesión, respetuoso de la dignidad humana, así como de sus pacientes, colegas y maestros. Es sensible, honesto, maduro y justo. Cuida de sí mismo, para poder cuidar de los demás.

Consciente de su papel en la transformación de la sociedad, el médico genera un gran sentido de pertenencia en su ámbito laboral, sabe asumir el liderazgo, así como incorporarse de manera adecuada a un equipo. Es emprendedor e innovador, siempre buscando resolver las necesidades particulares de los entornos sociales en los que se desenvuelve, en cualquier lugar del mundo en el que decida ejercer la profesión médica.

Es tolerante de la diferencia gracias a su conocimiento de las realidades globales y locales y a su capacidad de reflexión y autorreferencia. Mejora permanentemente su quehacer como médico y su crecimiento personal. Es, ante todo, un buen ciudadano, comprometido con el devenir de la sociedad sabe comunicarse con sus pacientes, sus colegas y su equipo de trabajo y siempre

procura por una actuación eficaz y eficiente.

Gracias a su formación investigativa busca desarrollar el pensamiento reflexivo, la capacidad de pensar y la conciencia crítica para aportar en la generación de conocimientos y en la toma de decisiones basadas en la mejor evidencia disponible. Además, cultiva sus habilidades para transmitir conocimiento a las nuevas generaciones de médicos, a los pacientes y a la comunidad a través de acciones pedagógicas y educativas.

En síntesis, el médico tiene las competencias necesarias para ejercer su labor de manera acorde con los valores y principios impartidos por la Universidad y saber demostrar así su compromiso con la excelencia. Además, el Profesional Médico, es un profesional con formación integral que por sí conoce la realidad económica, política y cultural del país en su contexto latinoamericano y mundial; demuestra rigurosidad lógica en el análisis de hechos o funciones sobre los cuales emite interpretaciones u opiniones, reflexiona en torno al hombre, su trascendencia en relación consigo mismo, la naturaleza y la sociedad, su actuar es coherente con los principios éticos y valores de honestidad, responsabilidad, solidaridad y trato digno sin distinción de raza, religión, clase social o ideas políticas.

Consciente de que la promoción de la salud es multifactorial está preparado para fomentar programas de promoción de la salud y prevención de enfermedad y es capaz de trabajar en equipo en la ejecución de estrategias de atención primaria.

Está preparado para realizar diagnósticos integrales de las alteraciones de salud de mayor prevalencia en niños, adultos y ancianos; así como solicitar e interpretar exámenes auxiliares teniendo en mente el costo efectividad y prescribir tratamientos de manera racional que incluya cambios de estilo de vida, dieta, tratamiento sintomático y tratamiento definitivo. Conoce sus limitaciones en el campo médico y es capaz de referir al especialista cuando la condición médica lo amerita.

Está preparado para organizar y gestionar un servicio básico de salud, fomentar y participar en programas de capacitación permanente aplicando técnicas educativas apropiadas.

Investiga para desarrollar modelos de atención y ejecuta proyectos de investigación interdisciplinarios, orientados a resolver problemas de salud.

Un profesional médico, debe tener una sólida formación científica básico clínica, capaz de realizar diagnósticos correctos, tomar decisiones clínicas precisas, capaz de comunicarse en su misión de prevenir, curar y derivar adecuadamente; profundamente humanista, crítico, preparado para investigar, educar y educarse, dispuesto siempre a aprender; proporcionándosele durante su preparación, las herramientas metodológicas imprescindibles a tal fin; comprometido con la ética, preparado conscientemente para trabajar en un sistema que priorice la atención primaria de la salud, adiestrado para interactuar armónicamente con los otros profesionales de la salud, que es en definitiva lo que demanda nuestra sociedad.

Esta definición, expresada en términos de competencias generales, implica que al finalizar la carrera de medicina el egresado será capaz de:

1. Ejercer la medicina en el marco de una concepción integral de la salud, definida por el conjunto de acciones de promoción, protección, prevención, recuperación y rehabilitación que desarrollan el equipo de salud y demás efectores sociales.
2. Actuar en forma responsable en el área de su competencia, con sentido humanístico y dentro de las normas éticas reconocidas en la profesión, frente al paciente, la familia, el equipo de salud y la comunidad, sin discriminación de ningún tipo.
3. Conocer los problemas de salud del medio donde actúa como garantía de un buen desempeño frente a los problemas de salud individuales o colectivos.
4. Mantener una actitud crítica, fundamentada en una buena formación y práctica científica, que le permita analizar, comprender y contribuir a la resolución de problemas vinculados a la salud en el ámbito en que actúa.
5. Abordar críticamente las condiciones de trabajo, la legislación y las políticas en salud.

6. Ejercer una medicina general de alta calidad, con capacidad de derivar y/o referir adecuada y oportunamente aquellos pacientes cuyos problemas están fuera del alcance de sus competencias.

7. Realizar diagnósticos correctos, tomar decisiones clínicas precisas, fundamentadas en un sólido conocimiento básico y clínico, valorando la anamnesis y el examen físico como herramientas esenciales de la práctica médica.

8. Realizar procedimientos clínicos y quirúrgicos indispensables para la atención inicial en urgencias y emergencias.

9. Comunicarse de manera clara y eficaz, en forma verbal, no verbal y por escrito, teniendo en cuenta la diversidad y las limitaciones que pueden dificultar la comunicación con los pacientes, la familia, el equipo de salud y la comunidad.

10. Actuar en el seno del equipo de salud, con sentido integrador y respetuoso de los diferentes quehaceres, fomentando la resolución colectiva de los problemas y asumiendo plenamente las responsabilidades propias.

11. Mantener una actitud activa constante y aplicar metodologías apropiadas en el desarrollo de actividades en todas las funciones en salud, con el fin de promover estilos de vida saludables a nivel individual y colectivo.

12. Actuar con racionalidad y responsabilidad social en relación con la utilización y administración de los recursos.

13. Utilizar adecuadamente herramientas informáticas, inglés u otros idiomas extranjeros con el fin de acrecentar su capacidad de acceso a la información y formación permanente.

14. Buscar su superación personal y profesional en forma permanente, adquiriendo metodologías adecuadas para la autoevaluación y la actualización de sus conocimientos, con el fin de actuar competentemente en el medio asistencial y en las circunstancias en las que le corresponda ejercer, mejorar su ejercicio profesional y contribuir a la elevación de la calidad de los servicios.

Por último diremos que la profesión médica se estructura en torno a dos ejes: el primero consiste en la relación entre conocimiento científico y práctica clínica; el segundo, por la relación entre legos y expertos. Estos dos ejes organizan la acción profesional, siendo la metodología el elemento que permite articular a estos dos ejes.

2.4.8. Responsabilidad médica

Es la obligación de dar cuenta ante la sociedad por las consecuencias de un hecho acto. La responsabilidad, en general, no viene a ser otra cosa que la asunción de las consecuencias de un daño, normalmente traducidas en una estimación económica.

Se dice que la responsabilidad es subjetiva porque su fundamento es la culpa, que es un elemento psicológico y por lo tanto de naturaleza subjetiva, pues consiste en la intención de dañar o en el obrar con negligencia o descuido, para la teoría subjetiva de la responsabilidad la culpa es especial, y sin ella no hay responsabilidad.

Para el caso que nos ocupa, definiremos la "responsabilidad médica", bien del médico que ha intervenido en la operación o incluso en el diagnóstico, del equipo médico o del propio centro hospitalario, puede ser de varios tipos, penal, civil o en su caso administrativa, por responsabilidad patrimonial.

Se puede dar el caso de que el médico, dé un diagnóstico erróneo, bien por omisión, o bien por acción, por ejemplo, se ha dado el caso de que en una prueba rutinaria, tras la biopsia correspondiente, el médico no abre el sobre y da por supuesto que dicha biopsia es benigna, cuando posteriormente el paciente sufre la extensión del tumor, y comprueba que en el sobre cerrado y no abierto, por confianza, por su médico o especialistas de cabecera, había una diagnosis maligna.

En otros casos, los errores se producen por intervenciones quirúrgicas defectuosas o por olvidos del equipo médico, o por suministro del producto o medicación, coagulantes, o instrumentos inadecuados.

Alejandro Arata, en monografía: "Responsabilidad Médica", no explica que, "La naturaleza de la responsabilidad del médico es contractual y solamente en aquellos casos en que el profesional cometa un ilícito penal o viole disposiciones reglamentarias de la profesión podrá ser de tipo delictual. Es de aplicación la extensión de la responsabilidad contractual en aquellos supuestos de atención espontánea, o por pedido de un tercero y aun en contra de la voluntad del paciente".

La mala praxis médica está ligada indudablemente a la negligencia médica; y es por ello por lo que el profesional médico es responsable de sus actos, sean estos: sociales, civiles, penales y hasta administrativos, según sea el caso. La responsabilidad médica se constituye a partir de determinados elementos, tales como:

a) Obligación preexistente, la que asume el médico en virtud del compromiso previo, tanto de carácter contractual como de naturaleza legal.

b) Falta médica, que debe ser estrictamente profesional. Estas faltas pueden ser *leves* (con un cuidado superior al habitual, el daño tal vez no se habría producido), graves y gravísimas (errores por carecer de conocimientos fundamentales). Por su parte, la antijuricidad constituye elemento esencial de la falta médica sancionable. Esta se vincula con el quebrantamiento de la obligación previamente establecida y tal quebrantamiento puede provenir de una *acción* (ejecutar el hecho en tiempo o modo indebidos) o de una omisión (no hacer lo que debía hacerse), y en general, de toda conducta que signifique la violación de un deber jurídico.

c) Daño ocasionado, como consecuencia de la falta cometida, se produce daño en el cuerpo o la salud del paciente (somático, psíquico o moral) o bien en los herederos de aquel si ha provocado su muerte.

d) Determinismo causal entre el acto médico y el daño ocasionado, a través del determinismo causal se puede saber si el daño existente se puede deber al acto del médico –por acción u omisión– y con ello atribuir responsabilidad y con ésta la reparación de las consecuencias dañosas derivadas de su conducta.

e) Imputabilidad, es menester que el médico sea tenido por culpable del daño, para lo cual su conducta debió jugar dentro de las condiciones de discernimiento, intención. La imputabilidad juega, en principio, para el autor del hecho, pero puede ocurrir que alguien sea responsable a pesar de no ser el autor material del evento, en virtud de principios que regulan la responsabilidad indirecta o refleja.

f) Es importante, además, aclarar que la responsabilidad del médico se extiende a los hechos realizados por los colaboradores –médicos– que aquél requiere en la atención del paciente, y por sus auxiliares y dependientes, en virtud del sistema de responsabilidad indirecta aplicable en materia contractual. En estos casos habría un doble presupuesto de valoración: subjetivo (culpa del colaborador, auxiliar o dependiente que realizó el acto del que se derivó el daño) y objetivo (responsabilidad del médico por los actos de aquellos). Con respecto a esta responsabilidad, se descarta el criterio de la culpa en la elección de los colaboradores o en la vigilancia de la conducta de estos, aceptándose que esa responsabilidad resulta del contrato mismo, o bien, de una obligación de garantía que es esencial en el cumplimiento integral de cualquier contrato; todo ello sin perjuicio de que la falta del auxiliar pudo originarse en una falta del médico, en cuyo caso la responsabilidad de aquél será valorada en función de la culpa existente.

