

neuroeje

Revista de la
Asociación
Costarricense
de Ciencias
Neurológicas
A.C.C.N.



Publicación
Periódica
Cuatrimestral

AFILIADA A LA FEDERACION DE REVISTAS NEUROLOGICAS EN ESPAÑOL



Neuroeje www.binasss.sa.cr

Suplemento
2006
Vol. 20

2

Director:

Dr. Carlos Cabezas Campodónico

Director Adjunto:

Dr. Teodoro Evans Benavidez

Director Periodístico:

Camilo Rodríguez Chavarría

Directores Honorarios:

Dr. Alvaro Fernández Salas

Dr. Carlos A. León Barth

Dr. Carlos Contreras Dam

Comité Editorial:

Dr. Alvaro Fernández Salas

Dr. Carlos Contreras Dam

Dr. Teodoro Evans Benavidez

Dr. Roberto Brian Gago

Dr. Enrique Hernández Vargas

Comité Asesor:

Dr. Leonel Guido Molina

Dr. Francisco Saborío Vargas

Dr. Roberto Chaverri Soto

Dr. Humberto Trejos Fonseca

Dra. Aurora García Vargas

Dr. Olga Villalta Calderón

Dr. Isaías Mendelewicz Goldwaig

Dr. Johnny Loría Arrieta

Dr. Fernando Alvarado Acosta

Dra. Grace Curling Rodríguez

Secretaría:

Sra. Nelly Acuña Fernández

Tel.: 242-6913

Fax: 242-6913

Junta Directiva A.C.C.N.:

Dr. Jorge Badilla Corrales

Presidente

Dr. Julio Schifter Cirano

Secretario

Dr. Manuel Carvajal Lizano

Tesorero

Dr. Carlos Cabezas Campodónico

I Vocal

Dr. Alejandro Vargas Román

2 Vocal

Dr. Juan L. Segura Valverde

Fiscal

NEUROEJE Revista de la Asociación

Costarricense de Ciencias

Neurológicas

E-mail: mcarvaja@racsa.co.cr

NEUROEJE es impresa por

Imprenta Faroga S.A.

Tel: 254-1500 • Fax: 252-1871

E-mail: faroga@racsa.co.cr

neuroeje

Revista de la Asociación Costarricense
de Ciencias Neurológicas A.C.C.N.
FEDERACION DE REVISTAS NEUROLOGICAS EN ESPAÑOL

Suplemento
2006
Vol. 20

2

Pág.

Sumario

Editorial

Motivación42

Ensayo

LaPeritación Médica en los casos
de soluciones salinas hipertónicas y manitol en su tratamiento43

Lic. Ricardo Harbottle Chinchilla

Licenciada Guiza Pinchaski Binderoski

www.binassss.sa.cr

Motivación

Es para mí un inmenso placer presentar en este número de "NEUROEJE" con la invaluable ayuda de su Director Carlos Cabezas Campodónico, el artículo sobre la "Mala Práctica Médica" que forma parte de un libro de gran interés para el cuerpo médico en general y en especial para aquellos médicos que laboramos en especialidades de alto riesgo quirúrgico, sus autores son los Licenciados en Derecho don Ricardo Harbottle y doña Guiza Pinchanski.

El Licenciado Ricardo Harbottle es un reconocido litigante y jurista que fungió durante muchos años como Asesor Legal del Colegio de Médicos y Cirujanos y de la Unión Médica Nacional. Como tal, participó en el traspaso de los hospitales nacionales a la CCSS y fue redactor de la Ley de Incentivos Médicos. Su preocupación fue siempre, proteger la dignidad del profesional en medicina referente a sus condiciones de trabajo, sus derechos y sus salarios. Por tales razones fue Director Legal de los conflictos laborales de los médicos con base en los cuales los médicos gozan hoy día de mejores condiciones de trabajo en los hospitales de la Caja. Presentó también junto con el Dr. Suárez Mejido un proyecto de ley a la Asamblea Legislativa, con el objeto de despenalizar la mala práctica médica.

Este artículo que hoy nos enorgullecemos en presentar forma parte de un libro que esta en prensa (con la participación de la Licenciada Guiza Pinchanski, también Licenciada en Derecho). Este libro lleva el nombre de "La Mal Praxis Médica en Costa Rica". Debido a la proliferación de procesos contra médicos y la importancia de los dictámenes médico legales como prueba en dichos procesos, hemos considerado esencial publicar este artículo para alertar al cuerpo médico de lo que sucede en este campo.

Dr. Francisco Saborío Vargas
Jefe Servicios de Neurología
Hospital México

Setiembre 2006

La Peritación médica en los casos de responsabilidad del profesional en medicina

Artículo recibido: 01-06-06
Aprobado: 13-06-06

Licenciado Ricardo Harbottle Chinchilla
Licenciada Guiza Pinchaski Binderoski

La prueba pericial es importante para alcanzar la verdad real en los procesos o al menos la verdad judicial pero es esencial y a menudo es el elemento que inclina la balanza en la determinación de la responsabilidad médica.

En Costa Rica la Peritación Médica en casos de mal praxis prácticamente no existía y los pocos casos que hasta la segunda mitad del siglo pasado se habían presentado en la historia judicial del país igualmente tenían la valoración primero del médico oficial con Recurso de Apelación para ante la Asamblea del Colegio de Médicos y Cirujanos todo según lo disponía el Código Sanitario ya derogado.

Se trataba de un sistema empírico criticable que dio lugar a que se divulgara el rumor, no solamente entre la población sino también a nivel judicial, de que los médicos "se tapaban con su propia cobija".

El estudio de la Responsabilidad Médica se originó en el Colegio de Abogados a principios de la década de los años setenta del siglo pasado. Hasta ese momento la legislación que regulaba el ejercicio de la medicina estaba imbuida de una concepción liberal de su ejercicio. Se trataba de leyes y reglamentos que habían sido elaborados para una Costa Rica en que la relación médico paciente estaba impregnada de una gran libertad del médico y de un nexo de confianza y afecto entre el profesional en medicina social estatizada que posteriormente culminó con la universalización de los seguros sociales.

