

Montevideo, 12 de junio de 2009.

Informe médico-legal sobre omisión de asistencia

1 Carácter del informe.

Se eleva el presente informe a solicitud del Consejo Directivo del SAIP-Cooperativa.

El informe consta de una parte general donde se describen los aspectos generales del problema desde el punto de vista médico-legal, un breve apartado jurisprudencial.

2 Consideraciones preliminares.

El asunto en estudio presenta de inicio algunas complejidades, especialmente desde la perspectiva de los médicos, muy lejana a la racionalidad y la cultura jurídica, a saber:

a. La omisión de asistencia es delito tipificado en ley penal, que tiene características muy singulares que serán motivo de análisis en el numeral 3.

b. Con independencia de constituir un tipo penal, la omisión del deber de asistencia por parte de los médicos puede violentar otras normas jurídicas, dando lugar a responsabilidad civil, administrativa y ética (además de otras formas de responsabilidad penal más grave desde el punto de vista de la pena). Así, una actitud omisa por parte de un médico podría no encuadrar perfectamente en el tipo penal “omisión de asistencia”, pero sí en el de “homicidio culpable” y/o determinar una obligación de reparación, un incumplimiento de los deberes de los médicos que están reglamentados (Decretos 258/992 y 204/001) o lo establecido por el Código de Ética que los socios del Sindicato Médico del Uruguay y la Federación Médica del Interior nos impusimos voluntariamente.

c. Desde el punto de vista cultural, están bastante impuestas ciertas creencias erróneas acerca de la omisión de asistencia. Esto ocurre a nivel del público en general, pero muy en particular entre los médicos y los estudiantes de Medicina. Por ejemplo, está muy extendida la falsa concepción de que se trata de un delito concebido para sancionar los incumplimientos de los profesionales de salud, o de que la falta de insumos asistenciales, la impuntualidad o la falta sin aviso pueden configurar una “omisión de asistencia”. No es rara la aparición de noticias o denuncias sobre “omisión de asistencia del Ministerio de Salud Pública”, lo que denota que no se toma en cuenta el carácter penal del delito, lo **que supone la responsabilidad de personas físicas.**

3 El delito de omisión de asistencia.

El delito de omisión de asistencia está previsto en el artículo 332 del Código Penal, de la forma que sigue:

“332. (Omisión de asistencia)

El que, encontrando abandonado o perdido un niño menor de diez años, o una persona incapaz de bastarse a sí misma por enfermedad mental o corporal o por vejez, omite prestarle asistencia y dar cuenta a la autoridad, será castigado con la pena del abandono¹, disminuida de un tercio a la mitad.

La misma pena se aplicará al que, por negligencia, dejare de prestar asistencia, dando cuenta a la autoridad, a un hombre desvanecido o herido, sepultado o en situación en que corra peligro su vida o su integridad física”.

La simple lectura de la norma muestra la distancia que la separa de la concepción vulgar de la “omisión de asistencia”.

Como se señaló, se trata de una tipificación con características muy singulares que se comentará por separado.

3.1 La omisión típica.

En materia penal, los delitos son acciones u omisiones “típicas”. Esto es, acciones u omisiones previstas como delitos en la ley. De modo tal que la acción u omisión punible debe coincidir perfectamente con la descripción del tipo penal (adecuación típica).

La mayoría de los delitos son acciones que violan una prohibición de hacer (ejemplo: el homicidio viola la prohibición de no matar). Contrariamente, el delito en estudio integra el grupo muy minoritario en que lo que se castiga es una omisión, es decir, el incumplimiento de una obligación de hacer.

Otra peculiaridad del artículo 332 es que prevé dos hipótesis diferentes capaces de configurar un mismo delito:

Inciso 1º: Omitir prestar asistencia y “*dar cuenta a la autoridad*” en la hipótesis de encontrar “*abandonado o perdido un niño menor de diez años, o*

¹ “Artículo 329. (Abandono de niños y de personas incapaces)

“El que abandonare a un niño, menor de diez años, o a una persona incapaz de bastarse a sí misma, por enfermedad mental o corporal, por vejez, que estuviera bajo su guarda y a la cual debiera asistencia, será castigado, cuando el hecho no constituya un delito más grave, con la pena de seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría”.

una persona incapaz de bastarse a sí misma por enfermedad mental o corporal o por vejez”.

