



Santiago, 12 de octubre de 2023

Señor
DR. PATRICIO MEZA RODRÍGUEZ
Presidente
Colegio Médico de Chile
PRESENTE

REF.- Informa proyecto de ley iniciado en Moción de los Honorables Senadores señor Castro González, señora Ebensperger, y señores De Urresti y Huenchumilla, que modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de aumentar las sanciones aplicables a los casos de negligencia médica (Boletín N° 16.284-11).-

De nuestra consideración:

Se ha solicitado al Departamento Jurídico del H. Consejo Nacional y a la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (FALMED) informar sobre el proyecto de ley de la referencia, ingresado al Senado el 16 de septiembre de 2023.

Antes de entrar al análisis del mencionado proyecto, resulta del todo pertinente recordar las sabias palabras del gran penalista Mario Garrido Montt, quien fuera Presidente de la Excma. Corte Suprema:

“El Estado no puede continuar sosteniendo que el derecho penal es el principal instrumento preventivo o disuasivo de las conductas irregulares o socialmente negativas. El Estado, al sostener esa premisa, se engaña a sí mismo y engaña a los miembros de la sociedad. No debe insistir en solucionar la multiplicidad de conflictos que se suscitan en la comunidad con normas represivas. Se ha repetido hasta el cansancio por todos los hombres de derecho que si bien la legislación penal es un medio relativamente eficaz para el control social, siempre debe ser empleado como último recurso, es “extrema ratio”, del

cual no debe abusarse porque pierde su fuerza disuasiva y, sobre todo, su legitimidad. Antes de su empleo deben agotarse los innumerables otros recursos con que cuentan los poderes Públicos, y son éstos lo verdaderamente viables para alcanzar resultados positivos.

Los médicos deben trabajar tranquilos, porque el paciente necesita médicos sabios, médicos que trabajen honestamente, y sin apremios”.

Análisis del Proyecto de Ley.

La regla general en nuestro Derecho es que las conductas culposas no sean sancionadas penalmente, por cuanto el Derecho Penal, en su desarrollo histórico, ha venido en estimar relevante no solo el resultado de la acción, sino la intención del sujeto activo, y, por ello, no ha criminalizado, en general, las conductas culposas.

El proyecto de ley, después de definir, en su exposición de motivos, qué se entiende por “mala praxis médica”, de analizar la regulación de la responsabilidad médica en la legislación nacional y de mencionar ciertas estadísticas sobre la materia, concluye que “[l]a idea matriz del proyecto dice relación con tres elementos:

1.- Aumento de sanciones por responsabilidad penal, aumentando las penas previstas en el inciso primero del artículo 490 y 491 del Código Penal. En particular, se aumenta la pena de reclusión a reclusión menor en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo⁵. Los casos penales son la mayoría, con un 53%, y el restante 47% corresponden a los cuestionamientos en sede civil.

2.- Agregar, como pena accesoria, la pérdida del título y, eventualmente, la inhabilitación especial temporal de 5 a 20 años para el ejercicio de la profesión de médico cirujano, matrona o cirujano dentista, para los casos de negligencia con resultado de muerte o lesiones graves.

3.- Establecer en la ley 20.584 que la obligación de probar que se ha actuado con las diligencias necesarias corresponde a los prestadores de salud, liberando con esto al demandante de la carga de la prueba”.

El proyecto propiamente tal es del siguiente tenor:

“Artículo 1°: Modificase el Código Penal del siguiente modo:

1. Sustituyese, en el acápite “Penas de simples delitos” del artículo 21, la oración “Inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas”, por la

siguiente: “Inhabilitación especial temporal para ejercer la profesión de médico cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona”, e intercalase, a continuación, la siguiente pena: “Inhabilitación especial perpetua para ejercer la profesión de médico cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona.”.

2. Sustitúyase en inciso primero del artículo 491, por el siguiente:

“ART. 491. El médico cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las siguientes penas:

a. Reclusión menor en su grado medio a máximo si el resultado fuese lesiones menos graves, más inhabilitación especial temporal del ejercicio de la profesión de 1 a 5 años.

b. Presidio menor en su grado mínimo a medio si el resultado fuere lesiones graves o gravísimas, más inhabilitación especial temporal para el ejercicio de la profesión de 5 a 10 años.

c. Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, si el resultado es de muerte, más la inhabilitación especial temporal para el ejercicio de su profesión de 10 a 20 años.

Artículo 2°: Agregase, en el artículo 156 bis del Código Procesal Penal, un nuevo inciso final en el siguiente sentido:

“En los casos de investigaciones por negligencias médicas, el tribunal podrá, en la oportunidad y a petición de las personas señaladas en el artículo 155, decretar la suspensión del Registro Nacional de Prestadores individuales de Salud”.