Veremos en adelante los tipos de responsabilidad que tiene un profesional médico; sólo lo mencionaremos, pues en cada punto a tratar ahondaremos su conceptualización; así tenemos que el profesional médico, tiene las siguientes responsabilidades:

- Responsabilidad Social.
- Responsabilidad Civil.
- Responsabilidad Penal.
- Responsabilidad Administrativa.
- Responsabilidad social del médico

Las obligaciones que el médico tiene con sus pacientes no se derivan de la ideología, la historia o la sociología de la profesión ni deben estar influidas por el hecho de que la retribución por su servicio sea directa o indirecta; se derivan del impacto de la enfermedad sobre la condición humana, de la vulnerabilidad de la persona enferma, de su necesidad de ser amparada y de la naturaleza intrínseca de su relación con el médico.

Ciertamente la idea del humanismo médico se encuentra ya expresada en el juramento y en otros libros del Corpus Hipocrático, pero hay que reconocer que estas formulaciones tradicionales han sido rebasadas y no necesariamente embonan con el concepto moderno de salud y de enfermedad ni con los conflictos de valores implicados en las complejas decisiones que en la práctica de la medicina actual tienen que ser confrontados.

Del humanismo brotó el ideal moderno de "Salud para Todos", materializado en la célebre declaración de Alma Ata. Son las decisiones legales, económicas y políticas las que harán posible que los hombres alcancen el bienestar al que son acreedores por el simple hecho de ser hombres, pero es necesario que nuestros valores médicos, esencialmente individualistas, adquieran una mayor dimensión social; por eso hablamos de la "Responsabilidad Social del Médico".

La concepción de la medicina que propone como meta principal llevar la salud a los pobres, contrasta con el hecho de que la atención médica privada se desenvuelva en medio de una cultura cada vez más mercantilista. No conocemos a ningún médico que se haya enriquecido con la medicina preventiva y en cambio ésta exige que los médicos creamos en la supremacía de los valores que se asientan en la solidaridad humana y no en los principios que sustentan las leyes del mercado.

Por ello, suponemos, que quienes se oponen a las políticas de salud y de educación con una visión social sustentada en un nuevo humanismo, más moderno pero también más comprometido, es porque tropiezan con sus creencias y actitudes arraigadas en un interés comercial o en aras de transferir las decisiones de los médicos a intermediarios que poco saben cuáles son las verdaderas

necesidades de los pacientes.

¿Hay contradicción entre los deberes del médico con sus enfermos como individuos y sus deberes con la sociedad? Pienso que en esencia no la hay. De hecho, la tesis que pongo a su consideración es que la ética médica social es simplemente otro rostro del humanismo en la medicina.

El desafío de la salud es un aspecto de la construcción de una sociedad justa que haga posible que el mayor número de las mujeres y de los hombres encuentren condiciones que propicien el desarrollo de sus potencialidades para la vida porque el progreso será solamente un espejismo si conforme se avanza no se generan ni se activan los mecanismos que aseguren a cada individuo un nivel de vida digno: alimentación adecuada, vivienda higiénica, saneamiento básico, educación y acceso a la cultura.

Este panorama nos muestra cuán largo es el camino que aún nos queda por recorrer; pero al menos hoy conocemos mejor los obstáculos; la ignorancia, los prejuicios, la demagogia, el desaliento y, más recientemente, los fundamentalismos.

Tenemos la convicción que nunca en su historia tuvo la Medicina, como tiene hoy en día, tanta necesidad de examinar críticamente sus metas y sus normas para conciliar los avances de la ciencia y de la técnica con las necesidades del hombre y de la sociedad.

Responsabilidad civil del médico: responsabilidad extracontractual

La responsabilidad civil consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro. Desde una perspectiva eminentemente patrimonial. La responsabilidad civil pertenece de un modo directo al ámbito privado (se trata de patrimonios particulares). En materia civil se responde generalmente por hechos propios, y por excepción por los ajenos.

Juan Víctor Ortega Vargas, en monografía "Responsabilidad Civil Médica, su naturaleza y algunas definiciones", nos expresa que, "(...) Sin embargo, a lo descrito y a esto se añade el transcurso nada sano del tiempo donde la relación médico – paciente se ha ido dejando de lado, y de esta forma el paciente se ha

convertido en un cliente; en razón a ello se han ido olvidando motivaciones de índole humana que eran las que primaban en la relación médico – paciente (recordemos por ejemplo en antaño al llamado médico de cabecera). Ahora al haber dejado como *observación* lo dicho sobre el "cliente" de la salud es que el presente trabajo cobra una importancia por llamarla de cierta forma significativa; ya que el objetivo que buscamos es tratar de adecuar la responsabilidad medica que surge de la mala praxis, o de la negligencia, para ello es necesario revisar nuestro ordenamiento jurídico y adecuarlo dentro de los *sistemas* de responsabilidad civil que nuestro código sustantivo señala"

Más adelante Ortega Vargas, afirma que, "Como en todo contrato existen obligaciones y *derechos* que deben ser cumplidos por ambos contratantes (que para este caso pueden ser llamados así). Estas obligaciones que son la de atender a su paciente en forma diligente, oportuna y con profesionalismo, y la del secreto profesional que se refieren a guardar reserva sobre las dolencias y el tratamiento de su paciente; se ha tener en cuenta que una de las principales obligaciones con la que cuenta un médico o llamado profesional de la medicina es el de formular una historia clínica, en donde se van a hacer constar los antecedentes de enfermedad y sintomatología, diagnóstico y tratamiento (este documento constituye la base para un examen posterior y poder determinar una probable negligencia médico paciente).

La obligación que cobra relevante importancia es la autorización que como es obvio debe ser otorgada por el paciente (para que se le intervenga) salvo que se trate de situaciones de emergencias, la obligación del médico de informar al paciente para hacerle conocer sobre tu tratamiento que va a recibir y cuáles son los *riesgos* o consecuencias, es una de las obligaciones que tiene el médico y que también como derecho le asiste al paciente de ser informado de esta forma el paciente podrá decidir o no sobre este procedimiento"

Responsabilidad extracontractual del médico

Existen algunos casos en los cuales no existe relación contractual entre el médico y el paciente frente a este caso estamos frente a una relación extracontractual, esta se produce y como también se indicó al inicio del presente

trabajo en situaciones de emergencia, aquí no hay una relación consensual y por lo tanto no existe un concurso de voluntades, es por en razón a lo expuesto que la responsabilidad que pudiera crearse se regulara por las normas relativas a la responsabilidad extracontractual por ello se encuentra regulado dentro del código civil.

Responsabilidad penal del médico

La responsabilidad penal, tiene por objeto la imposición de una pena encaminada hacia la convivencia humana pacífica.

La responsabilidad penal se sitúa directamente en el ámbito público (el delito penal atenta contra el orden social constituyendo un mal para toda la comunidad).

En el ámbito penal sólo se responde por los hechos propios.

En el ejercicio médico del profesional de salud se entiende por responsabilidad médica a la capacidad para aceptar las consecuencias de un acto consciente y voluntario. A la obligación de reparar y satisfacer la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado. La responsabilidad penal del profesional de salud normado por el Código Penal, tiene por finalidad penar o castigar a quien ha cometido un hecho punible, atentando contra los principios legales del estado, irrogando daños o perjuicios a su organización, a la sociedad o a la persona humana. La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley. En la negligencia médica el bien jurídico protegido es la vida y la salud.

La responsabilidad penal puede provenir de los daños causados por la prestación de los servicios del médico, considerando en esta tesis, la culpa del profesional de la salud, la cual constituye el en el ámbito civil el fundamento jurídico de la indemnización. Debiendo el afectado probar, en el ámbito penal, que el daño efectivo provocado proviene de la acción consiente y voluntaria del médico.

La responsabilidad penal de médico es siempre personal, y cada uno responde de sus acciones u omisiones, en el ámbito de sus competencias. Por el principio de confianza, si un profesional del equipo no observa sus deberes

objetivos de cuidado, responderá él exclusivamente. El problema se plantea, cuando alguien del equipo ejerce una actividad para la cual no estaba preparado. En esta eventualidad, podemos encontrarnos, o bien con una responsabilidad del jefe o responsable, o bien del que interviene directamente (profesional no cualificado o inexperto), o de ambos.

Cuando tratamos los temas de negligencia médica y responsabilidad y mala praxis médica, decíamos que el profesional médico, actuaba por negligencia o por impericia, que son los dos casos más resaltantes de la responsabilidad penal del profesional médico. Así tenemos que, La jurisprudencia, no obstante, ha venido diferenciando entre impericia y negligencia (conceptos diferentes aunque incluidos en el término de imprudencia). El primero, impericia, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es la falta de pericia, es decir; la falta de habilidad, sabiduría o experiencia en una ciencia o arte, mientras que el segundo concepto, la negligencia, es la falta de actividad o del cuidado necesario en un asunto por quien no está impedido de tenerlo y deba prestarlo.

La impericia implica un estado carencial de conocimientos, técnicas o habilidades. Mientras que, en la negligencia, el sujeto sí posee esos conocimientos o técnicas, pero, o no los ejerce cuando está obligado a ello, o lo hace con descuido.

2.4.9. Responsabilidad de la institución de salud

Dado que ya se ha analizado la responsabilidad que tendría un médico, responsabilidad directa, ahora toca hablar sobre la responsabilidad indirecta. La responsabilidad civil indirecta es en consecuencia aquella que se genera por mandato de la ley, aun cuando el sujeto, llamado por ello mismo "autor indirecto", no haya causado daño alguno, siempre y cuando se cumplan determinados requisitos legales exigidos para el nacimiento de dicho supuesto especial de responsabilidad civil.

Si una persona que ha sido atendida en una clínica u hospital ha sufrido un daño por un médico u personal asistencial que pertenece a la clínica y hospital, esta responde solidariamente por los daños causados por el médico, siempre y cuando exista una relación de dependencia entre este y aquel, este tipo de responsabilidad se haya ubicado dentro de la responsabilidad extracontractual. Sin

embargo es diferente cuando el médico se conduce a título personal o individual, quiere decir que el médico ha realizado un contrato directamente con el paciente, en el cual la clínica y/o hospital solamente le proporciona la infraestructura y el equipo.

2.4.10. La Pena

La pena es el medio que utiliza el Derecho Penal, que se materializa en la disminución o anulación de un bien jurídico como la libertad entre otros, con la finalidad de mantener el orden público que ha determinado la sociedad como indispensable para su desarrollo, en un ambiente de convivencia en paz social.

De las teorías de la pena, son las teorías mixtas (absolutas y relativas), las que asume esta tesis. Villavicencio (2013) afirma: “Las teorías mixtas reúnen en la pena las características que las teorías anteriores consideraban primordiales: Identifican a la pena como justa y útil. Consideran que la pena debe reprimir tomando en cuenta la culpabilidad y la proporcionalidad con respecto al hecho delictivo (llegando a la justicia), y a la vez prevenir la comisión de nuevos delitos (llegando a la utilidad)” (p. 65).

CAPITULO III
PRESENTACIÓN, ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

3.1. Presentación y análisis de tablas y gráficos

Tabla 1

Años de Abogado

Años	TOTAL	
	Nº	%
1 a 10 años	12	21.8
11 a 20 años	26	47.3
Más de 20 años	17	30.9
Total	55	100.0

Fuente: Elaboración propia

Observamos que el 47.3% tiene entre 11 a 20 años como abogado; el 30.9% más de 20 años, y el 21,8% entre 1 y 10 años.