En toda esa legislación no se tuvo en cuenta el que el médico pudiera ser sujeto de un proceso judicial y mucho menos que ese proceso se tramitara por la vía penal, de manera que una rápida revisión de las distintas leyes relacionadas con el ejercicio de la medicina y sus reglamentos desembocan en un desamparo legal del médico frente a transformaciones en la sociedad costarricense que en forma lenta pero inexorable se estaban produciendo.

En la última mitad del siglo pasado se emitió legislación que de distintas formas propiciaba la posibilidad real de acusar penalmente a los médicos por actos u omisiones en el ejercicio de su profesión como la Ley General de Salud y la creación formal del Departamento Médico Forense en el Organismo de Investigación Judicial que vino a sustituir a los llamados médicos oficiales, unido desde luego todo a una masificación de la sociedad costarricense, a la proliferación de abogados que dieron lugar a que se empezaran a presentar cada vez con más frecuencia, acusaciones penales contra médicos, con el problema de que se tenía el Dictamen Médico Legal como plena prueba, lo cual por supuesto significó situaciones sumamente difíciles para los profesionales que eran acusados puesto que prácticamente el Dictamen era irrefutable dada el valor de Prueba Definitiva que los jueces le daban al mismo.

Lo cierto es que la legislación resultaba inadecuada para un tratamiento de la Responsabilidad Médica que no resultara discriminatorio y arbitrario como era evidente que se presentaba cada vez que se iniciaba un proceso penal contra un médico.

Si bien es cierto la Peritación Médica es importante en otros Procesos, en aquellos que se refieren a Responsabilidad Civil o Penal del médico en el ejercicio de su profesión, adquiere características de una prueba decisiva, de manera que su tratamiento en general requiere el mayor cuidado, tanto por las Autoridades Judiciales en asegurarse de la idoneidad del perito como del Organismo Médico Forense en nombrar para el caso concreto el perito que acredite experiencia y conocimientos en la

especialidad médica de que se trate pero además la conciencia de su responsabilidad en cuanto a esa importancia de prueba esencial para la continuación o desistimiento de un proceso contra el médico.

En nuestro país el Organismo Médico Forense es un Departamento de la Dirección de Investigación Judicial dependiente de la Corte Suprema de Justicia y normalmente es un auxiliar de los Tribunales de Justicia en los casos de criminalidad común y corriente y solo por excepción dictamina en materia de culpa médica.

Dado que su mayor volumen de trabajo tiene que ver con autopsias la mayor parte de su personal lo conforman Patólogos especialmente residentes de Patología que, para quien no está versado en la nomenclatura médica, se trata de médicos generales que siguen dos o tres años de adiestramiento en la Especialidad de Patología o de Medicina Forense, sin que esto último signifique que gocen de una preparación especial en Medicina Forense relacionada con culpa médica sino que su adiestramiento es en Medicina Forense General, es decir, preparación para auxiliar a los Tribunales de Justicia en relación con los hechos de sangre producto de la criminalidad común o bien de riesgos profesionales pero no concretamente relacionado con casos de mal praxis en donde su actuación se desprende de su actividad rutinaria de todos los días para hacer frente a una situación compleja en donde entran en juego no solamente la actuación del médico sino una cantidad de factores que pueden condicionar o no un resultado o que pueden modificar aquella responsabilidad y en donde hay una frontera difusa entre el campo de la medicina y el campo de lo jurídico, puesto que se debe tener experiencia y conocimientos especiales para dominar el mundo de las concausas, del error excusable, de la responsabilidad vicariante y de estos aspectos de vital conocimiento por el perito para no incurrir en error al emitir su criterio, todo ello aparte de su sólida formación y experiencia en la especialidad de que se trate.

Esto es muy importante porque el enfoque que un profesional en Medicina Forense le da a su peritaje relacionado con la criminalidad es muy diferente al enfoque que se le da o que se le debe dar a los peritajes originados en culpa médica, es decir en el acto que supuestamente produjo un daño en el paciente en que el profesional en su afán de curar incurrió o no, en Responsabilidad, por impericia, por imprudencia o por negligencia.

Prueba de lo anterior es el hecho de que la Ley de creación del Organismo de Investigación Judicial estipulaba que se creaba el Organismo de Investigación Judicial como auxiliar de los Tribunales Penales en el descubrimiento e investigación científica de los delitos y de sus presuntos responsables, funcionando con un cuerpo de Policía judicial.

En otras palabras obsérvese la connotación inclinada hacia conformar un Organismo auxiliar de los Jueces en la averiguación de la conducta criminal y sus consecuencias, lo cual no tendría nada de particular si no fuera porque, en los casos excepcionales de Responsabilidad Médica, resulta muy difícil que los peritos médico-forenses se puedan desprender de su práctica diaria de meses y meses en la preparación, enfoque y análisis de los hechos dolosos de sangre, su autor y sus consecuencias, para actuar con una mentalidad diferente en lo que se refiere al error médico, cuya etiología es desde luego diferente.

Conforme han pasado los años y nuevas circunstancias unidas a cambios inesperados y bruscos en la estructura social de nuestra sociedad, se empezó a utilizar el proceso penal como un medio de plantear acciones en contra de médicos ciertamente en muchos casos con fundamento, pero también en otros aprovechando la ansiedad, el temor y el estigma profesional que una acusación penal engendra, más por supuesto el sufrimiento, dolor y mortificación que todo proceso y más aún penal produce en el ser humano, habiendo coincidido esa proliferación de causas penales contra médicos con el hecho de que distintos proyectos de ley para actualizar la legislación médica en cuanto a la práctica de la medicina, en cuanto a sus relaciones con las instituciones para las que trabajan y también para evitar injusticias en el tratamiento procesal que específicamente se le da al profesional en medicina, fracasaron en la Asamblea Legislativa.

