

RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS MÉDICOS

*Por Jorge A. Valero Ardoz**

1) INTRODUCCIÓN

El título nos ubica en el tema: el tratamiento de aquellas situaciones que colocan al médico en la posibilidad de ser sometido a alguno de los castigos previstos en el Código Penal y leyes complementarias.

Este, en el ejercicio de su actividad, puede actuar queriendo o buscando un resultado desvalioso según la legislación penal o simplemente teniendo conciencia de la criminalidad de su acto (dolo) o, por el contrario, causándolo por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo (culpa). Según esas situaciones incurrirá en un delito doloso o en uno culposo.

Las figuras penales en que el galeno es sujeto activo de delito doloso están taxativamente descritas en el Código Penal. Su tratamiento no estará incluido en el presente trabajo; nos ocuparemos sólo de la responsabilidad penal que surge del ejercicio de la profesión cuando se cause la muerte o lesiones a otra persona.

El art. 84 del Código Penal señala: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte", mientras que el art. 94, ídem, dice: "Se impondrá prisión de un mes a dos años o multa de veinte mil pesos a quinientos mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud."

Pero quede bien en claro desde un comienzo que si bien hablamos de error del médico en el ejercicio de su actividad, lo hacemos pensando que debe tratarse de un error craso y no de simples equivocaciones que obedecen a la adopción del tratamiento a seguir que según se entender era el que mejor aconsejaban las circunstancias. Resulta útil no perder de vista lo que dice López Bolado⁽¹⁾ al considerar el tema: "La solución está dada en... una consideración y análisis equitativo de todos los antecedentes y

(1) López Bolado, Jorge Daniel. "Los médicos y el Código Penal", ed. Universidad, Bs. As. 1981, pág. 22.

circunstancias de cada caso, en una apreciación serena y meditada de las condiciones en que se ha encontrado el facultativo, para exigir de él, única y exclusivamente, la prudencia, la dedicación y los conocimientos que normalmente se le pueden requerir” y más adelante agrega: “... ha de tenerse presente que el médico debe obrar con independencia científica, propia de su profesión liberal, lo que implica el goce de la más grande libertad en el ejercicio de sus funciones...”.

II) EL DELITO CULPOSO

Todo delito implica una acción típica, antijurídica y culpable. El último elemento, la culpabilidad, que hace referencia al aspecto individual de la responsabilidad, es el que permite distinguir los dos clases de delitos que existen atendiendo al requisito subjetivo: los delitos dolosos y los delitos culposos que ya fueron insinuados en la *Introducción*.

El Código Penal para la República Argentina no brinda una definición de culpa como forma de culpabilidad⁽¹³⁾. Tampoco contiene una norma general de la que se pueda deducir su concepto, como sucede con el dolo respecto del artículo 34, inc. 1º⁽¹⁴⁾. Cada vez que quiere reprimir la forma culposa de algún delito lo describe en su parte especial – Libro Segundo que trata de los delitos y de las penas en particular – haciendo referencia, generalmente, a los modos comisivos “imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes de su cargo”. Decimos que esa fórmula es usada generalmente porque en algunos casos sólo refiere a imprudencia o negligencia (arts. 189; 193; 222, 2º párrafo; 225 bis, 2º párrafo; 254, 3º párrafo y 255, 2º párrafo), y en otros nada más que a negligencia (art. 281, 3º párrafo).

Pero tales distingos pierden importancia de inmediato a que se advierta que la impericia y la inobservancia de los deberes o reglamentos no son otra cosa que ejemplificaciones de la imprudencia o negligencia, como así también que una misma actitud torpe puede ser imprudente o negligente según la postura de observación que se adopte.

La Excmo. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sostuvo que “cuando el hecho consiste en el olvido de una pinza en los intestinos del paciente, tal omisión constituye, sin hesitación alguna, por simple razonamiento natural y lógica común, que en el caso no difiere de la jurídica, manifiesta impericia y negligencia”⁽¹⁵⁾. En otro caso el mismo tribunal sostuvo que el procesado en un mismo hecho actuó con imprudencia, negligencia, y hasta impericia⁽¹⁶⁾.

