

CERSS No. _____

Santo Domingo, D. N.
28 de agosto de 2006

Señor
Excelentísimo Dr. Leonel Fernández Reyna
Presidente Constitucional de la República
Palacio Presidencial.
Su Despacho.

Distinguido Señor Presidente de la República:

Sirva la presente para extenderle un respetuoso saludo, en ocasión de exponer nuestra posición institucional respecto a las Modificaciones del Proyecto de Ley mediante el cual se crea el nuevo Código Penal de la República Dominicana, haciendo uso de la facultad que nos reviste como instancia política Ejecutiva, multisectorial en Salud, creada mediante Decreto No.308-07 de fecha 10 de julio del año 1997, para agilizar y coordinar el proceso de reforma y modernización del sector salud.

El artículo 221 del referido Proyecto, cuyo texto anexamos a la presente, debe ser enfocado desde dos ópticas, **LA MALA PRÁCTICA MÉDICA** y el **ABORTO**, temas que según nuestra opinión no deben ser tratados de igual manera por la complejidad de cada uno. Por tal razón, iniciaremos nuestro análisis refiriéndonos al aborto.

I. El Aborto: La Real Academia Española de la Lengua define “abortar” como: “Dicho de la hembra, interrumpir en forma natural o provocada, el desarrollo del feto durante el embarazo”.

Como es sabido, el derecho a la vida es un derecho fundamental y absoluto, no sólo reconocido en nuestra Carta Magna, sino también protegido en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El aborto constituye un complicado tema, en el cual se entretajan consideraciones filosóficas, religiosas, bioéticas y científicas discrepantes entre sí, pues el mismo afecta la vida en gestación y trata de correlacionar lo científico con lo ético, lo filosófico, lo justo, lo moral y la realidad.

No obstante, consideramos que existen casos en los cuales debe permanecer la excepción a la prohibición de la práctica del aborto, como es por ejemplo el aborto terapéutico, el cual es practicado debido a un estado de inviabilidad del feto o embrión, dado que este embarazo está causando un deterioro grave de la salud de la madre, le puede causar daños severos e irreversibles que pueden producirle la

muerte, consideramos que procedería el aborto terapéutico. La intención del aborto terapéutico es eliminar la causa del daño a la salud de la madre y, en ningún caso, es matar al producto de la concepción.

Entre los casos más frecuentes de aborto terapéutico, tenemos: el de la infección ovular, donde el embrión es inviable y el vaciamiento uterino es la única medida para salvar a la madre de secuelas graves o de la muerte. Igualmente, se encuentra el embarazo ectópico, en el cual el cigoto o embrión se implanta fuera del útero, a pesar de que sólo el útero tiene la capacidad biológica de desarrollar un embarazo con probabilidades de llegar a su término, es decir que se trata de un embarazo tubario o peritoneal, o que compromete órganos (páncreas, riñones, intestinos) o tejidos, y que raras veces puede llegar a término. Otro caso que podemos señalar es el de la formación de una concepción anómala desde la fertilización, como lo es la mola hidatiforme que se produce frecuentemente por una fecundación normal por un espermatozoide x en un óvulo que luego pierde su núcleo. Las insuficiencias sistémicas u orgánicas agravadas o desencadenadas por el embarazo, entre las cuales las más frecuentes son las cardíaca, o la respiratoria, la endocrina, la renal o auto inmune, que agraven o comprometan la vida de la mujer embarazada.

Igualmente, tenemos que en muchos países del mundo como México, Cuba, Ecuador Brasil, Argentina, Uruguay, entre otros, es permitido el aborto por un embarazo derivado de una violación. En Argentina, Cuba, Suecia, Finlandia, entre otros países, es permitido el aborto practicado si se tiene la certeza de que el niño nacerá con taras degenerativas.

Es preciso aclarar que de ser convertido en ley el Proyecto mediante el cual se crea el nuevo Código Penal de la República Dominicana, se estaría limitando la voluntad expresa de una mujer violada, que tiene derecho a expresar su libre decisión de tener o no un niño concebido a raíz de esta agresión a su cuerpo y a su dignidad, y que vendrá a ser el causante de muchas frustraciones, tanto para la criatura como para la madre.