Inciso 2º: “*Dejar de prestar asistencia, dando cuenta a la autoridad”, a “un hombre desvanecido o herido, sepultado o en situación en que corra peligro su vida o su integridad física”.*

El primer inciso propone una situación de riesgo potencial, mientras que el segundo corresponde a un peligro cierto y manifiesto.

Respecto a cuál es la obligación cuyo incumplimiento es merecedor de una sanción penal, no existe diferencia para cada una de las hipótesis. En efecto, en ambos casos la obligación es doble.

Para no incurrir en el delito se deben ejecutar dos acciones (no basta con una sola de ellas): prestar asistencia y dar cuenta a la autoridad. Esto resultará de interés para el análisis de la relación entre la actividad médica y la omisión de asistencia.

3.2 Delito de peligro

Casi todos los delitos se consuman cuando se daña un bien jurídico tutelado por el Derecho Penal (son denominados “delitos de daño”).

Sin embargo hay un pequeño grupo de delitos –llamados delitos de peligro- cuya consumación no requiere dañar un bien jurídico tutelado, sino solamente ponerlo en peligro. Este es el caso del delito de omisión de asistencia, por lo que resulta irrelevante que de la omisión de prestar asistencia se haya derivado un daño a la integridad física o la vida del sujeto en peligro.

Esta es otra de las características generalmente ignoradas cuando se habla de la omisión de asistencia en el sentido vulgar.

3.3 La culpabilidad.

Los delitos pueden ser cometidos en forma intencional (dolo), ultraintencional o culpable. Así, “*el hecho se considera **intencional**, cuando el resultado se ajusta a la intención; **ultraintencional** cuando el resultado excede de la intención, siempre que tal resultado haya podido ser previsto; **culpable**, cuando con motivo de ejecutar un hecho, en sí mismo jurídicamente indiferente, se deriva un resultado que, pudiendo ser previsto, no lo fue, por imprudencia, impericia, negligencia o violación de leyes o reglamentos” (art. 18 del Código Penal).*

Como norma general, los delitos son perseguibles penalmente cuando se cometen con dolo, ya que “*el hecho ultraintencional y el culpable sólo son punibles en los casos determinados por la ley” (art. 18 del Código Penal).*

Sin perjuicio de lo anterior, también se castiga la tentativa¹ (aunque el delito en estudio, obviamente, carece de tentativa).

En el delito de marras, se da la situación que la hipótesis contenida en el inciso primero sólo admite su comisión a título de dolo (intencional), en tanto que la contenida en el segundo corresponde expresamente a un accionar culpable (por negligencia). Esto no obsta que pueda perseguirse si se comete a título de dolo, ya que el artículo 21 establece que “*si basta la culpa, se castiga también el dolo; pero si se requiere el dolo, no se imputa la culpa*”. Pero, en todo caso, el supuesto del inciso 1º requiere dolo, en tanto en el segundo basta que sea por un accionar negligente.

3.4 Los médicos y la omisión de asistencia.

Como surge del texto legal, el sujeto activo del delito no está calificado, es decir que el autor puede ser cualquier persona física que incurra en la omisión (no prestar asistencia y/o no dar cuenta a la autoridad).

