

CRITERIOS DE IMPUTACION DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA¹

Dra. Cecilia Salom
Prof. Adj. de Derecho Penal

I.-

Desde algunos años a la fecha asistimos a un fenómeno *nuevo*, determinado por el significativo incremento de los procesos promovidos ante los juzgados civiles y penales con el fin de dilucidar la responsabilidad derivada de los actos asistenciales, cumplidos tanto a nivel público como privado.

A esta suerte de judicialización de la Medicina confluyen factores muy diversos, cuya consideración excedería largamente esta exposición, donde nos limitaremos a examinar el tema planteado desde la perspectiva jurídico penal, con la finalidad de explicar cuáles son los principales criterios de imputación de responsabilidad en este específico ámbito, cuando se trata de la culpa médica.

No obstante, no podemos dejar de advertir que, cuando mediante la promoción de una denuncia penal, lo que efectivamente se procura es recolectar prueba para la posterior radicación de un juicio civil, dicha práctica desnaturaliza el sentido y el fin de la intervención punitiva, ampliándola a supuestos que deberían resolverse, desde un inicio, en otros ámbitos jurídicos.

La mayoría de las denuncias de mala praxis promovidas ante los juzgados penales persiguen la investigación de hechos que podrían eventualmente subsumirse en el delito de homicidio, lesiones u omisión de asistencia culpables, lo que impone examinar en primer término las características de los delitos culposos o imprudentes.

II.-

Históricamente y hasta el día de hoy, la regla es el castigo de las conductas intencionales o dolosas y la excepción el reproche de los delitos culposos, que únicamente opera cuando existe una expresa disposición legal que así lo consagra.

¹ Conferencia brindada en las Jornadas Rioplatenses de Derecho de la Salud, celebradas en Montevideo el 13 de agosto de 2015 y organizadas por el Hospital Maciel- ASSE, la UdelaR y la Universidad de Buenos Aires.

Nuestro Código Penal adhiere acertadamente a criterio, reprimiendo el resultado que no se quiso ni se previó sólo en casos excepcionales, cuando media una falta de previsión de un evento catalogado como previsible (arts. 18 y 19 C.P.).

Los delitos imprudentes son por tanto un número *clausus*, cerrado, que requiere de una norma expresa que consagre la forma culposa del delito, como ocurre con las lesiones, el homicidio o la omisión de asistencia en esa concreta modalidad (arts. 321, 314, 332 CP).

De acuerdo al art. 18 CP, la base de la culpa se concreta en la ejecución de un *hecho en sí mismo jurídicamente indiferente*; una expresión que excluye las hipótesis donde la intención del agente, su conciencia y voluntad, están dirigidas a producir el resultado previsto en la ley como delito, conducta propia e inherente a los tipos dolosos.

Por el contrario, en los delitos culposos o imprudentes el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en la ley, pero lo realiza por una infracción de la norma de cuidado, vale decir, por la inobservancia del cuidado debido.

En el caso de la actividad médica, obviamente el médico quiere sanar pero, por inobservancia de la ley del arte que es la que marca el cuidado debido, termina lesionando o incluso provocando la muerte del paciente.

La culpa penal admite diversas formas que se resumen en los conceptos de imprudencia –vale decir, la ejecución del hecho sin ajustarse a los deberes de cautela o cuidado como ocurre cuando se aborda una actuación quirúrgica sin antibioticoterapia preventiva-; negligencia, donde existe un defecto de actuación por indiferencia o descuido (ej. administrar un remedio sin esterilizar aguja); impericia, básicamente referida a la culpa profesional y cuyo baremo es un estándar de actuación y calificación específico de una determinada técnica o idoneidad y, por último, de violación de leyes o reglamentos, un criterio que por sí solo únicamente puede operar como indicio de culpa, pues al mismo debe sumársele la acreditación de alguno de los parámetros antes mencionados para poder así movilizar válidamente el reproche penal (ej. quien si bien tiene competencia notoria en la especialidad, aún no ha obtenido el título de especialista).

Los tipos culposos son tipos abiertos porque la ley no describe cuál es la conducta reprochada y a diferencia de los tipos dolosos, no admiten mecanismos amplificadores del tipo como la tentativa o la coparticipación, por tratarse de estructuras propias de estos últimos. Vale decir, en los delitos culposos no existe tentativa de delito, ni tampoco coautores o cómplices.

La pena aplicable en estos casos siempre es menor a la que amerita la conducta dolosa y se excluye la posibilidad de aplicar agravantes de la responsabilidad del sujeto, porque esas circunstancias son situaciones de las que el autor se prevalece para la comisión del delito y por tanto, sólo pueden concurrir cuando media la intención y voluntad de cometer el ilícito.

El núcleo del tipo culposo se encuentra en la infracción a un deber objetivo de cuidado, la cual puede ocurrir mediante una conducta positiva –una acción- o un no hacer penalmente relevante -una omisión-.

En materia médica, el deber objetivo de cuidado está determinado por las pautas protocolizadas de actuación, si existen, o bien por el consenso médico sobre la forma de actuación en el caso concreto. Debe destacarse que cuando se trata de cuestiones científicamente discutibles, la doctrina argumenta con buen criterio que allí donde empiezan las discusiones en Medicina, termina toda posible responsabilidad.

