

RESPONSABILIDAD PROFESIONAL EN EL EJERCICIO DE LA ENFERMERÍA ARGENTINA. HACIA LA CONSTRUCCION DE UNA CULTURA PREVENTIVA Y NO PUNITIVA

BASAMENTOS TEORICOS, DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES

Por *José María PALACIO*¹

RESUMEN: En el marco del ejercicio profesional, el enfermero interactúa con otros profesionales dentro del ecosistema sanitario dispensando servicios de salud al paciente, familia y comunidad durante el curso de vida, a su vez en este entramado muchas veces acaecen actos médicos antijurídicos y/o negligentes que enmarcan el instituto de Responsabilidad profesional independientemente de la esfera administrativa, civil y penal. En un escenario donde la judicialización de la medicina, Enfermería ha superado las barreras administrativas, llegando a la última ratio, es necesario el tratamiento y abordaje de este fenómeno desde los basamentos teóricos de la disciplina, doctrinarios y jurisprudenciales, para la consecuente reflexión y desarrollo de políticas de prevención de riesgos basados en una cultura amigable preventiva y no punitiva.

PALABRAS CLAVE: RESPONSABILIDAD PROFESIONAL- ENFERMERÍA- CULTURA PREVENTIVA Y NO PUNITIVA.

ABSTRACT: Within the framework of professional practice, the nurse interacts with other professionals within the health ecosystem, dispensing health services to the patient, family and community during the course of life, in turn in this network many times unlawful and/or negligent medical acts occur that frame the Institute of Professional Responsibility regardless of the administrative, civil and criminal sphere. In a scenario where the judicialization of medicine, Nursing has overcome administrative barriers, reaching the last ratio, it is necessary to treat and approach this phenomenon from the theoretical, doctrinal and jurisprudential foundations of the discipline, for the consequent reflection and development of

¹ Abogado, Escribano por la Facultad de Derecho de la Universidad Empresarial Siglo 21. Profesor en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Ciencias de la Educación y de la Comunicación Social de la Universidad Del Salvador. Magister de la Universidad de Buenos Aires en Administración de Sistemas y Servicios de Salud. Doctor de la Universidad de Buenos Aires por la Facultad de Medicina. Licenciado y Profesor en Enfermería por la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor titular Catedra Derecho Médico y de la salud de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro del Instituto de derecho sanitario del Colegio de Abogados de Capital Federal. Asesor Legal del Ministerio de Salud de la Nación.

risk prevention policies based on a preventive and non-punitive friendly culture.

KEY WORDS: PROFESSIONAL RESPONSIBILITY- NURSING- PREVENTIVE AND NON-PUNITIVE CULTURE



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.
© Universidad Católica de Córdoba

DOI [http://dx.doi.org/10.22529/rdm.2022\(04\)03](http://dx.doi.org/10.22529/rdm.2022(04)03)

I. INTRODUCCIÓN

La atención sanitaria de un paciente, sujeto de derechos y obligaciones, que acude a un centro de salud de la esfera pública o privada, no se circunscribe al profesional médico (galénico), sino que se hace extensiva también a la enfermería y demás miembros del equipo interdisciplinario, como también, a las direcciones de las instituciones sanitarias argentinas. Es decir, se presenta una notoria división del trabajo tomándose en cuenta las competencias y atribuciones de cada profesional según la Ley del ejercicio de la Medicina, odontología y actividades de colaboración bajo Ley N° 17.520/1963², la del Ejercicio Nacional de la Enfermería bajo Ley 24.004/1991³ y su decreto reglamentario 2497/1993⁴ y la reciente normativa cordobesa que regula el ejercicio de la profesión según Ley N° 10.780⁵. En virtud de ello, cuando se señala que, dentro de las funciones del profesional de enfermería, se cuenta la dependencia, es porque la división de trabajo se da verticalmente ya que se delega y se subordina en relación con el médico responsable de indicar las acciones que se tomaran en un caso específico. Esta regulación jurídica de subordinación corresponde a los siguientes actores a saber:

a) relación jurídica de subordinación del auxiliar de enfermería en relación al Profesional de enfermería según las competencias determinadas en art. 3° de la ley de fondo — ***Reconócese dos niveles para el ejercicio de la enfermería: a) Profesional: consistente en la aplicación de un cuerpo sistemático de conocimientos para la identificación y resolución de las situaciones de salud-enfermedad sometidas al ámbito de su competencia; b) Auxiliar: consistente en la práctica de técnicas y conocimientos que contribuyen al cuidado de enfermería, planificados y dispuestos por el nivel profesional y ejecutados bajo su***

² Ley 17.132/1967. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19429/texact.htm> consultado el 28 de agosto del 2022.

³ Ley 24.004/1991. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/403/norma.htm> consultado el 28 de agosto del 2022.

⁴ Decreto reglamentario 2497/1993. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/8989/norma.htm> consultado el 28 de agosto del 2022.

⁵ Ley 10.780/2021. https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2021/12/1_Secc_071221.pdf consultado el 28 de agosto del 2022.

supervisión. b) relación jurídica de subordinación del profesional de enfermería en relación al medico en cuanto al control y fiscalización de las prescripciones según lo expresa el art. 3° de la ley de marras— *Todas las actividades relacionadas con la asistencia médico—social y con el cuidado de la higiene y estética de las personas, en cuanto puedan relacionarse con la salud de las mismas, estarán sometidas a la fiscalización de la Secretaría de Estado de Salud Pública y sujetas a las normas de esta ley y sus reglamentaciones*

II. RESPONSABILIDAD CIVIL- PRESUPUESTOS Y FACTORES ATRIBUIBLES

Ricardo de Ángel Yáguez (1989) oportunamente señaló que el no causar daño a terceros es la regla más importante que permite la convivencia entre seres humanos. Y no es nada errónea su concepción con respecto a las implicancias de ocasionar un perjuicio a otros. Implicancias que además del propio daño, importa la responsabilidad para quien sea el autor del mismo.

Puede decirse, siguiendo a Pizarro y Vallespinos que la responsabilidad civil es *“la obligación de resarcir el daño injustamente causado a otro, en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico”* (2014, p. 45) o, en otro orden de ideas, importa resarcir el daño que se ha causado. Como es dable advertir, y sin necesidad de ahondar más en el concepto por entenderse ha quedado esclarecido, la responsabilidad civil es aquella responsabilidad que se imputa a quien ha obrado conforme a derecho o mediando una inconducta, causando con su accionar un daño a la persona o bienes de terceros a quienes la ley les otorga el derecho a reclamar su resarcimiento.

La responsabilidad civil se estructura a la luz del derecho de daños y se edifica a partir del estudio de sus principios rectores sin los cuales no se puede fundar una norma, ni puede ser elaborado arbitrariamente, es decir, debe servir a determinados fines a los efectos de nutrirse de valores (Ubiría, 2015). Estos principios cumplen dos funciones: como guías genéricas del sistema y como pautas de interpretación, de allí que su trascendencia la que ha ido ampliándose en el tiempo ante la existencia de situaciones jurídicas cada vez más complejas y más arduas de enfrentar (Ubiría, 2015).

El Código Civil y Comercial, conforme lo que *supra* se ha sostenido, reelaboró las bases del derecho privado a partir de principios y valores que provienen de la constitucionalización de este derecho. Precisamente, en el derecho de daños, sobre todo luego de este paradigma, los principios rectores que lo conducen se reducen a tres, y cada uno de ellos ha sido consagrado expresamente en el nuevo cuerpo normativo:

- I. *Alterum non laedere* (arts. 1710 y 1716);
- II. Prevención (arts. 1708, 1710/1713);
- III. Reparación integral o plena (art. 1740).

De los principios mencionados se desprenden las características particulares que identifican al derecho de daños actual y a su vez constituyen los mandatos que revelan la esencia de esta disciplina jurídica, poniendo de manifiesto un sistema mucho más coherente para las finalidades perseguidas por este derecho. Acto seguido, el análisis de cada uno de ellos.

A) ***Alterum Non Laedere***: es la máxima jurídica que significa “no dañar a otro”, y ha sido propuesto por Ulpiano. Para el jurista citado, “vivir honestamente” (*honeste vivere*) y “dar a cada uno lo suyo” (*suum ius cuique tribuere*), conforman el norte que fundamentan lo justo (*ius*) (Di Pietro, 2009). Se trata de la regla general de conducta que concentra a todo el sistema de la responsabilidad civil y que se encuentra plagada de connotaciones morales que constituye el punto medular en esta materia. Tal como explica Bueres (1986), si se negara su presencia habría que aceptar que resulta lícito dañar mientras una norma no prohíba un daño en concreto

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver la causa “Santa Coloma” sostuvo que “el principio *alterum non laedere* tiene raíz constitucional y ofende el sentido de justicia de la sociedad”⁶.