En consecuencia, el médico –como cualquier otra persona física- puede ser autor del delito de omisión de asistencia. **El delito podrá ser cometido en un acto común de la vida diaria (por ejemplo: conduciendo un automóvil atropellar a un peatón y abandonar el lugar sin asistir a la víctima) o en el curso de su desempeño laboral profesional.**

En el primer caso (el médico fuera de su ambiente laboral), cabe señalar que si bien el deber de auxiliar a un semejante en peligro de su vida o integridad física le es exigible a todos los individuos, la doctrina afirma que en el caso de los médicos **este deber se acrecienta por disponer de un saber especializado que haría más eficaz esta ayuda.**

A propósito del segundo supuesto (el médico en su ambiente laboral), hay que señalar que parece muy obvio que el codificador no pensó este delito para los médicos en el ejercicio de su profesión. De hecho, pocas veces se nos aplica, si bien –como se explicará- habría muchísimas oportunidades para incriminarnos como autores de omisión de asistencia en base a una aplicación “piedeletrista” de la norma penal. Nótese que son muy numerosas las ocasiones en que un médico está frente a un hombre cuya vida “*corre peligro*” como indica el inciso 2º del art. 332. En tales oportunidades el médico habitualmente le presta asistencia pero raramente -o casi nunca- da cuenta del hecho a “*la autoridad*”, como obliga el texto legal. De hecho, en puridad, cada vez que un médico asiste diligentemente a un paciente portador de meningitis, infarto de miocardio o neumonía grave –para citar tres ejemplos muy frecuentes- incurre en el delito de omisión de asistencia, toda vez que no dio cuenta a la autoridad del hecho.

¹ También se persiguen la tentativa, es decir, cuando se empezó la acción pero no se llegó a completarla “*por causas independientes de su voluntad*” (art. 5 del Código Penal).

Y nada de esto obsta que el delito de omisión de asistencia haya sido tipificado a médicos por omisiones cometidas en el ejercicio de su desempeño profesional (en todos los casos por dejar de prestar asistencia y no por omitir dar cuenta a la autoridad). Existe alguna jurisprudencia bastante paradigmática en la materia que se reseñará oportunamente.

4 Omisión de asistencia fuera del ámbito penal.

Las posibles consecuencias de la omisión en brindar asistencia no se agotan en lo previsto en el art. 332 del Código Penal.

En efecto, en la propia ley penal se prevén omisiones que pueden dar lugar a sanciones más graves que el delito de “*omisión de asistencia*”, como cuando de la no actuación –intencional o negligente- sobreviene un daño a la vida o la integridad física. Sería el caso de los delitos de lesiones personales, lesiones graves, lesiones gravísimas o del propio homicidio.

Si bien el homicidio intencional (definido por el art. 310 del Código Penal como dar muerte con intención de matar) no resulta concebible dentro de la actuación profesional del médico, sí puede ocurrir bajo su forma culposa (por negligencia, imprudencia, negligencia o violación de leyes y reglamentos), existiendo diversos antecedentes jurisprudenciales. A los fines que nos ocupa, tiene gran relevancia el precepto legal por el cual “*no impedir un resultado que se tiene la obligación de evitar, equivale a producirlo*” (art. 3 del Código Penal).

En el plano administrativo, se debe tomar en consideración lo establecido en el Decreto 258/992 (para los médicos del MSP y aplicable por analogía al resto¹) y el Decreto 204/001 (que extendió la obligatoriedad del anterior en forma expresa a todos los médicos del sistema público o privado²):

¹ Artículo 45.- *Las normas contenidas en el presente decreto son de aplicación directa en el ámbito de todas las dependencias del Ministerio de Salud Pública, cualquiera sea la forma de vinculación funcional de los profesionales que se desempeñan en las mismas.*

Art. 46.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo precedente, las normas contenidas en el presente decreto serán aplicadas por la Comisión de Salud Pública en aquellos casos en que sea llamada a juzgar comportamientos médicos acaecidos fuera del Ministerio de Salud Pública pero respecto a las cuales sea llamada a intervenir de acuerdo a su competencia legal. De igual modo procederá la Dirección General de la Salud, a través de sus reparticiones con competencia de fiscalización, en la apreciación de conductas que incidan en la calidad de la atención por parte de las instituciones sometidas a su control.

² Art. 1- *Extiéndase con carácter obligatorio a todas las Instituciones de Asistencia Médica Públicas, Colectivas y Privadas de cualquier naturaleza, la aplicación del Decreto No. 258/992 de 9 de junio de 1992.*

Art. 2.- La violación de lo dispuesto en el presente Decreto será considerada falta grave pasible de sanción.