(13) Dan definiciones de culpa, entre otros, el Código Penal argentino (art. 34), el italiano de 1930 (art. 43), el suizo (art. 16), el colombiano (art. 31), más adelante, el brasileño de 1940 (art. 15), el anteproyecto de Código Penal Argentino preparado por Sebastián Soler (art. 281) anteproyecto de Código Penal Argentino de 1959 (art. 34).

(14) Conforme Soler, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, T. I.-A., Bs. As. 1970, t. II, pág. 95. Ferrás Balzano, Carlos, “Tratado de Derecho Penal”, Abeledo Perrot, Bs. As. 1970, t. II, pág. 247; Muñoz, Ricardo C., “Derecho Penal Argentino” T. III, pág. 47.

(15) CCC, Sala III, in re “García, J. (interlocutor)” el 08/08/70, el 21/10/70 (Sdo. Intermunicipal) S. 364, 1164.

(16) CCC, Sala de Pena, causa 104 “Tronzo, César R., in re de exco.” del 27/11/70.

En definitiva, el código adopta decididamente la culpabilidad culposa en los delitos previstos y reprimidos en los arts. 84; 94; 136, 2º y 3º párrafos; 177, 189; 192; 203; 222, 2º párrafo; 225 bis, 2º párrafo; 254, 3º párrafo; 255, 2º párrafo; 262 y 281, 3º párrafo.

Los ya citados Anteproyecto Soler y Anteproyecto del año 1979, ambos en su artículo 30, sostienen que responde por culpa: "... el que ha producido un resultado delictuoso sin quererlo, cuando por imprudencia, negligencia, impericia o por inobservancia de los deberes que en concreto le incumban, no previó que ocurriría o, previéndolo, creyó poder evitarlo. La ley determina en cada caso si es punible el hecho culposo".

III) FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD POR CULPA

La definición proyectada que antecede se adapta a una concepción moderna de la culpa. Se basa en la teoría de la previsibilidad castigando al que por imprudencia o negligencia no previó lo previsible, pareciendo ello indicar que la falta de previsibilidad hace a la ausencia de la imprudencia y de la negligencia¹⁶⁹.

En fallos de la ya citada cámara de apelaciones de la Capital Federal se ha hecho referencia a esta teoría al señalar, por ejemplo, que la "lluvia no es un fenómeno imprevisible"¹⁷⁰; "problemas fácilmente previsible"¹⁷¹; "debió prever el desaprensivo conductor..."¹⁷².

Zaffaroni, por su parte, sostiene que la causalidad del resultado y la previsibilidad pueden darse en innumerables conductas pero agrega, "... esto es absolutamente insuficiente para caracterizar la culpa. Recién se introduce en la doctrina un entendimiento acertado del fenómeno de la culpa, cuando se focaliza la atención científica sobre la violación del deber de cuidado, que es el punto de partida para la construcción dogmática del concepto"¹⁷³.

Son numerosas las resoluciones de la Excm. Cámara citada que exige para la configuración de algún delito culposo, la expresa violación al deber objetivo de cuidado. Así in re: "Garay, Antonio", Sala Ia., resuelta el 2/5/75; "De Brito de San Vicente, D.", Sala II, rta. el 23/5/75; "Barbeta, Rafael", Sala Ia., rta. el 11/3/77; "P. de C.F. nº 22.221" Sala Ia., rta. el 8/6/79; "Meza, Ricardo y otro", Sala V, rta. el 20/10/78, etc.

169 Eugenio Altamira, en "La culpa", Editorial Temis Bogotá año 1956, pág. 64, afirma que la previsibilidad es un elemento intrínseco de la imprudencia y de la negligencia.

170 CCC Sala Ia., causa 10.666 "Navarro R.H., correccional", rta. el 16/3/76.

171 CCC Sala Ia., causa 5723 "Aparicio H.", rta. el 27/8/74.

172 CCC Sala 4a. "De Vries, Juan H.", rta. el 20/3/77.

173 Eugenio Raúl Zaffaroni en "Manual de Derecho Penal, parte general", P.B. Edic. Bs. As., 1979, pág. 371.

IV) LA NEGLIGENCIA:

Consiste en no actuar con la diligencia que las circunstancias imponen.

Está más cerca de una conducta omisiva que de un actuar positivo, sin dejar de tener en cuenta que en cualquier acción puede presentarse la falta de la diligencia debida. Altavilla⁽¹¹¹⁾ la define como una omisión, contraria a las normas que imponen determinada conducta, solícita, atenta y sagaz, encaminada a impedir la realización de un resultado dañoso o peligroso. Fontán Balestra⁽¹¹²⁾ refiere a ella como a la falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza.