Empero, es imprescindible agregar que tratándose de una omisión –fuere en su forma pura o en la modalidad de la omisión impropia, desde el punto de vista subjetivo es imprescindible que el omitente tenga conocimiento de la situación generadora del deber de actuar. Si el sujeto ignora la existencia de una situación de riesgo y desconoce la plataforma fáctica que le genera el deber de actuar, no es posible construir una imputación sobre la base de esa ignorancia, ni siquiera de carácter culposo.

A vía de ejemplo, si un médico debe realizar una actuación de emergencia en un paciente desconocido y sin contar con su Historia Clínica, no puede imputársele un resultado inconveniente y no querido, como el shock anafiláctico en un paciente alérgico.

La infracción al deber de cuidado se constata cuando media una divergencia entre la conducta cumplida y la actuación que el autor hubiera debido realizar,

ateniéndose y observando el deber de cuidado que, objetivamente, le era exigible en la concreta situación planteada.

De tal suerte, en los tipos culposos la desaprobación jurídica no recae sobre la conducta en si misma considerada porque ésta es lícita, sino que se funda en el evento ocurrido como consecuencia de un defecto en la forma de realizarla o en los medios seleccionados para cumplirla (el agravamiento, la lesión o muerte del paciente).

Por tal razón, en el injusto imprudente lo esencial no es la simple causación del resultado, sino la forma o los medios empleados para realizar la conducta que luego el derecho desapruueba. Ello determina, como punto de partida necesario, examinar en cada caso puntual la observancia al deber objetivo de cuidado o a la diligencia debida, que ha sido infringida por parte del autor.

En efecto, el resultado jurídicamente desaprobado se imputa al agente en la medida en que el mismo es previsible y si bien no ha sido causado intencionalmente, su producción obedece a una falta de cuidado o de atención, porque aun cuando no previó ese resultado, debió haberlo previsto.

Resumidamente, puede entonces concluirse que:

a.- para impedir la lesión de bienes jurídicos, la ley prohíbe ciertos comportamientos imprudentes o manda actuar con la diligencia debida, lo que permite distinguir entre los tipos imprudentes activos y omisivos.

b.- El amplio elenco de conductas riesgosas que cumplimos diariamente en sociedad determina que la imprudencia penal se restrinja a los supuestos donde media un apartamiento del deber objetivo de cuidado o diligencia media debidas.

c.- Sólo puede imputarse penalmente el resultado que siendo previsible no fue evitado, como consecuencia de un defecto en la forma o los medios empleados para realizar la conducta, cuando al autor le era exigible una actuación diferente.

d.- Mediante la realización de la conducta imprudente se pone en peligro o se lesiona un derecho penalmente tutelado, al crear un riesgo no permitido o al incrementar indebidamente el riesgo inherente a la acción cumplida, más allá de lo aceptado.

III.-

Ello permite distinguir dos aspectos del delito imprudente, uno objetivo y otro subjetivo.

El aspecto o tipo objetivo nos permite determinar cuál era el comportamiento debido para el sujeto; la esfera o tipo subjetivo, establecer si ese comportamiento objetivamente debido le era exigible al autor concreto, en la específica situación planteada.

En la parte objetiva del injusto imprudente, se valora si la conducta cumplida importa o no una infracción de la norma de cuidado (la ley del arte) y se concreta entonces en un desvalor de la acción realizada por falta de previsión del resultado y no advertencia del peligro a cargo del autor, quien no se comporta según la diligencia debida; también, si la lesión o puesta en riesgo del bien jurídico es consecuencia de la imprudencia y si ese desvalor de resultado puede serle objetivamente imputado al sujeto.

Así, la parte objetiva del injusto imprudente supone la infracción de la norma de cuidado y sacraliza en un desvalor de acción mientras, simultáneamente, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico penalmente tutelado, se concreta en un desvalor de resultado.

El desvalor de acción se configura por la falta de previsión del resultado y la no advertencia del peligro, al que se adiciona el deber de comportarse según la norma de cuidado (deber de cuidado interno y externo).

El desvalor de resultado importa la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico y ese resultado debe ser causado por imprudencia – genéricamente hablando y, asimismo, debe poder serle imputado objetivamente al autor del ilícito.

A su vez, el tipo subjetivo del injusto imprudente requiere el elemento *positivo* de haber querido la conducta descuidada, desconociendo el peligro que la misma entraña (culpa inconsciente) y el elemento *negativo* de no haber querido cometer el hecho resultante.

Ese deber subjetivo de cuidado atiende a la capacidad individual de cada sujeto, porque en el delito imprudente la acción que persigue el autor es irrelevante del

punto de vista jurídico y el resultado obedece a una imprudencia, negligencia o impericia derivada del medio empleado o de la forma de realizar la conducta.

IV.-

La doctrina ha elaborado diversos criterios destinados a precisar cuándo puede, válidamente, imputarse responsabilidad penal por culpa o imprudencia. Esos criterios se sistematizan en la teoría de la imputación objetiva, mediante la cual se busca brindar certeza jurídica a las soluciones jurídicas aplicables al momento de adscribir responsabilidad.

