

RESPONSABILIDAD PENAL DEL ACTO MEDICO

Profesor Carlos Künsemüller

En esta breve exposición voy a abordar de manera general, y a título introductorio, el marco jurídico aplicable al problema de la responsabilidad penal del médico, dentro de los principios generales que de acuerdo con la doctrina penal son atingentes para resolver este tipo de situaciones. No entraré al análisis pormenorizado de las figuras delictivas aplicables, ya que eso va a ser materia de la exposición del profesor Etcheberry.

La responsabilidad penal es la consecuencia ordinaria de la comisión de un delito e implica para el culpable la obligación de someterse a la pena que la ley ha establecido. Esta sanción tiene como característica particular la de ser afflictiva, la de significar una privación o disminución de derechos personalísimos del condenado, y su manifestación más característica y tradicional es, sin duda, la pena privativa de libertad. Esto, sin perjuicio de la responsabilidad civil que, por regla general, implica la obligación de indemnizar el daño causado y de otras responsabilidades, como la funcionaria o administrativa, y la responsabilidad ética, establecida en relación al ejercicio de ciertas profesiones y normada en los Códigos de Etica Profesional.

Al hablar de responsabilidad penal del médico debemos efectuar una distinción preliminar antes de abordar el tema. El profesional de la medicina, del arte de observar y restablecer la salud, como lo denomina el Código Sanitario, puede obviamente, al igual que cualquiera otra persona, cometer delitos, incurrir en hechos que la ley penal reprime, por cuanto atentan contra intereses vitales, individuales o sociales, que aquélla quiere tutelar y para lo cual amenaza con una sanción afflictiva a quienes contravienen las normas protectoras. Desde este punto de vista, del médico como sujeto activo de un delito, de la persona que ejecuta el hecho en que el delito consiste, cabe hacer la siguiente distinción: Podemos hablar, en primer lugar, de delitos de sujeto activo indeterminado o genérico, que pueden ser cometidos por cualquier sujeto imputable, con independencia de una determinada calidad personal, por ejemplo, con independencia de la calidad profesional de que esté investido; así, el médico, al igual que cualquiera otra persona, puede cometer un delito que no requiera necesariamente que tenga esta calidad profesional específica; y existe otro grupo o categoría de delitos especiales, de sujeto activo determinado, en que la posibilidad de tener esta calidad de sujeto activo está limitada a un círculo restringido de personas. El individuo debe poseer una determinada calidad, porque la configuración del delito así lo requiere, ya que lo que se persigue es sancionar, precisamente, agresiones cometidas por determinadas personas. Y así, hay hechos punibles en los cuales la calidad profesional del médico es un elemento esencial, integrante del tipo delictivo. Se trata en estos casos de los que se podrían denominar los delitos del facultativo, porque se vinculan específicamente con su desempeño profesional. En el Código Penal y en las leyes especiales se contemplan diversas hipótesis de esta clase en que la configuración del delito exige la calidad del médico cirujano.

La preocupación del Derecho por el problema de la sanción penal que puede acarrear la actividad médica no es reciente. En los albores de la doctrina, que surge como tal en la segunda mitad del siglo XIX, encontramos el interés de los iuspenalistas por abordar y solucionar la cuestión jurídica que plantea el hecho de causar un mal en el desempeño de una actividad curativa que persigue como fin el bienestar del individuo. Así tenemos entre los autores, en Italia, a Rossi y Carrara; Pacheco, Viada y Silvela en España; Binding, Von Liszt y Stoos en Alemania, entre otros. Es en este último país donde se ha analizado con mayor dedicación y profundidad el problema, existiendo una abundantísima y muy calificada literatura jurídica. Al mismo tiempo una jurisprudencia dinámica y no siempre pacífica y, por ello, muy fecunda, ha contribuido a mantener constante la preocupación doctrinal desde fines del siglo pasado hasta la actualidad. Entre nosotros —y como ya lo mencionaba el profesor Etcheberry en su presentación— los juristas se vienen ocupando desde ya hace varios años de diversos aspectos del tema y fuera del tratamiento del mismo en los tratados y manuales de Derecho Penal se han realizado diversos eventos científicos, con la valiosísima contribución de los médicos, en los que se ha abordado desde una perspectiva multidisciplinaria —como debe serlo necesariamente— este problema que hoy día nos ocupa. Sabemos también que el gremio médico ha manifestado en los últimos tiempos una creciente inquietud por estos problemas, motivada, entre otras razones, por el aumento de los llamados juicios de mal practice, que en algunos casos han terminado en fallos condenatorios. Esto se inserta actualmente en una determinada realidad muy controvertida, como es público y notorio, caracterizada por la transformación de las políticas de salud y del rol del Estado, con desplazamiento de la medicina social o institucional al sector privado y la modificación del status jurídico de los Colegios Profesionales, con privación de esenciales funciones de control ético y calidad técnica de la profesión.

