

inmediato se llama: un espacio seguro para la vida. En ciertos casos, se trata incluso, de una frontera nacional. Esto se verifica cuando los contenidos del conflicto y las formas de represión de los derechos humanos son condicionados o también inmediatamente impuestos por una lógica de violencia punitiva y estructural cuyo centro está fuera del país. En estos casos la lucha por los derechos humanos coincide con la lucha por el interés general de una nación.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MEDICO EN EL DELITO PENAL

Dr. Eduardo Morales Fernández
Médico Cirujano - Licenciado en Derecho

El objetivo de esta revisión es la de conocer todos los hechos por los que el médico puede llegar a ser responsable tanto civil por los que el médico puede llegar a ser responsable tanto civil como penalmente, cuando en base a su actuación profesional resultare perjudicado un paciente.

También el objeto de este trabajo es conocer cuáles son las teorías y en base a qué criterios, los estudiosos del Derecho creen que se puede eximir al médico de la responsabilidad cuando en una intervención suya se causa una lesión a un enfermo.

Se dará a conocer en esta revisión, y con base a nuestro *Código Penal*, cuáles son las normas que tipifican acciones por las que el médico puede verse involucrado, tanto penal como civilmente si fuere del caso.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad es de conocimiento general que en los últimos años las demandas contra el médico por responsabilidad legal, han incrementado considerablemente. Este hecho inquietante se deriva de varios factores.⁽¹⁾

- 1-. Por una parte, se debe al deterioro de la Sociedad en general.
- 2-. Esta Sociedad se preocupa fundamentalmente por un apasionado e ilimitado afán materialista, que la conduce a comerciar con el dolo, la enfermedad y la muerte (cobro de certificados de defunción).
- 3-. Por otro lado, la existencia de la medicina masificada, no permite que ésta se ejerza como antes, ya que el médico no tiene tiempo para dialogar con el enfermo para conocerlo, además el paciente no tiene la oportunidad de seleccionar a su médico, con excepción en las Clínicas Cooperativas Médicas, siendo atendido de prisa en una consulta médica donde se establecen normas para la atención de cierto número de pacientes por hora.
- 4-. En cuarto lugar, la casi desaparecida medicina liberal, la cual está en manos de un reducido grupo médico, época en que las demandas —una de ellas fue la que pretendía Beltrán Cortés contra el Doctor Ricardo Moreno Cañas, a instigación del Doctor Martínez— eran menos frecuentes.

(1) Amador Guevara José Dr. *Semana Médica Centroamericana y Panamá*, Crónica Médica. Responsabilidad Legal del Médico, Dic. 1965-1979.

- 5-. Una Sociedad donde el pensar en dinero ha invadido a todas las clases sociales, por lo demás, que los médicos permanezcan incontaminados.
- 6-. El paciente no sólo prevee un resultado positivo de la actuación médica, sino, que en alguna medida éste sea negativo por una conducta culposa por parte del médico, a quien se le someterá a un juicio penal y consecuentemente demandado civil para resarcir el daño, sin una valoración previa, que obvie la actuación de los Organos Jurisdiccionales, quienes por regla desconocen acerca de la materia médica, haciéndole carga al profesional en medicina con el peso de un proceso, lo que no sucede en otras profesiones donde el grado de culpa es más evidente. Posteriormente expóndremos con más detalle por qué el médico es sujeto activo en esta clase de demandas.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO EN EL DELITO PENAL

El Ordenamiento Jurídico que regula la vida del hombre en la sociedad aspira a la realización social de la justicia en dos direcciones fundamentales, la personal y la social o comunitaria, sancionando las conductas violatorias de los bienes jurídicos que protege de dos maneras, mediante sanciones represivas y sanciones reparadoras.

Las sanciones represivas tienen un sentido ejemplarizante y reprimen al autor del comportamiento antijurídico, la sanción reparadora es de tipo compensatorio y tiende a beneficiar a quien ha sido lesionado en sus derechos.⁽²⁾

Pero en lo penal, no hay conducta que merezca punición sin una norma tipificadora, en lo civil puede haber sanción en base a comportamientos ilegales de los principios de orden público o de las buenas costumbres.⁽³⁾

En lo que respecta concretamente a la responsabilidad penal del médico cuando está de por medio un tratamiento errado, la responsabilidad puede encuadrarse en las disposiciones de la parte Especial del *Código Penal*, que describen los delitos de homicidio culposo⁽⁴⁾, y de lesiones culposas⁽⁵⁾ respectivamente, y que reprimen a quienes dieron muerte o causaren un daño en el

(2) Fernando Castellanos, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa S.A., México, 1980, pags. 307, 308.

(3) Fernando Castellanos, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa S.A., México, 1980, pags. 307, 308.

(4) Atilio Vincenzi, *Código Penal y Leyes Conexas*, Lehmann Editores Costa Rica, 1982-1983, arts. 117, 128.

(5) Atilio Vincenzi, *Código Penal y Leyes Conexas*, Lehmann Editores Costa Rica, 1982-1983, arts. 117, 128.

cuerpo o en la salud de una persona, por imprudencia, negligencia, impericia -culpa- en su arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos a su cargo.