En todo caso, por una razón u otra, lo cierto es que actualmente proliferan en los Tribunales de Justicia acusaciones penales y unas cuantas civiles contra médicos en que la legislación que resulta de aplicación en estos procesos no es un marco justo, posiblemente por la anacrónica, ya que por ejemplo no tomó en cuenta que en la época de su promulgación los hospitales atendían un número reducido de pacientes mientras que hoy día ese número se ha multiplicado, lo cual convierte en inaceptables regulaciones que aun están vigentes y que obligan y responsabilizan a un Jefe de Servicio o a un Jefe de Clínica o al mismo Director del Hospital por lo que suceda en un acto médico en el que no ha tenido ninguna participación personal.

Lo cierto es que a esas causas de anacronismo de la legislación médica se unió la promulgación de un Código Procesal Penal que a la fecha ha demostrado graves dificultades para adaptarse a nuestro país en vista que su desenvolvimiento en la práctica habría requerido un alto presupuesto para inversión en personal auxiliar de los fiscales, equipo técnico adecuado, instalaciones y sobre todo preparación idónea, tanto de fiscales como de Jueces de la Etapa Preparatoria.

El resultado ha sido que la falta de todas estas facilidades obliga a fiscales y jueces a un trabajo abrumador dado el excesivo volumen de expedientes en relación con el personal asignado y las pocas facilidades técnicas que ese personal tiene lo cual desemboca en una Justicia en donde se trabaja para "sacar asuntos", en donde lo que se procura es resolver cantidades, dejando de lado la calidad de la Justicia, de manera que la Etapa Preparatoria en que se debe tener el tiempo, la preparación y las facilidades técnicas, pero especialmente los auxiliares profesionales suficientes, se convierte en una investigación superficial en que, sin cumplir las tareas específicas que se supone debe llevar a efecto el representante del Ministerio Público en esa etapa, se hace unas cuantas diligencias de averiguación de los hechos, generalmente sin participación de las partes, lo cual culmina con una solicitud del Fiscal que es resuelta por el Juez, con las mismas dificultades de tiempo que las que ha tenido aquel fiscal cuya carga de trabajo es enorme.

Esta situación en el caso de los médicos asume un papel dramático puesto que, salvo raras excepciones, los casos de mal praxis no tienen nada que ver con la delincuencia sino con errores humanos y si a ello le agregamos que esa superficialidad de la Etapa Preparatoria conduce a graves desaciertos de fiscales y de jueces que, innecesariamente, prolongan el proceso de aquel médico puesto que lo obligan a llegar al Debate, desde luego que la situación es injusta para estos profesionales.

Si nos atenemos a la legislación procesal relacionada con el peritaje en general, pero aplicable también a esta material, nos encontramos con que existen normas claras en cuanto a este tipo de prueba que parecen en la teoría dar un marco adecuado para una Justicia cumplida lo cual, lamentablemente, en la práctica no es así, por diversas razones.

El Título Cuarto del Libro Tercero del Código Procesal Penal

que entró en vigencia hasta el día 1 de enero de 1998 dispone en su artículo 213 que el peritaje se requiere para descubrir o valorar un elemento de prueba en que se requieran conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.

El artículo 214 del mismo Código exige que los peritos deban poseer título habilitante en la material relativa al punto sobre el cual dictaminarán, siempre que la ciencia, el arte o la técnica estén reglamentadas como es el caso de la Medicina. En todo caso se requiere idoneidad manifiesta.

Por el artículo 215 se establece que el Ministerio Público durante la Fase Preparatoria seleccionará a los peritos para lo cual debe atender a las sugerencias de los intervinientes, es decir de las partes y debe fijar con precisión los temas de la peritación.

El artículo 216 del mismo Código manda que de las operaciones periciales se notifique a las partes salvo en casos urgentes, todo con el objeto que cualquiera de las partes puedan en ese mismo momento proponer a otro perito, ya sea para reemplazar al designado o para presentar un Dictamen Conjunto, especialmente cuando se requiere como lo dice el mismo artículo, experiencia o idoneidad especial.

Agrega dicha norma que las partes pueden proponer temas para el peritaje y objetar los admitidos o propuestos por otra de las partes.

Por su lado el numeral 217 de ese Código faculta a las partes y a sus asesores técnicos, que en este caso obviamente serían médicos especialistas, a presenciar la realización del peritaje y solicitar las aclaraciones que estimen convenientes.

Por última señala el artículo 218 del Código Procesal Penal que el Dictamen debe ser fundamentado y que debe contener de manera clara y precisa una relación detallada de las operaciones practicadas y de sus resultados, las observaciones de las partes o las de sus consultores técnicos y las conclusiones que se formulen respecto de cada tema estudiado.

Agrega el artículo 219 que cuando los informes del perito sean dudosos, insuficientes o contradictorios, de oficio o a petición de parte se podrán nombrar uno o más peritos nuevos para que examinen, amplíen o repitan el peritaje.

En la práctica sucede que cuando la solicitud del peritaje llega al Departamento de Medicina Forense se le asigna a uno o dos médicos que por lo general son Residentes en la especialidad de Medicina Forense o en el mejor de los casos Médicos especialistas en Medicina Forense pero no son especialistas en la rama de la medicina a la que se refiere el caso concreto, de manera que se da una situación inaceptable: de un médico general efectuando la Residencia para Medicina Forense o para Patología, que le corresponde dar opinión sobre un caso complejo en una especialidad como sería la de Oftalmología o de Neurocirugía o de Cirugía Plástica, sin tener ni los conocimientos ni la práctica ni la experiencia para ello, con el agravante de que no existe un mecanismo oficial, reglamentado, mediante el cual el Médico Forense se asesora de un especialista en la materia que por supuesto quedaría obligado a responder a las preguntas que le haga la Defensa del médico, y no como sucede que la consulta al especialista, si es que existe, es una consulta anónima lo cual genera indefensión para el imputado puesto que su abogado en la oportunidad que corresponda carece de la posibilidad que le da el Principio del Contradictorio, es decir la posibilidad de poder cuestionar, contradecir y demostrar errores u omisiones por vía de repreguntas al asesor del Médico Forense.