La responsabilidad penal del médico por un mal ocasionado en el desempeño de su actividad curativa es sin duda una materia jurídica muy compleja y debatida, tanto desde el punto de vista dogmático como jurisprudencial. Esta complejidad deriva de una situación particular: El ejercicio profesional de la medicina tiene una trascendencia social innegable, por los inestimables beneficios que puede brindar al individuo y a la comunidad, en general, en cumplimiento de su misión de custodia, defensa y conservación de la salud y, por lo tanto, de la existencia misma del hombre. El enfermo recurre normalmente al médico para que lo cure, lo alivie o lo tranquilice, impulsado por la necesidad de depositar en manos de un experto su salud deteriorada. El tratamiento que se le brinda persigue prevenir o modificar una situación de alteración o deterioro de la salud, dicho brevemente, procura preservar o mejorar en el plano biológico la calidad de la vida. El tratamiento médico, considerado en todo su ámbito, implica, sin duda, una gama muy variada y compleja de conductas, no todas específicamente curativas, y ya hemos visto en la exposición anterior cómo involucra la exploración del enfermo, la diagnosis, las acciones propiamente curativas, clínicas o quirúrgicas, la profilaxis o prevención de las enfermedades, la experimentación científica, la actividad correctiva o embellecedora de la estética corporal. Por ello, procurando dar un concepto global del tratamiento médico quirúrgico, para nuestros efectos jurídicos se le ha definido como aquella actividad profesional del médico desempeñada conforme a las normas de su ciencia o arte y dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar directa o indirectamente la salud o a mejorar el

aspecto estético de una persona. Se sostiene que actualmente sigue siendo preocupación fundamental de la medicina moderna la recuperación de la salud individual, y ésta sería la actividad propiamente curativa o tratamiento terapéutico, el cual aparece, entonces, como aquella modalidad del tratamiento médico quirúrgico destinado específicamente a aliviar o disminuir los efectos de una enfermedad.

Esta finalidad curativa se discute en algunos aspectos de este amplio ámbito del tratamiento médico. En el caso de los trasplantes de órganos o tejidos, la finalidad curativa no aparece clara, tratándose naturalmente del dador, de aquel que se desprende del órgano o tejido que se va a insertar en el enfermo. Tratándose de la experimentación médica con seres humanos, existen muchas opiniones que la objetan, y que sostienen que ella no debería realizarse nunca. Sin embargo, hay quienes señalan que en este tipo de operaciones existe, sin embargo, un fin curativo, al menos potencial, ya que a través de la experimentación en definitiva se buscan alternativas para enfrentar posibles y futuras nuevas enfermedades o patologías. Y, por último, en la llamada medicina simplemente cosmética, que no es cirugía reparadora, sino que pretende un mero embellecimiento del aspecto externo, no motivado por una finalidad o utilidad terapéutica propiamente tal, también se discute que sea realmente una actividad curativa o terapéutica, es decir, que persiga mejorar o aliviar.

Al Estado, a la sociedad y al individuo les interesa no solamente la realización de esta actividad profesional beneficiosa, sino también el avance y el perfeccionamiento de la medicina, ya que mientras más avanzada y eficaz ella sea mayores serán los beneficios que reporten de su ejercicio. Pero, para procurar conseguir tan altos fines, el médico debe necesariamente penetrar en la esfera íntima del individuo. El objeto directo de la actividad curativa es normalmente el ser humano vivo, cuyos intereses más personalísimos, como su salud, física o psíquica, su libertad, y eventualmente, su vida, pueden verse afectados por el ejercicio de esta actividad. Hay ciertas modalidades del tratamiento médico que implican, como es sabido, un deterioro sensible de la integridad corporal o un alto riesgo para la salud del paciente y en casos extremos desembocan en su muerte, lo que naturalmente reviste una vital connotación jurídica.

Al Derecho Penal le corresponde la tutela de los bienes jurídicos, de los valores elementales de carácter ético-social, que resulta indispensable mantener y proteger para la continuación de la vida social.