Artículo 3°: Agregase en el artículo 3 de la Ley 20.584 que regula Derechos y Deberes de las Personas en Atención de Salud, Acciones Vinculadas a la Atención en Salud, un nuevo inciso final en el siguiente sentido:

“Ante cualquier instancia jurisdiccional ya sea de competencia penal, civil o administrativa deberá el prestador individual o institucional probar el cumplimiento de los derechos establecidos en esta ley así como también haber empleado la diligencia que le impone la lex artis médica”.

A) Comentarios Generales en relación con los títulos preliminares (I y II)

1.- En la introducción del proyecto, se utiliza una definición de “mala praxis médica” demasiado amplia (confundiendo problemas de negligencia con problemáticas institucionales en relación con la falta de servicio. Desde esta perspectiva, entonces, el concepto utilizado no es aplicable a la realidad del ejercicio de la medicina. En efecto, utilizando esta definición existirían varias situaciones en las cuales se podría imputar responsabilidad al profesional médico (es un hecho que en el ejercicio profesional decisiones terapéuticas se suspenden o se retrasan sin que ello importe mala praxis) La conceptualización planteada merece reparos, confundiendo Responsabilidad Penal Personal con Responsabilidad Institucional.

2.- Una confusión similar se aprecia en relación con los elementos enunciados como necesarios para definir o ilustrar los conceptos de mala praxis; el error y el dolo eventual. Falta un desarrollo más adecuado de estos conceptos y su vinculación con el tema de la “negligencia médica”.

3.- La ausencia de una regulación sistemática de todas las aristas de la responsabilidad médica no se puede utilizar como argumento para un aumento de penas, ya que esta situación se produce en múltiples áreas (a modo ejemplar, en el ámbito de lo que podría denominarse responsabilidad financiera, en la que conviven distintos sistemas de responsabilidad).

4. La referencia a “penas bajas” es discutible. En principio, las penas existentes están dentro del catastro de sanciones para todos los tipos penales imprudentes y supone una valoración del legislador en tanto constituyen ilícitos sin dolo. Por otra parte, la discusión sobre penas bajas o altas es un debate que alcanza a todo el sistema penal y es conocido que, desde la doctrina y la academia, se ha insistido en una reforma estructural que analice el sistema de sanciones en forma integral, a partir de umbrales de penas coherentes en relación con el bien jurídico afectado, la forma de participación y el grado de desarrollo. Una reforma como la propuesta significaría un cambio de penas sin consideración sistémica.

B) Comentarios específicos al proyecto de ley

El proyecto de ley en cuestión presenta graves deficiencias, pues resulta confuso, contradictorio y abiertamente inconstitucional en varias de sus —escasas— disposiciones.

1.- Artículo 1º: En el artículo 21 del Código Penal se sustituye la pena accesoria de “Inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas” por la de “Inhabilitación especial temporal para ejercer la profesión de médico cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona”. Además, se agrega la de “Inhabilitación especial perpetua para ejercer la profesión de médico cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona”.

La modificación precedente resulta doblemente contradictoria.

En efecto, por una parte, elimina la sanción de “Inhabilitación especial temporal para emitir licencias médicas”, pero, por la otra, la mantiene como sanción en el artículo 202 del Código Penal y como medida cautelar especial en el artículo 156 bis del Código Procesal Penal, en casos de investigaciones por fraude en el otorgamiento de licencias médicas.

En segundo lugar, incorpora la pena de “Inhabilitación especial perpetua para ejercer la profesión de médico cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona” en el artículo 21 del estatuto punitivo, pero no la contempla como sanción en ninguno de los tipos penales que dicho cuerpo legal contiene, pues, como veremos, la sanción máxima que el nuevo texto del artículo 491 del Código Penal que este proyecto de ley pretende introducir, es la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, más la inhabilitación especial temporal para el ejercicio de su profesión de 10 a 20 años. Por consiguiente, se trataría de una sanción teórica que jamás tendría aplicación.

2.- Artículo 1º: Propone introducir un nuevo artículo 491, cuyo tenor resulta abiertamente inconstitucional al vulnerar, doblemente, el estándar de racionalidad y justicia garantizado en los artículos 19, números 3º y 2º de la Constitución, Política de la República, una de cuyas manifestaciones es el principio de proporcionalidad de las penas, en virtud del cual la severidad de estas debe estar relacionada con la gravedad del delito o de la conducta delictiva.

En definitiva, las penas principales que se pretende introducir en cada caso son las siguientes:

Para el resultado de lesiones menos graves, privación de libertad de 541 a 5 años.

Para el resultado de lesiones graves o gravísimas, privación de libertad de 61 a 3 años.

Para resultado de muerte, privación de libertad de 3 año 1 días a 10 años.