Vale decir, no basta con la mera comprobación de un nexo de causalidad, sino que sobre la base del mismo, hay que determinar si existe o no esa suerte de “causalidad normativa”, que permite imputar el resultado.

En efecto, la causalidad no es una cuestión meramente física o natural, porque no basta con que se verifique un nexo causal entre el hecho y el resultado acaecido para que éste pueda ser válidamente imputado desde la óptica jurídica.

Muchas veces ese nexo o vínculo suele complicarse, a vía de ejemplo, por la concurrencia de otros hechos con aptitud para la producción del resultado (causalidad múltiple) o por la verificación de causas complementarias que coadyuvan en idéntico sentido, supuestos que nos enfrentan a situaciones problemáticas, donde necesariamente debemos recurrir a criterios objetivos para establecer con certeza la imputación jurídico-penal.

Así ocurre, a vía de ejemplo, con el paciente que fallece luego de una cirugía donde ocurre una complicación inherente al procedimiento, cuando el enfermo ya se encontraba en estado terminal; con la contracción de una infección durante la internación sanatorial dispuesta para brindar asistencia a quien padece una patología; con el agravamiento de un enfermo, mientras el equipo asistencial está abocado a atender a otros pacientes de mayor riesgo vital.

En estas hipótesis y con específica referencia a la actividad médica, es imprescindible recordar que el médico jamás asume una obligación de resultado sino exclusivamente una obligación de medios, la cual lo ubica en posición de garante y le impone la obligación profesional de prestar asistencia y practicar su actividad curativa,

de conformidad a la ley del arte en su concreta especialidad, pero no la de lograr la efectiva sanación del paciente.

En ese contexto, teniendo presente que en el delito imprudente sólo se reprime la efectiva producción del resultado y no la acción en sí misma considerada, no basta con el acaecimiento de ese resultado: para que el mismo pueda atribuírsele al autor de la conducta imprudente, debe ser consecuencia del riesgo creado por la acción o del incremento indebido del peligro inherente a la misma.

Por tanto, el hecho resultante debe ser causado por una infracción del deber de cuidado derivada de cualquiera de esas dos modalidades –creación de un riesgo no permitido o incremento del riesgo más allá de lo aceptable- y, simultáneamente, debe poder serle imputado objetivamente al autor.

En tal sentido, no pueden imputarse objetivamente al sujeto ni movilizar su responsabilidad penal los siguientes supuestos:

a.- cuando pese al riesgo creado, el concreto resultado causado no era previsible. En efecto, el resultado producido por la acción imprudente debe caer dentro del ámbito o fin de protección de la norma lesionada. Por ejemplo, un paciente sometido a una intervención quirúrgica padece un infarto agudo de miocardio, pese a que la valoración preoperatoria daba un resultado normal.

b.- Cuando el resultado no se vincula con la infracción cometida. El resultado ocurre por causas ajenas a la acción imprudente y debe rechazarse la imputación objetiva de ese resultado, en cuanto el mismo no es consecuencia directa de la realización del riesgo implícito en la acción imprudente (caso de una infección).

c.- Cuando el resultado hubiera de todas formas ocurrido, incluso de adoptarse una conducta imprudente. Aquí existe un incremento del riesgo normal generado por la acción imprudente pero sin embargo, como el resultado de todos modos hubiera ocurrido, se descarta la imputación de responsabilidad (comportamiento alternativo correcto) (ej. El caso de una enfermedad terminal).

Huelga acotar que en Medicina, como en tantas otras actividades humanas, impera el principio de división de funciones, tanto como el principio de confianza. El primero determina que el control y la falla no es siempre un evento atribuible al médico, sino que puede serlo al personal auxiliar que está justamente a cargo de esa

labor; el segundo implica que el facultativo debe hacer forzosamente confianza en cuanto realiza el personal auxiliar y en todo aquello que se le informa (ej. oblitos), pues de lo contrario le resultaría imposible desarrollar su función.

Por último, la valoración del deber de cuidado objetivo debe medirse a partir de un criterio subjetivo-individual, colocándose el juzgador en el momento y lugar en que le cupo intervenir al sujeto, considerando la disponibilidad de medios que tuvo a su alcance.

No es igual la exigibilidad que cabe requerirle a un residente recién graduado que a un Catedrático de la Facultad; ni tampoco a un médico general en comparación con un especialista; o a un médico de policlínica rural, que no puede compararse con los recursos de que dispone un intensivista en un CTI.

El concepto de cuidado objetivo surge de la confrontación entre la conducta seguida por una persona razonable y prudente, frente a la asumida por el autor (la diligencia media) y comprende la consideración de todas las consecuencias de la conducta que, conforme a un juicio razonable (objetivo) eran de previsible producción (previsibilidad objetiva).

Y en el caso de la culpa médica, sólo puede resultar contraria al cuidado exigible aquella acción que queda por debajo de la medida o baremo medio; esto es, del adecuado a un profesional de las características y formación del facultativo concretamente involucrado.