El Derecho punitivo persigue proteger a través de los delitos y las penas, la vida humana, el bien jurídico primordial, base de sustentación de todos los demás y otros bienes jurídicos personalísimos, que derivan de la existencia biológica del individuo, como su salud y su libertad, que son precisamente aquellos intereses que pueden verse perjudicados con el ejercicio de la actividad médica. De tal manera que para cumplir su misión de resguardo de esos bienes el Derecho necesariamente debe poner límites, cortapisas y controles a la libertad que debe poseer la ciencia médica para poder actuar y progresar, en beneficio de sus destinatarios, los seres humanos, que son también los destinatarios y objetos de amparo de la normatividad jurídico-penal.

La profesión médica entraña riesgos evidentes, tanto para el que la ejerce como para el que recibe los servicios de la misma. En procura de su fin curativo, el médico debe afectar, muchas veces de manera cruenta, la salud física o psíquica del paciente, y adquiere involuntariamente un cierto poder de decisión sobre determinados valores o bienes de su protegido. El acto médico

puede fracasar y concluir con un grave impedimento físico o psíquico o con la muerte del paciente. La ley penal persigue precisamente tutelar estos mismos intereses, persigue garantizar la incolumidad de ellos o, al menos, procura alcanzarla, prohibiendo la lesión de este tipo de intereses. En tal virtud, nos encontramos, formalmente al menos, con una oposición entre los preceptos que protegen esos bienes jurídicos —los tipos penales— y la actividad médico-quirúrgica.

El ámbito de la responsabilidad penal médica y también de la responsabilidad civil trasciende sin duda, hoy en día, los marcos jurídicos tradicionales y seguramente también los éticos. En efecto, situaciones como el tratamiento de la muerte próxima, los trasplantes de órganos y tejidos, la fertilización extracorpórea, la denominada manipulación de los genes plantean nuevos desafíos al Derecho, que siempre va a la zaga de los vertiginosos avances científicos.

La tutela de los bienes jurídicos, de estos intereses individuales o sociales, la brinda la ley penal a través de los tipos penales, que son descripciones abstractas de las conductas sancionadas, y así, la ley penal señala: el que mate a otro será castigado con tal pena; el que hiriere, golpear o maltratar a otro recibirá tal sanción. Para que una acción humana llegue a constituir un delito se requiere en primer lugar y fundamentalmente que ella sea una acción típica, es decir, que sea una acción adecuada o conforme a la descripción hecha por la ley; debe existir una correspondencia entre el hecho que ocurre en la vida real y el que está descrito en forma abstracta en la ley; además, la acción tiene que reunir también otras cualidades o características: debe ser antijurídica, contraria al ordenamiento jurídico, no estar autorizada por el mismo, y culpable, ejecutada con una particular disposición anímica del sujeto, dolo o culpa. Ahora bien, la actividad médica en cuanto implica un deterioro efectivo de la salud física o psíquica, que puede concluir incluso con la muerte, entra al menos aparentemente en colisión con las normas protectoras que precisamente prohíben matar, mutilar, herir, golpear o maltratar a otro, suministrarle sustancias o bebidas nocivas que puedan perjudicar su salud. Surge, entonces, una interrogante crucial que es necesario resolver para una adecuada valoración jurídico-penal y, por lo tanto, ético-social de esta actividad. Los autores se han preguntado desde hace mucho tiempo si el médico que opera, que amputa, que aplica un electroshock, que administra drogas y otros medicamentos que pueden provocar reacciones perjudiciales en el paciente, lo hiere, lo golpea, lo maltrata, en el sentido de la ley penal, y si muere el paciente por fracaso de la intervención, ¿ha ejecutado un hecho típico de homicidio?, ¿es su acción adecuada o correspondiente a aquella que la ley ha descrito y prohíbe? Si existe esta adecuación y correspondencia, la que aparentemente pareciera, ¿por qué no se le sanciona?, y más aún, ¿por qué se la fomenta por el ordenamiento jurídico, aun cuando acarree muchas veces lesiones francamente devastadoras del cuerpo del paciente?

Los juristas más antiguos, ajenos a un pensamiento sistemático, no se plantearon grandes problemas, y simplemente enunciaron la irresponsabilidad penal de los médicos, sin mayor especificación en cuanto a la fuente de la licitud de este comportamiento. Así, Pacheco, comentarista del Código Penal español, que sirvió de modelo al nuestro, decía: "El soldado que fusila, el alguacil que arresta, el médico que amputa, no son objeto de la ley criminal a pesar de que causen daño. Y es tan claro este punto que muchas legislaciones no han hecho ninguna mención de él, por no conceptuarlo necesario.