Tanto en los casos de violaciones, como en los casos de existencia de graves taras físicas o psíquicas del feto, somos partidarios de que la decisión de practicar el aborto sea sometida a la consideración de un Comité de Bioética, el cual tendrá la facultad de definir si procede o no el aborto, según el caso.

Visto lo anterior, es menester que los redactores del nuevo Código Penal Dominicano, al revisar la disposición del artículo 221, tomen en cuenta cada caso en particular para determinar si procede o no la práctica del aborto, de manera tal que se determine la legalidad del caso en especie, en virtud de que cada caso debe ser manejado conforme a sus características particulares.

II. En otro tenor, nos referimos a la **mala práctica médica**, esta tiene diferentes acepciones, entre las cuales se encuentran: el ejercicio inadecuado de la profesión médica; el daño corporal producto del acto médico; la violación de las normas del adecuado ejercicio profesional y la omisión por parte del médico de una prestación apropiada de los servicios a que está obligado.

Con relación al párrafo II del citado artículo 221, consideramos que su redacción no es clara, pues es improcedente culpar a un profesional de la salud por el efecto secundario que pudiere causar la aplicación o uso de un medicamento en un paciente determinado, salvo que el profesional de la salud tuviera el conocimiento previo del efecto adverso que pudiere causar el mismo al paciente atendido.

Por igual, es inaceptable el contenido del segundo párrafo del artículo 221, según el cual se responsabiliza penalmente al profesional de la salud por el hecho de que al administrarle *“voluntariamente o de cualquier manera sustancias nocivas a la salud, aún cuando por su naturaleza no sea de aquellas que ocasionan la muerte...”*, *“causare a otro una enfermedad o imposibilidad de trabajo personal”*. Nos explicamos.

Ambas disposiciones son muy generales y dan cabida a interpretaciones ambiguas e injustas.

Debe establecerse qué se entiende por *“sustancias nocivas a la salud”*, pues como sabemos, hay sustancias que bien pudieren causar efectos adversos a un paciente y a otro no. En este contexto, debe tomarse en cuenta que todo procedimiento médico debe cumplir los protocolos definidos, y, poniendo un ejemplo, la disposición objeto de análisis no toma en cuenta un abanico de posibilidades casuísticas, como lo sería la eventualidad de que un galeno le administre determinada sustancia a un paciente, cumpliendo las normas y protocolos aplicables al caso, e independientemente de esto el paciente sufra efectos adversos. También tenemos el caso en que los protocolos no establezcan el prerequisite de hacer una prueba previa al paciente para administrarle la sustancia de que se trate.

En fin, no existe ningún medicamento ni procedimiento que no tenga riesgo de reacción adversa, complicación y/o muerte, por sencillo y elemental que sea el mismo; por tanto, manteniendo la disposición del artículo 221 con un alcance tan amplio, el ejercicio de la medicina es colocado en una posición que podríamos considerar desventurada.

Aunque todo concepto es restringido, resulta necesario presentar una definición lo más amplia posible para poder abordar tan amplio tema; así pues, entre las definiciones analizadas consideramos que un concepto correcto es el siguiente:

“La mala praxis médica consiste en un error involuntario vencible, un defecto o falta en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación del médico (exploración, diagnóstico, tratamiento y seguimiento) que tiene como resultado una afectación, que era previsible, en la salud o vida del paciente.”¹

¹ Responsabilidad en los Trabajadores de la Salud. Dr. Gerardo Russo, Argentina, www.odontomarketing.com