El interés de estudiar al médico como sujeto de responsabilidad penal surge por su propia condición profesional, su idoneidad que le es propia, de su trascendencia dentro de la comunidad, así como de la responsabilidad que descarga el Estado sobre sus hombros. El médico por poseer un gran caudal de conocimientos que se imparten a lo largo de su preparación, le incumbe utilizar los cuidados, pericia y diligencia que guardan los médicos y cirujanos de la localidad en casos similares. Es por esta razón que debe responder por los daños derivados de la ignorancia, de los conocimientos necesarios, pericia, de la omisión de razonables atenciones o por no haber empleado su mejor juicio.

Pero si el médico es responsable de su impericia, de su imprudencia o de su negligencia -por un diagnóstico incorrecto, tratamiento u operación-, no por norma debe responder por la eventualidad del daño, si está en el ejercicio de su profesión, punto al que hace referencia Juan Silva Riestra⁽⁶⁾, cuando dice que no se debe catalogar al médico como un ser irresponsable y criminal, sino que debe hacerse una regulación penal para la responsabilidad del médico, este es un planteamiento que se ha discutido en el ámbito médico, creando un proyecto de ley para ese fin.

A pesar de lo expuesto hay grupos de autores que no están de acuerdo con Silva Riestra, porque dicen que detrás del ser médico se crea una presunción de gran capacidad profesional, de la que es poseedor. Dicen estos autores que como el médico trabaja sobre los bienes más preciados que tutela el Ordenamiento Jurídico⁽⁷⁾ -la vida y la salud-, no puede esquivar las sanciones legales cuando por su incompetencia, ignorancia o por su negligencia es responsable. Han dicho otros autores al respecto, que en los casos descritos, el médico debe solicitar auxilio profesional en otros médicos de mayor avanzada, principalmente por su experiencia y pericia, así como por su criterio y opinión para ello, lo cual sería de gran valor.

Han dicho otros como Lacasse que el principio de responsabilidad médica es una medida de seguridad para los mismos médicos, es decir, los médicos instruidos, prudentes y concientes de su trabajo, y que es una amenaza para los médicos imprudentes, negligentes y faltos de pericia.

El criterio para determinar donde se inicia y donde termina la responsabilidad penal del médico, se basa en un criterio que no debe ser ni muy liberal ni muy severo. Si se toma en cuenta el criterio liberal se estaría prácticamente

(6) *Responsabilidad Médica Ante la Ley*, Revista Colegio Abogados de la Plata, año 9, N° 18, enero 1967, pág. 62.

(7) Dr. Jürgen Bauman, *Derecho Penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981, pág. 8.

frente a la impunidad, pero si se parte de un criterio estricto, se estaría frente ante un impedimento para ejercitar la medicina, porque como sabemos, en posibilidad de error⁽⁸⁾.

La conducta del médico, pasiva u activa, por una acción o por una omisión en el ejercicio de su profesión, o de mejor dicho en el mal ejercicio o mala práctica de la medicina, puede responsabilizarlo en uno de los campos del derecho: civil o penal, o bien en ambos.

El mismo hecho puede ser juzgado desde el punto de vista penal, si configura o no delito, y en su caso, si es tributario de una sanción, la cual puede ser: prisión, multa o inhabilitación. Ahora bien, si el hecho es juzgado en la vía civil, está destinado a acoger o rechazar una petición de resarcimiento o indemnización patrimonial. Este hecho médico puede corresponder a ambas responsabilidades que serán juzgadas por jueces distintos, de acuerdo con el criterio de la especialidad y de manera independiente o conjuntamente.⁽⁹⁾

En el terreno civil las acciones se originarán en daños al cuerpo humano, en su aspecto físico o somático, esfera síquica, o bien contra los derechos de la personalidad, de los cuales es titular toda persona física.⁽¹⁰⁾

PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL DEL MÉDICO

Los presupuestos de la responsabilidad civil y penal del médico son:

- 1-. Un comportamiento de la responsabilidad civil y penal del médico son:
- 2-. Que dicho comportamiento viole el deber de atención y cuidados propios de la profesión médica, es decir, el específico nacido de una obligación voluntaria, sea el genérico configurado en el obrar antijurídico.
- 3-. Que ese obrar antijurídico sea imputable subjetivamente al médico a título de culpa, dolor o malicia.⁽¹¹⁾
- 4-. Que del obrar antijurídico e imputable al médico represente para el paciente un daño –en el cuerpo, en la salud o en la síquis– patrimonial o moral.

(8) Jorge López Bolado, *Los Médicos y el Código Penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, pág. 22.

(9) Atilio Vincenzi, *Código Penal y Leyes Conexas*, Costa Rica Lehmann Editores, 1982-1983, arts. 117, 128; *Código Civil*, Costa Rica, art. 1045 mismo Autor.

(10) Atilio Vincenzi, *Código Civil*, Costa Rica, Lehmann Editores, 1988, art. 47.

(11) Atilio Vincenzi, *Código Penal y Leyes Conexas*, Costa Rica, Lehmann Editores, 1982-1983, art. 31.