Frente a esta interrogante se han seguido diversos criterios en el Derecho Penal moderno y, en términos muy generales y sin entrar en mayores detalles, por razones de tiempo, podemos decir que la tendencia mayoritaria es sostener que como la actuación persigue curar o aliviar, mediante la aplicación de las normas de la ley del arte, no puede sostenerse que el médico ejecute dolosamente un acto típico de lesiones o de homicidios. El médico, se dice, opera, trata de sanar o aliviar, no persigue como meta de su acción lesionar la integridad corporal del paciente. Las agresiones en contra de la vida humana, de la salud o la integridad corporal admiten dos clases, según cual sea la disposición anímica o de la voluntad del sujeto; y así, tenemos los delitos dolosos, en que la meta o el fin de la conducta que el sujeto desarrolla es precisamente lesionar un bien jurídico. Y tenemos, en cambio, los llamados delitos culposos o cuasidelitos, en los cuales el sujeto no persigue como finalidad la lesión de un bien jurídico, pero esta lesión se produce, debido a un comportamiento descuidado, debido a la inobservancia de la cautela, diligencia o cuidado requeridos.

El médico cuando opera trata de sanar o aliviar, no persigue como meta de su acción lesionar la integridad corporal del paciente. El fin de curar es incompatible con el dolo de lesionar y lo excluye, ya que mientras en uno —en la actividad curativa— se tiende a la protección del bien jurídico salud, en el otro, en el delito doloso, se persigue su agresión.

Entonces, la intervención médica, llevada a cabo conforme a las reglas del arte y con finalidad curativa, no llena ningún tipo delictivo, aun en caso de resultado funesto, ya que es una acción que no ha perseguido lesionar o matar al enfermo; y el tipo de lesiones u homicidio dolosos suponen que se persiga ese fin como meta u objetivo de la acción. No existiendo una conformidad entre la actuación concreta del médico, cortar o amputar, por ejemplo, con el propósito de restablecer la salud y la conducta descrita en la ley: herir, con el ánimo de dañar la salud, la conducta es atípica, no entra en colisión con las normas penales y no puede configurar un delito. Podríamos decir medicar es curar y curar puede implicar lesionar corporalmente, pero sólo en un sentido material o físico, no en un sentido jurídico-penal.

La exclusión del tipo doloso de lesiones corporales o de homicidio discurre únicamente sobre la base de una acción curativa, objetiva y subjetivamente realizada, conforme a las reglas de la *lex artis* y con el debido cuidado. En caso de una acción lesiva para el paciente, realizada sin fin curativo, estaremos en presencia de una figura dolosa de homicidio o de lesiones. Sin embargo, aún la ejecución de un acto dirigido al amparo de la salud, pero que la lesiona, puede dar lugar a responsabilidad penal, cuando se lo realiza con culpa, con infracción al deber de observar el cuidado requerido. En términos generales, esto ocurrirá cuando el tratamiento curativo es llevado a cabo con impericia o negligencia, con "Negligencia Culpable" como lo exige el artículo 491 del Código Penal chileno. Por consiguiente, en presencia de un resultado funesto, sólo podremos afirmar el carácter delictual del acto del médico si no hubo fin de curar (será un delito, por lo tanto, doloso porque el propósito ha sido lesionar la integridad corporal y no restablecerla o mejorarla) o si habiéndolo (el fin curativo), se prescindió del cuidado debido en esa situación concreta y estaremos en presencia de un delito culposo o cuasidelito.

No cabe duda que las situaciones de perjuicio causado al paciente culposamente son las que tienen mayor interés y posibilidades fácticas de discusión; las conductas dolosas son en realidad ajenas al tratamiento médico, porque no

tienen carácter curativo y sin duda son excepcionales. Los delitos culposos constituyen el ámbito propio de la responsabilidad del médico por sus intervenciones de índole curativa, conductas conocidas genéricamente como negligencia profesional. Como señala Antón Oneca, gran penalista español, "el médico no debe pasar del quirófano a la cárcel, a no ser que medie grave imprudencia o impericia".