En el entendido de que los Recursos Humanos en Salud constituyen la base fundamental del Sistema Nacional de Salud y que en consecuencia ningún sector institucional puede alcanzar un adecuado y sostenible desarrollo sin estar avalado en un marco legal adecuado que lo sustente, observamos que respecto al Proyecto de Ley que crea el Código Penal, en nuestra legislación vigente la **Mala Práctica Médica** se relaciona con el llamado **Principio de la Ética y de las obligaciones de prudencia y diligencia en materia de salud**, y es así que se inicia por primera vez en la República Dominicana lo que sería la responsabilidad del profesional de la salud, cuando en el artículo 164 de la Ley General de Salud No. 42-01, del 8 de marzo de 2001, se estableció la fundamentación de la denominada “mala práctica médica”, por primera vez en la historia legislativa dominicana, al disponer que:

“El profesional o cualquier persona autorizada para ejercer acciones en salud será responsable, ética, penal y civilmente, en los casos en que intervenga, del cumplimiento de todos los procedimientos, normas técnicas y en fin, de todos los medios requeridos conforme a los principios de la ética y de las obligaciones de prudencia y diligencia.”

Igualmente, establece en su Párrafo Único que *“Mientras no se aprueben los reglamentos que rijan el ejercicio de las profesiones en los diferentes niveles, oficios en ciencias de la salud y acciones en salud, las obligaciones establecidas en el presente artículo se regirán por el derecho común”*.

De donde se desprende que el profesional de la salud puede ser demandado tanto por la vía penal, como por la vía civil.

Ahora bien, el Proyecto de Ley que Crea el Nuevo Código Penal establece literalmente en su artículo 221 que:

“El que causare a otro una enfermedad o imposibilidad de trabajo personal, administrándole voluntariamente, o de cualquier otra manera, sustancias nocivas a la salud, aún cuando por su naturaleza no sea de aquéllas que ocasionan la muerte, será castigado con prisión de un (1) mes a dos (2) y multa de cuatro (4) a diez (10) salarios.

Si la enfermedad o imposibilidad de trabajar personalmente ha durado más de veinte días, la pena será de prisión mayor de cuatro (4) a diez (10) años. Si los delitos de que tratan los dos párrafos anteriores se han cometido en la persona de uno de los ascendientes del culpable, la pena en el primer caso será la de prisión mayor de cuatro (4) a diez (10) años, y en el segundo caso la de prisión mayor de cinco (5) a veinte (20) años.

En todos los casos de este artículo, los reos de los delitos podrán ser condenados, además de la pena principal, a la asesoría de medidas de seguimiento socio-judicial por cinco (5) años, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan resultar a favor de los agraviados”.

❖ **Coherencia de las normas con el Ordenamiento Jurídico Nacional.**

Toda norma debe ser coherente y estar en armonía con el ordenamiento jurídico, visto este como totalidad. Cabe señalar, que dentro de nuestro derecho existen principios generales que por su trascendencia e importancia, son considerados como aplicables en todas las materias, y que incluso han sido adoptados por la mayoría de las legislaciones de todos los países miembros de la Comunidad Internacional.

Dentro de estos se encuentra el artículo 1382 de nuestro Código Civil, el cual consagra que: “*Cualquier hecho del hombre que causa a otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo*”. Si por impericia, negligencia, falta de ética o si aún en forma intencional, un galeno perjudicase la salud, e incluso diera muerte a una persona, las víctimas tienen derecho a la reparación del daño que les ha sido causado.

❖ ***Principio de Razonabilidad.***

El artículo 8, numeral 5 de la Constitución de la República en su parte infine consagra el denominado principio de la razonabilidad, “... *La ley es igual para todos: no puede ordenar más que lo que es justo y útil para la comunidad ni puede prohibir más que lo que le perjudica.*”

Tal y como expresa el destacado jurista de Derecho Constitucional Lic. Eduardo Jorge Prats en su libro “Derecho Constitucional”, para la interpretación de los actos y legislaciones se requiere la existencia de “*cierta sustancial y razonable relación entre el acto (ley, reglamento, acto administrativo, sentencia) y la seguridad, salubridad, moralidad y bienestar de la comunidad... la razonabilidad implica que para que una medida sea constitucional es preciso un cierto contenido de justicia*”.²

Para determinar la existencia o no de la razonabilidad, es necesario atender al fin que la misma persigue y los medios que se han de utilizar para alcanzar dicho fin; así mismo se requiere tomar en cuenta los beneficios que la misma ley pueda crear con relación a las desventajas, tomando siempre en cuenta que la disposición consagrada en el acto busque un fin justo y válido.