“Art. 7- El médico debe, en circunstancias de urgencia, prestar inmediato auxilio al herido, accidentado o enfermo grave que se encontrare en su presencia o inmediata proximidad, carente de asistencia o necesitando su colaboración profesional con la de otros médicos y, asimismo, ocuparse de obtener en el lugar del hecho todos y los más adecuados recursos, y de no ser ello posible, procurar el traslado del paciente, en las condiciones más apropiadas que sea posible. Asimismo, debe concurrir prontamente ante un llamado apremiante”.

“Art. 8- El médico debe, en circunstancias no urgentes, asistir al enfermo a su cargo en toda situación durante el curso de la misma enfermedad y cuando encontrare obstáculo absoluto para ello, avisar de inmediato al paciente o a sus representantes y suministrar a su sustituto la información pertinente a efectos de mantener la continuidad asistencial sin inconvenientes ni perjuicios para el enfermo. Asimismo, debe prestar asistencia a todo el que solicite sus servicios de ser único en una localidad”.

“Artículo 19.- Al médico le está prohibido negar asistencia, en las circunstancias a que refieren los Arts. 7 y 8 del presente decreto, sea de modo directo o indirecto, a todo paciente que lo requiera salvo situaciones excepcionales debidamente autorizadas por la autoridad competente”.

Nótese que la violación de esta norma administrativa puede – además- configurar una de las formas de la culpa médica (por violación de leyes o reglamentos).

Finalmente, **resulta obligada una mención al Código de Ética Médica del SMU y FEMI**, el cual tiene aplicación directa en los tribunales éticos (sin perjuicio de que ha sido citado en la jurisprudencia como fundamento de la valoración del apartamiento del buen proceder profesional).

Es interesante señalar el art. 34, donde, al tiempo que se consagra el derecho a no asistir, se establecen las excepciones y, en particular, las urgencias: *“El médico tiene derecho a negar su atención por razones profesionales o personales, o por haber llegado al convencimiento de que no existe la relación de confianza y credibilidad indispensables con su paciente, con excepción de los casos de urgencia y de aquellos en que pudiera faltar a sus obligaciones humanitarias”.*

Eventualmente, podría resultar de aplicación el art. 11: *“La elección de la medicina como profesión implica asumir determinados riesgos en su salud individual. El médico responderá generosamente ante necesidades extraordinarias como catástrofes, accidentes, epidemias, conflictos bélicos, etcétera, que le exijan entrega y dedicación más allá de su práctica habitual”.*

5. Alguna jurisprudencia nacional.

La jurisprudencia sobre el delito de omisión de asistencia corresponde, en su mayor parte, a hechos de tráfico en los que un conductor, por ejemplo, no auxilió a un peatón u otro automovilista que fue embestido. No obstante hay también casos en que la omisión punible se relacionó con la actividad profesional de los médicos.

Seguidamente se reseñan brevemente tres casos jurisprudenciales bastante paradigmáticos para ejemplificar los criterios adoptados por nuestros Tribunales.

5.1 Procesamiento por rechazo de asistencia.

Uno de los primeros procesamientos de médicos en Uruguay fue confirmado por Sentencia No. 151 del Tribunal de Apelaciones de 1^{er} Turno del 21 de agosto de 1980. El caso corresponde a un colega, médico de guardia de una institución privada que se rehusó a bajar del cuarto médico para asistir a una mujer embarazada de término que solicitaba atención.

Un aspecto relevante de esta sentencia es la precisión de que el verbo “encontrar”, con el que se tipifica el delito, debe entenderse en un sentido amplio, de tal modo que no sólo comprendería la situación de toparse frente a la persona que necesita asistencia, sino que basta tener conocimiento de ello, aunque no lo haya visto por sus propios ojos.