Sin dudas es un acierto legislativo la recepción expresa de este principio:

A) Si el perjuicio aún no tuvo lugar: ya que confiere fundamento al deber de prevención (art. 1710, incs. a y b), se impone: evitar causar un daño no justificado o adoptar, de

⁶CSJN, Fallos 308:1160-1986.

buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud.

B) Si el perjuicio ya se produjo, se prescribe: no agravar el daño (art. 1710 inc. c), conferir a la víctima derecho a la reparación (art. 1717) y esta reparación debe ser plena (art. 1740).

B) **Prevención:** acompañando al principio anteriormente referido, también ordena y dirige al sistema jurídico en torno a la adecuada anticipación y evitación de la comisión de un daño. Según Alterini, Ameal y López Cabana (2008), el actual derecho de daños se destaca por receptor una política legislativa dirigida al desarrollo de sistemas que intenten prevenir los daños, creándose mecanismos jurisdiccionales efectivos para lograr su anticipación a ellos.

La importancia de este principio se ha ido incrementando con el correr de los tiempos y, como producto de ello, alcanzó la categoría de principio rector, incorporado en el Código Civil y Comercial a través de los arts. 1708 y 1710, 1711, 1712 y 1713, pero fundamentalmente en el art. 1710 el que consagra el “deber de prevención del daño”. Vino a orientar la conducta de los individuos en el sentido justo, señala Ubiría (2015) y por tanto es esperable que constituya un estándar de exigibilidad para el cumplimiento del principio *alterum non laedere*.

C) **Reparación plena o integral:** principio derivado también del *alterum non laedere*; se manifiesta como un mandato de cumplimiento posterior (Ubiría, 2015). Su relevancia se asienta en que, si el daño no pudo ser evitado y por tanto acontece, la indemnización a la víctima debe ser lo más completa posible (Ubiría, 2015), es decir, debe lograr la mayor adecuación y pertinencia entre el perjuicio sufrido por la víctima y lo recibido a título resarcitorio por ese injusto que se le ha ocasionado.

El Código establece que la reparación del daño debe ser plena (art. 1740), siguiendo el camino trazado por la ley 17.711 que ya en el año 1968 captó la evolución que se venía gestando en la materia y modificó el art. 1083 del Código derogado al prescribir que “el resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior...”. Para que la reparación pueda ser así entendida, los jueces deberán tener en cuenta las características del caso concreto, la

ponderación de todas y cada una de las circunstancias personales del sujeto que ha sido lesionado a los fines de cuantificar los daños que sufrió (arts. 1745 y 1746).

Si bien existen otros principios que hacen a la dirección de la responsabilidad civil, a la luz de las nuevas disposiciones civiles, han quedado en un segundo plano por tanto, no resulta útil traerlos a colación ya que los mencionados con anterioridad son los que encuentran su vigencia plena en estos días.

El Código Civil y Comercial consolida la idea guía de que la responsabilidad civil no se agota en la función de reparar el daño ocasionado, sino que también forma parte de ella el prevenir los perjuicios que innecesariamente puedan causarse a otros (Alferillo y otros, 2015).

En cuanto a las funciones de la responsabilidad civil, se reguló de forma más completa a la función preventiva incluyendo la acción, la legitimación y las facultades judiciales. Sin embargo, no vale dejar excluida a la función resarcitoria, la que cumple con el derecho de la víctima ha ser reparada por el innecesario padecimiento sufrido.

La función preventiva, regulada en el art.1710 impone el deber de prevención a todas las persona sin distinción, por tanto se interpreta que se incluyen tanto a las humanas (arts. 19 y ss.) como a las jurídicas (arts. 141, ss. y concs.) que tengan la posibilidad de evitar causar un perjuicio. Vale destacar que no será exigible este deber de prevención si el sujeto no tiene la capacidad civil para impedir la producción del detrimento (Alferillo y otros, 2015). Por otra parte, corresponde confirmar que el deber es meramente jurídico, pues puede ser exigido su cumplimiento judicialmente cuando se cumplan las condiciones previstas en los arts. 1711 y 1712 (Alferillo y otros, 2015).

El deber de prevención del daño impone el cumplimiento de algunas conductas concretas que definen su perfil, así lo explica Alferillo (2015) en su comentario al Código Civil y Comercial:

- Evitar causar un daño no justificado: está en concordancia con la presunción de ilicitud consagrada en el art. 1717, cuando establece que cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no se encuentra justificada.

- Adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar la producción de un daño o disminuir su magnitud.

- No agravar el daño, si ya se produjo: cuando el daño ya se produjo, la ley impone el deber de no empeorar la situación. Este mandato legal hace radicar su trascendencia en que permitirá a los jueces anticipar algunas medidas protectoras para el damnificado, especialmente cuando haya factores de atribución objetivos que permiten no tener en cuenta la resolución penal para el dictado de la sentencia civil (art. 1775, inc. 3°).

En materia de presupuestos del deber de responsabilizarse por haber causado un perjuicio innecesario a otro son los requisitos o condiciones que deben verificarse para que nazca la acción preventiva o la indemnizatoria (Ubiría, 2015). Los presupuestos son tres: el daño, la relación de causalidad y el criterio de imputación. En ese orden serán para luego abordar también la antijuridicidad.

A) **Daño:** no todo daño fáctico tiene entidad suficiente para alcanzar la judicialidad en materia de responsabilidad civil, y en tal caso, algunos hasta carecen de tutela jurídica (Mosset Iturraspe, 2009). La determinación de los confines del daño a los fines de su resarcimiento es una decisión netamente de carácter político-jurídica en la que se contemplan distintas variables (Alferillo y otros, 2015).

El daño es el primer presupuesto del deber de responder civilmente, ya que el problema de la responsabilidad civil comienza a plantearse sólo cuando se presenta un daño (Orgaz, 1967).

Se sostiene que sin daño no hay responsabilidad civil (Bustamante Alsina, 1997), pero lo que no hay en realidad es derecho a la reparación pues la amenaza de daño también es relevante al fundamentar la adopción de medidas preventivas (Alferillo y otros, 2015).

El Código Civil y Comercial brinda el concepto de daño resarcible en el art. 1737 al prescribir que “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”. Se trata de un concepto superador de la postura tradicional que, a partir de una lectura exegética de las normas, limitaba su alcance a la lesión a un derecho subjetivo patrimonial o extrapatrimonial (Mazeaud, 1997).

El daño no solo es la lesión o el detrimento de un derecho subjetivo; los parámetros actuales son más amplios ya que el Código receptó la interpretación doctrinaria efectuada en los albores de este nuevo texto legal. Desde una perspectiva que prioriza la situación de quien padece un daño injustamente, corresponde y es innegablemente pertinente extender las fronteras a todos aquellos perjuicios que por no ser reprobados por el ordenamiento, también merecen de la protección de las normas (Pizarro, Vallespinos, 2012).

El concepto de daño actual modifica la clásica estructura ya que establece como objeto de la reparación en la persona; en el patrimonio; y en los derechos de incidencia colectiva.

En el art. 1738 y siguientes del Código se consagran distintas figuras dañosas como por ejemplo la integridad corporal, la salud psicofísica, la afección espiritual legítima y la interferencia en el proyecto de vida, que según explica Alferillo (2015) se trata de daños nominados o típicos.

No obstante, esto no implica que deban resarcirse únicamente los daños contemplados de manera expresa como los que en el párrafo anterior fueran citados. La protección actual del sistema no se limita a ellos ya que la atipicidad general impide que exista un listado de perjuicios indemnizables (Mosset Iturraspe, 2009), pues de existir un catálogo cerrado de daños se frustraría el reconocimiento de otros injustos que pueden padecerse y que también merecerían la tutela legal.