Nos adentramos aquí en el complejísimo terreno de la culpa penal, que alguna vez, en época ya lejana, fue llamada la hija ilegítima del Derecho Penal por la absoluta preeminencia dada a los hechos dolosos. Hoy en día nadie discute la gran trascendencia social que tienen los hechos cometidos con culpa, con descuido, que en la vida diaria son mucho más frecuentes que los cometidos con dolo, y representan en términos cuantitativos una mayor amenaza a los bienes jurídicos protegidos. En esta clase de hechos punibles los llamados cuasidelitos, y que la legislación chilena sanciona sólo por vía muy excepcional, porque la regla general es su impunidad y excepcionalmente se sancionan sólo cuando atentan contra las personas, el sujeto no persigue provocar un resultado antijurídico, su voluntad final no está dirigida —como en el delito doloso— a lesionar un bien jurídico. Aquí hay una falta de respeto, una falta de consideración por la integridad de los bienes jurídicos, pues se manifiesta en la manera descuidada o imprudente de actuar. En la actuación dolosa, en cambio, hay una postura de máxima hostilidad hacia esos bienes, ya que se persigue como meta la lesión de ellos. En estos delitos culposos lo que se le reprocha al sujeto es no haber observado en su comportamiento el cuidado requerido y exigible para evitar un resultado indeseable, no buscado, pero previsible para él en su situación concreta y que pudo haber sido evitado mediante una conducta cuidadosa. Lo que hace generalmente reprochable la situación no es el fin perseguido, que puede ser altamente benéfico o laudable, lo que ocurrirá normalmente en el acto médico curativo, sino el modo concreto de realizar la conducta.

Indudablemente, la responsabilidad culposa del médico se plantea sólo como consecuencia del fracaso de su actuación con resultado de lesiones o de muerte para el paciente. La noción de fracaso es, sin duda, relativa y no fácil de determinar; por eso, el artículo 24 del Código de Ética Profesional del Colegio Médico de Chile señala que "ningún médico, por la naturaleza de la ciencia y del arte que profesa, puede asegurar la precisión de su diagnóstico, ni de garantizar la cura del paciente". Sin embargo, cuando del tratamiento o intervención se deriva un daño para la integridad del paciente, ello será, al menos materialmente, un indicio de fracaso profesional. No obstante, cabe señalar de partida que no todo acto médico fracasado implica obligatoriamente la concurrencia de un delito culposo, ya que es indispensable que el resultado perjudicial haya sido ocasionado directa e inequívocamente por la inobservancia del deber de cuidado, de cautela, diligencia y atención. Por lo tanto, constituye un presupuesto esencial e indiscutible la comprobación de que el facultativo actuó de manera descuidada, desde el momento que el tratamiento infructuoso no equivale siempre a responsabilidad por culpa. Basta pensar que el fracaso se debe muchas veces al azar ingobernable, a cursos causales imprevisibles, que escapan a toda previsión y dominio del sujeto actuante. Hasta en la intervención más sencilla, según tenemos entendido, le puede sobrevenir al paciente un shock inesperado e impredecible. Nos enfrentamos entonces a una cuestión fundamental: en qué consiste el deber objetivo de cuidado en el tratamiento médico, cuál es el contenido del mismo y qué obligaciones impone a quien debe observarlo. Dicho de otro modo,

cuándo nos hallamos frente a una infracción del mismo. Tarea ardua, cuya dificultad es reconocida por los autores, ya que nos hallamos ante conceptos normativos que, sin embargo, no están ni pueden estar precisados en la ley. La ley no podría en ningún caso señalar en forma precisa y a priori cuál es la conducta cuidadosa que hay que observar en toda la gama verdaderamente infinita de los sucesos humanos. Es al juez a quien le incumbe en cada caso concreto determinar el cuidado debido en esa situación y si ha existido la observancia o la infracción del mismo. Esta determinación, por difícil que sea, no puede quedar entregada a una mera apreciación subjetiva del juzgador, sino que tiene que basarse en general en los elementos que le entregan la propia ley, las reglas que gobiernan el ejercicio de la actividad (*lex artis*) y, muy particularmente, las circunstancias fácticas del caso concreto. Además, el juez deberá establecer también si entre la acción descuidada y el resultado lesivo para el paciente ha existido una relación específica, es decir, que la lesión haya sido ocasionada por la negligencia del médico y así como ha dicho Welzel debe establecerse con una probabilidad lindante con la certeza que el resultado ha sido producido por la violación del cuidado exigido. En caso contrario, debe absolverse.