Al efecto de identificar gráficamente a la negligencia se la suele señalar con un signo negativo (-), queriéndose indicar que se está en presencia de un defecto en el actuar.

Ya en la nota⁽⁹¹⁾ se citó el fallo judicial que calificó de negligente la conducta del cirujano que olvidó una pinza en los intestinos del paciente. También se ha considerado de la misma manera el hecho de manejar un instrumento a sabiendas del desperfecto de que adolecía⁽¹¹³⁾ y la intervención quirúrgica sin haber desinfectado los instrumentos utilizados a consecuencia de lo cual se provocó una infección.

V) LA IMPRUDENCIA

Refiere al acto torpe, craso, descuidado que apearja un perjuicio.

Así como identificamos a la negligencia con el signo (-) por cuanto implicaba un defecto en el obrar, a la imprudencia lo hacemos con el signo positivo (+) aludiendo a un exceso en la conducta.

Es conveniente aclarar, como ya lo hicimos en el apartado II), que no obstante las diferencias que marcamos entre la negligencia y la imprudencia, ambas pueden representar las dos caras de una misma moneda. Y así, por ejemplo, el médico que no desinfecta su instrumental antes de utilizarlo sobre la herida del paciente, actúa negligentemente, pero también es imprudente por utilizarlo en ese estado, lo que implica un acto torpe.

Se ha considerado actividad imprudente la de la partera que administró un anestésico halogenado a su paciente embarazada, lo que le causó la muerte.⁽¹¹⁴⁾

(111) Enrique Altavilla, op. cit., pág. 7.

(112) Carlos Fontán Balestra, op. cit. T. II, pág. 284.

(113) CCC, Sala de lo Penal, causa 104 "Trombón, César Rodolfo", loc. cit. cit. el 27/1/74.

(114) CCC, "Jurisprudencia Penal de Bs. As.", T. 17, p. 1022, citado por J. D. López Belandín en op. cit., pág. 86.

VI) IMPERICIA EN SU ARTE O PROFESION

Según Altavilla⁽¹¹³⁾ consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada (profesión o arte).

Es la falta de la habilidad con que debe contarse para el desempeño de la actividad, habitual o no, que requiere un conocimiento básico o una capacitación técnica determinados.

No hace falta que se cuente con estudios especiales o título habilitante (Fontán Balestra).

No se trata del error profesional o del accidente médico que por ser eventualidades constituyen situaciones distintas en su origen, vale decir, no nacen ni se originan en la propia conducta del médico que en el caso está operando sino, generalmente, en el paciente y en circunstancias extrañas a la diligencia y pericia típicas de la operación que se practica⁽¹¹⁴⁾. Ni tampoco de los errores honestos o equivocaciones en que incurra sobre cierta índole de la enfermedad o el mejor tratamiento a seguir⁽¹¹⁵⁾.

VII) INOBSERVANCIA DE LOS REGLAMENTOS O DE LOS DEBERES A SU CARGO

Se refiere al incumplimiento de las disposiciones que regulan o dan instrucciones acerca del ejercicio de una determinada actividad. Pareciera tratarse de un caso específico de negligencia en el cual la diligencia que las circunstancias exige está debidamente reglamentada.

Se puede afirmar que existe una presunción de culpabilidad ya que frente a esa inobservancia no resulta necesario acreditar otra negligencia o alguna imprudencia o impericia. Ello no permite sostener lo contrario, es decir que no obstante el cumplimiento del reglamento no se dará conducta imprudente, negligente o imperita⁽¹¹⁶⁾.

La conducta antireglamentaria sólo es excusable cuando es un factor ajeno o indiferente al resultado causado y éste fuere motivado exclusivamente por culpa de la víctima⁽¹¹⁷⁾.

(113) Enrico Altavilla, *op. cit.*, pág. 10.

(114) CCC, Sala Ia. c. 10040 "Santoro J. interdicto," ita. 21/1/76.

(115) "J.A.", T. II, pág. 102, citada por J.L. López Balado en *op. cit.* pág. 20.

(116) Conf. Carlos Fontán Balestra, *Op. cit.*, T. II, pág. 287; Néstor Ricardo, C., *Op. cit.*, T. II, pág. 88.