El art. 1739 en su primera parte establece distintos requisitos que deben manifestarse para que el daño de curso a la procedencia de la indemnización: a) certeza, es decir, cuando su existencia resulta comprobable, con seguridad; puede haber tenido lugar o aún no (daño actual y daño futuro) sin embargo, ambos son ciertos y resarcibles; b) personalidad, ya que debe ser personal de quien reclame y no ajeno; c) subsistencia, el daño debe subsistir para conferir a la víctima el derecho a su resarcimiento habida cuenta no se puede reclamar si ya ha sido reparado por el responsable pues la obligación se extinguió en ese hecho y el daño ya no existe (Alferillo y otros, 2015).

B) **Relación causal:** todo efecto tiene su origen en una causa determinada: La relación causal consiste en el enlace material o físico que existe entre un hecho como antecedente, ya sea

una acción u omisión y un hecho como consecuente, o sea, el resultado lesivo. Pero para que un daño sea imputable a la acción u omisión de un sujeto, según Llambías (2005) el derecho corrige o rectifica a la causalidad material, de lo que nace la causalidad jurídica.

El análisis de la relación causal constituye el primer paso e imprescindible del proceso para poder sentar la responsabilidad de un sujeto, el nexo causal es el elemento jurídico aglutinante que hace que el daño y el criterio de imputación se integren en la unidad del acto dañoso, fuente de la obligación de indemnizar (Bustamante Alsina, 1997; Bueres, 2001).

El Código no define a la relación causal pero establece pautas y límites para orientar su análisis, las que surgen en los arts. 1725 al 1736.

C) ***Criterio de imputación:*** La imputación de responsabilidad constituye el elemento axiológico o valorativo en cuya virtud se le adjudican a determinada persona ciertas consecuencias lesivas. Es lo que permite contestar al por qué se debe responder por medio de la afirmación que alega por haber causado daños con culpa, o porque los mismos han derivado de la creación de un riesgo, entre otras cuestiones (Alferillo y otros, 2015).

El Código Civil y Comercial los denomina factores de atribución (arts. 1721 a 1725) determina la aplicabilidad de uno u otro criterio de manera expresa en numerosas normas como los arts. 1750, 1753, 1755, 1757, 1759, 1767, 1768, 1769 y 1771, y de forma tácita surge de los arts. 1710, 1718 inc. b) 2º párr. e inc. c) *in fine*, 1719 2º párr., 1749, 1756, 1760/1763 y 1770.

Los criterios objetivos se caracterizan por fundar la imputación de responsabilidad civil sobre parámetros materiales, es decir, vinculados estrechamente a la causalidad fáctica y han pasado exitosamente por el tamiz valorativo de los jueces. Como observa Mosset Iturraspe (2009), a estos criterios los nutre un elemento axiológico que los justifica y determina el curso de procedencia ya que permiten contestar con seguridad el por qué se debe responder civilmente.

El Código establece que el factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad... (art.1722), por lo que lo conceptualiza por oposición a la noción de culpa. Este criterio objetivo no ingresa al campo de la voluntad humana como operación del intelecto, ya que se prescinde de este elemento volitivo y se recurre al contundente sustento que proporciona lo causal, si bien únicamente en los supuestos en que

resulta preciso destacar la materialidad de los hechos sucedidos y derivar desde allí las consecuencias jurídicas para quien la aporta (Ubiría, 2015).

Todos los criterios de imputación ya sean los subjetivos y los objetivos, tienen idéntica jerarquía cualitativa (Bueres, 2001, Mosset Iturraspe, 2009, entre otros), aunque los últimos mencionados tienen mayor peso cuantitativo.

Entre los criterios o factores de atribución se pueden mencionar a la culpa, al dolo, al riesgo creado como los más relevantes, existiendo también otros que, conforme el breve especio que merecen para esta investigación, no serán profundizados.

La culpa es un criterio de imputación que, junto con el dolo, integra los llamados factores subjetivos de atribución de responsabilidad (art. 1721, CCyCN). Su concepto se encuentra en el art. 1724 del CCyCN según el cual “La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión”.

El fundamento del deber de responder tiene su pilar en la apreciación estrictamente objetiva y por ello es que se ponderan parámetros materiales y fácticos. El eje del problema no reside en la culpabilidad del autor sino en la causalidad, o sea, en la determinación del hecho material que causó el daño (Alterini, Ameal, López Cabana, 2008).

Entre los restantes criterios de imputación se pueden mencionar ligeramente a la equidad (art. 1750) quienes causan daños son menores de diez años o mayores de esa edad pero con capacidad restringida (ej. por sufrir alteraciones mentales permanentes o prolongadas), ya que se impone recordar son sujetos de protección preferente; al abuso del derecho (arts. 10 y 1718 inc.) y a la seguridad (arts. 774, 775 y 1723).

D) **Antijuridicidad:** La antijuridicidad es la contradicción entre la conducta y el derecho objetivo (Mosset Iturraspe, 2009). Ésta se produce ante el incumplimiento de las reglas de conducta que se encuentran en un ordenamiento jurídico positivo. Se le opone la juridicidad que, al menos en principio, no da curso al nacimiento de responsabilidad civil.

Sobre la cuestión de la antijuridicidad, el Código adopta una posición vacilante, pero también reveladora de la crisis por la que atraviesa esta figura, pues el art. 1717 establece:

“Antijuridicidad. Cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada”. Lo antedicho significa que se mantiene en la letra pues se respeta la tradición decimonónica, pero, por otro la consagra como vacía de contenido y carente de trascendencia jurídica (Ubiría, 2015).

Entonces, es dable afirmar que no existe una antijuridicidad *per se*, pues recurre al daño como elemento al que se subsume (lo ratifica el art. 1749, CCyCN).

En suma, la antijuridicidad se diluye si se acepta que lo que debe repararse es el daño padecido injustamente; no es menester que se trate de un daño acaecido ilícitamente (Alterini, 2008).

III. RESPONSABILIDAD PROFESIONAL

El profesional liberal es aquel individuo que cuenta con un título habilitante y desempeña actividades intelectuales de forma autónoma (Trigo Represas, 2011), es decir, sin que promedie subordinación hacia sus clientes.

Entre las características que reúne la actividad profesional liberal se destacan la autonomía científico-técnica, la existencia de una reglamentación a la que ajustar la conducta y los actos, la obtención de habilitación previa para ejercer dicha profesión, y la presunción de onerosidad (Ubiría, 2015).

Con relación al tema, compartimos el pensamiento expuesto por López Herrera (2013), quien sostiene que la noción de profesional se agota en aquellos que requieren título universitario, por ser aquella persona que tiene determinada especialización y conocimiento.

Estas actividades profesionales, cuando se ejercen de modo liberal se le aplican el contenido de los arts. 773 a 777, CCyCN. En función de ello, la obligación tendrá por objeto la prestación de un servicio o la realización de un hecho en el tiempo, lugar y modo acordado por las partes. Esta parte final marca la génesis contractual de la relación cliente-profesional.

La prestación de un servicio, en este caso la Enfermería, regla el art. 774, puede consistir en: a) en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito.

Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso; b) en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia; c) en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido.

Como puede colegirse, la prestación del profesional liberal puede tener la alternativa de ser de medio (inc. a) o de resultado (incs. b y c). Ello es definido en el convenio celebrado por las partes al originar la obligación entre ellas subsistente y cuando no hubiere pacto expreso acreditable surgirá de la naturaleza misma del servicio prestado por el profesional.

Es dable adelantar que la responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Así, por ejemplo, en el segundo apartado, el artículo es concordante con la normativa antes referenciada, relacionada con las obligaciones de hacer, dado que cuando se trata del inc. a) del art. 774, el factor de atribución será subjetivo, pero cuando se trate de los incs. b) y c) de la mencionada norma, habrá responsabilidad objetiva. Y es por ello que el art. 775 reglamenta que el obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo acordes con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida, y el acreedor puede exigir la destrucción de lo mal hecho, siempre que tal exigencia no sea abusiva.

El castigo en sede civil como surge de los artículos señalados, debe ser analizado partiendo de la base de la naturaleza de la obligación prometida por el profesional, que en todos los casos debe ser cumplida de conformidad a lo pactado, quedando claramente determinado que si el profesional lo hiciera de otra manera se tendrá por incumplida dicha obligación a la obligación, habilitando así al acreedor a exigir que se retrotraiga lo hecho por ser de manera diferente a lo acordado, con el único límite de que esa petición no sea abusiva (Arancet, 2015).

