

José Daniel Cesano

La Responsabilidad Penal Médica

Mala praxis

Aspectos sustantivos y procesales



editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

JOSÉ D. CESANO

LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

MALA PRAXIS. ASPECTOS
SUSTANTIVOS Y PROCESALES

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

Año: 2018

INDICE

- Introducción
- El tipo objetivo. La infracción al deber de cuidado en la actividad médica
- El tipo subjetivo en el delito imprudente
- Empresa médica y responsabilidad penal
- Cuestiones probatorias
- Bibliografía

Introducción

El ejercicio de la Medicina y de las demás profesiones relacionadas con el arte de curar presenta características que la particularizan respecto de otras actividades sociales. En efecto, aquellas consisten en que el médico incide directamente en la vida, la salud e integridad psicofísica de las personas, empleando para ello, en ocasiones, medios agresivos, precisamente para preservar la salud de sus pacientes. “De esta aparente contradicción –señala Romeo Casabona– se deriva lo delicado de la misión que ha sido encomendada a los profesionales de la Medicina por la comunidad, de los especiales conocimientos y habilidades que le son exigidos y, también por esta razón, de que su ejercicio les sea reconocido de forma exclusiva”¹ a los habilitados en dicha ciencia.

Indudablemente, la situación descrita hace que el Derecho penal y el penal procesal vengan prestando atención a los delicados y complejos problemas jurídicos y probatorios que ofrece la praxis médica. De hecho, en nuestro caso, desde hace algo más de diez años estas cuestiones constituyen uno de nuestros intereses investigativos más recurrentes².

En este libro nos proponemos analizar, actualizando, profundizando y ampliando líneas anteriores, algunas de las cuestiones centrales que se vinculan con la mala práctica médica.

La importancia de esta tarea, actualmente, luce evidente. Vivimos una época caracterizada por la obsesión de la búsqueda de responsabilidades; búsqueda que, cada vez más, se orienta hacia pretensiones punitivas, sin perjuicio de los reclamos resarcitorios. Esto exige, en los operadores jurídicos, un fino tacto; para desbrozar casos en que aquella responsabilidad se encuentra plenamente

probada, de otras situaciones en donde lo imprevisible que caracteriza a la enfermedad, puede tendernos una celada. La medicina no es una ciencia exacta y el concepto de *lex artis* –como luego explicitaremos– no es un concepto estático –porque, de serlo, los avances científicos se paralizarían–, sino que se encuentra en permanente dinamismo y evolución. De allí que la prudencia debe presidir las actuaciones judiciales en esta materia.

La obra que hemos diseñado se caracteriza por tres aspectos.

Por una parte, si bien las figuras delictivas con que trabajamos se limitan a los delitos de homicidio y lesiones imprudentes, el análisis de las mismas lo realizamos en íntima conexión con las categorías propias de la teoría general del delito; esto nos permitirá enriquecer la perspectiva. Es que a la parte especial del Derecho penal le corresponde determinar la connotación de las figuras delictivas, con lo cual queda fijada la materia de la premisa mayor del silogismo práctico. Sin embargo, para realizar esta tarea “se vale de las herramientas que le provee la Parte General”³, especialmente los estratos analíticos del concepto de delito y sus ampliaciones (concurso, participación y tentativa). Por eso es fundamental construir un “punto de engarce entre el caudal científico producido sobre la Parte General y la escasamente desarrollada Parte Especial”⁴.

En segundo lugar, el lector encontrará aquí la exposición de criterios jurisprudenciales. Esta inclusión la juzgamos relevante desde que, como lo expresara Gimbernau Ordeig, “los casos de los que esta se tiene que ocupar –y que tiene que juzgar– suponen para la dogmática jurídica (...) la ‘roca primitiva de la realidad’ donde verificar las bondades –o las insuficiencias– de las teorías elaboradas por la ciencia”⁵.

Finalmente, procuramos también tender puentes entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho penal procesal (en particular, el

Derecho probatorio). La razón de esto es clara: el proceso penal integra una suerte de ciencia global del Derecho penal, juntamente con el Derecho penal sustantivo y el Derecho de ejecución penal. Es que “las soluciones de los problemas jurídicos en los campos de cada una de esas disciplinas pueden depender de los conocimientos en otro campo, con lo cual no parece imaginable un Derecho penal moderno sin una constante y estrecha colaboración de todas las disciplinas parciales de dicha ‘ciencia global’”⁶.