Figura 1

Años de Abogado

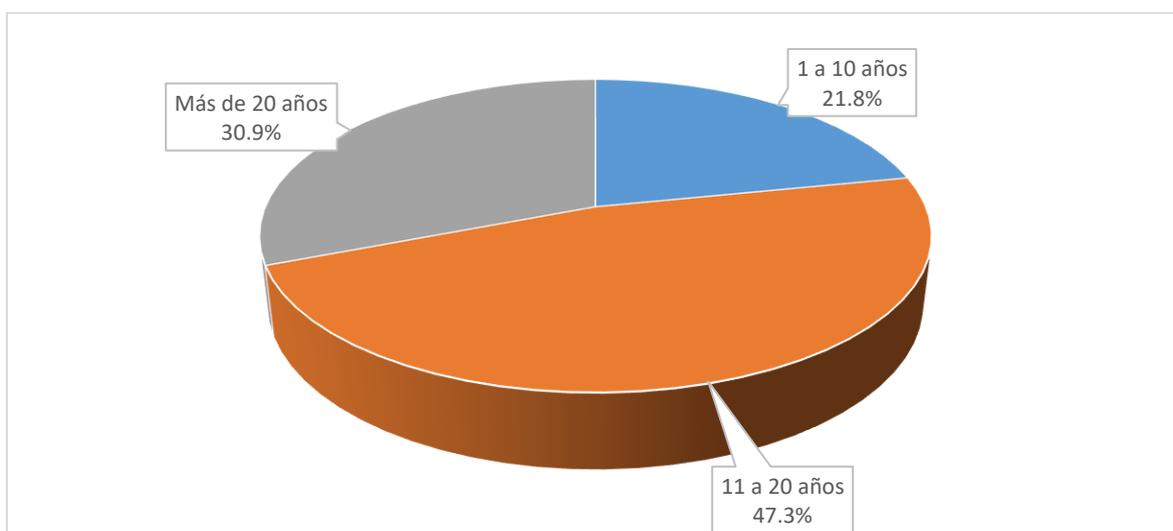


Tabla 2

Entidad donde cumple funciones

Entidad	TOTAL	
	Nº	%
Estudio Jurídico	22	40.0
Ministerio Público	21	38.2
Poder Judicial	12	21.8
Total	55	100.0

Se ve que el 40.0% de los encuestados cumple funciones en Estudio Jurídico; el 38.2% en el Ministerio Público, y el 21,8% en el Poder Judicial.

Figura 2

Entidad donde cumple funciones

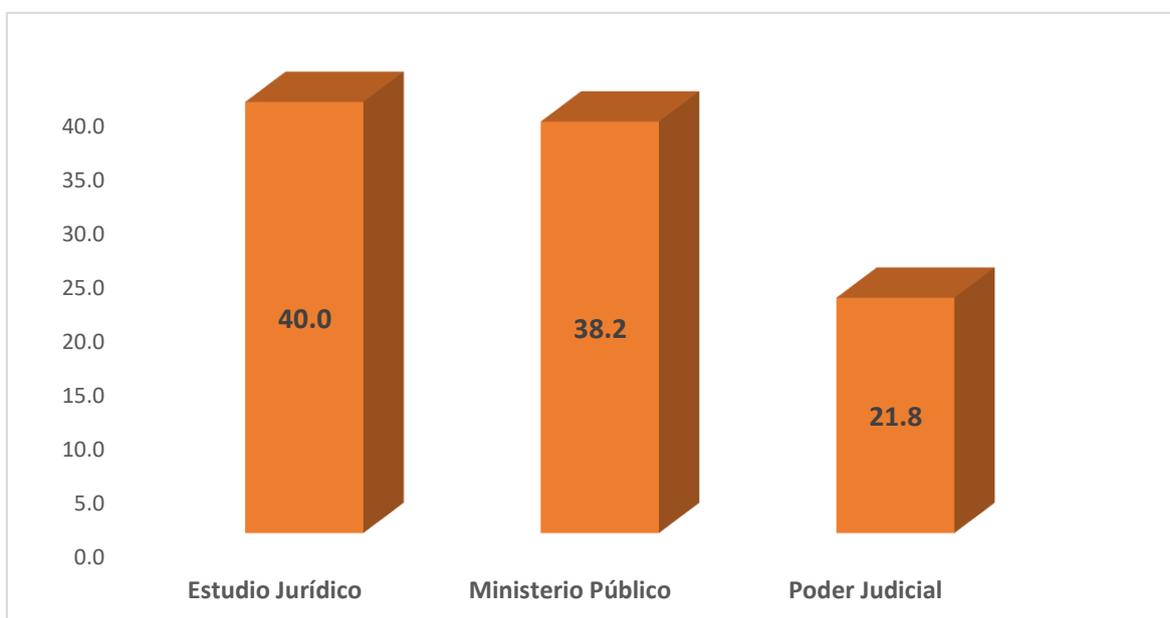


Tabla 3

¿Tipifica como delito a la Negligencia Médica el Código Penal?

Entidad	Estudio Jurídico		Ministerio Público		Poder Judicial		Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Respuesta								
No	18	81.8	17	81.0	9	75.0	44	80.0
No opina	1	4.5	2	9.5	2	16.7	5	9.1
Si	3	13.6	2	9.5	1	8.3	6	10.9
Total	22	100.0	21	100.0	12	100.0	55	100.0

Fuente: Elaboracion propia

Se observa en la presente tabla que, del total de los encuestados el 80.0% considera que la tipificación de los artículos 111º y 124º del Código Penal, no incluye expresamente las conductas de negligencia médica; el 10.09% refiere que sí, y el 9.1% no opina.

Según la entidad, refieren que no se incluye expresamente las conductas de negligencia médica: el 81,8% de encuestados que cumple funciones en Estudio Jurídico; el 81.0% en el Ministerio Público, y el 75.0% en el Poder Judicial.

Figura 3

¿Tipifica como delito a la Negligencia Médica el Código Penal?

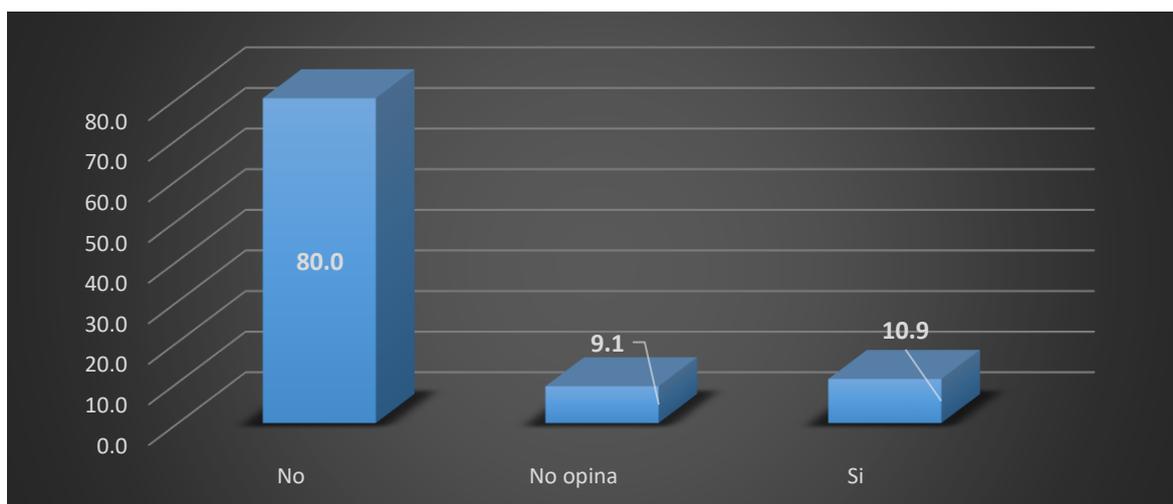


Tabla 4

¿La Política Criminal del Estado debe incluir la percepción de la sociedad de impunidad frente a Actos de Negligencia Médica?

Entidad	Estudio Jurídico		Ministerio Público		Poder Judicial		Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
No	1	4.5	1	4.8	0	0.0	2	3.6
No opina	6	27.3	6	28.6	5	41.7	17	30.9
Si	15	68.2	14	66.7	7	58.3	36	65.5
Total	22	100.0	21	100.0	12	100.0	55	100.0

Se observa que el 65.5% de los encuestados refirió que la política criminal del Estado, si debe tener en cuenta la percepción de impunidad, que tiene la sociedad, frente a los actos de negligencia médica; el 30.9% no opina y el 3.6 refiere que no.

Según la entidad donde cumplen funciones, refieren que la política del Estado debería tener en cuenta la percepción de impunidad: el 68.2% en Estudio Jurídico; el 66.7% en el Ministerio Público, y el 58.3% en el Poder Judicial.

Figura 4

¿La Política Criminal del Estado debe incluir la percepción de la sociedad de impunidad frente a Actos de Negligencia Médica?

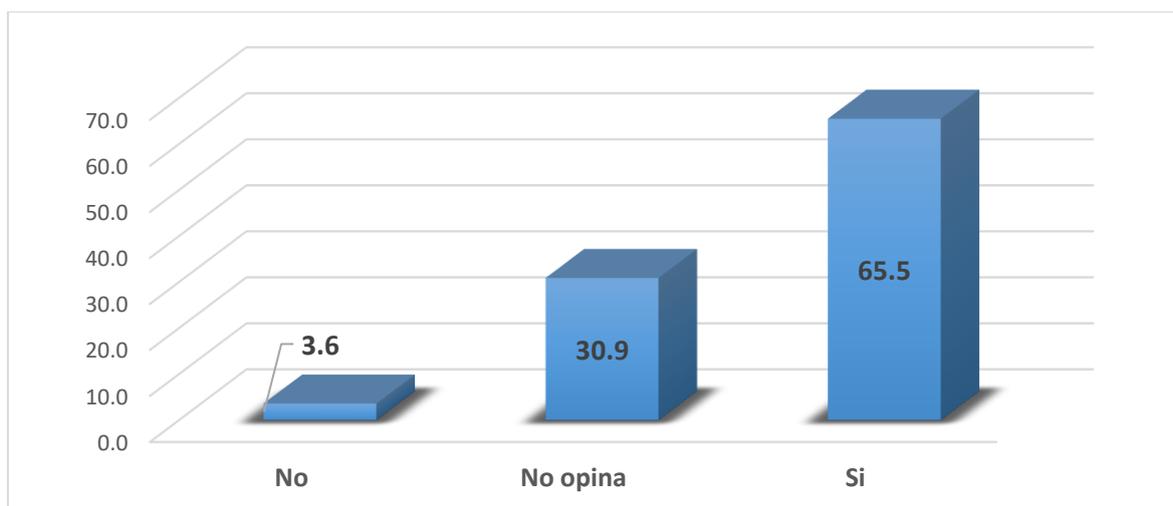


Tabla 5

¿Es viable jurídica incluir expresamente las conductas de negligencia médica en el Código Penal?

Entidad	Estudio Jurídico		Ministerio Público		Poder Judicial		Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
No	1	4.5	1	4.8	0	0.0	2	3.6
No opina	6	27.3	6	28.6	5	41.7	17	30.9
Si	15	68.2	14	66.7	7	58.3	36	65.5
Total	22	100.0	21	100.0	12	100.0	55	100.0

Fuente: Elaboración propia

Se ve que el 65.5% de los encuestados refirió que sí es viable jurídicamente modificar el Código Penal para incluir expresamente las conductas de negligencia médica; el 25.5% no opina y el 9.1% refiere que no es viable.

Según entidad, el 68.2%, que considera viable, cumple funciones en Estudio Jurídico; así mismo, el 61.9% en el Ministerio Público, y el 66.7% en el Poder Judicial.

Figura 5

¿Es viable jurídica incluir expresamente las conductas de negligencia médica en el Código Penal?