(117) Cámara Penal de Rosario, Sala Ia. "Loroffel, Carlos W.," ita. 23/10/76, publ. en J.A. del 12/1/76.

Hubo este tipo de inobservancia en la actividad del médico que obvió la realización de la prueba de la compatibilidad sanguínea del paciente que sería sometido a una transfusión, confiándose en lo que surgía de la ficha personal que éste tenía en el hospital⁽¹²⁰⁾. También en la actividad de la enfermera que se alejó del recién nacido que se encontraba en el interior de una incubadora, ocurriendo la muerte del niño como consecuencia de las quemaduras recibidas por el contacto directo con la fuente de calor⁽¹²¹⁾.

Señálase que el ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración de las mismas en la Capital Federal y Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, queda sujeta a las normas de la ley 17.132.

VIII) LA RELACION DE CAUSALIDAD

Al igual que los delitos dolosos, los culposos están estructurados en tres elementos básicos: 1) la acción humana; 2) el resultado lesivo a algún bien jurídico tutelado; y, 3) relación de causalidad entre los dos anteriores, de modo tal que el resultado sea consecuencia directa de la acción.

En los hechos culposos este tercer elemento adquiere una especial importancia justamente porque la falta de conciencia en el autor acerca de la criminalidad de su propia acción (dolo) hace que pierda de vista la posibilidad del resultado dañoso. El actúa con imprudencia o negligencia sin querer ni aceptar el resultado por lo que la existencia del nexo causal no resulta tan evidente.

Al mismo lo descubrimos a medida que recreamos el hecho en cuestión. Y como sostiene Altavilla⁽¹²²⁾, si al eliminar un antecedente viene a desaparecer un subsecuente que se producía de manera constante, tendremos la prueba de que el uno es causa del otro. Para este autor la teoría de la causalidad adecuada es la que mejor responde a la teoría de la previsibilidad ya que hace posible un pronóstico objetivo⁽¹²³⁾. Se fundamenta en la *causa típica* que es la que normalmente produce un fenómeno determinado. Si bien se habla de pronóstico objetivo, éste "... debe realizarse necesariamente después de realizado el hecho, pero nos remite a un juicio de capacidad causal anterior a ese hecho" (op. cit.). Ello se logra, siempre según Altavilla, con tres elementos: el primero empírico que se basa en la experiencia que nos dice que a un antecedente le sigue en forma constante un hecho determinado, el segundo el *circonflexo* revelado por las leyes naturales que dan un carácter de necesidad fenoménica y el 3º el *experimental* que nos hace conocer la relación constante entre un hecho determinado y otro hecho.

(120) Casos "Girao Martínez, J. A." del Juzgado de Instrucción 28, Sec. 123, Capital Federal, causa 38.814. Prisión preventiva.

(121) CCC, Sala III, causa "Peralta, A.S. de" cta. en abril de 1980, citada por J.D. López Bolado en op. cit. pág. 88.

(122) Enrico Altavilla, op. cit. pág. 135.

(123) Enrico Altavilla, op. cit. pág. 142.

Esta teoría de la causalidad adecuada adquiere especial relevancia atento la existencia de delitos culposos de peligro en los cuales la existencia de un resultado de daño material no es requisito de los mismos. Ello sucede en los delitos contra la salud pública de los artículos 200 y siguientes del Código Penal cuando fueren cometidos con imprudencia o negligencia o por impericia en el propio arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas, tal como lo prevé el art. 203 *idem* (124).

La relación de causalidad debe presentarse claramente a efectos de imputar responsabilidad, sin que baste la simple coexistencia de una conducta torpe y un resultado desvalioso. Así el cancer de autorización para realizar determinada actividad, se ha dicho, no revela que el resultado haya ocurrido por su culpa puesto que debe existir una relación de causalidad entre ese resultado y aquella circunstancia (125).

Acreditada esta relación entre el acto culposo y el resultado, es evidente que la responsabilidad del prevenido se extiende a todas sus consecuencias, sin que pueda disminuirse o competarse por la actuación de otras personas que no interrumpen la cadena causal (126).

No habrá relación de causalidad entre el resultado y la acción cuando se trate de factores no previsible concurrentes (127), o cuando se esté en presencia de un verdadero caso fortuito que descarta toda posibilidad en la producción del hecho (128).