Esta tarea de determinar en cada caso concreto si la lesión o menoscabo del paciente se debió inequívocamente al comportamiento descuidado del médico, acreditado previamente como tal, es sin duda difícil, ya que, como sabemos, gran parte de las acciones curativas, especialmente quirúrgicas, suponen que el cuerpo del paciente sufra alguna lesión, un detrimento de su armonía e integridad corporal. Basta pensar en la amputación de una extremidad, en la extirpación de un órgano. Hay casos en que la tarea curativa puede exigir lesiones de gran magnitud.

Debido al carácter eminentemente conjetural de la ciencia médica, a la relatividad del diagnóstico, a la ausencia de métodos absolutamente infalibles, a la amplia gama de variantes o modalidades distintas que una misma enfermedad puede presentar —por algo Hipócrates dijo que no hay enfermedades sino enfermos—, a la diversidad de reacciones del paciente, a la complejidad creciente de las técnicas, que requieren mayores capacidades individuales, pero, al mismo tiempo, más apoyo humano y tecnológico, al riesgo consustancial que implica su ejercicio, etc., no es tarea fácil para un juez resolver en forma precisa, y más allá de toda duda razonable, cuándo la lesión ha sido provocada específicamente por descuido del médico, o ha sido propia del tratamiento, o la culminación fatal de la dolencia, o consecuencia del azar ingobernable. Quintano Repollés, gran estudioso de los problemas de la culpa penal, señala al respecto: “Juzgar si la maniobra de un chofer ha sido imperita y determinante del accidente; o si el cálculo de resistencia de materiales de un puente resultó errado, ocasionando su hundimiento, son cuestiones de hecho que apenas ofrecen portillo alguno de duda. En cambio, decidir si el diagnóstico de un médico fue equivocado o si la operación se llevó a cabo con toda la diligencia y pericia debida, resulta la más de las veces imposible, al menos en el grado de certidumbre que una condena criminal requiere”.

El problema del fracaso, es decir, producción de consecuencias desfavorables que se derivan para el paciente, de una intervención o de un tratamiento, nos vincula con la noción de error o fallo técnico. Este supone un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de la actuación del médico, especialmente: un tratamiento médico no indicado; aplicación de un tratamiento indicado, pero no realizado conforme a la técnica

curativa adecuada al caso concreto y a la finalidad perseguida; omisión del tratamiento adecuado, necesario y posible de realizar.

El concepto del fallo técnico o error profesional no implica por sí mismo una valoración jurídico-penal. Se trata, como ha dicho Eberhardt Schmidt, de la comprobación puramente fáctica de que un determinado caso concreto no es correcto desde un punto de vista médico. Es posible la existencia de un fallo técnico sin que paralelamente el deber de cuidado haya sido violado. La falla técnica, se dice, o el error profesional, es un concepto científico y no implica eo ipso la culpa, que es lo jurídico, situación que, por otra parte, en más de una ocasión se origina fortuitamente. Lo decisivo en Derecho no es tanto el error en sí, como la causa del error. En resumen, la comprobación de un fallo técnico, acompañado de resultado perjudicial para el paciente, es decir, de fracaso, constituye un indicio que motiva la comprobación subsiguiente de si se produjo paralelamente la infracción del cuidado requerido.

Aun cuando en muchos casos se pueda identificar el fallo técnico con una conducta contraria al deber de cuidado, relacionable a su vez con el fracaso, ello no siempre va a permitir calificar jurídicamente tal fracaso como consecuencia de esa conducta técnicamente inadecuada. Por ejemplo, en aquellas situaciones en que pese al empleo de la técnica adecuada, es decir, en un caso de ausencia de fallo técnico, el resultado funesto sobreviniese de todas maneras. Es necesario, entonces, como señala la doctrina que se ocupa de los complejos problemas de la culpa penal, que la acción contraria al cuidado sea relevante frente al resultado ocurrido y que la norma pretende evitar, obligando a actuar con cautela. Será relevante, cuando la conducta contraria a la realizada, o sea, una acción cuidadosa, técnicamente adecuada, hubiere evitado el fracaso y el daño consiguientes. Será en cambio irrelevante, neutral o indiferente, si el bien jurídico hubiera resultado lesionado de todos modos, aun con un comportamiento correcto. De tal manera, y sin perjuicio de que esta materia es arduamente discutida y controvertida, podríamos señalar que no se infringe el deber de cuidado cuando en la situación concreta su obediencia no hubiere evitado el resultado negativo. Si, en el evento de una acción técnicamente correcta, el desenlace fuese el mismo, entonces el error o fallo cometido no ha sido el porqué jurídico de ese resultado, ha sido jurídicamente irrelevante frente al mismo, y la ley requiere que el daño se produzca *por negligencia culpable*. Aquí se puede recordar un ejemplo que ya es clásico en el tratamiento en esta materia, un caso de la jurisprudencia alemana, presentado a la literatura jurídica por Exner en 1930: en una operación que requiere anestesia local, el médico aplica cocaína en vez de novocaína, que era lo prescrito por la ciencia médica. Uso de la cocaína: fallo técnico, ya que es un procedimiento inadecuado, conforme a la *lex artis*. Sin embargo, se comprobó posteriormente que, dada la particular condición del paciente, probablemente habría fallecido igual si se le hubiera suministrado novocaína, es decir, si no se hubiera cometido el fallo técnico.