Dentro de un sistema de sana Administración de Justicia y así lo acepta unánimemente la literatura médica sobre el tema, el perito debe tener igual o mayores conocimientos y experiencia en la material de la que trata el Dictamen.

Como puede verse hay un divorcio entre la peritación común y corriente que es la que regula las normas que acabamos de citar con la peritación relacionada con la culpa médica por muchas razones empezando porque el peritaje médico va a resultar decisivo para aquel fiscal atiborrado de trabajo, que

simplemente se atiene a la opinión del Médico Forense que, por las razones señaladas, no es infrecuente que incurra en error.

Además ese excesivo volumen de trabajo inhibe al representante del Ministerio Público a cumplir con otro de los requisitos de la pericia médica que es la obligación del fiscal de hacerle al perito una específica, detallada y clara exposición de los puntos de la pericia que resulten necesarios para la averiguación de la presunta responsabilidad del imputado y hasta recordarle su obligación de evitar criterios subjetivos y hacer su análisis debidamente fundamentado en hechos comprobados y nunca en la sola versión de la víctima como sucede actualmente, con la agravante que por la forma en que se efectúan estos trámites el médico forense nunca escucha la versión contraria a la de la víctima puesto que, sin ninguna razón, deniegan la solicitud para que el médico pueda exponer su versión.

Por otro lado, la necesidad de advertir también al perito médico forense su obligación de no entrar en el campo de lo jurídico puesto que ello le corresponde al juez más la absoluta necesidad de que cualquier afirmación que haga se encuentre debidamente comprobada científicamente y fundamentada, evitando el gravísimo error de referirse por ejemplo a algo tan trascendental en estos juicios como es la relación de causa-efecto, sin dar las razones y pruebas científicas de esa relación que jurídicamente es determinante para absolver o condenar.

En lo que se refiere a la especialidad del perito lamentablemente alguien podría combatir nuestros argumentos fundamentándose en una Sentencia de la Sala Tercera que en su caso relacionado con cirugía vascular periférica resolvió que basta la inscripción del perito como médico en el Colegio de Médicos para que resulte inaceptable el reproche de la parte afectada que reclamaba el hecho de que el profesional en Medicina Forense que dictaminó sobre el caso no era especialista en vascular periférico, Sentencia que desde luego no compartimos por las implicaciones y consecuencias a las que puede conducir el aceptar la tesis de la Sala (Sala Tercera (Penal) Resolución 38 de las 15 y 30 horas de 13 marzo de 1984).

Si se examinan con cuidado los derechos del imputado durante la fase preparatoria que se encuentran consignados en el Código Procesal Penal nos encontramos también con un divorcio entre los derechos que el acusado por los delitos dolosos tiene en relación con el acusado en delitos culposos y concretamente en lo que nos interesa delitos culposos relacionados con el acto médico. Esto en cuanto a esa divergencia no a lo que establece el Código puesto que la Ley no hace ninguna distinción sino a la forma en que en la práctica se le deniegan al médico y a su defensor los derechos que normalmente tiene el imputado durante esa etapa preparatoria tal y como lo pasamos a demostrar.

DERECHOS DEL IMPUTADO Y SU DEFENSOR EN LA ETAPA PREPARATORIA:

El Código Procesal Penal vigente establece cuatro etapas del proceso que son: La Etapa Preparatoria, La Etapa Intermedia, la Etapa del Debate y una cuarta que en realidad no es una Etapa sino una segunda Instancia en que un Tribunal Superior, denominado en nuestro medio Tribunal de Casación Penal o Sala Tercera Penal, revisa la Sentencia de Primera Instancia, esto desde luego dicho en términos de fácil comprensión para el lector no abogado.

La Etapa Preparatoria se inicia con el conocimiento que llega a tener el representante del Ministerio Público de la supuesta comisión de un delito, ya sea mediante una denuncia de la víctima o sus familiares, de terceros o de oficio, mediante el respectivo trámite de las autoridades correspondientes.

Durante esa etapa este representante goza de amplias facultades de investigación, pudiendo efectuar toda clase de averiguaciones por medios formales o informales a los efectos de tratar de determinar la existencia del delito y sus autores y

cómplices o bien con el objeto de descartar su existencia o la autoría de alguno de los supuestos involucrados, llegando al final esta Etapa cuando el Fiscal solicita al Juez, ya sea la desestimación de la causa, el sobreseimiento o bien la solicitud de que se pase a la siguiente Etapa, mediante la respectiva Apertura a Juicio. Se sobreentiende que durante la Etapa Intermedia se efectúan varios Actos Procesales que por lo pronto no interesa detallar dado el objetivo de esta exposición.

Lo cierto es que durante la llamada Etapa Preparatoria son aplicables y deben serlo, todos los Principios y Garantías Procesales establecidos tanto por el propio Código como por las Normas Constitucionales (Artículos 39 y 41 de la Constitución Política) y los Votos de la Sala Constitucional relacionados con el Debido Proceso, de manera que es aplicable el Principio de Legalidad (Artículo 1 Código Procesal Penal (CPP)) que exige la observancia estricta de las Garantías, Facultades y Derechos previstos para las personas; la Interpretación Restrictiva de las normas que coarten las facultades o derechos de los sujetos del proceso y por el contrario la amplitud de la interpretación de las normas que favorecen al imputado (Artículo 2 CPP); el Principio de Objetividad mediante el cual debe mantenerse un equilibrio entre los deberes y los derechos del imputado en relación con la parte querellante, haciendo prevalecer el Principio de Igualdad Procesal para las partes; desde luego la aplicación del Principio de Inocencia según el cual el imputado deberá ser considerado inocente en todas las etapas del procedimiento mientras no se declare su culpabilidad mediante sentencia firme, pero especialmente el Principio de Inviolabilidad de la Defensa según el cual el imputado tiene derecho a intervenir en todos los Actos Procesales que incorporen elementos de prueba (artículo 12 CPP), a formular peticiones y observaciones que considere oportunas teniéndose por defectos absolutos que invalidan el Acto aquellos que se refieren a la intervención del imputado en los actos del proceso o los que impliquen inobservancia de Derechos y Garantías previstos por la Constitución Política, el Derecho Internacional o Comunitario vigentes en el país y la Ley (Artículo 178 inciso a) CPP), defectos que deben sanearse tan pronto la Autoridad Judicial se percate de los mismos puesto que de otra manera dará lugar a la Nulidad de la etapa correspondiente del Proceso por violación a las Garantías del Debido Proceso según reiterada Jurisprudencia de la Sala Constitucional, siendo obligación de la autoridad competente velar porque al imputado se le cumpla con dichas Garantías, Derechos y Facultades.