La sentencia establece que, en caso de producirse un daño, se hubiera podido estar frente a otro delito más grave (por ejemplo: homicidio, si la gestante hubiera fallecido), ya que no impedir el resultado que se tuvo la obligación de evitar, equivale a producirlo. Al no producirse daño, persiste el delito de omisión de asistencia (delito de peligro).

5.2 Revocación de procesamiento por omisión de asistencia.

La Sentencia No. 47 del Tribunal de Apelaciones de 2^o Turno del 17 de marzo de 1994 revocó el procesamiento de una médica del MSP-ASSE que había sido hallada responsable del delito de omisión de asistencia por la Jueza de Primera Instancia en lo Penal de 10^o Turno.

La colega había concurrido a un llamado a pedido de los vecinos para asistir a un hombre anciano en estado de abandono y con signos de desnutrición. Era el tercer llamado a una unidad móvil en 48 horas, y el médico que concurrió al domicilio el día anterior había hecho la denuncia a la autoridad, la que estaba a resolución del mismo Juzgado de Turno. En esta ocasión, la médica no alcanzó llegar a la finca semi-abandonada, por la proliferación de parásitos (piojos) que había en el lugar, y solicitó la previa fumigación por personal del Cuerpo Nacional de Bomberos. Un oficial de Policía ordenó a la médica que igualmente examinara a la persona, a lo que

ella se negó hasta que se fumigara el lugar, lo que dio lugar a la denuncia y el procesamiento.

El Tribunal, que –por unanimidad- revocó el procesamiento, estableció importantes consideraciones de valor como antecedente jurisprudencial.

Por una parte, entendió que no existió una adecuación típica al delito previsto por la ley, al no estar frente a un hombre en situación de riesgo de vida. Expresó que la decisión de la colega puede ser objeto de un reproche ético, pero que por el principio de legalidad no se la debió procesar por una omisión que no coincide exactamente con la figura penal descrita. Al no haber adecuación típica se excluye la existencia del delito.

Por otra parte, determinó que la omisión no fue de la médica sino de la propia Sede judicial a cargo del procesamiento, la que tenía en su poder hacía más de 24 horas la solicitud de institucionalización del anciano abandonado, sin haber dado curso a la misma.

5.3 Procesamiento con prisión de un Jefe de Emergencia.

Una sentencia muy interesante en esta materia es la que dictó el Tribunal de Apelaciones de 1^{er} Turno con fecha 25 de mayo de 2000.

La sentencia confirmó el procesamiento con prisión de un médico jefe de Emergencia de una IAMC que no admitió a un paciente gravemente traumatizado en un accidente laboral que fue conducido por una Emergencia Móvil. El rechazo se debió a que el lesionado no era socio (en realidad era moroso).

El Tribunal expresó: *“El concepto de omisión se halla indisolublemente ligado al de la acción que se esperaba del sujeto, puesto que omitir no significa no hacer nada, sino no realizar aquella acción. ¿Y cuál es la acción esperada? Es la de prestar asistencia a los semejantes en peligro, esto es, prestar asistencia dando cuenta a la autoridad, no sólo al hombre desvanecido o herido, sepultado sino a todo aquél en situación en que corra peligro su vida o su integridad física”* Y agrega: *“Por encima de todo lo que se ha escrito en este proceso, queda incólume la realidad de que el encausado omitió prestar asistencia a una persona gravemente lesionada (de hecho moribunda), bajo el frío argumento de que ya no era socio de la mutualista por falta de pago en las cuotas. Todas las elucubraciones sobre las características de la emergencia (si urgencia o emergencia), pierden consistencia como argumentos, frente a aquella realidad incontestable, el rechazo del paciente no fue dispuesto por un portero o por alguien sin conocimiento sobre lo que tenía frente a sí. Se trata nada menos que del Jefe del Servicio de Emergencia”*.

Si bien el paciente falleció poco más tarde en el Hospital de Clínicas, no hubo procesamiento por homicidio, al entenderse que las lesiones padecidas (y comprobadas por la autopsia judicial) en el accidente laboral estaban fuera de toda posibilidad terapéutica.