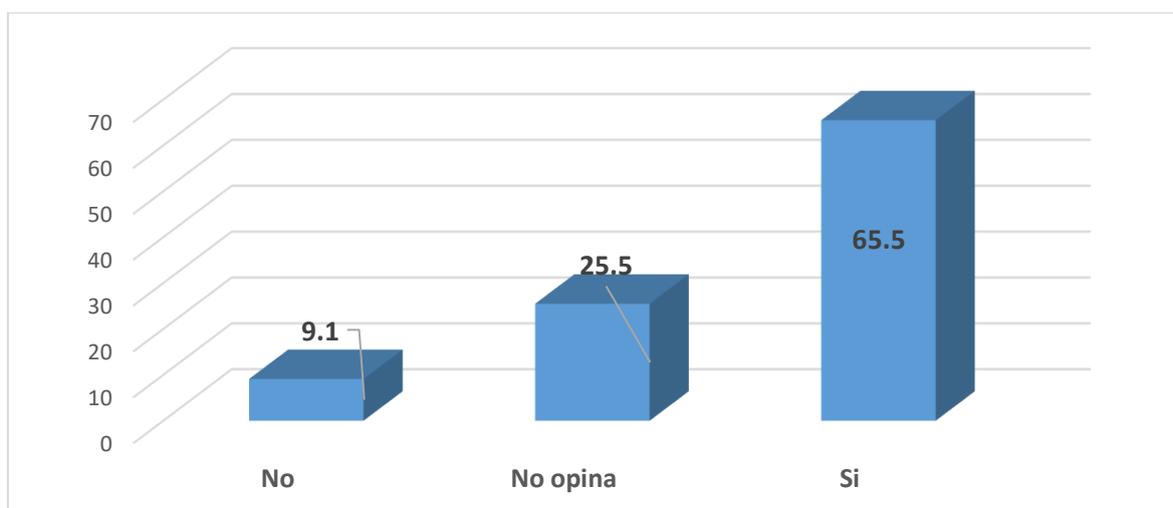


Tabla 6

¿Tiene Importancia formular tipos legales específicos de negligencia médica?

Entidad	Estudio Jurídico		Ministerio Público		Poder Judicial		Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Mucha	10	45.5	6	28.6	5	41.7	21	38.2
Ninguna	3	13.6	5	23.8	3	25.0	11	20.0
Poca	9	40.9	10	47.6	4	33.3	23	41.8
Total	22	100.0	21	100.0	12	100.0	55	100.0

Fuente: Elaboración propia

Se puede ver que el 41.8% de los encuestados refirió de poca importancia formular tipos legales que comprendan las conductas de negligencia médica; el 38.2% de mucha importancia, y el 20.0% ninguna importancia.

Por entidades, el 45.5% de Estudios Jurídicos refirió de mucha importancia formular tipos legales; en el Ministerio Público el 47.36% de poca importancia, y en el Poder Judicial el 41.7% de mucha importancia.

Figura 6

¿Tiene Importancia formular tipos legales específicos de negligencia médica?

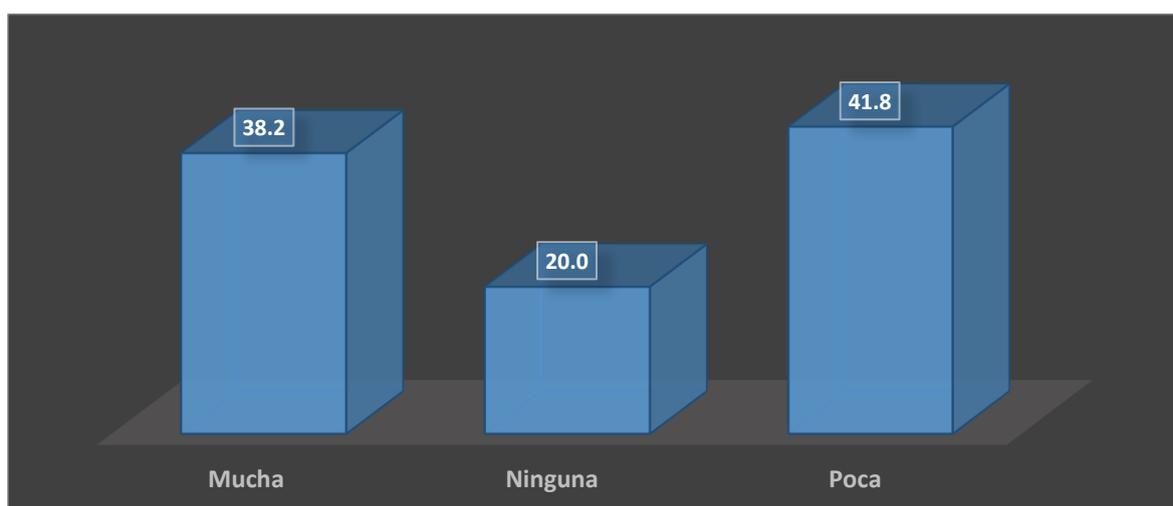


Tabla 7

¿Los Tipos Penales de negligencia médica, facilitarían su juzgamiento y condena?

Entidad	Estudio Jurídico		Ministerio Público		Poder Judicial		Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
Indiferente	6	27.3	10	47.6	5	41.7	21	38.2
No	6	27.3	2	9.5	2	16.7	10	18.2
Si	10	45.5	9	42.9	5	41.7	24	43.6
Total	22	100.0	21	100.0	12	100.0	55	100.0

Fuente: Elaboración propia

Vemos que el 43.6% de los encuestados refirió que sí facilita el juzgamiento y condena de los casos de negligencia médica; al 38.2% le es indiferente, y el 18.2% refirió que no facilitaría.

Por entidades, de los que cumplen función en Estudio Jurídico el 45.5% refirió que sí facilitaría; el 47.6% de los encuestados del Ministerio Público refirió indiferencia, y en el Poder Judicial el 41.7% refirió que sí y también, en el mismo porcentaje, indiferencia.

Figura 7

¿Los Tipos Penales de negligencia médica, facilitarían su juzgamiento y condena?

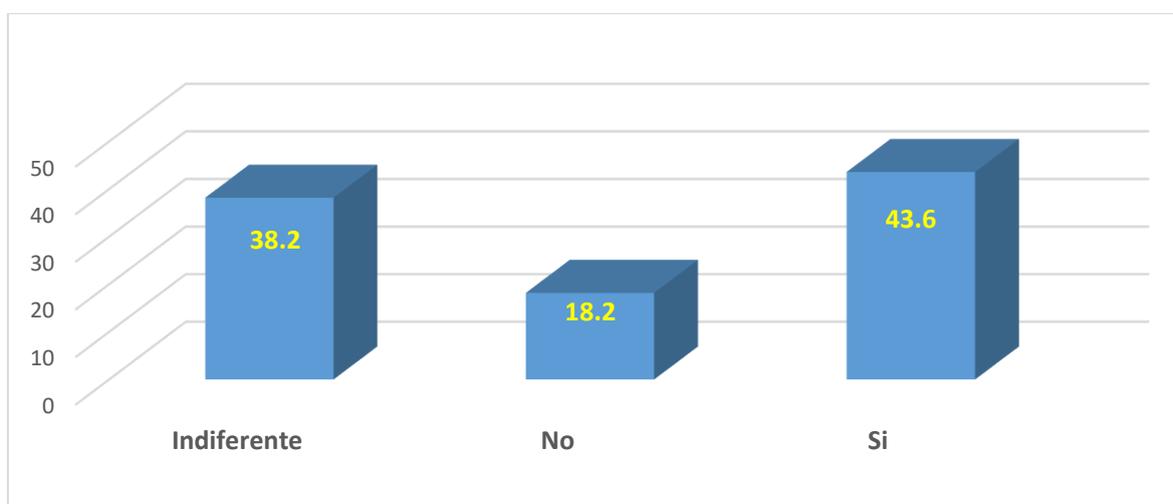


Tabla 8

¿Las penas por negligencia médica, corresponden a daños de bienes jurídico protegidos?

Entidad	Estudio Jurídico		Ministerio Público		Poder Judicial		Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
No	18	81.8	15	71.4	7	58.3	40	72.7
No opina	2	9.1	2	9.5	4	33.3	8	14.5
Si	2	9.1	4	19.0	1	8.3	7	12.7
Total	22	100.0	21	100.0	12	100.0	55	100.0

Observamos que del total de encuestados el 72.7% refirió que las penas impuestas no corresponden proporcionalmente al daño; el 14.5% no opina y el 12.7% refirió que sí son proporcionales.

Por entidades, refirieron que no son proporcionales: encuestados de Estudio Jurídico el 81.8%; del Ministerio Público el 71.4%, y del Poder Judicial el 58.3%.

Figura 8

¿Las penas por negligencia médica, corresponden a daños de bienes jurídico protegidos?

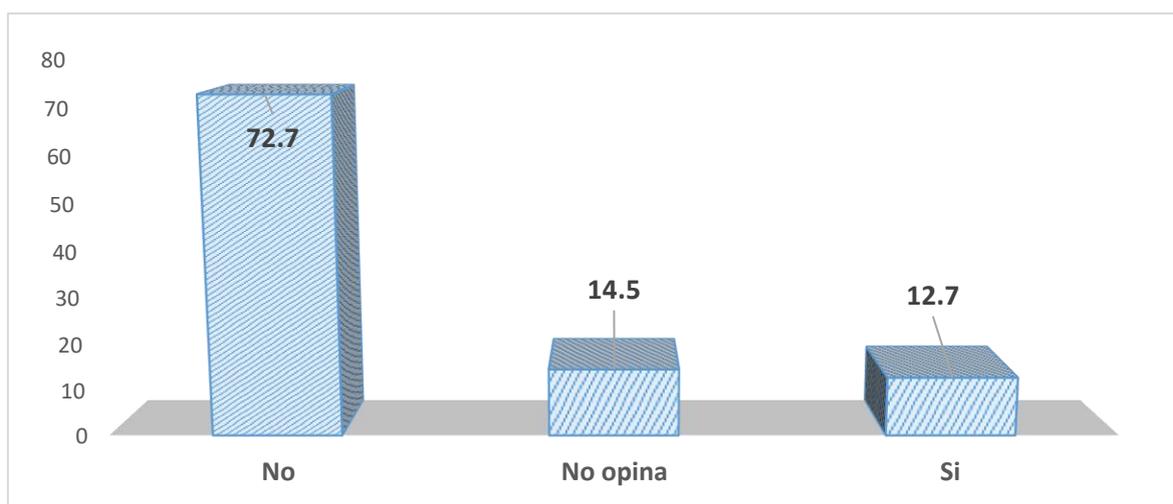


Tabla 9

¿Es igual la responsabilidad del personal médico con la de otros profesionales o personas, frente a actos de negligencia en el cumplimiento de sus funciones?

Entidad	Estudio Jurídico		Ministerio Público		Poder Judicial		Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
No	17	77.3	18	85.7	8	66.7	43	78.2
No opina	0	0.0	0	0.0	3	25.0	3	5.5
Si	5	22.7	3	14.3	1	8.3	9	16.4
Total	22	100.0	21	100.0	12	100.0	55	100.0

En esta tabla se observa que el 78.2% de los encuestados refirió que no considera igual la responsabilidad del personal médico, con la de otros profesionales o personas, frente a actos de negligencia en el cumplimiento de sus funciones; el 16.4%, refirió que considera igual, y el 5.5% no opina.