En este punto es válido repasar el pensamiento de la doctrina argentina en cuanto a la discusión si la obligación profesional es de medio o de resultado, advirtiéndose que la norma señalada *supra*, al remitir a los articulados reglamentarios de la obligación de hacer, no define preferencia por algunas de las posturas en razón de que remite al contenido del pacto celebrado entre el médico y el paciente u otros profesionales., que es el que, en definitiva, fija la naturaleza de medio o de resultado de la obligación acordada. Este criterio, tiene antecedentes

jurisprudenciales⁷ y en la doctrina (Alferillo, 2009), pues se sostuvo, que la obligación profesional era una cuestión fáctica contractual sujeta a prueba.

Vale destacar que expresamente, excluye de la normativa cuando la obligación de hacer del profesional liberal se preste con cosas, excepto que causen un daño derivado de su vicio. Además, precisa que dicha actividad no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas. El profesional con título universitario es liberado del riesgo de la cosa que emplea para el desarrollo de su actividad, con excepción de que la misma produzca daño al paciente debido a su vicio. En cambio, cuando ello está dissociado, el profesional responderá con las limitaciones establecidas en la norma y al propietario de la cosa se le aplicará el régimen de la sección 7^a por el riesgo y vicio de esta. Cuando puedan ser demandados conjuntamente por el daño ocasionado, la misma será concurrente porque las causas son diferentes (Alferillo, 2015).

IV. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ENFERMERO

La actividad específica y propia de del enfermero, respecto a los demás auxiliares del equipo médico, cuenta con innumerables situaciones que en la práctica médica pueden comprometer seriamente la responsabilidad civil en forma exclusiva y excluyente con la del médico, o en forma solidaria con aquel, y a su vez entre ambas categorías de enfermeros según lo establece el decreto 2493/1993 en su art. 3° (Garay, 2005).

Es preciso entonces dejar en claro que la actividad del enfermero será siempre la de auxiliar, con lo que, va de suyo, toda delegación del médico de lo que fuere su tarea específica, compromete la responsabilidad de ambos:

I. *La del médico, por delegar lo indelegable:* conforme la ley 17.32 establece que queda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina “delegar en su personal auxiliar, facultades, funciones, o atribuciones inherentes o privativas de su profesión –art. 20 inc. 22–”.

⁷CCiv. Com. y Minería San Juan, Sala 2^a, 13/2/2006, "F., M. S. c. C., C. y otros –daños y perjuicios– Sumario", autos 17.854, L. de S., 2006-I-12/27 (voto Alferillo); Sala 1^a, 9/3/2007, "H. de F., G. N. c. Provincia de San Juan y otros –daños y perjuicios– Sumario", autos 18.762, L. de S., 95-137/160; 7/12/2007, "C. P., N. V. c. N., G. –daños y perjuicios–", autos 19.117, L. de S., 99-13/33.

II. *La del enfermero por asumir una actividad cuyo ejercicio le está prohibido por ley:* este caso, incluso, el médico está obligado a denunciar la conducta del profesional del arte de curar cuando considere que su actividad queda excluida de la normativa legal (art. 4º, ley 17.132).

Con acierto ha dicho Vázquez Ferreyra (2000) que el médico sólo podrá delegar en los enfermeros aquellas tareas que son de competencia propia de dicha profesión, y para las cuales reúne la capacitación suficiente. En este orden de ideas, se transcribe un fallo que sostiene esa división de facultades:

...La responsabilidad por la culpa o negligencia de las enfermeras en el ejercicio de sus funciones, no puede recaer bajo la órbita del médico de cabecera, salvo cuando su dependencia fuera expresa, que, de quedar limitada en todo en cuanto se refiera a la actividad puramente profesional de éste, y en cambio lo que caiga bajo una prestación técnica de servicios, la responsabilidad pesa sobre el locador de servicios...⁸

Por su parte, el especialista en materia de derecho sanitario, Oscar Garay (2005), ha entendido que: el enfermero actúa a la luz del principio de razonabilidad científica que impone a aquel que está más capacitado científicamente, en este caso el médico, el dar las directivas médicas a quien le presta una tarea de asistencia o colaboración (el enfermero profesional o auxiliar). De allí que pueda advertirse en principio, que existe una dependencia estratégica en el trazado y puesta en práctica del plan terapéutico de atención del enfermo, que vincula estrechamente al médico y al enfermo. Pero es, sin lugar a duda el enfermero profesional quien realiza su actividad autónomamente dentro del ámbito de su competencia.

Por su parte, Alberto Bueres (1979) se inclinó por resaltar la autonomía de estos profesionales puesto que no están, por ejemplo, subordinadas al cirujano jefe, y no obstante realizan trabajos necesarios para la preparación del trabajo de éste y de su equipo.

Desde esta tesitura, conforme lo dicho se infiere que, pese a existir autonomía científica del enfermero en relación al cuidado que brinda al paciente, grupo, familia y comunidad en todo el curso de vida (auxiliares o profesionales, art. inc. A y B, ley 24.004), es indispensable centrar

⁸Cam. 1. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala B, 9/4/81, REP. LL XLI, 918, sum. 245.

el análisis de su responsabilidad en la tarea concreta y específica llevada a cabo, como así también en el nexo causal con el daño producido, con las funciones que le estaban permitidas considerando sus competencias y, finalmente, con las instrucciones impartidas, o no, por el galeno.

Es decir, el análisis debe partir por determinar:

- I. Si el enfermero, ya sea auxiliar o profesional, actuó dentro o fuera de la esfera de sus competencias específicas.
- II. Si el daño producido se provocó dentro de las actividades o funciones, específicas o no.
- III. Si el enfermero cumplió las instrucciones impartidas por el médico o no.
- IV. Si el enfermero pudo o no tomar conocimiento o saber que el acto a llevar a cabo podría ser lesivo para el paciente.

No puede, sin embargo, soslayarse el pensamiento de otro sector de la doctrina que divide las responsabilidades según sea enfermero auxiliar o profesional. Explica Garay (2005) al respecto, que se supo alegar doctrinariamente que el enfermero auxiliar no es autónomo en sus funciones ya que depende funcional y jerárquicamente del enfermero profesional. Resumiendo, debe realizar las tareas acordes a su competencia.

Por otra parte, y siguiendo el criterio anteriormente expuesto, se trae a colación que el enfermero profesional mencionado en la ley 20.004, sí reviste la categoría de autónomo, por tanto, deberá guiar su conducta la habitualidad, la reglamentación, la habilitación, la presunción de onerosidad, la autonomía técnica y la sujeción a normas reglamentarias y éticas (Garay, 2005).

Conforme supo manifestar Mosset Iturraspe (2009) para disentir con esta última corriente de interpretación, que ambas categorías de enfermeros tienen autonomía profesional dentro de la función específica asignada a cada uno de los niveles, conforme la reglamentación vigente. Más allá de lo alegado por el jurista, para este criterio, no existen dudas que el auxiliar depende directamente del enfermero profesional y, en virtud de ello, esto no puede significar que respondan independiente, o solidariamente, sino teniendo en consideración las circunstancias fácticas del caso.

Ambos niveles de enfermeros tienen funciones específicamente previstas en la reglamentación de la ley que deben cumplir; de allí que su responsabilidad devendrá por haber actuado fuera de su competencia concreta y por el cumplimiento negligente, imprudente o imperito de su actuación profesional.

Con relación al auxiliar, el problema central, para este criterio, pasará por el análisis fáctico y normativo cuya finalidad no sea otra que separar ambas responsabilidades; ya que el enfermero principal será responsable por el obrar culposo del auxiliar quien debería actuar bajo su dirección y control. Vázquez Ferreyra (2000), parecería enrolarse en esta postura al alegar que la relación en la cual se ve la división del trabajo vertical es la que se da entre el cirujano jefe, los médicos ayudantes y el personal de enfermería. En estos casos, estando presente y palmaria la subordinación.

La jurisprudencia no ha quedado al margen y ha sostenido que:

...La elección de los dependientes, en el caso enfermeras, que deben prestar importantes servicios a los médicos, dada la instrucción técnica que reciben, rindiendo examen para obtener sus diplomas, se hallan habilitadas para poder apreciar motu proprio, aquellas circunstancias elementales de atención a los pacientes, de rigurosa y cuidadosa observancia, pues el valor que está en juego es la salud de terceros⁹...

Para Wilhem (citado por Vázquez Ferreyra, 2000, p.78) los elementos estructurales que caracterizan la modalidad vertical de la división del trabajo y que resulta aplicable al caso de la enfermería son:

- I. El orden jerárquico a los fines de la distribución de los deberes de instrucción, control y vigilancia.
- II. La relación de dependencia de los subordinados.
- III. La delegación que afecta a la actividad del subordinado y también a lo que puede suponer desplazamiento de competencia.