❖ ***Principio de la Seguridad Individual.***

Nuestra Carta Magna consagra que: “Artículo 8.- *Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana y el mantenimiento de los medios que le permitan perfeccionarse progresivamente dentro de un orden de libertad individual y de justicia social, compatible con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos*”.

² Jorge Prats, Eduardo. Derecho Constitucional. Santo Domingo, Editora Gaceta Judicial, v.I, p.265.

Asimismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos consagra en su artículo 3 que: “*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la Seguridad de su persona*”.

Es deber del Estado salvaguardar y garantizar tales derechos, y el mismo no estaría siendo cumplido al permitir que la vida de una mujer sea puesta en peligro por no poderle ser practicado un aborto terapéutico, o por cercenar su libertad a decidir llevar en su vientre el fruto de un acto no consentido, como lo es la violación, y que por ende dicho fruto no será recibido en condiciones dignas, sin dejar de mencionar el futuro tanto de la madre como del nasciturus.

Es pertinente recordar, que la jurisprudencia francesa, adoptada por los tribunales dominicanos y posteriormente por la legislación dominicana, estableció que **la obligación de los médicos se encuentra enmarcada dentro de lo que se denomina la obligación de medios**, que consiste en que los galenos sólo deben poner los mejores cuidados y atenciones en pro de la salud de su paciente, no siendo responsable, en caso de que hubieren cumplido con esta obligación de prudencia y diligencia, del resultado adverso que por el uso de un medicamento o un procedimiento perjudicare la salud del paciente.

Cabe destacar que la culpa profesional, que es en la que incurre una persona durante el ejercicio de su profesión, se presenta **cuando no se observan las normas mínimas a las que se veía obligado en virtud del contrato, verbal o escrito, expreso o tácito, que tenía con su cliente. Sólo se les exige a los médicos actuar con el debido cuidado y observar las reglas mínimas para la protección de la salud de sus pacientes, debe obrar conforme a los conocimientos de la ciencia y técnicas de su profesión (*spondet peritiam artis*).**

En lo que a las normas mínimas se refiere, la Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social (SESPAS), en su calidad de organismo rector del Sistema Nacional de Salud, ha elaborado y publicado una serie de **Normas Mínimas de Atención**, de aplicación nacional, tanto para establecimientos públicos como privados, en las cuales se unifican los principios, criterios de operación, diagnósticos, tratamientos, políticas y estrategias para la prestación de los diversos servicios sanitarios según la especialidad de que se trate, es decir, que son una herramienta técnica actualizada para que el personal de salud adquiera destrezas en el manejo de tecnologías eficaces. A la vez, constituyen un efectivo instrumento que hace viable la evaluación de la calidad de los servicios que prestan los profesionales de la salud.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La mala práctica médica y el aborto son materias que por su complejidad deben ser objeto de regulación de manera individual.

- Al momento de revisar la redacción del artículo 221 del Proyecto de Ley objeto de estudio, recomendamos que su contenido sea revisado y reformulado en su totalidad, por considerar que es incoherente y confuso, no respeta el principio de la razonabilidad de las leyes, atentando contra los derechos de los profesionales de la salud, así como también contra el derecho a la vida de la madre, cuando sea por causa de un aborto terapéutico.

Igualmente, este artículo a todas luces es inconsistente con el ordenamiento jurídico vigente, incluyendo la Ley General de Salud, que es uno de los frutos del proceso de reforma del sector salud en curso y no debe ser obviada al momento de reformar el artículo 221.