Dentro del mismo elenco de Derechos del Imputado, el Principio de Legalidad obliga al Ministerio Público a ejercer la Acción Penal con arreglo a la Ley (artículos 22 y 62 CPP) debiendo formular sus requerimientos y conclusiones en forma motivada y específica y ejerciendo su función mediante un criterio objetivo, velando por el cumplimiento efectivo de las Garantías que reconocen la Constitución, el Derecho Internacional y el Comunitario, debiendo investigar no solo las circunstancias que permitan comprobar la acusación sino también las que sirvan para eximir de responsabilidad al imputado, formulando los requerimientos e instancias aun a favor del imputado.

El imputado por su parte tiene, entre otros derechos, el de ser asistido desde el primer acto del procedimiento por su Defensor, estar presente en diligencias que requieran su presencia y a que se le advierta sobre sus derechos procesales.

Los Defensores gozan del derecho de intervención en el procedimiento de inmediato y sin ningún trámite (artículo 101 CPP), complementándose los derechos de la Defensa con la facultad de proponer al Ministerio Público durante la Etapa Preparatoria el nombramiento de un consultor técnico cuando por las particularidades del caso se considera necesaria la asistencia de un experto en una ciencia, arte o técnica ajena al Derecho, pudiendo ese consultor técnico presenciar las

operaciones periciales, hacer observaciones durante su transcurso, auxiliar al Defensor en los actos propios de su función o directamente interrogar a los peritos en el transcurso de las etapas en que se elabora el peritaje (artículo 126 CPP).

Los Tribunales por su parte deben velar por el ejercicio de las facultades procesales que la ley le otorga a las partes, incluyendo desde luego al imputado y a su defensor y bajo ningún pretexto restringir esos derechos ni limitar esas facultades (artículo 128 CPP).

Por otra parte los artículos 136 y siguientes del Código Procesal Penal ordenan hacer constar por escrito los actos que los funcionarios judiciales, sean jueces, fiscales o auxiliares de la Justicia como es el caso de los peritos médico-forenses, todos los actos que practiquen, con los detalles correspondientes y si es del caso, desde luego, con la respectiva fundamentación de las decisiones o Resoluciones que se tomen, todo lo cual forma parte de las Garantías del Debido Proceso según reiterada Jurisprudencia de la Sala Constitucional.

Por último el numeral 175 del Código de la material prohíbe fundamentar una decisión judicial en Actos cumplidos con inobservancia de las formas y condiciones previstas en la Constitución Política o en el Derecho Internacional o Comunitario o en la Ley.

En lo que se refiere a los medios de prueba el numeral 180 CPP exige la objetividad del Ministerio Público y de los Tribunales y su obligación de velar porque los elementos probatorios cumplan los requisitos legales tanto en cuanto a su valor probatorio como a los trámites que deben seguir para ser tomados en cuenta. Sobre este tema la Sala Constitucional se ha pronunciado estableciendo que forma parte del Debido Proceso la obligación de fundamentar el rechazo de prueba y que es contrario al Debido Proceso el rechazo en forma arbitraria de prueba útil y esto lo mencionamos porque dentro de los vicios de tramitación que se producen en la Etapa Preparatoria y en la Intermedia está el que, concretamente con el tema del peritaje médico forense, al solicitar la Defensa que se cumpla con los requisitos que la ley estipula, la respuesta del Ministerio Público o del Juez de la Etapa es dictar actos o resoluciones que ni siquiera mencionan el reclamo de la Defensa, ni aun para desestimarlos y procediendo a continuar el procedimiento sin sanearlos como es su obligación.

LA PRUEBA PERICIAL

Dentro de la Etapa Preparatoria normalmente el representante del Ministerio Público ordena un peritaje cuando es necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica.

En el desarrollo del procedimiento relacionado con la criminalidad común y corriente la tramitación de esa prueba pericial no ofrece mayores problemas puesto que el peritaje generalmente no incide directamente en la imputación del cargo o en la responsabilidad del imputado, pero ello no es así en el caso de procesos por Responsabilidad Médica, puesto que, en este caso, la Pericia Médico Forense se dirige a la averiguación no de una imputabilidad sino a la determinación de la existencia de un acto u omisión en que pueda o no haber existido impericia, imprudencia o negligencia, es decir, Culpa, en este caso para la eventual conformación de un delito culposo, ya sea de homicidio o de lesiones, pero al contrario del examen pericial que se efectúa en lesiones de la delincuencia común, las respuestas que el perito médico forense debe dar al juez requieren conocimientos especiales no solamente en la ciencia médica, no solamente en la especialidad de Medicina Forense sino que van más allá puesto que, no como en otros casos, la averiguación, conocimiento y dictamen de lo que el Fiscal o el Juez requiere para actuar objetivamente sobrepasa los límites de la Medicina Forense ya que requiere el dominio de materias de carácter legal que por regla general el Médico Forense o no conoce del todo o tiene un

conocimiento superficial.

Así por ejemplo un buen Perito Médico Forense debe tener claro sus límites de manera que no invada el campo de lo jurídico, señalando en su dictamen, directa o indirectamente, la culpabilidad o la inocencia, pero por otra parte debe tener muy claro que su criterio va a resultar tan determinante que todos y cada uno de los pasos y actos que da para la confección de su dictamen deben quedar claramente consignados en su Protocolo específico levantado sobre el caso.