Por entidades, los encuestados, no consideran igual la responsabilidad del personal médico y la de otros profesionales o personas: de Estudio Jurídico el 77.3%; del Ministerio Público el 85.7%, y del Poder Judicial el 66.7%.

Figura 9

¿Es igual la responsabilidad del personal médico con la de otros profesionales o personas, frente a actos de negligencia en el cumplimiento de sus funciones?

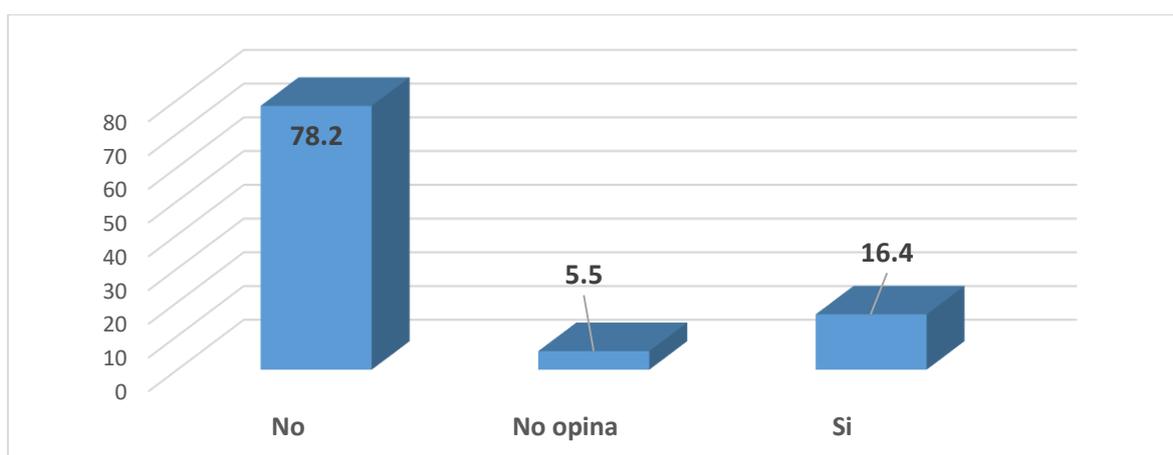


Tabla 10

¿Las penas impuestas por negligencia médica, son benignas, en relación a daños irreparables de bienes jurídicos protegidos?

Entidad	Estudio Jurídico		Ministerio Público		Poder Judicial		Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
No	3	13.6	3	14.3	2	16.7	8	14.5
No opina	3	y	7	33.3	4	33.3	14	25.5
Si	16	72.7	11	52.4	6	50.0	33	60.0
Total	22	100.0	21	100.0	12	100.0	55	100.0

Observamos que del total de encuestados el 60.0% refirió que sí considera benignas las penas; el 25.5% no opina, y el 14.5% considera no benignas.

Por entidades, sí consideran benignas, el 72.7% en Estudios Jurídicos; el 52.4% en el Ministerio Público, y el 50.0% en el Poder Judicial.

Figura 10

¿Las penas impuestas por negligencia médica, son benignas, en relación a daños irreparables de bienes jurídicos protegidos?

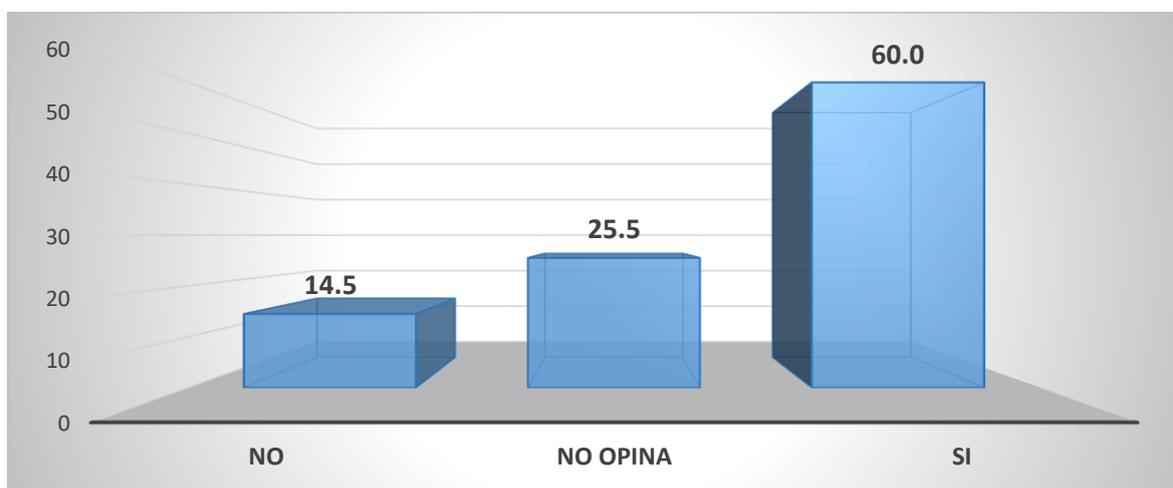


Tabla 11

¿Debe Tipificarse en el Código Penal el delito de homicidio culposo por negligencia médica?

Entidad	Estudio Jurídico		Ministerio Público		Poder Judicial		Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
No	2	9.1	2	9.5	2	16.7	6	10.9
No opina	2	9.1	1	4.8	0	0.0	3	5.5
Si	18	81.8	18	85.7	10	83.3	46	83.6
Total	22	100.0	21	100.0	12	100.0	55	100.0

Se ve que, del total de encuestados el 83.6% refirió estar de acuerdo con que se tipifique el delito de homicidio culposo por negligencia médica; el 10.9% que no y el 5.5% no opina.

Figura 11

¿Debe Tipificarse en el Código Penal el delito de homicidio culposo por negligencia médica?

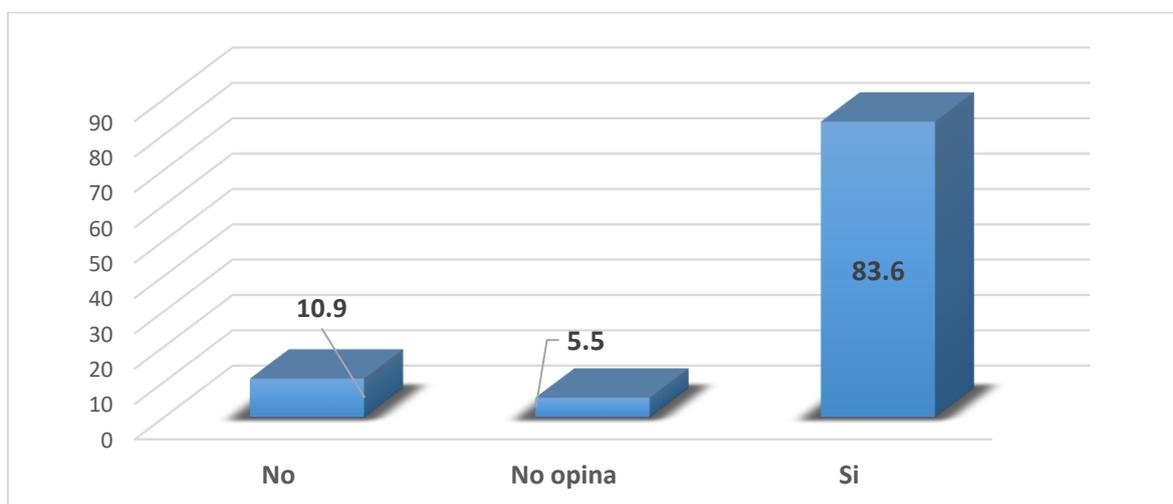


Tabla 12

¿Debe Tipificar en el Código Penal el delito de lesiones culposas por negligencia médica?

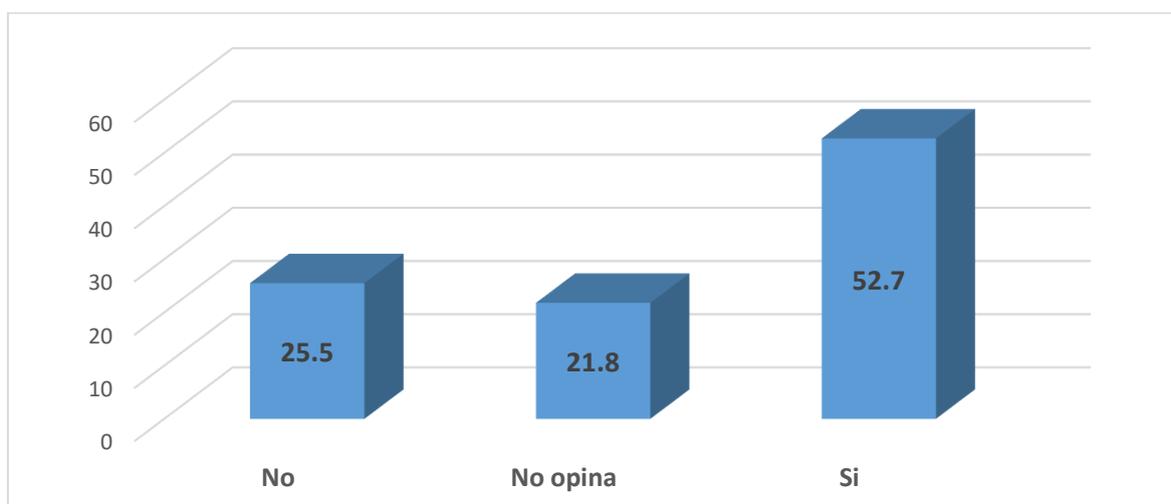
Entidad	Estudio Jurídico		Ministerio Público		Poder Judicial		Total	
	Nº	%	Nº	%	Nº	%	Nº	%
No	3	13.6	8	38.1	3	25.0	14	25.5
No opina	6	27.3	3	14.3	3	25.0	12	21.8
Si	13	59.1	10	47.6	6	50.0	29	52.7
Total	22	100.0	21	100.0	12	100.0	55	100.0

En esta tabla se observa que, del total de encuestados, el 52.7% refirió estar de acuerdo que se tipifique el delito de lesiones culposas por negligencia médica; el 25.5% refirió que no, y el 21.8% no opina.

De acuerdo a las entidades, estarían de acuerdo con que se tipifique el delito de lesiones culposas por negligencia médica, el 59.1% de los encuestados en los Estudios Jurídicos; el 47.6% en el Ministerio Público, y en el Poder Judicial el 50.0%.

Figura 12

¿Debe Tipificar en el Código Penal el delito de lesiones culposas por negligencia médica?



3.2. Discusión de resultados

3.2.1 Los resultados que se observan en las tablas 1 y 2, se complementan y nos informan que la muestra de la investigación cumple con el carácter de expertos en Derecho penal; primero porque vemos que en la tabla 1, el 78.2% de los encuestados tiene entre 11 y más de 20 años de abogado; lo que significa una amplia y gran experiencia profesional; y segundo, que en la actualidad cumplen funciones, como operadores del subsistema de justicia penal, defendiendo, investigando, procesando y decidiendo casos de delitos penales, entre ellos los de negligencia médica; así, se observa en la Tabla 2, en Estudio Jurídico, abogado penalista, son el 40.0%; en el Ministerio Público, fiscal penal el 38.2% y en el Poder Judicial, juez penal, el 21.8%. Estos dos hechos observados, años de abogado y entidad en la que cumplen funciones, garantizan la validez de sus opiniones, respecto al tema de la presente investigación.