- 5-. Que el daño sufrido por el paciente guarde una relación de causalidad adecuada con el hecho médico.⁽¹²⁾

El hecho médico que da origen a la responsabilidad por daños, es la conducta o el comportamiento humano, la cual puede ser un hecho positivo, es decir, una acción por comisión. Pero también puede ser un hecho negativo, que corresponde a una acción por omisión. En la responsabilidad extracontractual del médico, será normal que el hecho antijurídico sea una omisión.

Cuando se niega asistencia al enfermo, en la contractual se dan ambas formas. Es negativa la conducta de quien omite cumplir con sus deberes, siendo la actitud negligente; es positiva cuando cumple mal ante determinada situación, es decir, por imprudencia o impericia, ya que la prestación debida es un hacer, distinto a lo prometido, se cumple a medias.

Las personas jurídicas son responsables por los hechos antijurídicos y dañosos cometidos por sus funcionarios o sus dependientes en el ejercicio de las tareas encomendadas.⁽¹³⁾

Las personas físicas lo son por lo tanto responsables por los hechos propios como el de las demás personas de que se sirven, actúan como auxiliares o dependientes suyos.

Cuando se trabaja en equipo y bajo la dirección de un jefe, como acontece en las intervenciones quirúrgicas, es innegable que ese médico jefe es responsable indirecto de las contingencias dañosas –imputables– del acto quirúrgico, aunque el hecho no sea suyo, sino ajeno.⁽¹⁴⁾

Respecto a otros profesionales, encargados de la anestesia, radiología, la aplicación de rayos x, etc., habrá que examinar, en cada caso concreto, el grado de autonomía o dependencia que caracterizó su obrar.

En ocasiones el director médico tiene que responder como funcionario principal del órgano ejecutivo y, además, como médico jefe del establecimiento, y de la supervisión o control de los profesionales que ahí se desempeñan.

(12) Sala Primera Civil, N° 466 de las 9 horas del 31 de octubre de 1975, Ordinario de F.A.D. c. C.B. de Costa Rica.

(13) *Constitución Política de Costa Rica*, art. 73; *Ley Constitutiva Caja Costarricense de Seguro Social*, art. 1; Sala Primera Civil N° 23 de las 8:15 horas del 16 de enero de 1976 Ordinario (daños y perjuicios) de N.P.M c. J.L.B. y otra; Sala de Casación N° 97, de las 16 hrs. del 20 de agosto de 1976, ejecución de sentencia de M.G.C. cc. V.G.Q.S. y otro.

(14) *Reglamento General de Hospitales*, Imprenta Nacional, 1971, arts. 18, 27, 28, 29, 30, 31, 33.

JUSTIFICACIÓN DE LA ACTUACIÓN CULPOSA DEL MÉDICO.
LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN. EL ESTADO DE NECESIDAD.
EL CONSENTIMIENTO DEL DERECHO HABIENTE

Para explicar porque la conducta del médico no es punible a pesar de haber ocasionado la muerte o lesiones culposas en el ejercicio de su profesión, se ha recurrido por un lado a varias teorías⁽¹⁵⁾, y por otro lado se trataría de amparar en las causas de justificación.

Las causas de justificación, pertenecen a la Institución del Derecho Penal, que en nuestro *Código Penal* se encuentran en la parte General, en los artículos 25 a 29. Se llaman causas de justificación a las consecuencias que hacen desaparecer la antijuricidad, consecuencia de acciones u omisiones contrarias al orden jurídico, expresamente tipificadas en una norma.

En cuanto a la actividad del profesional en medicina, en algunas oportunidades, necesita estar justificada jurídicamente para no traducirse en delito, porque es bien sabido, que el médico actúa para conjurar un mal puede hacerlo porque media un estado de necesidad, si no existen otros medios legítimos para evitarlo y, aun cuando sobrevenga una lesión o la muerte del paciente, nada puede reprochársele al médico. Desde el punto de vista, las causas de justificación que más interesa estudiar, son el estado de necesidad junto con el consentimiento, las que analizaremos posteriormente en la exposición de la parte doctrinaria que explica la no punibilidad del médico.

Francisco Carrara, dice que la irresponsabilidad del médico tiene como fundamento jurídico la ausencia de dolo en su conducta, y no el consentimiento del paciente o enfermo; la verdadera razón de la inculpabilidad del médico está en su fin inocente, en que se excluye el dolo, por lo que debe eliminarse toda idea de criminalidad pues su actuación es con el fin de librar de una afección, o de un peligro para la salud, a una criatura humana.

Para el Tribunal Supremo Alemán (Reichsgericht) cuando el médico en una intervención quirúrgica causa lesiones o como resultado del acto quirúrgico el paciente muere, se justifica si ha habido consentimiento del enfermo; en nuestro medio se da ese consentimiento expreso en varias normas⁽¹⁶⁾. En este mismo sentido se expresa Santos Briz, cuando sostiene que el consentimiento del paciente es necesario para la realización de operaciones quirúrgicas, que en caso de no obtenerlo, el médico actúa en forma anti-

(15) Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad Civil del Médico*, Editorial Astres, Bs. As. 1979, págs. 162 a 167. López Bolado, *Los Médicos y el Código Penal*, Editorial Universidad, Bs. As. págs. 50 a 54.