Como ha quedado expuesto, la responsabilidad civil de los enfermeros tendrá que ser

⁹Cam. Apel. Civ. y Com. Bahía Blanca Sala II, 1981-04-09, “Crugreiro, Oscar c. Hospital Regional Español”, DJBA 121-210- ED 94-278.

evaluada a la luz de su funcionalidad autónoma y siempre teniendo en consideración las directivas o las órdenes que les hayan sido impartidas por sus superiores, es decir, por los médicos. Una vez estando claro el panorama, habrá de estarse al plano fáctico de los eventos dañosos acaecidos para finalmente imputar dicha responsabilidad.

Para tener una visión más práctica a cerca de los tipos de culpa que podemos asociar a la profesión de la Enfermería y su responsabilidad civil, cabe mencionar a título ejemplificativo algunas prácticas asociadas:

I. *Negligencia*: ejecutar una práctica común y en la que tiene competencia, pero sin los cuidados exigidos para la misma. Situación fáctica clínica: colocar una sonda vesical sin la asepsia requerida, ocasionando a posteriori una infección asociada al cuidado de la salud en este caso una infección del tracto urinario.

II. *Imprudencia*: realizar una práctica médica fuera del alcance de las competencias establecidas por la norma de fondo. Situación Fáctica Clínica: realizar un drenaje pleural a un paciente con un Neumotórax (presencia de aire en los pulmones)

III. *Impericia*: desconocer los efectos y acciones colaterales de ciertos fármacos. Situación fáctica Clínica: administración de Cloruro de Potasio (CL K) por vía endovenosa en *push* (electrolito que en dosis extremas produce arritmias cardiacas y potencial parada cardiaca)

IV. *Inobservancia en las tareas*: descuido negligente de las actividades de su competencia. Situación Fáctica Clínica: no actualizar la historia clínica o informe de enfermería (evolución) en el turno correspondiente o retirarse antes de la guardia y no controlar al personal auxiliar a su cargo.

V. RESPONSABILIDAD PENAL DEL ENFERMERO

La responsabilidad penal del enfermero surge del interés del Estado y de los particulares interesados en imputar dicha responsabilidad por un hecho criminal cometido por un profesional del arte de curar; la misma emerge conforme la intención delictiva puesta en la acción por el profesional, ya provenga del dolo o de la culpa.

En cuanto al dolo puede afirmarse que no está definido en la ley local. De allí que se

busque en la doctrina su conceptualización a los fines de esclarecerlo. Así, Carrara (1997) lo ha conceptualizado como la intención, más o menos perfecta, de querer y de cometer un acto que se sabe contrario a la ley y, para Donna, “dolo es el conocimiento de todos los elementos del tipo y la voluntad de realizarlos” (2006, p. 515).

El dolo, cabe colegir, es el conocimiento de la acción típica en conjunto con sus consecuencias. En otros términos, importa la producción efectiva del resultado que surge con desde el conocimiento de las circunstancias fácticas del tipo penal y del elemento volitivo al realizar la acción representándose el agente el resultado lesivo que pretende lograr.

El conocimiento requerido para configurar al dolo presenta ciertas características: debe ser efectivo y estar disponible (Pazos Crocitto, 2011) al momento del hecho. En cuanto a la efectividad, el conocimiento debe significar más que una mera posibilidad de ocurrencia. Tal es así que la chance de conocer y comprender la criminalidad del acto tiene la entidad suficiente para imputar la culpabilidad a una persona, sin embargo, no es idónea si se trata de la formulación del reproche en cuanto a su objeto, explica Pazos Crocitto (2011).

Para que haya dolo no alcanza con el conocimiento, sino que además debe haber voluntad de realización para producir el resultado típico (Donna, 2008). La voluntad no es un mero deseo; en ella el sujeto quiere el resultado como producto de su propia acción. De allí que como elemento del hecho típico y como requisito ineludible del dolo significa pleno dominio del acto. El dolo exige, entonces, la presencia de este elemento volitivo, para configurarse en el tipo penal. Por lo tanto, concluye Donna (2008), que el dolo es mucho más que un simple conocimiento.

Teniendo en claro que voluntad y conocimiento reunidos son los elementos que configuran al dolo, puede avanzarse en la descripción de los tres tipos de dolo conocidos.

I. Dolo directo o intencional: este tipo de dolo se identifica con la manifestación de la voluntad o del propósito en la producción de un resultado típico (Pazos Crocitto, 2011). El actuar con dolo directo importa que más allá de la finalidad originaria esto no excluye la persecución de otros objetivos posteriores; también que la seguridad en el resultado no implica que no se haya ejercido un comportamiento doloso.

II. Dolo indirecto o de consecuencias necesarias: consiste en que el resultado típico derivado de una conducta antijurídica es producto de los medios elegidos por el agente para consumir el hecho proyectado. Estos medios son susceptibles de lesionar a los bienes jurídicos, por tanto deben de algún modo abarcar la voluntad del autor como al propio fin buscado (Pazos Crocitto, 2011). De allí que pueda afirmarse que el autor tiene en mente y quiere la producción de un resultado pero conforme la incorporación del medio elegido a la voluntad se deriva una consecuencia necesaria que es considerada también como deseada por quien perpetra el hecho típico.

III. Dolo eventual: el resultado típico es previsto como posible y no obstante esto no impide la consecución del plan del agente quien continúa ejecutando su conducta y a pesar de saber una eventual producción de ciertos efectos. (Pazos Crocitto, 2011). De aquí que pueda inferirse que el dolo eventual significa la aceptación de la producción del resultado.

Con respecto a la culpa, es uno de los dos elementos que configuran al tipo subjetivo del tipo penal; de allí que sea preciso poner de manifiesto que el Código Penal argentino, al igual que lo que sucede con el dolo, no ofrece una definición de aquella. Sólo podría inferirse su noción partiendo de las modalidades que se encuentran consagradas en el art. 84,¹⁰ del Código Penal Argentino, y que son: imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo.

En materia de definición doctrinaria, Nuñez (1972) ha dicho que por culpa puede definirse al comportamiento imprudente, negligente, imperito o inobservante de reglamentos o deberes a cargo del autor y dependiendo de cada caso concreto. Roxin (2004) la definió asimismo como un acto injusto ejecutado a pesar de la exigencia de cuidado normativo. Y para Jakobs (1995) la culpa es todo acto contrario a la estabilización de la conducta establecida en el ordenamiento

¹⁰ CP. Art. 84: Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que, por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la muerte. El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una de las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

jurídico y que se encuentra perturbada por un comportamiento criminal; de allí que pueda sostenerse que el agente debe tener una conducta antijurídica susceptible de cuestionar la validez de la norma y, por tanto, actúa sin respeto por éstas.

La culpabilidad importa un acto de autodeterminación humano, por lo que careciendo de la decisión del autor en primera instancia no hay consecuencia jurídica que pese sobre él. Con base en esta afirmación categórica, puede afirmarse que los elementos de la culpabilidad son: la autodeterminación y el entendimiento de la criminalidad del acto (Pazos Crocitto, 2011).

Por autodeterminación se entiende el ámbito de las conductas humanas posibles de desarrollarse en libertad –restringida– y que es propia de cada persona (Pazos Crocitto, 2011). Y por conciencia de la antijuridicidad del hecho típico, habrá de estarse a que en este caso la ley no exige que el sujeto comprenda lo que hace, sino que posee entidad suficiente el mero hecho de que tenga la posibilidad de entender el resultado típico que puede producir con su conducta (Pazos Crocitto, 2011).

La posibilidad de comprensión de la antijuridicidad presupone el requisito indispensable a los fines de las exigencias subjetivas del delito considerando se trata de la capacidad del individuo de canalizar lo anti normativo de determinados comportamientos. Se estará frente a la culpabilidad cuando en el autor haya mediado la autodeterminación y la conciencia de la ilicitud del hecho consumado. Con base en estos dos elementos podrá definirse el tipo subjetivo del delito.

Sobre las modalidades de la culpa, se vuelve sobre lo dicho al respecto del art. 84, CP, por el que se señalan las formas en que ésta puede manifestarse. Así se puede encontrar la negligencia, la impericia, la imprudencia y la inobservancia en las tareas o deberes a cargo.