3.2.2 Como resultado de la investigación se observa en la Tabla 3, que, en opinión de los encuestados, el 80.0% considera que el Código Penal no incluye expresamente la tipificación como delito a la negligencia médica, constatándose que, efectivamente existe una carencia en el Código Penal, referida a la tipificación, como delito, a la negligencia médica, siendo este hecho, señalado como parte del Problema de esta investigación y por lo tanto, justifica el primer objetivo específico de la investigación. Este hecho observado por los encuestados y que respalda a la investigación, es el punto de partida para la percepción de impunidad que tiene la sociedad, respecto a la ocurrencia de casos de negligencia médica, denunciados a través de los medios de comunicación social y que por ello debe ser considerado en la Política Criminal del Estado, tal como refiere el 65.5% de los encuestados, hecho observado en la Tabla 4.

3.2.3 Otro hecho, interesante para la investigación, es el que se observa en la Tabla 5; el 65.5% de los encuestados refiere que sí es viable jurídicamente tal modificación del Código Penal, en función de incluir en él, la tipificación de las conductas de negligencia médica; este hecho, relacionado con lo señalado en el numeral anterior, posibilita la modificación.

Teóricamente, estos hechos observados validan la primera hipótesis específica, que, enuncia que es probable la tipificación específica, como delito, a la negligencia médica con penas severas y proporcionales; así mismo se validaría la segunda hipótesis específica que, como consecuencia de la tipificación señalada, es probable evitar se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia. Por lo tanto, se estaría confirmando la hipótesis general de la presente investigación. En el aspecto práctico, permitirá la formulación de una iniciativa legislativa que proponga esa modificación.

La materialización de tal iniciativa, según opinión de los expertos encuestados, el 80.0% refiere que tiene importancia (entre mucha y poca), así se observa en la Tabla 6. También, facilitaría el juzgamiento y la condena a los casos de negligencia médica, pues el 43.6% de los encuestados así lo refiere, tal como puede verse en la Tabla 7.

3.2.4 En la Tabla 8 se observa que el 72.7% de los encuestados refieren que las penas indicadas en los artículos 111º y 124º del Código Penal no corresponden proporcionalmente a los daños ocasionados por actos de negligencia médica en los bienes jurídicos protegidos, tales como: la vida, la salud y la integridad física y psíquica de las personas. Efectivamente en el artículo 111º del Código Penal, Homicidio Culposo, segundo párrafo, a la letra dice: “La pena privativa de la libertad será no menor de un año ni mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria y no menor de un año ni mayor de seis años cuando sean varias las víctimas del mismo hecho”; supuestamente este párrafo, del artículo 111º del Código Penal, sería de aplicación a un acto de negligencia médica, que causare la muerte del paciente; al parecer se estaría obviando el deber objetivo de cuidado, que el personal de salud está obligado a observar, pues su actividad la realiza con seres humanos, personas, y no con objetos materiales como, como es el caso de otras profesiones, oficio o industria; consecuentemente aquí se observa una distorsión en la protección de un derecho fundamental, la vida.

La inobservancia de la “lex artis” de las profesiones y ocupaciones de la salud, deberían ser reprimidas con mayor severidad que cualquier otra, esto traería como consecuencia el mayor cuidado y diligencia, así como la prevención de actos de negligencia médica. Este hecho observado contribuye a validar la hipótesis general de esta investigación, ya que constituye un factor para la imposición de penas benignas a actos de negligencia médica, propiciando su ocurrencia.

3.2.5 Los resultados obtenidos y escritos en la Tabla 9, están muy relacionados con los de la Tabla 8, ambos actúan sinérgicamente para validar la presunción de la imposición de penas benignas a actos de negligencia médica. Del total de los encuestados el 78.2% responde que no es igual la responsabilidad del personal médico con la de otros profesionales o personas frente a actos de negligencia en el cumplimiento de sus funciones. El personal de salud tiene el deber objetivo del cuidado de la vida, la salud y la integridad física y psíquica de las personas a su cargo, es decir de sus pacientes; esta condición aumenta su responsabilidad y diligencia, frente a otros profesionales o personas que no tiene esa condición; por lo que en la tipificación de la negligencia médica como delito las penas deben ser más severas y proporcionales a esta responsabilidad; esa es la proposición que se formula en la hipótesis general de esta investigación, por lo que los resultados de la misma la validan y confirman.

3.2.6 El resultado observado en la Tabla 10, que destaca, es que el 60.0% de los encuestados, han referido que, si son benignas las penas impuestas por negligencia médica, en relación a daños irreparables de bienes jurídicos protegidos, como son la vida, la salud y la integridad física y psíquica de las personas que demandan atención en los servicios de salud públicos y privados. Para fines de la presente investigación, los resultados contenidos en las Tablas 8, 9 y 10 se complementan y en ellos se encuentra suficiente evidencia, para afirmar que las penas impuestas por actos de negligencia médica son benignas con relación al daño causado en los derechos de las personas afectadas, en la provincia de Arequipa al año 2020, dando pruebas de veracidad y validez a la hipótesis general de la investigación.

Este hecho se explica observando los resultados contenidos en las tablas señaladas; así, se tiene que, en opinión de los expertos en derecho penal, encuestados, las penas impuestas por negligencia médica no corresponden proporcionalmente a los daños causados en los bienes jurídico protegidos; que la responsabilidad del personal médico no es igual a la de otros profesionales o personas que incurren en actos de negligencia en el cumplimiento de sus funciones. Estas son las premisas que tienen como consecuencia la imposición de penas benignas a actos de negligencia médica, confirmándose, así, la validez de las hipótesis de la investigación.

3.2.7 Los resultados plasmados en las Tablas 11 y 12, muestran que, el 83.6% de los expertos encuestados expresan estar de acuerdo con que se tipifique, en el capítulo de Homicidio Culposo del Código Penal, el delito de homicidio culposo por negligencia médica; y el 52.7%, también manifiesta que está de acuerdo con que, en el capítulo de Lesiones Culposas del Código Penal, se tipifique el delito de lesiones culposas en todos sus grados. Estos resultados son la consecuencia lógica de los resultados anteriores de la encuesta aplicada para probar las hipótesis del presente trabajo de investigación.

3.2.8 Los resultados obtenidos en esta investigación y plasmados en las tablas y gráficos correspondientes, así como el análisis de cada uno, relacionándolo con el problema, los objetivos y las hipótesis de la Investigación, tendrán mayor significación, si llegamos a comparar con hallazgos semejantes en otros trabajos de investigación, particularmente los que están mencionados en los antecedentes y en la base teórica de la presente tesis.

Los resultados difieren de los obtenidos por Mariela Giovana Sánchez Rodríguez, de la Universidad César Vallejo, autora de la investigación titulada: “Negligencia Médica y la necesidad de regular como tipo específico en la legislación peruana, Trujillo, 2017”, pues ella concluye en que existe la necesidad de regular un tipo penal específico para negligencia médica; y que el artículo 111º del Código Penal peruano, a decir de los expertos en la materia, resulta insuficiente con respecto a la sanción por negligencia médica. Obvia el artículo 124º. No propone iniciativa legislativa.

Aunque no precisamente es el resultado de una investigación específica, y se desconoce la exposición de motivos, el proyecto de ley N° 3816/2009-CR, por la afinidad que tiene con la presente tesis, compararemos las propuestas. El Proyecto de Ley, no llegó a convertirse en ley, se desconoce los motivos, pero se supone que no mereció el respaldo de la comisión legislativa respectiva y menos del Pleno del Congreso, quedándose en la condición de iniciativa o intento por legislar el tema; este proyecto de ley pretendía modificar los artículos 111º y 124º del código penal, incluyendo un párrafo en cada artículo, referido a la negligencia médica con muerte de la persona en el primer artículo y en el segundo, a la negligencia médica respecto a la salud e integridad física de la persona; en cambio los resultados de la presente investigación tiene como objetivo el tipificar específicamente la negligencia médica, modificando el Código Penal, adicionando los artículos 111-A y 124-A, tal como puede verse en el anexo 3 de esta Tesis.

Otras investigaciones en el plano internacional, como la investigación titulada “Negligencia Médica y sus efectos en materia penal”, de la autora Luisa Amanda Martínez, Managua Nicaragua, 2011, cuyos resultados la llevan a la conclusión: “Se logró explicar la responsabilidad que tiene el médico como profesional de la salud y se analizó que la norma penal castiga a las personas que cometen negligencia médica; lo que difiere totalmente con la presente tesis, ya que, no solo pretende

deslindar la responsabilidad del personal de salud, respecto a los actos de negligencia médica, si no que su finalidad es se proponga justificadamente la inclusión en el Código Penal de dos artículos que tipifique específicamente, uno, la negligencia médica como homicidio culposo y otro la negligencia médica como lesiones culposas en todos sus grados.

La tesis titulada “Negligencia médica, un tema complejo”, cuyos autores son: Miguel Angel Pedro Calvo Riquelme y Carlos Alberto Godoy Chávez, de la Universidad de Chile, Santiago, 2015”, sus resultados pone de manifiesto la conclusión de que “Se comprueba aún más la complejidad del tema Negligencia Médica; además se agrega que el cumplimiento de la *lex artis*, es determinante, en un juicio, principalmente por peritos, en que muchas veces sus informes son contradictorios, poco claros o extemporáneos; todo lo cual incrementa lo complejo para resolver un conflicto de negligencia médica”.

Como puede verse esta investigación sobre el tema de negligencia médica, se enfoca en la complejidad del mismo, la misma que se ve agravada por lo determinante que resulta el cumplimiento de la *lex artis*, y que esta prueba encargada a peritos, añade complejidad para resolver un conflicto de negligencia médica. En cambio, nuestra tesis se enfoca en el vacío legal que existe, en el Código Penal, respecto a la negligencia médica, lo que genera que se impongan penas benignas a quienes incurrir en conductas delictivas como los actos de negligencia médica. Es necesario puntualizar que, en los procesos penales, en el Perú, también se recurre a las pericias legales, y en los casos de negligencia médica, los peritos son miembros de la orden médica, lo que podría dar la sensación de falta de imparcialidad a la hora de emitir informes sobre mala praxis médica.

3.3 Conclusiones

Primera

Es viable jurídicamente modificar el Código Penal, en sus capítulos de homicidio y lesiones, para incluir expresamente las conductas de negligencia médica, pues es importante y útil, ya que permite y facilita la investigación, el juzgamiento y la condena de los actos de negligencia médica, ya que se llegó a verificar que el código Penal, no incluye expresamente, como delito la negligencia médica; según opinión de los expertos consultados a través de la encuesta de la investigación.

Segunda

Se ha comprobado que las penas que se vienen imponiendo al amparo del Código Penal a casos de negligencia médica, no corresponden proporcionalmente a los daños causados a los bienes jurídicos protegidos; y que la responsabilidad del personal de salud, no es igual a la de otros profesionales o personas frente a actos de negligencia en el cumplimiento de sus funciones, que comprometan la vida, la salud y la integridad física y psíquica de las personas a su cargo; el Código Penal no hace diferencias. Estos dos hechos son generadores de la imposición de penas benignas a actos de negligencia médica,

Tercera

Hay acuerdo mayoritario, entre los expertos consultados, en que, en el Código Penal se tipifique específicamente el delito de homicidio culposo por negligencia médica, y el delito de lesiones culposas en todos sus grados, por negligencia médica, con penas severas razonablemente y proporcionales a los daños causados a los bienes jurídicos protegidos, evitando así se impongan penas benignas y se pueda cambiar la percepción de impunidad que la sociedad tiene frente a la ocurrencia de actos de negligencia médica en los servicios de salud públicos y privados.