En primer término, se conculca el principio de proporcionalidad por cuanto la pena que el proyecto pretende establecer para el cuasidelito de negligencia médica con resultado de lesiones menos graves es mayor que la establecida en el artículo 399 del Código Penal para el delito de lesiones menos graves. Así, el proyecto pretende sancionar la referida conducta negligente con reclusión menor en su grado medio a máximo si el resultado fuese lesiones menos graves, mientras que el artículo 399 sanciona las lesiones menos graves con la pena de relegación o presidio menores en sus grados mínimos o con multa de once a veinte unidades tributarias mensuales. Por tanto, se sancionaría con mayor pena las lesiones menos graves cometidas con culpa que aquellas cometidas con dolo.

En segundo término, se vulnera el principio de proporcionalidad de las penas por cuanto se sanciona con mayor severidad la negligencia culpable en el desempeño de la profesión causando lesiones menos graves —reclusión menor en su grado medio a máximo—, que la misma conducta causando lesiones graves o gravísimas —presidio menor en su grado mínimo a medio—. Incluso, el grado mayor previsto para la conducta más leve es igual al grado menor de la conducta de mayor gravedad, cual es la negligencia con resultado de muerte, pues para ambas se contempla una pena privativa de libertad menor en su grado máximo, circunstancia que reafirma la evidente inconstitucionalidad del proyecto en análisis.

Por consiguiente, existe una inconsistencia en relación con el umbral de las penas, ya que no puede existir mayor sanción para un resultado que el legislador considera menos lesivo. Resulta pertinente resaltar que la distinción legal entre presidio y reclusión, que supondría un tratamiento más benevolente para el condenado, considerada en el artículo 32 del Código Penal, no tiene aplicación práctica real ya que en el caso de penas de presidio menor operan – en la mayoría de los casos- penas sustitutivas que significan un cumplimiento en libertad y, por lo tanto, no hay reglamento interno del recinto penitenciario que aplicar.

Igual inconsistencia se produce en relación con las penas sustitutivas (Ley 18.216 modificada por la 21.577), ya que el condenado por un cuasidelito con resultado más grave podría optar a un sistema de cumplimiento más benévolo desde el punto de vista de sujeción a la autoridad de gendarmería.

Hay una inconsistencia en las penas que se pretende imponer (al menos en el caso de resultado de muerte), si se considera que otros delitos del Código Penal se castigan con penas de rango equivalente o menor, siendo delitos más graves. A modo ejemplar, el homicidio en riña del artículo 392 tiene una pena de presidio

menor en su grado máximo (hasta 5 años); el auxilio al suicidio con resultado muerte del 393 una pena de presidio menor en su grado medio a máximo (hasta 5 años) y la mutilación de un miembro importante un umbral de pena de hasta 10 años. Evidentemente hay un problema de proporcionalidad si se considera que estos ejemplos son ilícitos de carácter doloso y, entonces, no se aprecia algo que todo sistema comparado contempla y que es un tratamiento diferenciado para el castigo del acto doloso respecto del imprudente.

Las penas accesorias asociadas a las penas principales aparecen como excesivas, considerando la sanción principal que establece el proyecto (problema con el principio de proporcionalidad) y, además, se vislumbran problemas de inconstitucionalidad (igualdad ante la ley; legalidad) En efecto, sólo considerando el principio de proporcionalidad -y a modo ejemplar- no se justifica que una sanción a título imprudente tenga un umbral máximo de pena de 3 años (en el caso de las lesiones graves o gravísimas y una pena accesoria que podría ser de 10 años). Lo mismo ocurre con el caso de resultado muerte, si el ejemplo fuera la pena máxima. Por otra parte, la aplicación de penas accesorias como las propuestas afecta un criterio de igualdad y, además, podría presentar vicios de constitucionalidad al ser una pena que queda al arbitrio del juez (legalidad), a diferencia de las otras penas del código punitivo.

En el caso de resultado de muerte, al cruzar el umbral de simple delito, estableciendo una pena de crimen (3 años y 1 día a 10 años), se produce una prolongación de los plazos asociados a la prescripción penal, ya que tendría pena de crimen. Considerando los criterios jurisprudenciales actuales sobre la materia, lo que se configura es un escenario muy adverso en relación con la certeza que se requiere para entender extinguida la responsabilidad, lo que atenta contra un criterio de igualdad frente a otros escenarios de delitos imprudentes.

3.- Artículo 2°: Agrega, en el artículo 156 bis del Código Procesal Penal, como medida cautelar especial, en los casos de investigaciones por negligencias médicas, la suspensión del Registro Nacional de Prestadores individuales de Salud.