Con respecto a la que la negligencia se ha dicho que es “una actitud omisiva que se trata de un defecto de la atención y la voluntad por lo que la misma es consecuencia de la carencia de las cualidades necesarias para obrar según quiere nuestro ordenamiento jurídico” (Terragni, 1998, p. 69). Esta modalidad de la culpa se torna visible cuando el autor obra sin precaución o sin la falta cautela necesaria, lo que equivale a un descuido en su accionar. De allí que sea negligente quien no realiza un acto que la norma dispone.

Es imprudente quien se arriesga más allá de lo permitido por la ley; quien obra precipitadamente sin meditarlo suficiente sobre las posibles consecuencias que con su comportamiento podrían materializarse (Terragni, 1998). Es precisamente la falta de reflexión previa del agente al ejercer su conducta lo que daña a los bienes protegidos jurídicamente.

Sobre la impericia, puede partirse de los elementos que según Terragni (1998) suelen presentarse para configurarla: la ignorancia o el desconocimiento del obrar; el error o el juicio tergiversado sobre el resultado de cierta conducta y la inhabilidad o falta de técnica, experiencia o destreza para ejercer determinada actividad. De aquí que sea imperita aquella persona que tiene o debe poner en el ejercicio de su actividad, arte o profesión una pericia especial. Es por tanto imperito quien obra mal o erróneamente en su arte o profesión, ya sea por falta de experiencia, conocimientos o por carencia de las habilidades mínimas exigidas para su ejercicio.

Para finalizar, se trae a colación que la inobservancia en las tareas o deberes a cargo se da cuando la conducta a seguir está sometida a determinadas obligaciones o deberes definidos previamente por ley o por las disposiciones dictadas por la autoridad competente. Entonces, el dejar de seguir las reglas puede constituir una infracción al deber de cuidado o a la garantía de seguridad (Terragni, 1998). Por tanto, se infiere que será menester que la desobediencia a los reglamentos encuentre un vínculo con el resultado que la ley señala para que pueda manifestarse como tal.

El enfermero que incurriere en alguno de los delitos tipificados será pasible del reproche y consecuente castigo penal, imputándosele dicha responsabilidad. Garay (2013)

VI. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL ENFERMERO

El problema de la responsabilidad administrativa cobra relevancia cuando se ejercen funciones en forma irregular. Esta irregularidad puede ser mayor o menor, dando lugar así a la investigación sumaria cuando se den hechos menos graves hasta llegar al sumario administrativo cuando se manifiesten hechos lesivos de mayor entidad. De aquí que pueda advertirse que la responsabilidad administrativa implique *grosso modo* un procedimiento disciplinario.

El procedimiento disciplinario es una garantía fundamental en todo Estado de Derecho que se materializa en una serie de actos propugnados para determinar la existencia de faltas de servicio e incumplimientos. También actúa como una garantía fundamental para que los empleados no sean perseguidos con arbitrariedad por sus superiores (Dapkevicius, 2003).

El procedimiento administrativo puede ser definido como el conjunto de trámites, actos y distintas tareas materiales y técnicas, cumplidos por una entidad competente, se instrumentes siempre destinados al dictado o la ejecución de un acto de naturaleza administrativa (Dapkevicius, 2003). Por lo expuesto, el procedimiento administrativo común es la secuencia de actos que aseguran las prerrogativas públicas y los derechos individuales, a los efectos de decidir el tema controvertido, o ejecutar el mismo, y para el cual no existe un procedimiento especial expreso.

Siguiendo a Dapkevicius (2003) puede alegarse que el derecho disciplinario administrativo es el conjunto de principios y normas constitucionales, legales y reglamentarias que regulan el poder y el procedimiento disciplinario. Por ende, los enfermeros están expuestos al mismo, tal como lo estipula la ley 24.004.

Del derecho disciplinario puede decirse que importa la facultad de la administración para aplicar sanciones, mediante un procedimiento previo especialmente establecido a esos efectos, con el fin de mantener el orden y correcto funcionamiento del servicio a su cargo (Dapkevicius, 2003). Por lo tanto, queda parlamentariamente evidenciado que se trata de un poder discrecional habida cuenta surge del poder de mando y de la facultad de vigilancia que corresponde a los superiores jerárquicos del servicio que se presta.

El procedimiento administrativo interno, a efectos de detectar la falla, implica el conjunto de trámites y formalidades que se debe observar en el ejercicio de los poderes disciplinarios. Y los siguientes son procedimientos de esta naturaleza, según explica Dapkevicius (2003): investigación administrativa; sumario administrativo general; sumario administrativo por inasistencias; sumarios por ineptitud física o mental, entre otros.

La investigación administrativa, consiste en el procedimiento tendiente a determinar o comprobar la existencia de actos o hechos irregulares o ilícitos dentro del servicio regidos por la

normativa de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional¹¹. Por lo expuesto puede inferirse que los elementos tipificantes de la misma son: la comprobación de actos o hechos irregulares acaecidos dentro o fuera del servicio, pero que lo afecten; y la individualización de los responsables del hecho irregular.

En cuanto al sumario administrativo, se ha dicho que *“es el procedimiento especial que sanciona la conducta violatoria del funcionario público a los deberes y prohibiciones del régimen disciplinario”* y de manera coligada la ley ut supra mencionada, expresa en su artículo N°34- *la substanciación de los sumarios por hechos que puedan configurar delitos y la imposición de las sanciones pertinentes en el orden administrativo, son independientes de la causa criminal, excepto en aquellos casos en que de la sentencia definitiva surja configuración de una causal más grave que la sancionada; en tal supuesto se podrá sustituir la medida aplicada por otra de mayor gravedad.* De la definición transcripta se puede extraer los elementos que configuran al sumario administrativo, a saber: determinar o comprobar el hecho; definir la culpabilidad de los responsables; imputar la comisión de falta administrativa; la motivación del acto debe hacer referencia a los hechos fácticos.

En el caso de los enfermeros, una vez detectada su responsabilidad administrativa, serán de aplicación las sanciones dispuestas en la normativa que los regula, a saber: a) llamado de atención; b) apercibimiento; c) suspensión de la matrícula; d) cancelación de la matrícula. La decisión de la sanción pertinente al profesional estará a cargo de la Subsecretaría de Salud la que ejercerá el poder disciplinario o en la que ella la delegue. No obstante, serán posibles de demás sanciones provenientes de los Códigos de Ética pertinentes.

Ejemplos de este tipo de responsabilidad administrativa pueden referenciarse los siguientes, conforme explica Garay (2005): atentar contra la dignidad del paciente, no ejercer sus competencias e incumbencias profesionales conforme la normativa vigente que reglamenta la profesión, no asumir sus responsabilidades, no prestar la colaboración requerida, excederse en

¹¹ Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional. Ley N°25.164 <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60458/norma.htm>. Consultado el 28 de agosto del 2022.

sus tareas sin considerar las limitaciones que le impone su nivel de capacitación y habilitación, no mantener la idoneidad profesional por medio de capacitaciones constantes, revelar el secreto profesional, delegar en personal no habilitado atribuciones privativas de su nivel profesional o actividad, entre otras.

Si un profesional del arte de cuidar incurre en algunas de las acciones previamente mencionadas, será susceptible de ser responsabilizado administrativamente, es decir, resultará responsable ante el incumplimiento a las normas del sistema normativo profesional y se le aplicarán las sanciones previstas en la legislación pertinente más allá de lo que disponga su empleador.

VII. JURISPRUDENCIA

Como sustento de lo que hasta aquí venimos exponiendo, respecto a que nada es absoluto en el campo de la enfermería, es menester estar al análisis puntual de casos concretos, sus antecedentes fácticos, normativas y reglamentación. De allí que, acto seguido, se reseñarán a modo meramente ilustrativo algunos fallos que condenan de responsabilidad al enfermero.

1) Otorgan responsabilidad civil al enfermero:

a) CNCiv., Sala H, “Mendoza de Llarera, Adelfinina c/ Municipalidad de Buenos Aires y otros”¹²: en este fallo, se condenó al enfermero por la evidente negligencia y desidia en el tratamiento del paciente, (suministrarle un remedio al cual era alérgico) lo cual ocasionó como resultado el fallecimiento del paciente.

En este caso, los hechos fácticos que resultaron en el trágico deceso del paciente comenzaron cuando fue medicado con novalgina en una primera internación, lo que provocó una reacción alérgica inmediata que cesó con el uso de corticoides y aminofilinas. A partir de allí las prescripciones médicas fueron modificadas.