3.4 Recomendaciones

Primera

Las autoridades del Poder Judicial, Ministerio Público y principalmente de la Defensoría del Pueblo, deben proponer y gestionar iniciativas legislativas para subsanar el vacío legal que se ha llegado a establecer en la presente Tesis, formulando proyectos de ley que tipifiquen expresamente las conductas de negligencia médica y así restablecer la confianza de la sociedad en la justicia nacional frente a actos de negligencia médica.

Segunda

Los Congresistas de la República, particularmente la representación de la Región Arequipa, deberían interesarse en evaluar la gradualidad de la pena por actos de negligencia médica que se vienen aplicando en los procesos penales y respalden las iniciativas legislativas que proponen penas más gravosas y severas que corresponden a la proporcionalidad del daño ocasionado a los bienes jurídicos protegidos; a fin de hacer justicia y prevenir su ocurrencia.

Tercera

Solicitar a las entidades con derecho o facultad para presentar, iniciativas legislativas, al Congreso de la República, acojan el proyecto de ley que se ha formulado como resultado de la investigación de esta tesis; en él se propone la modificación del Código Penal con la inclusión de los artículos 111-A homicidio culposo por negligencia médica y el 124-A lesiones culposas, en todos sus grados, por negligencia médica, este proyecto de ley está contenido en el Anexo 3 de la presente tesis.

Referencias:

A. (2016). Responsabilidad Médica. Disponible en www.monografias.com.

Consulta: 06 de noviembre de 2019.

Análisis Psicológico, Santa Fe de Bogotá – Colombia, Editorial Temis S.A. Arata

Antonio, M. (1998). El Delito Culposo, Chile, Editorial Rubinzal –Culzoni Altavilla, E.

(1999). La Culpa Del Delito Culposo, sus Repercusiones Civiles.

Bunge, M. (1975). La Ciencia, su Método y su Filosofía, Buenos Aires, Ediciones Siglo veinte.

Cuello, C. (1968). Derecho Penal Parte General, Nacional, México 1968.

file:///C:/Users/acuad/Downloads/541-Texto%20del%20art%C3%ADculo-1091- 1-10-20161126%20(1).

EGACAL (2012). El ABC del Derecho Penal, Editorial San Marcos E.I.R.L, Lima Perú

Ginocchio, R. (2008). *Negligencia Médica*. Lima, Perú. Disponible en: <http://www.monografias.com>. Consulta 10 de noviembre de 2019.

Hernández, S (1991). Metodología de la Investigación, Editorial Mc Graw Hill, México.

<https://www.monografias.com/trabajos101/filosofia-moral-etica-social-actual/filosofia-moral-etica-social-actual.shtml>

<https://www.monografias.com/trabajo5/psico/psico.shtml#acti>

Hurtado, J. (2005). Manual del Derecho Penal Parte General I, Editora GRIJLEY E.I.R.L.

Jiménez A. (1963). Tratado de Derecho Penal, T. V, Buenos Aires. Losada,

Mantovani, F. (2001) Diritto Penale, Milano. Cedam.

Martínez, L. (2013). "Principios Científicos de la Práctica Médica". D.F., México.

Navarrete, O. (2014). "Filosofía *Moral* y *Ética Social Actual*". Cajamarca, Perú.

Disponible en www.monografias.com

Ortega, J. (2015). "Responsabilidad Civil Médica, su naturaleza y algunas definiciones". Disponible en: www.monografias.com Consulta: 15 de noviembre de 2019.

Salinas, R. (2015), Derecho Penal Parte Especial, Editorial Justitia S.A.C., Lima Perú.

Ossorio, M. (2007). Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, 26^a edición, Editorial Heliasta, Buenos Aires.

Pardinas, F. (1972). Metodología y técnicas de investigación en ciencias sociales.

México DF. Siglo Veintiuno editores SA

Peña, R. (1994). Tratado del Derecho Penal, Lima, Editora Jurídica Grijley.

Torres, A. (1999). "Introducción al Derecho". Lima, Perú. Ed. Palestra Editores SRL.

Villa, J. (2008). Derecho Penal parte General, Lima, Perú. Grijley.

Villavicencio, F. (2007). Derecho Penal Parte General, Lima 2007, Grijley. Zaffaroni,

E. (1999). Tratado de Derecho Penal Parte General, Argentina. Ediar.

ANEXOS:

Anexo 1: Matriz de Consistencia del Proyecto de Investigación

Problemas	Objetivos	Hipótesis	Variables	Técnicas e Instrumentos
<p>Problema general ¿Cómo el Código Penal al carecer de una tipificación específica como delito, a la negligencia médica permite que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, propiciando la ocurrencia de casos, en la provincia de Arequipa al año 2020?</p> <p>Problemas específicos - ¿Cómo el Código Penal carece de una tipificación específica, como delito, a la negligencia médica? - ¿Por qué se imponen penas benignas a actos de negligencia médica, propiciando su ocurrencia, en la provincia de Arequipa, al año 2020?</p>	<p>Objetivo general Tipificar específicamente a la negligencia médica, como delito, en el Código Penal, con penas severas y proporcionales, para evitar que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia.</p> <p>Objetivos específicos - Tipificar específica a la negligencia médica como delito en el Código Penal con penas severas y proporcionales - Evitar que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia.</p>	<p>4.1. Hipótesis general Si es probable la tipificación específica, como delito, a la negligencia médica en el Código Penal, con penas severas y proporcionales, y así evitar que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia.</p> <p>4.2. Hipótesis específicas - Si es probable la tipificación específica, como delito, a la negligencia médica en el Código Penal, con penas severas y proporcionales. - Si es probable evitar que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica, previniendo su ocurrencia.</p>	<p>Variable independiente: La tipificación específica, como delito, a la negligencia médica, en el Código Penal.</p> <p>Dimensiones -Inclusión de la tipificación. -Viabilidad jurídica. Facilidad para el juzgamiento y condena</p> <p>Variable dependiente: Penas benignas a actos de negligencia médica.</p> <p>Dimensiones: -Correspondencia al daño. -Benigna con relación al daño.</p>	<p>Enfoque: Cuantitativo</p> <p>Tipo: aplicada</p> <p>Diseño: no experimental</p> <p>Nivel: descriptivo explicativo</p> <p>- Método: Deductivo.</p> <p>Técnica: - Encuesta</p> <p>Instrumento: - Cuestionario con preguntas cerradas</p> <p>Población: operadores de justicia de Penal</p> <p>Muestra: No probabilística, intencional por conveniencia</p>

Anexo 2: Instrumento

ENCUESTA PARA TESIS DE ABOGADO

Muchas gracias por aceptar participar en esta encuesta, se le solicita su colaboración para ejecutar el Proyecto de Tesis, para optar el Título Profesional de Abogado, titulado: “Los artículos 111º y 124º del Código Penal, al carecer de tipificación específica como delito a la negligencia médica, vulneran los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica de las personas afectadas por esta conducta en los servicios de salud. Arequipa-2020”.

INFORMACIÓN GENERAL:

La presente encuesta está dirigida a Abogados, operadores de la Justicia Penal, en la provincia de Arequipa.

Tiempo de ejercicio de la abogacía.....años.

Entidad en la que cumple funciones:

..... Poder Judicial

..... Ministerio Público

..... Estudio Jurídico

CUESTIONARIO

1. ¿Considera que la tipificación de los artículos 111º y 124º del Código Penal Incluye expresamente las conductas de negligencia médica?

Si

No

No opina

2. ¿La política Criminal del Estado debería tener en cuenta la percepción de impunidad que tiene la sociedad, frente a los actos de negligencia médica que ocurren en los servicios de salud?

Si

No

No opina

3. ¿considera que es viable, jurídicamente, modificar el Código Penal en sus Capítulos que corresponden a Homicidio y Lesiones para incluir expresamente las conductas de negligencia médica?

Si

No

No opina

4. ¿Qué importancia tendría el formular tipo legal específico que comprenda las conductas de negligencia médica?

Mucha....

Poca.....

Ninguna.....

5. ¿La inclusión de tipos penales de negligencia médica en los delitos culposos, tipificados en los artículos 111º y 124º del Código Penal, facilitaría el juzgamiento y la condena de los casos de Negligencia Médica?

Si

No

Indiferente

6. ¿Las penas impuestas en los art. 111º y 124º del Código Penal, corresponden proporcionalmente a la afectación de los bienes jurídicos protegidos por actos de negligencia médica?

Si

No

No opina

7. ¿Considera que es igual la responsabilidad profesional del médico a la responsabilidad de otros profesionales o personas, frente a actos de negligencia en el ejercicio de sus funciones que afecten la vida, la salud o la integridad física de las personas?

Si

No

No opina

8. ¿Considera que las penas impuestas en los procesos penales por negligencia médica son benignas en relación a los daños irreparables a la vida, la salud y a la integridad física y psíquica de las personas?

Si

No

No opina

9. ¿Estaría de acuerdo con que, en el Código Penal, en el Capítulo de Homicidio se tipifique, específicamente, el delito de homicidio culposo por negligencia médica?

Si

No

No opina

10. ¿Estaría de acuerdo con que, en el Código Penal, en el Capítulo de Lesiones se tipifique, específicamente, el delito culposo de lesiones en todos sus grados, por negligencia médica?

Si

No

No opina

GRACIAS...

Anexo 3: Anteproyecto de Ley (que justifica la importancia de la investigación)

1) PRESENTACIÓN:

El grupo parlamentario, a iniciativa del (la) congresista de la República que suscribe,, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, propone el siguiente PROYECTO DE LEY:

2) TITULO

LEY QUE INCORPORA LOS ARTÍCULOS 111-A Y 124-A AL CÓDIGO PENAL, PARA PREVENIR Y SANCIONAL ACTOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA.

3) FORMULA LEGAL

PODER LEGISLATIVO
CONGRESO DE LA REPÚBLICA

LEY Nº

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE INCORPORA LOS ARTÍCULOS 111-A Y 124-A AL CÓDIGO PENAL, PARA PREVENIR Y SANCIONAL ACTOS DE NEGLIGENCIA MÉDICA.

Artículo 1. Incorporación de artículos

Incorpóranse los artículos 111-A y 124-A, en los siguientes términos:

“Artículo 111-A. – Homicidio culposo por negligencia médica

El personal de salud que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio de su profesión u ocupación, ocasione la muerte del paciente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro años ni mayor de diez años, e inhabilitación, conforme al artículo 36º, incisos 4)”.

“Artículo 124-A.- Lesiones culposas por negligencia médica

El personal de salud que, al infringir un deber objetivo de cuidado, en el ejercicio de su profesión u ocupación, ocasione daño en el cuerpo o en la salud al paciente, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de un año ni mayor de tres años y con sesenta a ciento veinte días-multa.

La pena privativa de la libertad será no menor de dos años ni mayor de cuatro años, si la lesión es grave, de conformidad con los presupuestos establecidos en el artículo 121º, que correspondan.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República, para su promulgación.

En Lima, a los

Nombre y firma del Congresista
Titular del derecho de iniciativa

Nombre y firma del Portavoz del
Grupo Parlamentario

4) EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Problema que se pretende resolver:

El problema es que el Código Penal, al carecer de una tipificación específica, como delito, a la negligencia médica, permite que se impongan penas benignas a actos de negligencia médica; generando en las víctimas de estos actos y en la población general una sensación de impunidad, frente a estos hechos delictivos. Este supuesto se comprueba al revisar el Código Penal, particularmente los artículos 111º y 124º, así como las sentencias judiciales que sancionan la mala praxis médica.