(16) Atilio Vincenzi, *Leyes Usuales*, Costa Rica, Lehmann Editores, *Ley General de Salud* arts. 22 y 27; *Reglamento General de Hospitales*, Imprenta Nacional, 1971, art. 310; *Código de Familia*, art. 131; *Código de Moral Médica*, art. 21.

jurídica, con obligación de indemnizar los daños que se causen al ofendido⁽¹⁷⁾.

Graff Zu Dohna afirma que la intervención quirúrgica está justificada, cualquiera que sea el resultado, siempre y cuando ésta constituya un remedio adecuado para un fin correcto, ya que éste es el fin que el Estado reconoce a la medicina.

Otra tesis para explicar la punidad del hecho, es la que Stoass plantea, cuando dice que el cirujano que está efectuando una intervención quirúrgica a un paciente, no quiere lesionar su cuerpo o su salud, y no quiere dañarlo, porque todo su esfuerzo está dirigido a mejorar la salud del paciente, por lo tanto no se le debe demandar como responsable.

Para Beling el fenómeno jurídico que exime de responsabilidad al médico en estos casos, es el estado de necesidad, porque como bien sabemos, el estado de necesidad, es aquel que ante una situación de peligro actual o inminente para aquel que ante una situación de peligro actual o inminente para intereses protegidos por el derecho no queda otro remedio que la violación de los intereses jurídicos protegidos de otros: Righi, en Italia comparte esta misma tesis que exime al médico de responsabilidad.⁽¹⁸⁾

Pero este peligro debe reunir los siguientes requisitos de: actualidad, inevitabilidad y no voluntariedad; debemos aclarar que si el obrar es por falta de pericia o diligencia del propio médico, el que causa el estado de necesidad, sacrificando un bien jurídico menor en salvaguarda de otro de mayor jerarquía, no puede ampararse en esta causa de justificación.

EL CONSENTIMIENTO

El consentimiento se encuentra regulado en nuestro Ordenamiento Jurídico en varias normas, para nuestro enfoque en el artículo 26 de nuestro *Código Penal* y ampliamente en la normativa que regula el ejercicio de la medicina en nuestro País, en los artículos 22, 27 *Ley General de Salud*, 21 *Código de Moral General de Hospitales*, 131 *Código de Familia*, 21 *Código de Moral Médica*, así como en el reverso de la hoja de exoneración o admisión que firma el enfermo al ingresar en cualquier hospital nacional.

Artículo 26 -*Código Penal*-: No delinque quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de quien válidamente puede darlo.

(17) Santos Briz, *Derecho de Daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963, pág. 375.

(18) Fontán Balestra Carlos, *Tratado Elemental de Derecho Penal*, Editorial Bs. As. Abeledo Perrot, pág. 161.

Artículo 22, *Ley General de Salud*: Ninguna persona podrá ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico que implique riesgo para su integridad física, su salud o su vida, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada a darlo legalmente si estuviere impedido para hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones quirúrgicas de urgencia.

Artículo 27, *Ley General de Salud*: Los padres, depositarios y representantes legales de los menores e incapaces no podrán negar su consentimiento para someter a sus representados a prácticas o tratamientos cuya omisión implique peligro inminente para su vida o impedimento definitivo, según dictamen de dos médicos. Este artículo es concordante con lo dispuesto en el artículo 26 del *Código Penal*.

Artículo 310, *Reglamento General de Hospitales*: Todo paciente en estado de lucidez deberá ser informado de cualquier intervención, procedimiento o examen cruento que deba efectuársele y deberá firmar debida autorización para que se le realice tal tipo de tratamiento; en caso de enfermos menores de edad o inconscientes, la autorización deberá firmarla su representante legal o su pariente más allegado disponible. También en este artículo hay concordancia con el artículo 26 del *Código Penal*.

Artículo 131, *Código de Familia*: Cuando sea necesaria una hospitalización, tratamiento, o intervención quirúrgica decisivos e indispensables para resguarda la salud o la vida del menor, queda autorizada la decisión facultativa pertinente aún contra el criterio de los padres.

Artículo 21, *Código de Ética Médica*: Con las excepciones que establece la Ley, el médico está obligado a informar a sus pacientes sobre el riesgo presente o eventual de cualquier medicamento o procedimiento médico o quirúrgico, y no debe emprender ninguna acción sin el consentimiento del paciente, o de las personas de las cuales éste dependa, si es menor de edad o está incapacitado jurídicamente, exceptuados los casos de absoluta imposibilidad y urgencia.

Desde el punto de vista teórico se acepta la figura del consentimiento presunto, siempre y cuando el autor haya obrado en interés del sujeto pasivo, como en el caso del médico, pero además deben concurrir todas las condiciones del consentimiento:

- 1-. El sujeto que lo otorga debe ser capaz de comprender la situación en la que da el consentimiento.
- 2-. El consentimiento debe ser anterior a la acción.
- 3-. El consentimiento no debe prevenir de un error ni haber sido obtenido mediante engaño o amenaza.