Por tratarse de una especialidad médica en que sus conocimientos, no obstante ser especialista en Medicina Forense, no son suficientes, deberá requerir el auxilio de un especialista con igual o mayor nivel de conocimientos y experiencia de los que goza el profesional imputado y consignar en el citado Protocolo todas y cada una de las intervenciones, sugerencias y criterios, exámenes, actas, exámenes de laboratorio, biopsias, etc. y si el Médico Forense se ha asesorado de un especialista consignar entonces su nombre, calidades y Currículum Vitae, esto último, a los efectos de que dentro del Principio del Contradictorio, las partes tengan el derecho y la oportunidad de citar a dicho asesor como testigo experto para repreguntarlo en los aspectos en que colaboró en la confección del dictamen.

Por otra parte el Perito Médico Forense debe actuar con criterio objetivo concretándose al análisis de los hechos relacionados con su ciencia y debidamente comprobados científicamente y obtener de ellos las conclusiones a las que esa comprobación de lugar, sin ir más allá, externando opiniones que carecen de fundamento probatorio científico como cuando el médico forense le contesta al Fiscal que existe una "relación de causa efecto entre el acto quirúrgico y la infección" porque esa afirmación en primer lugar es material que corresponde decidir al Juez y además porque solamente tendría algún valor si ha sido el resultado de un cuidadoso estudio del caso y de una fundamentación científica que explique las razones por las cuales el perito ha llegado a esa conclusión.

Un ejemplo de ello es un Dictamen Médico Legal que afirma la existencia de una relación causa-efecto entre una cirugía y una osteomielitis basándose en la versión oral de la paciente sin percatarse de que esa paciente tenía un record quirúrgico de ocho operaciones anteriores, sin constatar científicamente si efectivamente existía osteomielitis y sin evaluar la posibilidad que la misma paciente alegaba, sin prueba alguna, de que la Sala de Cirugía no estaba aséptica. Esta actuación del Médico Forense condujo a un procesamiento del cirujano no obstante los claros argumentos de la Defensa solicitando al Juez que devolviera el expediente a la Etapa Preparatoria para que el Médico Forense aclarara aquel Dictamen, siendo únicamente explicable la situación debido al exceso de trabajo de los Tribunales y la credibilidad en la infalibilidad que los fiscales y los jueces tienen de los Dictámenes del Organismo Médico Forense. El resultado es un médico que tendrá que afrontar por muchos meses y quizá años una causa penal estigmatizante sin que exista ninguna prueba de que su actuación tuviera que ver con la supuesta infección cuya existencia nunca se probó.

El Dictamen Médico Legal requiere como mínimo, si se trata de un delito culposo de homicidio desde luego el estudio del cadáver. En caso de lesiones una entrevista del lesionado o eventualmente de las personas más cercanas a la víctima, un análisis pormenorizado de los antecedentes clínicos y quirúrgicos de la víctima, un debido interrogatorio al lesionado sobre la sintomatología y desde luego el examen físico cuidadoso del paciente más los exámenes de laboratorio, radiológicos o los que en fin sean necesarios según el caso, todos los cuales deben agregarse al Protocolo de la investigación pericial, pero por otro lado la oportunidad al imputado profesional en medicina de apersonarse ante el Médico Forense a dar su versión de los hechos y del tratamiento, del diagnóstico y del pronóstico, del preoperatorio, del transoperatorio y del postoperatorio, sin que

sea de recibo la argumentación que tanto los fiscales como los jueces como el Perito Médico Forense externan en estos casos para negarse a cumplir estas Garantías de Objetividad, cuando dicen que ello sería convertir la Etapa Preparatoria en un Debate, lo cual no es el fin de esa Etapa.

Desde luego se sobreentiende que se trata de análisis médicos y no jurídicos del caso y donde por supuesto no se admiten discusiones ni la coincidencia personal de las partes ante el Médico Forense sino lo que se busca es un análisis serio del caso desde el punto de vista científico.

En la práctica lo que sucede en los Tribunales es lo siguiente: dado el excesivo volumen de trabajo que tienen los Fiscales y las pocas facilidades técnicas y de personal que sufre el Ministerio Público, el Fiscal se limita a enviar una comunicación de rutina a la Medicatura Forense que se diferencia muy poco de la que por docenas envía a diario el Ministerio Público a aquel Departamento en relación con hechos de sangre de la criminalidad común. Por regla general no se especifican instrucciones especiales dada la diferente naturaleza de los dictámenes relacionados con Responsabilidad Médica ni tampoco se instruye al perito sobre las limitaciones y características de un Dictamen Forense para determinar la responsabilidad en la acción u omisión del médico con motivo del ejercicio de su profesión y no se trata de ninguna manera de discriminar por razón de profesiones o de personas, se trata de distinguir peritajes cuyo objeto es diferente y cuya etiología es distinta.

El Organismo Médico Forense recibe la solicitud del Fiscal y asigna el caso a un Médico Forense que generalmente eso es lo que es: un Médico Forense, pero también por regla general no es un especialista en la rama de la Medicina de la que trata el caso, de manera que sucede con frecuencia que en especialidades complejas y en Medicina todas son, el Dictamen lo efectúa un profesional que tiene de esa especialidad únicamente los conocimientos generales.

Así se comete frecuentemente el error de darle audiencia a la víctima en el caso de lesiones, escuchar su versión, sin profundizar acerca de la veracidad de aquella versión, pero especialmente sin ordenar los exámenes correspondientes o las pruebas clínicas, radiológicas o de otra índole, y orientar su análisis del caso sin mayor comprobación o al menos sin que quede huella probatoria que sirva de respaldo a las conclusiones que posteriormente emite el perito.

Esa citación a la víctima de la lesión no cumple con las normas del Principio del Contradictorio, es decir, no cumple con los derechos que el imputado tiene para estar presente, para que su abogado esté presente y para que pueda hacer sugerencias y observaciones tal y como lo manda el Código Procesal y no se trata de formalizar un Debate sino de cumplir en lo mínimo con el equilibrio procesal para las partes, del que habla el Código porque no existe ninguna norma que indique que tal equilibrio se debe cumplir, excepto para los casos de Responsabilidad Médica.