- A nuestro entender, debe ser evaluado cada caso en particular, para determinar con sentido de justicia cuáles abortos deben ser incriminados en el Nuevo Código Penal, tomando en consideración sus características específicas, tal como planteamos en el presente documento, ya que es innegable la existencia de supuestos excepcionales en los cuales debe respetarse el derecho de una mujer a interrumpir voluntariamente el embarazo, debiendo ser el aborto no imputable cuando el mismo ponga en grave peligro la vida de la mujer embarazada o su salud, cuando el embarazo sea fruto de una violación y en caso de existencia de graves taras físicas o psíquicas del feto.
- En los dos últimos casos citados precedentemente, proponemos que se tome en cuenta la figura del Comité de Bioética como un espacio colegiado integrado por expertos/as en el área de la salud y personas con credibilidad, que pudieran en cada caso en particular, según se trate de interrupción de embarazos producto de una violación o por graves taras físicas o físicas del feto, analizar, evaluar y ponderar los abortos que le sean sometidos por las razones planteadas precedentemente, y que consideramos no deben ser objeto de penalización. Al respecto, el Comité podría emitir su opinión favorable o no, de acuerdo a cada caso.
- Somos de la corriente que favorece la regulación de la mala práctica médica en nuestro país, pero no estamos de acuerdo con la forma planteada en el Proyecto de Ley que crea el Nuevo Código Penal Dominicano.

El mecanismo de regulación de la mala práctica médica debe tomar en cuenta los protocolos y experticias. El sector salud actualmente cuenta con un considerable volumen de normas, protocolos, guías y manuales en los cuales se rigen los procedimientos que los profesionales de la salud deben cumplir en la prestación de sus servicios de atención en salud, en los distintos niveles y según la especialidad de que se trate. Es rol de la Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social (SESPAS), en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Salud, velar y monitorear el fiel cumplimiento de dichos instrumentos, gracias a los cuales se hace posible evaluar si el profesional de la salud ha cumplido con la obligación de medios que recae sobre el mismo.

De hecho, entre las acciones de reforma del sector salud, una de las líneas estratégicas lo constituye el fortalecimiento del rol rector de la Secretaría de Estado de Salud Pública y Asistencia Social, la cual tiene a su cargo, de modo general, velar por el cumplimiento de la legislación sanitaria del país y aplicar las sanciones establecidas en virtud de la Ley General de Salud, No. 42-01.

Los legisladores deben tomar en cuenta las sanciones, tanto penales como administrativas que contempla la Ley General de Salud, sus reglamentos complementarios, así como los protocolos terapéuticos y normas de atención vigente. Más que atentar contra la estabilidad del ordenamiento jurídico y contra los logros alcanzados hasta el momento en el proceso de reforma del sector salud, iniciado en los años noventa, lo indicado es desarrollar y fortalecer el procedimiento sancionador del Sistema Nacional de Salud.

Finalmente, consideramos indispensable **la apertura de un diálogo nacional que cuente con la participación de todos los actores del sector público y privado, así como de las organizaciones de la sociedad civil, y profesionales y técnicos especializados, involucrados tanto en el tema del aborto como de la mala práctica médica**, pues se entiende que toda legislación está llamada a ordenar lo justo y útil para la comunidad, reflejando la realidad presente, más que tratar de ocultarla en textos que finalmente se convierten en letra muerta.

En espera de que el presente documento sea de utilidad en el proceso de revisión del Proyecto de Ley que crea el Nuevo Código Penal Dominicano, se despide, con sentimientos de alta estima y consideración,

Dr. Gustavo Rojas Lara
Coordinador Ejecutivo CERSS

CC: **Dr. César Pina Toribio** - Consultor Jurídico Poder Ejecutivo
Dr. Reynaldo Pared Pérez - Presidente Senado de la República
Lic. Julio César Valentín - Presidente Cámara de Diputados
Dr. Bautista A. Rojas Gómez - Secretario de Estado de la SESPAS
Dr. Alberto Fiallo Billini - Asesor Médico del Poder Ejecutivo
Dr. Enriquillo Matos - Presidente Colegio Médico Dominicano
Dra. Togarma Rodríguez - Presidente Comité de Bioética