En cuanto a la OBEDIENCIA DEBIDA como causa de justificación, no puede alegarse respecto al hecho médico, ya que el superior jerárquico no

tiene la dirección técnica en relación con el quehacer médico profesional, puesto que no puede impartir órdenes acerca de que manera se debe atender, que método, técnica o tratamiento debe emplear. Si el médico, a pesar de su jerarquía y autonomía científica, se somete a la orden, no puede justificar después del daño causado alegar causal de obediencia debida, porque falta aquí uno de los requisitos para la operabilidad de la causa de justificación, en donde el hecho debe ser extraño a quien observa el comportamiento debido.⁽¹⁹⁾

FACTORES DE IMPUTABILIDAD

Los presupuestos de la responsabilidad civil del médico en el delito penal, giran alrededor de dos puntos: la culpa con sus componentes por un lado (impericia, imprudencia, negligencia e inobservancia de reglamentos), y por otro lado, la penal por lesiones y muerte culposas (artículos 1045 *Código Civil* y 117, 128 *Código Penal*).

Carlos Fontán Balestra dice que: el delito consiste en causar por culpa la muerte o lesiones a un ser humano, en la que se necesitan los siguientes requisitos:

- a-. Voluntariedad del acto.
- b-. Falta de previsión.
- c-. Posibilidad de preveer.

PRESUPUESTOS DE LA CULPA

A continuación analizaremos cada uno y por separado los presupuestos o componentes de la culpa.⁽²⁰⁾

IMPRUDENCIA: Jiménez de Asúa dice que la imprudencia supone el emprender actos inusitados, fuera de lo normal y que por ello, pueden resultar efectos dañosos. Fontán Balestra hace referencia a que es la violación activa de las normas de cuidado o cautela que establece la prudencia. La imprudencia puede producirse por acción u omisión, confundándose con la negligencia cuando se da por una conducta negativa (Corrales Duarte vs. Northern Railway Company, Cas. N° 133 II Sem. II Tomo p. 1031).

(19) *Código Penal y Leyes Conexas*, Costa Rica, Lehmann Editores, 1982-1983, art. 36.

(20) Fernando Castellanos, *Lineamientos de Derecho Penal*, Editorial Porrúa S.A. México 1980, pág. 245. López Bolado, *Los Médicos y el Código Penal*, Editorial Bs. As. 1981, pág. 85 a 88. Sala Primera Civil, N° 466, 9 horas, 31 de octubre de 1975, Ordinario F.A.D. c. C.C.

NEGLIGENCIA: La negligencia consiste en la conducta omisiva, contraria a las normas que impone determinado comportamiento solícito, atento y sagaz (por ejemplo olvidar instrumentos quirúrgicos en la cavidad abdominal del paciente operado).

IMPERICIA: La impericia, consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte; equivale a la *inobservation des regles d'art*, de la doctrina francesa, a la *mal practice* de la inglesa y al *kunstfehler* de la doctrina alemana. Se puede, en cambio, ser perito, tener esas aptitudes y no emplearlas, en cuyo caso se no se obra con diligencia, o bien, poseer la pericia debida y no obstante actuar en la emergencia con temeridad o sea con imprudencia.

INOBSERVANCIA DE LOS REGLAMENTOS: En cuanto a la inobservancia de los reglamentos, se comprende todas las disposiciones de carácter general dictadas por las autoridades competentes en la materia de que traten.

Con esas cuatro expresiones, formas, rostros o faces de la culpa se quieren sintetizar todos los modos o maneras de mostrarse ese comportamiento reprochable. En consecuencia hay que tener presente lo siguiente:

- a-. Problemas técnicos o científicos de especial dificultad.
- b-. Problemas técnicos o científicos ordinarios y no particularmente difíciles.

Estos dos hechos, producen situaciones de imprevisibilidad, lo que permite al médico escapar a la responsabilidad por las consecuencias dañosas, porque una intervención quirúrgica con problemas de especial dificultad se convierte en un hecho fortuito, por lo que no podemos hablar de culpa.⁽²¹⁾

En estos momentos debemos analizar lo siguiente: **y es** que en toda actuación médica, de preferencia, en la rama quirúrgica hay una serie de entidades mórbidas que tienen un nexun de causalidad entre el paciente y el tipo de intervención quirúrgica, y no entre ésta y el cirujano. Es decir, que hay problemas técnicos o científicos de especial dificultad que producen un fenómeno de imprevisibilidad médica, lo que permite al médico escapar a la responsabilidad por las consecuencias dañosas. Por tal razón, no podemos hablar que se trata de una actuación culposa, sino por el contrario, se trata de un caso fortuito, por ende, desprovisto de sanción alguna.

Como la acción delictiva consiste en causar en el caso del médico lesiones culposas o en su máxima culpa homicidio culposos, debemos decir, que ante todo debe existir una relación de causalidad, es decir, una relación causa

(21) Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad Civil del Médico*, Editorial Bs. As., 1970, págs. 162 a 164, 204. *Código Penal de Costa Rica*, art.30.

efecto, que debe ser directa, próxima y principal del resultado. En resumen el autor no quiere la consecuencia dañosa, pero, si, obra imprudentemente o con negligencia. Por ello, no hay delito si la muerte se produce por culpa de la propia víctima o de terceros.