En una segunda internación, el enfermero demandado le suministró Lisalgil, falleciendo el paciente al ser incontrolable el shock que le produjo, a pesar de la atención médica inmediata

¹²CNCiv., Sala H, “Mendoza de Llarera, Adelfinina c/ Municipalidad de Buenos Aires y otros”, 24/10/1994, J.A., 1995-III-377.

recibida.

De la prueba recabada en autos surgió que el enfermero tenía conocimiento de que el paciente había experimentado una reacción alérgica cuando se le suministró Novalgina pues figuraba en la hoja de enfermería que era alérgico a la dipirona, y que antes de suministrar el medicamento indicado, la hija de la víctima le había recordado que era alérgico a la droga mencionada.

El tribunal, a fines de resolver y considerando los elementos probatorios de cargo, sostuvo que debido al conocimiento que el enfermero tenía del paciente y su alergia a la droga dipirona, debió haber actuado con mayor diligencia, máxime si, como lo reconoció en el sumario penal, desconocía la composición química del Lisalgil. Ante tal ignorancia, el enfermero debió haber consultado al médico de guardia si el medicamento indicado contenía la droga a la cual era alérgico el paciente a los efectos de evitar el desenlace.

En el fallo se argumentó que el enfermero no debió haber actuado mecánicamente en cumplimiento de las indicaciones del médico si éstas ponían en riesgo la vida del paciente. Ante tal fundamento, la Cámara sostuvo que *“...los enfermeros, que deben prestar importantes servicios a los médicos, sus diplomas, se hallan habilitados para apreciar motu proprio aquellas circunstancias elementales de atención de los paciente, de rigurosa y cuidadosa observancia, pues el valor que está en juego es la salud de los terceros”*.

Conforme lo antedicho, se advierte que el fallo fue condenatorio del enfermero.

De los antecedentes jurisprudenciales comentados, es posible inferir que al momento de condenar o eximir de responsabilidad al enfermero, no se distingue el nivel previsto en el art. 3 de la ley 17.312, que cada uno de ellos tiene. Es más, los intérpretes judiciales detienen en el análisis de los hechos fácticos del caso, de los cuales se extrae, o no, el obrar culposo, negligente, imperito del enfermero y en su caso la extensión solidaria de responsabilidad al médico, o a la institución sanatorial, o a ambos.

En virtud de ello, para esta tesitura resulta relevante que los magistrados tengan presente las funciones realizadas por el auxiliar, y si ellas se encontraban entre las que podía realizar de acuerdo con su nivel. Entonces, si el profesional enfermero obra dentro de los límites de sus

atribuciones y competencias, actuó o no, con culpa; negligencia, imprudencia o impericia.

Con mayor rigor será la mirada del juzgador, si el auxiliar excedió las funciones de su “nivel” de auxiliar, y además lo hizo negligentemente. -

En conclusión, el juez al examinar la conducta del enfermero deberá colocarse en una situación abstracta, y compararlo –como dice Bueres–, con el papel de otro profesional –de la misma categoría, diligente, probo, etcétera.

“...Para individualizar la culpa en que incurrió el médico –el enfermero en este caso–, una vez analizada la conducta del deudor “en concreto” el juez debe imaginar un tipo “abstracto” de comparación: el profesional diligente, prudente, cuidadoso, medio del ramo, esto es, de la categoría o clase en que pueda encajarse la conducta del deudor...”

“...La norma contenida en el art 909 del C.C., primera parte, quiere significar que las condiciones personales o subjetivas del deudor son irrelevantes, cuando las debilidades, torpeza, falta de formación técnica apropiada, etc. del médico lo sitúan por debajo del modo abstracto exigible en grado mínimo...”

2) Responsabilidad Solidaria del Médico y del enfermero:

Tal vez sea la situación más frecuente el caso de la condena del auxiliar enfermero, enfermero profesional y el del galeno por deficiente control de sus subordinados y en forma solidaria con la institución sanatorial de esfera pública o privada por el deber de garantía que se impone en estos casos. La jurisprudencia al respecto ha señalado que:

...En un caso en el cual dos pacientes que debían ser intervenidos quirúrgicamente por diferentes causas, fueron operados de modo inverso al que correspondía. El caso es que cada uno de los pacientes fue operado de la patología que padecía el otro. La responsabilidad por negligencia fue de los enfermeros que al preparar a los pacientes, equivocaron la identidad de éstos, y del médico que no tomó la precaución de cerciorarse si la operación a llevarse a cabo se correspondía con el paciente y su enfermedad. También fue responsable el sanatorio en el cual se realizaron las intervenciones quirúrgicas...¹³

¹³CCiv. y Com., Sala II, Rosario, 4/8/1983, Juris 72-181.

En materia penal, también hay jurisprudencia en relación con la responsabilidad ante hechos típicos cometidos por personal de enfermería:

a) *Usurpación de título y honores*: En la causa “J. C. P. s/ incidente de apelación del procesamiento”,¹⁴ se llega a conocimiento del Tribunal, en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la resolución del Juzgado N° 5 que dispuso el procesamiento de J.C.P. en orden al delito de usurpación de títulos y honores (art. 247 del CP) y el embargo por la suma de (\$ 400) pesos cuatrocientos (confr. fs. 1/9).

El juez oportunamente alegó que el imputado se desempeñó como enfermero desde 1987 hasta 2014, fecha en que fue desafectado por resolución administrativa del director general de la Policlínica I.O.S.E., Agrupamiento Técnico, Clase II, Categoría 9, por no poseer título habilitante. Se sostuvo que en el año 1994 se le exigió la presentación del certificado habilitante, lo que se reiteró en 2013 sin obtener respuesta por parte del imputado, por lo que le cabía la responsabilidad penal.

La asistencia letrada informó que la norma que postula el ejercicio de la enfermería (ley 24.004) fue sancionada en 1991 y reglamentada en 1993, por lo que hasta esta fecha la conducta fue innegablemente atípica. Por otro lado, señaló que el encartado cumplió con el requisito exigido en la ley referenciada porque aportó copia de un certificado sobre “Curso de enfermería para estudiantes de medicina” realizado en 1984 en la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de La Plata, además de destacar que era estudiante de la carrera de medicina.

Resaltó también la defensora que, en 2014, el imputado realizó otro curso de auxiliar de enfermería, interpretando que esa formalidad había sido cumplida con anterioridad, por lo que solicitó el sobreseimiento, subsidiariamente agraviándose por el excesivo monto del embargo, tal así que petitionó por su reducción.

Frente a tal situación, la Alzada en torno a examinar los fundamentos de la instancia previa,

¹⁴CNCrim.Corr., Sala I, CABA, “J. C. P. s/ incidente de apelación del procesamiento”, 18/02/2016, LLAR/JUR/479/2016.

en consonancia con los preceptos invocados por la defensa consideró que las circunstancias destacadas por el magistrado fueron insuficientes si el objetivo propuesto era demostrar la existencia de una conexión penalmente relevante entre la conducta desempeñada por el enfermero y la imputación que sobre éste recaía, de allí que fuese indefectible revocar su decisorio y sobreseer al imputado.

Puede inferirse que la Alzada tomó muy en cuenta que el art. 247, CP, exige que el imputado actúe “...sin contar con autorización...”, y en este caso sucedió lo contrario, ya que el nosocomio donde se desempeñaba autorizó sus tareas conociendo la carencia de habilitación requerida.

En el caso bajo análisis, el organismo público de salud donde prestaba sus tareas el imputado, a pesar del incumplimiento en la presentación de la documentación habilitante, lo mantuvo prestando funciones hasta febrero de 2014, lo que podría interpretarse, como el otorgamiento tácito del consentimiento para que el enfermero lleve a cabo sus funciones profesionales como tal; de allí que quepa resaltar que no existió engaño alguno por parte del profesional del arte de cuidar.

Con motivo de lo antes expuesto, es preciso destacar la coincidencia de parte de esta tesisura con la postura adoptada por la Alzada en sobreseer al imputado, quien nunca ocultó no poseer la habilitación que la ley 24.004 exige.

b) *Integridad psicofísica*: en autos “N., P. L. c. R., L. H. y otros s/ daños y perjuicios”,¹⁵ se ventiló ante los estrados judiciales el hecho de que un paciente fue atendido en una guardia y debió luego someterse a la amputación de uno de sus miembros superiores como consecuencia de la aplicación de una dosis de ibuprofeno endovenoso de forma contraria a lo aconsejable médicamente. La sentencia de primera instancia condenó a la enfermera que realizó el procedimiento y a la persona jurídica que explota la clínica a indemnizarlo por los daños sufridos. La Alzada confirmó el decisorio y elevó el monto indemnizatorio.