El deber de observar el cuidado requerido, cuya infracción constituye la esencia de la culpa penal, obliga al que emprende una acción riesgosa a prever los resultados previsibles, a tener en cuenta que puede dañar un bien jurídico y a conducirse de modo tal que pueda evitar esa consecuencia perturbadora. Este principio merece cierta consideración particular tratándose de la actividad médica, a la cual sin duda le es aplicable y con mucho mayor intensidad que al común de las personas, atendido el carácter intrínsecamente riesgoso de la actividad médica. Como sabemos, el ejercicio de esta ciencia es

consustancial a la asunción de ciertos riesgos, ya que de otro modo no podría existir ni actuar. El cirujano que hace cirugía cardiovascular corre el riesgo de que el paciente muera y puede, sin duda, prever esa posibilidad, al igual que el que opera a un enfermo de cáncer generalizado. ¿Deben abstenerse de actuar por la posibilidad presente y conocida del riesgo? El ordenamiento jurídico no puede prohibir toda actividad riesgosa o peligrosa, ya que ello significaría la paralización total de la vida social y la negación del progreso. Como un autor ha dicho, "un deber ilimitado de omitir toda acción de la que pudieran derivarse malas consecuencias conocidas como posibles condenaría al hombre a una inactividad absoluta".

En la mayoría de las acciones de la vida diaria se pueden provocar lesiones conocibles y previsibles a esos bienes jurídicos; en las conductas más ordinarias, que se realizan automáticamente, por su carácter doméstico y en las cuales ya ni siquiera se reflexiona, se puede crear un riesgo, que es conocido por el sujeto y que es previsible. Por ejemplo, el solo hecho de encerrar las escaleras de la casa ya es un acto que crea riesgos y ese riesgo es conocido por la dueña de casa que encera la escalera. El mejoramiento de los métodos preventivos y curativos, el descubrimiento de nuevos tratamientos y técnicas, en general prácticamente todo el avance y desarrollo de la medicina ha sido consecuencia de la asunción de un riesgo. Este riesgo, igual que otros, es socialmente adecuado, el ordenamiento jurídico no lo puede prohibir, atendido su valor social.

Diligencia objetiva, cumplimiento del deber de cuidado, significa, entonces, observar aquella medida de peligro que es socialmente adecuada. Un caso de peligro socialmente adecuado es precisamente el riesgo permitido en ciertas actividades socialmente valiosas, por ejemplo la actividad curativa médica, el tráfico motorizado, la fabricación de productos químicos, etc. Cuanto más necesario y socialmente valioso sea el fin perseguido, tanto más ampliamente autoriza el derecho un peligro de bienes jurídicos, a través de acciones que resultan necesarias para la consecución de aquellos fines.

La lesión al deber de cuidado, de diligencia objetiva, deriva de acciones que implican un aumento innecesario del peligro que es necesario y permitido para el ejercicio de la actividad y la obtención de sus fines. Por ejemplo, el médico que para curar una lesión superficial, para lo cual sería suficiente la anestesia local, aplica anestesia general, con sus conocidos riesgos, en un paciente que presenta reacciones anormales frente a esta técnica.