El vínculo causal existe cuando han mediado actos positivos del médico, que provocan daños al paciente. Incluido en este concepto está, también, el supuesto de que la omisión del profesional o la no aplicación del tratamiento debido prive al enfermo de su posibilidad de curación.

Se habla del dolo como causa de culpabilidad⁽²²⁾, en la que el médico podría verse involucrado, como es el caso del aborto -impune- con o sin el consentimiento⁽²³⁾ de la mujer, considerados como delitos calificados por el resultado, pues el médico podría internar pacientes en clínicas particulares, practicarles un aborto, y en caso de una eventual demanda, decir, que se trataba de un aborto terapéutico.

DELITOS QUE INVOLUCRAN PENALMENTE AL MÉDICO EN EL EJERCICIO PROFESIONAL

Hay una serie de delitos que se encuentran tipificados en la parte Especial del *Código Penal* con los que el médico se puede ver involucrado penalmente, no por la denominación de mal praxis o mala práctica médica, sino por el ejercicio incorrecto de la profesión.

Recientemente aparecen a la luz pública delitos que involucran al médico por el cobro indebido de servicios médicos, y que penalmente se denominan con el nombre de **CONCUSIÓN**, artículo 346 de nuestro *Código Penal* el cual dice: se impondrá prisión de dos a ocho años al funcionario público que, abusando de su calidad o de sus funciones, obligare o indujere a alguien a dar o prometer indebidamente, para si o para un tercero, un bien o un beneficio patrimonial. Y, con el nombre de **EXACCIÓN ILEGAL**, artículo 347 -del *Código* citado-: Será reprimido con prisión de un mes a un año el funcionario público que abusando de su cargo, exigiere o hiciere pagar o entregar una contribución o un derecho indebido o mayores que los que corresponden.

Estos delitos son conocidos -como ya se refirió un Colega Médico en un artículo- con el nombre de "biombo", y que hace alusión a un trato preferencial para el paciente cuando éste necesite evadir el tiempo que conlleva la espera de una cita, en la especie ya han sido sancionado penalmente y laboralmente algunos médicos.

Es importante preguntarse a la luz de estos delitos cuando son cometidos por el profesional en medicina, hasta donde se extiende su esfera de fun-

(22) (23) *Código Penal de Costa Rica*, arts. 30, 31, 118.

cionario público, y, analizar además en que momento se consuma el delito, si hay entre la fecha de la negociación –acto privado– y el momento de la realización del acto médico, continuación de la actividad delictiva. Sería interesante discutir el tema en una mesa redonda donde participen miembros del Colegio de Médicos y Cirujanos, autoridades de la Caja Costarricense de Seguro Social, Unión Médica Nacional y representantes del Ministerio Público.

En el artículo 129 Código Penal se regulan los trasplantes de órganos y las transfusiones sanguíneas como actos no punibles –tomado de Comentarios al Código Penal, Llobet-Rivero–, siempre y cuando se hayan realizado con el consentimiento del sujeto pasivo y la debida observancia de los procedimientos.

En cuanto a la recepción de órganos vitales para trasplantes el tema todavía no ha sido agotado, ya que recientemente se realizó una mesa redonda en el Poder Judicial, para fijar las pautas de la legalidad. El médico podría actuar con dolo, al acelerar lo que se conoce como muerte cerebral, que desde el punto de vista penal se tipificaría en un delito calificado por el resultado, como lo es el HOMICIDIO POR PIEDAD, artículo 116 –Código Penal– con la finalidad de obtener el órgano deseado.

El artículo 15 de la Ley sobre Trasplantes, en su contenido se refiere que las personas mayores de edad pueden ser donadores –cuando lo autoricen por escrito y con la presencia de dos testigos– a un receptor familiar hasta de cuarto grado de consanguinidad, hasta el tercero por afinidad y también a su cónyuge, como acto previo se les debe mencionar los riesgos y complicaciones de la intervención quirúrgica, un criterio es que este acto debe realizarse en una escritura ante un Notario Público.

ESTERILIZACIÓN VOLUNTARIA. Un asunto muy debatido en nuestro país es el de la esterilización voluntaria. El doctor en Derecho Penal, Francisco Castillo, emitió su tesis antes de que fuera dictado un Decreto Ejecutivo, diciendo que en la esterilización tenía vigencia la causa de justificación llamada “consentimiento del derecho habiente”. Replicando que al señalar el artículo 129 del Código Penal que no son punibles las lesiones que se produzcan al lesionado con su consentimiento cuando la acción tiene por fin beneficiar la salud de otros, tácitamente niega la eficacia del consentimiento en otros supuestos. Además el Código Civil en su artículo 45 hace referencia a los Derechos de la Personalidad cuando dice: que los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física, excepto en los casos autorizados por la ley. Es válido disponer del propio cuerpo o parte de él para después de la muerte. En nuestro caso, el Reglamento de Esterilizaciones autoriza esta práctica quirúrgica, siempre y cuando se realice siguiendo los procedimientos establecidos.