Además es necesaria esa presencia dada la naturaleza específica de un proceso que lamentablemente se efectúa en Sede Penal cuando debería efectuarse en Sede Civil, de manera que no son pocos los casos en que se escoge la Vía Penal por las consecuencias de toda índole que en el profesional produce el verse procesado en idéntica forma a como se procesa a quien con mala intención lesiona o mata y esa es la diferencia para que, al menos en los Tribunales de Justicia, exista mayor rigurosidad en la confección del dictamen que, ineludiblemente en un altísimo porcentaje va a ser aceptado como Plena Prueba por el Fiscal, quien solicitará de inmediato la apertura a Juicio y por el Juez quien aceptará la solicitud del Fiscal sin mayor objeción, produciéndose la consecuencia de que un eventual descuido, error, o impericia del Médico Forense determinará que el proceso no termine hasta que se cumplan todas las etapas, para que al final resulte que la resolución de procesamiento, llámese de

Apertura a Juicio o como se denomine, fue equivocada o, lamentablemente, si la Defensa no ha sido adecuada, finalice con una condenatoria injusta del Médico.

Se puede argumentar que esa consecuencia no se diferencia para los casos de la criminalidad común y corriente podría suceder que esa afirmación no carezca de fundamento pero aquí nos estamos refiriendo no al delito doloso de un médico en su ejercicio profesional, dolo que incluye el dolo eventual, sino que nos estamos refiriendo a los casos que son los que normalmente se tramitan en contra de los profesionales en medicina que son aquellos en que, con el afán de curar, el profesional puede, eventualmente, incurrir en error, diferencia que exige un tratamiento diferente puesto que de otra manera el resultado es el obstaculizar el avance de la Medicina, el encarecer el costo de la Medicina y el peligro de que los pacientes no reciban los tratamientos adecuados por el temor del médico de correr el riesgo de una acusación penal.

No es cierta la afirmación de un antiguo Patólogo Forense de que solo los malos médicos son objeto de acusaciones penales. Al contrario, los mejores médicos son aquellos que se arriesgan más en la búsqueda de la salud y por lo tanto son más vulnerables. Hoy día se está presentando con frecuencia la acusación contra excelentes profesionales en salud sin fundamento probatorio alguno y el temor conduce a menudo a que el médico prefiera arreglar para evitar el descrédito que la sola acusación le genera.

El Dictamen Médico Legal se envía a la Fiscalía y aún cuando aceptáramos que se dé ese desequilibrio que hemos mencionado, lo que es inaceptable es que el médico acusado y su Defensor no son notificados de aquel Dictamen, con lo cual pierden la oportunidad de elevar en apelación las conclusiones del perito para ante el Consejo Médico Forense para lo cual tiene un plazo de ocho días de conformidad con lo que dispone el artículo 34 de la Ley del Organismo Médico Forense.

El resultado tiene como consecuencia indefensión para el imputado porque meses después se le cita a declarar y a que nombre Abogado Defensor si es que no lo ha hecho por su propia iniciativa y se le comunican los últimos actos de la Etapa Preparatoria como son la solicitud de sobreseimiento o de desestimación de la causa o de Elevar a Juicio el asunto. En ese momento el defensor reclama y argumenta sobre las razones que tiene para considerar errores u omisiones en el Dictamen Médico Forense y la respuesta de las autoridades judiciales, llámese Fiscal o Juez, es generalmente la indiferencia, el silencio y si acaso el ordenar que se agreguen los reclamos y los recursos y las nulidades planteadas por el Defensor al expediente para la oportunidad procesal oportuna, ordenando si es del caso hora y fecha para la Audiencia Preliminar, sin percatarse de que si bien es cierto la víctima debe ser protegida por un proceso justo el mismo derecho tiene el imputado, con mayor razón cuando se trata de actos en que no medió el dolo.

Si bien es cierto que tenemos que aceptar que aun con estas deficiencias se dan casos en que efectivamente mediante la amplitud probatoria del Debate se demuestra que existió Culpa Médica, ello no justifica que por esa razón el trámite contenga dichas deficiencias puesto que también pueden ser la causa de procesamientos injustos.

LA INTERVENCION DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO PROBATORIO:

En un valioso Ensayo del Dr. Daniel González Álvarez, Presidente de la Sala de Casación Penal, Profesor de Postgrado en Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica, se refiere a los distintos aspectos relacionados con la Etapa Preparatoria incluyendo las funciones del Fiscal en las que abunda en el análisis de los Principios que hemos mencionado entre ellos el Principio de Objetividad en la investigación, las obligaciones probatorias del Fiscal y su trascendencia y también a los derechos de las partes en aquella etapa y empieza el tema señalando que

las partes tienen amplia posibilidad de intervención en el Procedimiento Preparatorio; que tienen derecho a ser citadas previamente en los casos de anticipos de prueba, con las facultades propias del contradictorio y ¿qué más anticipo de prueba que el Dictamen Médico Legal en los casos de procesos de Responsabilidad Médica?

Continúa el Dr. González diciendo que de no haberse notificado a las partes sobre el anticipo probatorio por estarse en los supuestos que la ley expresamente así lo autoriza, deben sin embargo ser notificadas inmediatamente después sobre el resultado del acto, con la consiguiente posibilidad de hacer las observaciones pertinentes y de impugnar los actos que se estimen arbitrarios o ilegales y agrega que todas las partes, incluyendo las partes civiles, pueden intervenir en el procedimiento preparatorio.