Es claro, por otra parte, que el facultativo deberá abstenerse de actuar cuando la situación de riesgo supera su propia capacidad de enfrentarla y manejarla adecuadamente hacia la obtención del fin curativo, sea por medios insuficientes o falta de habilidad. En tal caso, deberá buscar, siendo posible y permitiéndolo la situación concreta, una alternativa más segura para el paciente, por ejemplo, derivarlo a un especialista, trasladarlo a un establecimiento asistencial. El que no es capaz de realizar correctamente la acción planeada debe omitirla. Para él, la conducta correcta o el cuidado necesario será la omisión de la acción. En la iniciación o continuación de una actividad para la que el sujeto no es apto, hay una imprudencia; el art. 18 del Código de Ética Profesional señala que el médico debe dar al paciente la mejor atención posible y tener el criterio suficiente para derivarlo oportunamente. Este principio reconoce naturalmente excepciones, como cuando la gravedad del caso exige una intervención inmediata y se carece de la posibilidad real y concreta de derivarlo: es el único médico que existe en la localidad, no hay

especialistas u otro más capacitado, no hay establecimiento asistencial o está muy alejado. Es decir, en determinadas situaciones de necesidad, el riesgo de asumir la intervención debe ceder, y ser aceptado ante el mayor peligro social que encierra la no actuación. Este tipo de situación está sin duda muy enlazada con la actividad médica funcionaria, en la que en muchas ocasiones el cumplimiento del deber, por las circunstancias concretas de carencia en que se desempeña, impone la ejecución de acciones que deberíamos calificar objetivamente de imprudentes, conforme a los criterios aquí enunciados. El consultorio u hospital no dispone de anestesista y las pone el mismo obstetra que atiende el parto, situación que me ha sido informada como de regular ocurrencia en muchas partes.

En la tarea de comprobar la creación de un peligro socialmente inadecuado y por lo tanto demostrativo de una acción imprudente, a través del ejercicio de un acto médico, considero que deben tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes elementos directrices:

1. Todo tratamiento es un riesgo calculado, y al concretarse en la personalidad física o psíquica del paciente involucra peligros potenciales;

2. El margen de seguridad y su contrapartida, el margen de peligro, estarán influidos y determinados, sin duda, por las características de la dolencia y del enfermo, por la capacidad individual del facultativo, por el estado de la ciencia en ese momento, por la posibilidad de un diagnóstico preciso, por la urgencia de la intervención, por la eficacia de los factores técnico-instrumentales y de organización y los recursos humanos auxiliares; en fin, por las circunstancias concretas en que se actúa.

Y para terminar, cabe hacer una breve referencia a una situación actual, en que el ejercicio profesional de la medicina ha dejado de ser unipersonal y se caracteriza por el trabajo en equipo, por la tarea en conjunto y compartida por varios profesionales de distintas jerarquías, con distribución y delegación de diversas funciones, todas las cuales inciden en el resultado final, cuya eficacia depende del acto total. Sobre cada profesional pesa un deber de cuidado personal y su infracción generará una responsabilidad personal, ya que el injusto es personal. Pero aquí, en el trabajo en equipo, los trabajos individuales se interrelacionan en función del resultado final producto de la tarea conjunta; y ha surgido entonces la siguiente cuestión: en qué medida afectará al deber de cuidado del médico la actuación negligente de alguno de sus colaboradores —enfermeras, médicos, asistentes—; en qué medida serán responsables estos últimos. En este campo ha surgido modernamente el llamado principio de la confianza, creado por la jurisprudencia alemana para determinar la conducta cuidadosa o correcta en el tráfico motorizado, pero que la doctrina ha extendido también a otras situaciones, y que significa en términos generales que el que actúa cuidadosamente en el ejercicio de su acción puede confiar en que los demás partícipes actuarán del mismo modo, a no ser que se le manifieste expresamente lo contrario o concurren circunstancias especiales.

Aplicado este principio al trabajo médico en equipo es posible enunciarlo así: el médico puede, en principio, confiar en que sus colaboradores actuarán correctamente en la ejecución de las tareas asignadas, cuando se hallen debidamente preparados y adiestrados y son supervisados, en general, dentro de límites razonables.

Para que funcione, por lo tanto, el principio de la confianza, se requiere que el médico, llamémoslo en términos generales "jefe de equipo", actúe él

mismo en forma cuidadosa; éste es el supuesto previo y fundamental. Además, que califique correctamente la competencia de sus colaboradores y efectúe acertadamente la distribución de las tareas, según esa competencia. En términos generales, al médico podrá reprochársele únicamente la lesión al deber de cuidado cuando haya hecho posible o facilitado la conducta defectuosa de sus colaboradores, por falta de organización, o sea, por falta del cuidado exigido en la asignación de tareas, en las instrucciones y órdenes sobre las medidas a seguir para el cuidado del paciente o en la supervisión general. No podrá invocar este principio cuando le sea conocida o perceptible la incompetencia o una actitud imprudente de algún colaborador. En tal hipótesis, es previsible una perturbación de la tarea conjunta, debiendo adoptarse medidas para neutralizarla.