También debemos analizar lo referente al ABORTO IMPUNE, artículo 121 de nuestro Código Penal, no es punible el aborto practicado con consentimiento de la mujer por un médico o por una obstétrica autorizada, cuando no

hubiere sido posible la intervención del primero, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y éste no ha podido ser evitado por otros medios. En este caso se dan dos tesis, una que considera la actuación como una causa de justificación, llamada “estado de necesidad” porque lo que se quiere proteger es la vida de la madre, sacrificando un bien jurídico menor que es el producto, la otra tesis es considerarlo como una excusa legal absoluta, la cual sería perjudicial para el médico, como ya lo hemos mencionado.

La honorabilidad de un profesional en medicina podría verse cuestionada mediante un acto voluntario de una paciente, cuando tratase mediante artimañas demandarlo en la vía penal por ABUSOS Costarricense de Seguro Social. Puede confundir la paciente los exámenes médicos de los órganos genitales como una extralimitación, y demandar con base al artículo 161 concordante con el 156 del Código *ibidem*.

FALSEDAD IDEOLÓGICA EN LOS MÉDICOS. Los médicos pueden verse involucrados en la comisión de delitos contra la FE PÚBLICA, cuando certifique hechos por los cuales puedan resultar perjuicios.

Hay que analizar, porque ya se han ventilado en nuestros Tribunales de Justicia, lo relacionado con los CERTIFICADOS MÉDICOS FALSOS, es decir, sobre la existencia o inexistencia de alguna enfermedad o lesión –caso de los certificados de complacencia–, artículo 362, Código Penal, en este caso podemos decir que el médico actuó con dolo ya que previamente quería ese resultado. En el caso de las incapacidades de complacencia, es sabido en el ámbito médico el cuestionamiento hecho por parte de la Caja Costarricense de Seguro Social y la investigación realizada por parte del Organismo de Investigación Judicial.

Deben mencionarse los CERTIFICADOS DE NACIMIENTO y DEFUNCIÓN, dando FE PÚBLICA del nacimiento o muerte de un ciudadano, por estos hechos, médicos han sido declarados responsables del delito por los Tribunales de Justicia.

También es de mencionar que el médico podría ser sujeto de una demanda penal cuando omitiere el auxilio a una persona que se encuentre en un estado crítico de salud –quien podría hasta no morir, si el médico le socorriera profesionalmente–, según lo señala el artículo 142 del *Código Penal*. Se sanciona en esta figura no solamente al médico, sino a cualquier persona por el incumplimiento de un deber de asistencia impuestos por la convivencia social, produciéndose así un delito calificado por el resultado, artículo 142, *Código Penal*.

Cabe señalar, la INSEMINACIÓN ARTIFICIAL, procedimiento por medio del cual se introduce esperma humana en la vagina de la mujer, evitando la relación sexual destinada a la fecundación y procreación de un nuevo ser. Este acto médico se ha querido tipificar en el delito de violación en la República de Argentina, que en nuestro Código Penal se contempla en el artículo

156⁽²⁴⁾, pero tal delito no se da porque no hay penetración del órgano viril en la vagina de la mujer.

He querido brevemente analizar esta serie de posibilidades por medio de las cuales los profesionales en medicina pueden verse comprometidos en un juicio penal, que conociendo de antemano esta parte del Ordenamiento Jurídico evitarían estar sometido ante los Tribunales de Justicia.

COMENTARIO

Hemos analizando las causas de justificación de mayor importancia que pueden eximir de responsabilidad civil y penal al médico, cuando ha provocado lesiones a un paciente durante una actuación suya. También las tesis doctrinarias que al respecto discuten los entendidos del Derecho Penal, que también eximen al médico de responsabilidad.

En relación al consentimiento del enfermo, y del que hace referencia la doctrina, en nuestro Ordenamiento Jurídico se encuentran expresamente dichas normas, por medio de las cuales el enfermo, sus representantes legales o sus familiares, dan ese consentimiento expresamente y por escrito para que le realicen los actos médico quirúrgicos necesarios para mejorar su salud y las consecuencias que del tratamiento médico quirúrgico derivaren. Este sustento legal previamente mencionado se encuentra en los siguientes artículos: 26 *Código Penal*, 22 y 27 *Ley General de Salud*, 310 *Reglamento General de Hospitales*, 131 *Ley General de Familia*, 21 *Código de Moral Médica*. Además, es importante señalar que este consentimiento expreso y por escrito queda fielmente documentado en el reverso de la hoja de Admisión o Exoneración que el paciente o las personas responsables firman para que éste ingrese a cualquier hospital nacional.

En cuanto a la responsabilidad civil, que resultare del ejercicio médico profesional, se puede analizar desde varios puntos:

En primer lugar, la Constitución Política de Costa Rica, en su artículo 73, establece los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, cuya administración y gobierno estarán a cargo de una Institución Autónoma llamada Caja Costarricense de Seguro Social. Se demuestra claramente, que de este derecho constitucional nace una relación jurídica entre el trabajador y la Institución, es decir, nace a la vida jurídica un contrato tácito, porque el ciudadano cotiza por su atención médica, y la Caja Costarricense de Seguro Social, le vende esos servicios de atención médica.