Es por estas razones que nos es difícil entender el porqué los médicos forenses citan a la víctima en un caso de lesiones por supuesta responsabilidad médica, le toman su versión que transcriben en un acta, pero nunca citan al imputado para que tenga el mismo derecho de dar su versión y desde luego tampoco entendemos, salvo por un puritanismo judicial anacrónico, el hermetismo de los médicos forenses que de ningún modo aceptan la menor intervención, observación o sugerencia de la Defensa. Aun más, se les tiene prohibido mostrarle al abogado defensor o al imputado, el expediente que dentro de un peritaje serio debería estar constituido por un Protocolo en que quede constando todo documento, acto, declaración, examen clínico, criterios médicos, resultados de biopsias y placas radiológicas y cualquier otro análisis que haya sido necesario para un correcto tratamiento de la solicitud hecha por el Ministerio Público por lo que los litigantes no tenemos más que presumir que por falta de tiempo, por exceso de trabajo o por cualquier otra razón, esos Protocolos no existen, lo cual sería lamentable puesto que confirmaría un empirismo en el manejo de una prueba tan delicada y tan decisivo en los casos de mal praxis médica.

Resulta paradójico que los autores del proyecto de Código Procesal que nos rige insistían en que el nuevo Código nos haría salir del obscurantismo del Proceso Inquisitorio en que todo se oculta para llegar a la nueva era en que las partes tienen pleno derecho de conocimiento e intervención en todo el proceso.

Continúa diciendo el Dr. González¹ en su ensayo que la participación del imputado y la defensa en el procedimiento preparatorio se le garantiza al imputado y a la Defensa, con posibilidad de control en caso de conflicto con el Ministerio Público, agregando que según lo dispuesto expresamente por el artículo 12 del Código Procesal Penal la defensa de cualquiera de las partes es inviolable y que el imputado tiene derecho a intervenir en todos los actos procesales que incorporen elementos de prueba y a formular las peticiones y observaciones que considere oportunas y que desde ese punto de vista el imputado se encuentra legitimado para participar en todas las fases del proceso, por lo cual no entendemos los litigantes el misterio con el que se maneja el expediente o Protocolo en el Organismo Médico Forense. Téngase presente que el ensayo del Dr. González se refiere específicamente y únicamente a la Etapa Preparatoria.

Señala el Dr. González que la investigación debe orientarse también a determinar aquellas circunstancias que favorezcan la absolución del imputado y no solamente la prueba que lo incrimine y si resulta que el Dictamen Médico Forense en mala praxis médica se rodea de un profundo misterio y llega a conocimiento del perjudicado cuando todo está hecho y cuando ha transcurrido el plazo para recurrir ante el Consejo Médico Forense no se está cumpliendo con la filosofía del Código de marras cuyo expositor es de un crédito indiscutible por ser una autoridad en la materia.

Agrega el Dr. González que la desatención de las peticiones y solicitudes de la Defensa en relación con la prueba en esta Etapa faculta al Defensor a recurrir ante el Juez del Procedimiento Preparatorio. Su correcta recomendación se queda en la teoría porque en la práctica el Juez del Procedimiento Preparatorio no responde a las quejas que en ese sentido plantea el Defensor y ordena la continuación del procedimiento. Si bien es cierto en etapas posteriores del Proceso de Defensa puede impugnarse la Nulidad de lo actuado no es justificable el comportamiento del Fiscal y del Juez que podrían estar extendiendo, innecesariamente, las consecuencias personales y profesionales de médicos que con un tratamiento diferente más apegado al Código y a lo que manda la Doctrina, pueden salir pronto con una desestimación de la causa o un sobreseimiento.

Es cierto que de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 175 y 178 del Código Procesal Penal una decisión judicial no puede fundamentarse en actos en que se haya violado la Garantía de Intervención, de Asistencia y de Representación del imputado, pero lamentablemente en la práctica, por la denegatoria de las Garantías a las que nos estamos refiriendo, concretamente en relación con el tratamiento que se le da a la Prueba Pericial Médica, nos conocemos de ninguna Sentencia que haya anulado el procedimiento en razón de estas causales y ciertamente no en razón de que los Tribunales no accedieron al reclamo sino en razón de que ha sido costumbre de los litigantes el partir de la idea equivocada de que el procedimiento está correcto en algunos casos. En otros casos por la experiencia del comportamiento del litigante costarricense existe la presunción de que éste prefiere no rebelarse contra el sistema, aun cuando con esa pasividad contribuya a que no se mejore la Administración de Justicia, pero sobre todo a que no se obligue al médico a tener que pasar por todas las etapas del proceso para demostrar su inocencia, cuando de haberse los requisitos a los que nos hemos referido, el Dictamen eventualmente podría haber sido diferente y consecuentemente le daría mayor respaldo a una decisión del juez que termine con la causa y no se darían situaciones como las que se dan actualmente en que el manejo superficial de esa prueba conduce a resoluciones en que la Autoridad Judicial fundamenta su decisión de continuar con el proceso "por considerar que como el asunto es complejo, resulta preferible que con la amplitud probatoria a la que da oportunidad el Debate se resuelva sobre la responsabilidad del médico mediante el cumplimiento de todas las etapas del proceso".

No se contribuye así ni a una sana Administración de Justicia ni a disminuir el volumen de expedientes y de Debates a los que tienen que hacer frente los Tribunales Superiores, pero independientemente de todo ello no se está cumpliendo en la práctica ni las normas específicas que le confieren pleno derecho al imputado en la Etapa Preparatoria ni los valiosos estudios sobre el tema como el que aquí hemos mencionado, del Dr. González.

Concluimos este ensayo recomendando el que se tomen las medidas necesarias para que mediante un análisis de lo expuesto se pueda llegar a la confiabilidad que debe tener una Prueba Pericial como la que ha sido objeto de nuestro estudio que le garantice a las partes absoluta seriedad científica, absoluta objetividad, una clara delimitación del campo médico en relación con el campo jurídico en donde se requiere que la solicitud del Dictamen por parte del fiscal aclare las fronteras entre ambas materias pero especialmente la eliminación del "Tabú" que convierte esta importantísima prueba en un misterio inexpugnable y se permita a los Defensores del Médico la amplitud que se encuentra respaldada por el Código Procesal Penal para ejercer la Defensa de su representado dentro del Justo equilibrio que debe existir en el Proceso Penal.

San José 30 de mayo de 2006

¹ Publicado en la Obra *Reflexiones sobre el Nuevo Proceso Penal*, segunda edición ampliada, fondo editorial del Colegio de Abogados, año 1997, páginas 594 a 598