La culpa concurrente de la víctima o de un tercero no excluye la responsabilidad del autor que causó el resultado ya que ésta es personal (129). En el caso del cirujano que dejó olvidada una pinza en el interior de su paciente y que posteriormente toma cuenta de lo ocurrido, no dejará de ser responsable por la muerte acaecida por este motivo por haber advertido a la víctima que debía someterse a otra operación para extraer el objeto y ésta por negligencia no volvió al consultorio.

(124) En un trabajo efectuado con Emilio J. García Méndez, publicado en revista jurídica "La Ley" del 21/9/89, postulamos la creación de delitos riesgosos de tránsito, de peligro, independientemente de la producción de un resultado, siguiendo al Código Penal de España, art. 346 bis.

(125) CCC, Sala III, causa 13.438 "Pagliaro, R.", rta. el 16/10/73.

(126) CCC, Sala de Cámaras, c. 6380 "Pellach, L." rta. el 19/11/76.

(127) En el caso de un parto dudoso ocurrido durante el curso de una intervención quirúrgica, por circunstancias imprevisibles.

(128) Corte Suprema de Tucumán, c. "Baldago, Ariapo Máximo", rta. el 9/6/76, publicado en I.A. del 3/11/76 (sección jurisprudencia ordenada como fallo n° 23883).

(129) CCC, Sala III, "Conforti, Alberto", rta. el 17/10/69; CCC, Sala Sa. causa "Mallet, Juan R.", rta. el 16/7/76; Suprema Corte de Buenos Aires, "Coria Elia s. Ravazzano Carlos - Az. 21.299" rta. 14/8/76.

IX) UNA CONDUCTA DEL PROFESIONAL DEL ARTE DE CURAR NO PENADA Y QUE DEBIERA PREVER UNA FUTURA LEGISLACIÓN SOBRE EL DELITO DE ABORTO.

El Código Penal debe prever el aborto culposo causado por los referidos profesionales. Un mal tratamiento del embarazo o una mala intervención quirúrgica sobre la mujer que se sabe encinta puede ocasionar, por imprudencia, negligencia o impericia, la muerte del producto de la concepción. El interés de cubrir todos los aspectos de la responsabilidad médica aconseja la inclusión de un tipo como el propuesto. Tal observación fue hecha en un trabajo que presentamos junto con los Dres. Jorge Daniel López Bolado y Emilio J. García Méndez en las Bas. Jornadas Nacionales de Derecho Penal, llevadas a cabo en la ciudad de Río Gallegos, Pcia. de Santa Cruz, en noviembre de 1980⁽³⁰⁾.

X) FIGURAS DEL CODIGO PENAL EN LAS QUE EL PROFESIONAL DEL ARTE DE CURAR SEA SUJETO ACTIVO DE DELITOS DOLOSOS

Aborto: Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo (art. 86).

Suiposición de Estado Civil: Se impondrá prisión de uno a cuatro años:

1º) A la mujer que fingiere parto o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le corresponden y al médico o partera que cooperare a la ejecución del delito (art. 139, inc. 1º).

Charlatanismo Médico: Será reprimido con prisión de tres meses a dos años:

2º) El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar anunciare o prometiére la curación de enfermedades a término fijo o por medios secretos o infalibles (art. 208, inc. 2º).

Prestación de Nombre: Será reprimido con prisión de tres meses a dos años:

3º) El que, con título o autorización para el ejercicio de un arte de curar prestare su nombre a otro que no tuviere título o autorización, para que anuncie, prescriba, administre o aplique habitualmente medicamentos, agua, electricidad, hipnotismo o cualquier medio destinado al tratamiento de las enfermedades de las personas, aún a título gratuito (art. 208, inc. 3º).

Falso Certificado Médico: Sufrirá prisión de un mes a un año, el médico que diere por escrito un certificado falso, concerniente a la existencia o inexistencia, presente o pasada, de alguna enfermedad o lesión cuando de ello resulte perjuicio. La pena será de uno a cuatro años, si el falso certificado debiera tener por consecuencia que una persona sana fuera detenida en un manicomio, lazareto u otro hospital (art. 299).

(30) El trabajo se denominó "Aborto: una opinión y cinco sugerencias" y fue publicado por las autoridades organizadoras de esas jornadas.