En segundo lugar, del marco constitucional se desprende, que el trabajo es un derecho que tiene el individuo y una obligación de la sociedad, de acuer-

(24) López Bolado, *los Médicos y el Código Penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981, pág. 175.

do con el artículo 56 de nuestra *Constitución Política*. El médico, entonces es contratado directamente por la Institución, para que brinde sus servicios profesionales médico quirúrgicos a la sociedad en que vive.

Ante estas dos clases de contratos realizados por la Caja Costarricense de Seguro Social, el que mayor peso tiene es el que ella formaliza con el ciudadano, por cuanto debe cumplir con el mandato que la Carta Magna le ha encomendado.

Por lo tanto, la responsabilidad civil, que dimana de la actuación médica, es de tipo extracontractual, ya que no existe un nexun directo con el paciente, porque entre ellos nunca se ha firmado un contrato para la prestación de servicios médicos. Esta responsabilidad se encuentra inmersa en el contenido de los artículos 1045, 1047 y 1048 del *Código Civil*.

Para finalizar, debemos decir, que la Caja Costarricense de Seguro Social es responsable civilmente ante el paciente asegurado, cuando éste ha sido lesionado en sus derechos fundamentales, reafirma este punto el artículo 190 de la *Ley General de la Administración Pública*, por lo tanto, el médico no debe responder ante el enfermo o sus familiares por la responsabilidad civil que dimane de una actuación suya.

CONCLUSIONES

Se hizo un análisis de responsabilidad penal y civil del médico, en cuanto a su relación con las causas de culpabilidad, las cuales demuestran que cuando alguna de ellas interviene como presupuesto activo o pasivo, el profesional médico sería responsable de esta actuación. Sin embargo, las teorías que lo eximen de responsabilidad, no han sido aceptadas por nuestros Organos Jurisdiccionales, a pesar de la forma tan clara con que son expuestas por los entendidos en la materia.

Mi criterio es que, las demandas por "mal praxis" deben estudiarse detenida y profundamente por un cuerpo de peritos, tanto en materia médica como penal, con el fin de que manifiesten su criterio, de si el resultado mórbido, se debe a una complicación médico quirúrgica, o si este estado mórbido es el resultado de una actuación por impericia, imprudencia, negligencia o por inobservancia de reglamentos.

He estado como observador en algunas causas de "mal praxis", en las cuales he podido analizar los dictámenes médico legales -parte fundamental de la prueba pericial-, los cuales no se ajustan al caso, al iniciarse dicha valoración desde un enfoque subjetivo, por parte del médico forense por un lado por el otro lado, la interpretación literal del mismo por parte del juzgador y abogados, quienes por regla desconocen la realidad de la medicina y la ciencia quirúrgica, porque los cursos de medicina legal impartidos a los titulares de los Organos Jurisdiccionales no son suficientes para que ellos

hagan un juicio de valor, sobre la lesión o muerte culposa, objeto de la demanda de "mal praxis".

Al mencionar que debe ser un cuerpo de peritos, en materia penal y médica, me refiero a que dicho cuerpo sea un Tribunal Especializado en conocimientos y conceptos médicos técnicos necesarios, a partir de una instrucción suficientemente calificada y obtenida de observaciones médicas, para conocer los grados de dificultad a que se enfrenta el médico y el cirujano, para corregir el mal a un enfermo en medicina o cirugía, y que por tal aprendizaje, puede ser un buen examinador y crítico de la pericia médica.

BIBLIOGRAFÍA

- Amador Guevara José Dr. *Semana Médica Centroamericana y Panamá*, Crónica Médica. Responsabilidad Legal del Médico, Dic. 1979.
- Fernando Castellanos, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Editorial Porrúa S.A., México, 1980, págs. 307, 308.
- Atilio Vincenzi, *Código Penal y Leyes Conexas*, Lehmann Editores, Costa Rica, 1982-1983, arts. 1117, 128.
- Responsabilidad Médica ante la Ley*, Revista Colegio Abogados de la Plata, año 9, N° 18, enero 1967.
- López Bolado Jorge, *Los Médicos y el Código Penal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1981.
- Bauman Jürgen Dr., *Derecho Penal*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1981.
- Atilio Vincenzi, *Código Civil*, Costa Rica, Lehmann Editores, Costa Rica, 1988.
- Reglamento General de Hospitales*, Imprenta Nacional, 1971.
- Constitución Política de Costa Rica*.
- Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social*.
- Atilio Vincenzi, *Leyes Usuales*, Costa Rica, Lehmann Editores, Ley General de Salud.
- Mosset Iturraspe Jorge, *Responsabilidad Civil del Médico*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.
- Santos Briz, *Derecho de Daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1963.
- Fontán Balestra Carlos, *Tratado Elemental de Derecho*, Editorial Buenos Aires Abeledo Perrot.

DE LOS CONCEPTOS DE JURISDICCION Y COMPETENCIA

Dra. María Antonieta Sáenz Elizondo(*)

* Profesora asociada de la Universidad de Costa Rica de Derecho Procesal Civil y Teoría General del Proceso.