El artículo 7° del Reglamento de Certificación de las Especialidades de los Prestadores Individuales de Salud y de las Entidades que las Otorgan (D.S. N° 8 de los Ministerios de Salud y Educación, de 2013, preceptúa que “[*l*]a Superintendencia de Salud, a través de su Intendencia de Prestadores de Salud, mantendrá un registro de las certificaciones de las especialidades que tuvieron los prestadores individuales”. Dicho Registro es público y contiene las menciones que

permiten una adecuada información al público respecto de las características de las certificaciones.

La inscripción en el Registro no es obligatoria, pues un acto administrativo no podría establecer requisitos adicionales a los contemplados en la ley para ejercer una determinada profesión. Señala el referido artículo que los profesionales que hubieren obtenido la certificación de su especialidad en conformidad con las normas del Reglamento mencionado deberán mantener copia de la inscripción vigente en el registro, visible a todo público que concurra a obtener sus servicios en el o los lugares donde habitualmente ejerzan sus labores.

Las medidas cautelares, según dispone el artículo 155 del Código Procesal Penal, tienen por objeto garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia. Ninguna de estas finalidades se cumple con la medida cautelar que se pretende introducir, pues la suspensión de la inscripción en el Registro de Prestadores no incide en el éxito de las diligencias de investigación ni garantiza la seguridad de la sociedad, desde que no afecta al ejercicio profesional, tampoco busca proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento. En síntesis, no se aprecia sentido alguno a una medida cautelar como la que se pretende introducir, lo que la torna en irracional.

4.- Artículo 3°: Pretende incorporar en el artículo 3° de la Ley 20.584 la siguiente norma: “*Ante cualquier instancia jurisdiccional ya sea de competencia penal, civil o administrativa deberá el prestador individual o institucional probar el cumplimiento de los derechos establecidos en esta ley así como también haber empleado la diligencia que le impone la lex artis médica*”.

La norma que se pretende introducir es abiertamente inconstitucional, desde que, aplicada en el ámbito penal, vulnera la presunción de inocencia, que encuentra su fuente en el inciso séptimo del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República y en diversos tratados internacionales suscritos por Chile.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que “*el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho*

implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quién acusa”¹.

Por consiguiente, como sostiene el profesor Humberto Nogueira Alcalá, “*se vulnera la presunción de inocencia cuando se condena a una persona con meras sospechas, sin pruebas o prescindiendo de ellas; cuando se presume la culpabilidad del imputado, imponiéndole la carga del onus probandi de su inocencia; cuando se condena sin haber recibido las pruebas de descargo o admitido la contradicción de las pruebas de cargo; como también cuando se condena en virtud de pruebas irregularmente obtenidas o hechas valer, violando derechos fundamentales o sin las garantías constitucional y legalmente debidas, o cuando de hechos no probados se extraigan consecuencias jurídicas sancionatorias que afecten los derechos fundamentales, entre otras situaciones posibles*”.

En definitiva, se contravienen principios generales del derecho penal y procesal penal, garantizados a nivel constitucional y legal, lo que permitiría generar una alegación de inconstitucionalidad en esta dimensión.

Además, se castiga en particular a la profesión médica, ya que en otras profesiones de naturaleza liberal y que pueden ser objetos de reproche por mal ejercicio profesional, no se contempla una sanción asociada a la inhabilidad del ejercicio profesional, situación que conculca la garantía de igualdad ante la ley.

En resumen, el proyecto de ley en análisis vulnera diversas garantías constitucionales consagrados en nuestra Carta Fundamental y en diversos tratados internacionales suscritos por nuestro país, a saber:

i) Sanciona con mayor severidad, en el mismo proyecto, conductas menos lesivas.

ii) Establece penas mayores que las contempladas actualmente en el Código Penal para conductas dolosas con igual resultado.

iii) Altera el peso de la prueba en materia penal, vulnerando la presunción de inocencia.

iv) La inhabilitación perpetua para ejercer la profesión presenta visos de inconstitucionalidad.

¹ CIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C N°107, párrafo 154, cit. por Humberto Nogueira, Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia Ius et Praxis, vol. 11, núm. 1, 2005, pp. 221-241 Universidad de Talca Talca, Chile.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente señalar que la criminalización de la actividad médica solo ha conducido al desarrollo de una medicina defensiva, con el aumento exacerbado de los costos en salud que ella conlleva. Ante tal situación, la tendencia en el derecho comparado ha sido redefinir y limitar el alcance de la responsabilidad penal de los profesionales de la salud, por lo que abordar esta temática requiere de un estudio más acabado.

Sin otro particular, lo saludan atentamente,

Adelio Misseroni Raddatz
Abogado Jefe
Colegio Médico de Chile

Juan Carlos Bello Pizarro
Abogado Jefe
Fundación de Asistencia Legal Colmed