La sentencia recaída en la enfermera, como así también en la sociedad explotadora del

¹⁵ CNCiv. y Com., Sala II, Mar del Plata, “N., P. L. c. R., L. H. y otros s/ daños y perjuicios”, 18/08/2016, RCYS 2016-XII, 136.

nosocomio, fue a consecuencia de la acreditación en el fuero penal que en oportunidad de inyectársele al paciente el medicamento, se actuó con desconocimiento de los deberes que le competen excluyentemente y en desmedro de las prescripciones que surgían de las normas de actuación del profesional, de las regulaciones de la ANMAT y del propio prospecto del medicamento.

VIII. CONCLUSION

La imperiosa necesidad de ajustarse a la buena práctica profesional del enfermero, amparado en la *lex artis*, como primera medida para evitar cualquier comportamiento antijurídico que conlleve cualquier tipo de responsabilidad, ya sea civil, penal o administrativa, será el norte a seguir de todo profesional de la salud.

De lo antedicho se desprende, y va de suyo concatenado a un punto que se ha referenciado en otras oportunidades, la necesidad de actualizar constantemente los conocimientos científicos y técnicos a efectos de no quedar los enfermeros relegados en nociones obsoletas y en prácticas añejas. Asimismo, es menester que al profesional del arte de cuidar se le otorguen conocimientos jurídicos básicos respecto de su profesión, debido a las eventuales consecuencias legales que pueden caberles si actúan *a contrario sensu* de las normas.

Por otra parte, es preciso reconocer que, de cara al futuro, los niveles de exigencia de la práctica profesional de la enfermería irán en aumento, tal como ya es notable en la actualidad en relación con la judicialización de la ciencia. Esto conlleva al punto remarcado *supra* y se insiste con el hecho del mejoramiento de la calidad de los servicios que pueda prestar el enfermero en el marco de sus competencias dentro de un ecosistema sanitario.

Una cuestión que puede observarse en la mayoría de los establecimientos sanitarios es que hay un déficit de protección civil para el enfermero por medio de seguros, ante posibles responsabilidades que puedan caberle en el ejercicio de su función. Si se tiene en cuenta que otras profesiones sí cuentan con seguros de responsabilidad civil, y atento el gran número de denuncias que se realizan contra los profesionales que actúan en el ámbito de la salud, sería de buena práctica, se posibilite al profesional del arte de cuidar tener acceso a cobertura de este tipo.

Lo dicho se afirma habida cuenta con el desarrollo de la responsabilidad y de la jurisprudencia, no se evidenció esta chance.

Resta agregar que, la enfermería de estos tiempos ha visibilizado postpandemia su rol científico y humanitario en todo el curso de vida de la persona humana. En este sentido la Dirección de Enfermería dentro de la estructura organizativa de la cartera sanitaria nacional, y mediante la creación del reglamento de la Comisión Nacional Asesora Permanente de Enfermería bajo disposición N°209/2022¹⁶ y con el objetivo principal de brindar asesoramiento al Ministerio de Salud en cuestiones relacionadas con la formación y el ejercicio de la enfermería, con criterio de armonización federal y considerando la normativa vigente de cada jurisdicción, mediante consenso de posición, ha reconceptualizado a la Enfermería de Argentina como Profesión del siglo XXI: ***“La Enfermería del siglo XXI, involucra los cuidados autónomos y compartidos en los equipos de los talentos humanos en salud, orientados a dar respuesta de calidad en todo el ciclo de vida a las personas, las familias, grupos y comunidades, en todos los niveles de atención y en todos los contextos. Incluye dentro de sus funciones, la promoción de la salud, la prevención de la enfermedad, la recuperación y rehabilitación en la lógica de los cuidados progresivos; de protección y defensa de los derechos humanos y diversidades. Además del fomento de un entorno seguro en una cultura de humanización, con la inclusión de las tecnologías de la información y comunicación para la mejora continua en la organización; el funcionamiento y gestión de los cuidados, la docencia, asesoramiento e investigación, con una mirada ética, integral e integradora y libre de discriminación alguna. (CENAPE, 2022 MS)¹⁷”***.

Dadas los basamentos doctrinarios, jurisprudenciales y teóricos de la Enfermería argentina

¹⁶ Reglamento de la Comisión Nacional Asesora permanente de Enfermería Resol. 2621/2021 APN-MS <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/365000-369999/367859/norma.htm>. Consultado el 28 de agosto del 2022

¹⁷ Ministerio de Salud de la Nación. Dirección de Enfermería. Reconceptualización de la Enfermería como Profesión del Siglo XXI. Comisión Nacional Asesora permanente de Enfermería. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/07/reconceptualizacion_de_enfermeria_en_argentina_c_o_n_formato_institucional_ok.pdf. Consultado 28 de agosto 2022.

consideramos de buena práctica, que toda organización sanitaria pueda desarrollar un programa institucional de políticas de prevención de riesgos integrando a todo el equipo sanitario que dispensa servicios de salud a la población de nuestro país, con el fin de generar una cultura preventiva y no punitiva de daños.

IX. BIBLIOGRAFIA

¹ Ley 17.132/1967. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/19429/texact.htm> consultado el 28 de agosto del 2022.

¹ Ley 24.004/1991. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/403/norma.htm> consultado el 28 de agosto del 2022.

¹ Decreto reglamentario 2497/1993. <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/5000-9999/8989/norma.htm> consultado el 28 de agosto del 2022.

¹ Ley 10.780/2021. https://boletinoficial.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2021/12/1_Secc_071221.pdf consultado el 28 de agosto del 2022.

¹CSJN, Fallos 308:1160-1986.

¹CCiv. Com. y Minería San Juan, Sala 2ª, 13/2/2006, "F., M. S. c. C., C. y otros –daños y perjuicios– Sumario", autos 17.854, L. de S., 2006-I-12/27 (voto Alferillo); Sala 1ª, 9/3/2007, "H. de F., G. N. c. Provincia de San Juan y otros –daños y perjuicios– Sumario", autos 18.762, L. de S., 95-137/160; 7/12/2007, "C. P., N. V. c. N., G. –daños y perjuicios–", autos 19.117, L. de S., 99-13/33.

¹Cam. 1. Civ. y Com. Bahía Blanca, Sala B, 9/4/81, REP. LL XLI, 918, sum. 245.

¹Cam. Apel. Civ. y Com. Bahía Blanca Sala II, 1981-04-09, "Crugeiro, Oscar c. Hospital Regional Español", DJBA 121-210- ED 94-278.

¹ CP. Art. 84: Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que, por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o de los deberes a su cargo, causare a otro la

muerte. El mínimo de la pena se elevará a dos años si fueren más de una de las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta, o antirreglamentaria de un vehículo automotor.

¹ Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional. Ley N°25.164
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60458/norma.htm>.

Consultado el 28 de agosto del 2022.

¹CNCiv., Sala H, “Mendoza de Llarera, Adelfinina c/ Municipalidad de Buenos Aires y otros”, 24/10/1994, J.A., 1995-III-377.

¹CCiv. y Com., Sala II, Rosario, 4/8/1983, Juris 72-181.

¹CNCrim.Corr., Sala I, CABA, “J. C. P. s/ incidente de apelación del procesamiento”, 18/02/2016, LL AR/JUR/479/2016.

¹ CNCiv. y Com., Sala II, Mar del Plata, “N., P. L. c. R., L. H. y otros s/ daños y perjuicios”, 18/08/2016, RCYS 2016-XII, 136.

¹ Reglamento de la Comisión Nacional Asesora permanente de Enfermería Resol. 2621/2021 APN-MS
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/365000-369999/367859/norma.htm>. Consultado el 28 de agosto del 2022

¹ Ministerio de Salud de la Nación. Dirección de Enfermería. Reconceptualización de la Enfermería como Profesión del Siglo XXI. Comisión Nacional Asesora permanente de Enfermería.

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/07/reconceptualizacion_de_enfermeria_en_argentina_con_formato_institucional_ok.pdf. Consultado 28 de agosto 2022.