2. Fundamentos de la propuesta:

A diario se observan casos de presuntas negligencias médicas en diferentes centros de salud, sean estos públicos o privados, pertenecientes al Ministerio de Salud, a los Gobiernos Regionales, a ESSALUD, también clínicas y consultorios médicos privados, denunciados por familiares o por los propios pacientes afectados, así tenemos que en diarios se han publicado denuncias de presuntos casos de negligencia médica, así se tiene:

EL COMERCIO

2019 “Denuncian presunta negligencia médica durante parto de joven

En hospital de Essalud. Carmen Fiorella Anastasio Requena ingresó de emergencia el pasado viernes al hospital Ramón Castilla y fue sometida a cesárea. Joven falleció tras perder una cantidad importante de sangre”. El Comercio. Lima 19 de agosto, p. policial.

EL COMERCIO

2019 “Huancayo: madre golpea a médico que habría cometido negligencia médica. Su hijo quedó en estado vegetal luego de haber sido operado de apendicitis. Otros casos también se registraron en la región”. El Comercio. Lima 3 de junio. p. País.

RADIO PROGRAMAS DEL PERÚ – RPP

2017 “Negligencia médica en hospital Honorio Delgado será sancionado.

Sanción sería de hasta dos millones de soles. La Superintendencia Nacional de Salud informó que, de las 240 quejas registradas, 79 son de Arequipa”. RPP. Arequipa 27 de febrero. Redacción. Consulta: 19 de setiembre de 2019. 12.01 horas.

<http://www.rpp.pe/perú/arequipa/negligencia-medica-en-hospital-honorio-delgado-será-sancionado-noticia-103356>

También se observa que los casos de negligencia médica que ocasionan la muerte de una persona, probados en proceso penal, y tipificado como homicidio culposo, la sentencia condenatoria impone penas entre dos y cuatro años de pena privativa de la libertad y generalmente con el carácter de suspendida, así mismo en los casos de negligencia médica con resultado de lesiones simples, las sentencias imponen penas no mayores de un año, igualmente la mayoría con el carácter de suspendidas y si el resultado son lesiones graves la pena oscila entre uno y dos años, de pena privativa de la libertad, casi siempre con el carácter de suspendida, y con penas accesorias, del tipo limitativas de derechos como la inhabilitación.

Como ejemplo tenemos el Expediente. N° 1008-2008, Cuarto Juzgado Penal Unipersonal, en la Sala de Audiencias de la Corte Superior de Justicia de Huaura, Materia: Homicidio Culposo, Demandante: Rosa Ramírez madre la menor Marcela Luna Ramírez, Demandada: Carlos Poma y Essalud, Juez: Víctor Romero Uriol:

Se emitió una sentencia condenatoria a dos años de pena privativa de libertad con carácter suspendida

Otro ejemplo es el Exp. N° 0197-2007-3JEP, de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Materia: Homicidio Culposo, Demandante: Liliana Ramos Núñez,

Demandado: German Alejandro Herrera Lazarte, Juez: Pablo Walter Carpio Medina; también la sentencia condenatoria le impone dos años de pena privativa de la libertad, con el carácter de suspendida, y pena accesoria de inhabilitación.

Nuestra Constitución Política de 1993, establece en sus dos primeros artículos la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo de la sociedad y del Estado y que toda persona tiene derecho a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar.

El derecho a la vida, como se ha dicho es generador de otros derechos, también fundamentales de la persona como son el derecho a la salud y a la integridad física y psíquica, así tenemos que la Ley N° 26842, Ley General de Salud, en el Título Preliminar, en los acápite I, II, y III establece que la salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo. La protección de la salud es de interés público. Por lo tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la salud es irrenunciable. En este sentido, es inviolable y no admite excepción alguna, es decir, se tutela tanto en el ámbito privado como en el público a fin de cubrir la dimensión personal.

3. Antecedentes legislativos:

Como antecedentes legislativos se tienen los artículos 111° y 124° del Código Penal vigente. Los casos de negligencia médica probados los jueces los subsumen en estos artículos, es decir como homicidio culposo y lesiones culposas, respectivamente; pero, aquí se debe tener en cuenta que existe una gran diferencia entre un homicidio y lesiones ambos culposos ocasionado por cualquier persona y las mismas conductas delictivas perpetradas por un médico u otro profesional de la salud; la diferencia está en que, el médico y los otros profesionales de la salud, tiene la responsabilidad de tratar la vida y la salud de las personas, por ser un deber objetivo de cuidado propio de esta función; lo que demanda desde ya una diligencia máxima, pues la vida y la salud son derechos de alto valor tutelados por la sociedad y el Estado.

4. Efectos de la vigencia de la norma que se propone modificar:

La vigencia de los artículos 111° y 124° del Código Penal, tal como están tipificados, permiten que la negligencia médica, esté considerada dentro del delito que resulta de la inobservancia de reglas de profesión, de ocupación o industria igual que para cualquier otra profesión, oficio u ocupación; por ello, al sancionar un homicidio o lesiones, culposos, imponen penas benignas, en la mayoría de los casos suspendidas, esto hace que, las víctimas y la población general vean que no se hace justicia y que sus derechos a la vida, la salud y las integridad física y psíquica estén desprotegidos, y por el lado, que el personal de salud, como los médicos, otros profesionales de la salud, técnicos y auxiliares sanitarios, descuiden la observancia de las reglas y protocolos de atención, como deber objetivo de cuidado, causando daños a la vida, a la salud y al cuerpo de los pacientes a su cargo, con actos de negligencia médica; pues confían que las penas, en esos casos, son benignas y casi siempre suspendidas; haciendo recurrentes, los casos de negligencia médica.

5. Análisis costo beneficio de la futura norma:

Esta norma que se propone, como toda intervención jurídica al orden social, tiene, por un lado, un costo y es aquel que afrontará el que incurra en la conducta delictiva de la negligencia médica, esta vez un costo alto, pues la pena que se propone es más severa y se diferencia de las penas que se venían aplicando a estos casos, con la finalidad de prevenir en general a todo el personal de salud y en particular a los acusados y sentenciados por actos de negligencia médica, que deben evitar preventivamente incurrir en estos actos delictivos.

Los beneficios que se lograrán con la norma que se propone son: primero, la disminución significativa de la ocurrencia de casos de negligencia médica en los servicios de salud, públicos y privados, debido a los efectos de los fines, general y específico, de la pena (severa y proporcional); segundo, los jueces y fiscales contarán con un instrumento jurídico definido y específico, para investigar y juzgar los actos de negligencia médica que sean denunciados; tercero, los pacientes que acuden a los servicios de salud, se sentirán más seguros de las atenciones sanitarias; y cuarto se protegerán mejor los derechos de las personas a la vida, la salud y a la integridad física y psíquica.

En conclusión, los beneficios superan grandemente a los costos, por lo tanto, es viable y justificada la propuesta de la norma, y no tendrá ningún efecto monetario ni impacto presupuestal.

Lima, a los

Nombre y firma del Congresista
Titular del derecho de iniciativa

Nombre y firma del Portavoz del
Grupo Parlamentario

Nota. –

La redacción fue conforme al acápite X. PROYECTO DE LEY. Inciso d) Requisitos de Redacción, del Manual de Técnica Legislativa, aprobado por Acuerdo de Mesa Directiva N° 106-2020-2021/MESA-CR.

Anexo 4: Validación de Expertos



ANEXO 2: FICHA DE VALIDACION DE INSTRUMENTO

I. DATOS GENERALES

- 1.1 Apellidos y nombres del experto: PANTIGOSO BUSTAMANTE, Víctor Augusto Benjamín
- 1.2 Grado académico: Magister en Ciencias del Lenguaje
- 1.3 Cargo e institución donde labora: Abogado Independiente.
- 1.4 Título de la Investigación: "Los artículos 111° y 124° del Código Penal, al carecer de tipificación específica como delito de negligencia médica, vulneran los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica de las personas afectadas por esa conducta en los servicios de salud. Arequipa-2020".
- 1.5 Autor del instrumento: Adrián Cuadros Santos
- 1.6 Licenciatura/Maestría / Doctorado: Licenciatura en Derecho
- 1.7 Nombre del instrumento: Encuesta para Tesis de Abogado

INDICADORES	CRITERIOS CUALITATIVOS/CUANTITATIVOS	Deficiente 0-20%	Regular 21-40%	Bueno 41-60%	Muy Bueno 61-80%	Excelente 81-100%
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.					X
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.					X
3. ACTUALIDAD	Adecuado al alcance de ciencia y tecnología.					X
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.					X
5. SUFICIENCIA	Comprende los aspectos de cantidad y calidad.					X
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para valorar aspectos del estudio.					X
7. CONSISTENCIA	Basados en aspectos Teóricos-Científicos y del tema de estudio.					X
8. COHERENCIA	Entre los índices, indicadores, dimensiones y variables.					X
9. METODOLOGIA	La estrategia responde al propósito del estudio.					X
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas en la investigación y construcción de teorías.					X
SUB TOTAL						95
TOTAL						95

VALORACION CUANTITATIVA (Total x 0.20):

VALORACION CUALITATIVA: Procedente

OPINIÓN DE APLICABILIDAD: Procede la aplicación del instrumento.

Lugar y fecha: Arequipa, 21 de octubre del 2020


 Firma y Posfirma del experto
 DNI: 29468506
 CAA 4012.

Anexo 02: FICHA DE VALIDACIÓN DE INSTRUMENTO
I. DATOS GENERALES

- 1.1 Apellidos y nombres del experto: Llanos Rosas, Marcos Gustavo
- 1.2 Grado académico: Magister en Salud Pública
- 1.3 Cargo e institución donde labora: Universidad Nacional San Agustín
- 1.4 Título de la Investigación: "Los artículos 111° y 124° del Código Penal, al carecer de tipificación específica como delito de negligencia médica, vulneran los derechos a la vida, a la salud y a la integridad física y psíquica de las personas afectadas por esa conducta los servicios de salud. Arequipa-2020".
- 1.5 Autor del instrumento: Adrián Cuadros Santos
- 1.6 Licenciatura/Maestría/Doctorado: Licenciatura en Derecho
- 1.7 Nombre del instrumento: Encuesta para Tesis de Abogado

INDICADORES	CRITERIOS CUALITATIVOS/CUANTITATIVOS	Deficiente 0-20%	Regular 21-40%	Bueno 41-60%	Muy Bueno 61-80%	Excelente 81-100%
1. CLARIDAD	Está formulado con lenguaje apropiado.					X
2. OBJETIVIDAD	Está expresado en conductas observables.					X
3. ACTUALIDAD	Adecuado al alcance de ciencia y tecnología.					X
4. ORGANIZACIÓN	Existe una organización lógica.					X
5. SUFICIENCIA	Comprende los aspectos de cantidad y calidad.					X
6. INTENCIONALIDAD	Adecuado para valorar aspectos del estudio.					X
7. CONSISTENCIA	Basados en aspectos Teóricos-Científicos y del tema de estudio.					X
8. COHERENCIA	Entre los índices, indicadores, dimensiones y variables.					X
9. METODOLOGIA	La estrategia responde al propósito del estudio.					X
10. CONVENIENCIA	Genera nuevas pautas en la investigación y construcción de teorías.					X
SUB TOTAL						97
TOTAL (PROMEDIO)						97

VALORACION CUANTITATIVA (Total x 0.20):
VALORACION CUALITATIVA: Procedente
OPINIÓN DE APLICABILIDAD: Procede la aplicación del instrumento.
Lugar y fecha: Arequipa, 15 de Setiembre del 2020


Posfirma
DNI 29294916
CAP 22124