Notas

1 ROMEO CASABONA, Carlos María, *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*, Comares, Granada, 2005, pp. 197-198.

2 En efecto, a nuestro “Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica” (en Marcelo J. López Mesa, *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*, Legis-Ubijus, Buenos Aires-México, 2007, pp. 713-822), se sucedió *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica. Análisis dogmático de las figuras delictivas. Aspectos probatorios. Relaciones entre la acción civil y penal*, Lerner Editora, Córdoba, 2012, y *Aspectos penales de la imprudencia médica*, Lerner Editora, Córdoba, 2016.

3 BALCARCE, Fabián I., “Introducción al estudio de la Parte Especial del Derecho Penal”, en Gustavo A. Arocena – Fabián I. Balcarce, *Teoría y práctica de la Parte Especial del Derecho Penal*, Lerner Editora, Córdoba, 2011, p. 26.

4 BALCARCE, Fabián I., *Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal. Su vinculación con la Parte General*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009, p. 5. Si no se repara en la importancia de esta conexión se corre el riesgo de terminar

“convirtiendo el estudio de las figuras delictivas en poco menos que una cuestión de diccionario” (cfr. AROCENA, Gustavo A. – BALCARCE, Fabián I. – CESANO, José Daniel, Metodología de las Ciencias Penales, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016, p. 35).
5 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Prólogo”, a Cesano, Aspectos penales..., cit., p. 12.
6 Cfr. AROCENA – BALCARCE – CESANO, Metodología..., cit., p. 72.

Capítulo I

El tipo objetivo

La infracción al deber de cuidado en la actividad médica

José D. Cesano

1. El deber de cuidado en el tipo imprudente [arriba] -

En los delitos imprudentes, la acción típica no está determinada con precisión en la ley. Las figuras imprudentes, por regla, se limitan a conminar una sanción a quien “por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos” causare este o aquel resultado¹. Es, pues, “el juez o el intérprete quienes deben determinar el contenido de la acción imprudente. Los delitos (...) [imprudentes] son, por consiguiente, ‘tipos abiertos’, en el sentido (...) de que una característica del tipo del injusto debe ser completada por vía judicial o doctrinal. Ello no supone en este caso una lesión del principio de legalidad, ya que la propia naturaleza de las cosas impide poder describir con mayor exactitud en la ley todos los comportamientos imprudentes que se puedan dar o realizar”².

La circunstancia recién apuntada torna imperativa la búsqueda de un punto de referencia con el cual comparar el hecho realizado –que puede manifestarse a través de un comportamiento tanto activo como omisivo–³, con la finalidad de determinar –en el caso concreto y respecto de aquella imputación– si el comportamiento ha sido realizado imprudentemente. Este punto de referencia lo da el deber de cuidado⁴. Por ello –desde nuestra perspectiva– lleva razón Muñoz Conde cuando afirma que “[e]l núcleo del tipo de injusto del delito imprudente consiste, por tanto, en la divergencia entre la acción realmente realizada y la que debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que (...) era necesario observar”.

Diversas cuestiones deben precisarse respecto de este concepto (deber de cuidado):

a) En primer término, su contenido. Para que se verifique una infracción al deber de cuidado es necesario que el sujeto activo haya reconocido el peligro que su acción entraña respecto del bien jurídico y que, al mismo tiempo, tenga la capacidad para llevar a cabo la acción en las mejores condiciones⁵. Esta doble exigencia (reconocimiento del peligro y capacidad de acción) “habrá de ser comparada con un baremo y, de dicha comparación, obtendremos la medida correspondiente. Este baremo será objetivo si utilizamos el hombre medio consciente y prudente, y será individualizado si se toma en cuenta la capacidad concreta y los conocimientos especiales que tenga el sujeto en cuestión”⁶. Por eso, correctamente, se sostiene que la determinación del deber de cuidado es susceptible de ser dividido en dos fases: por una parte, se buscan las reglas generales de cuidado que debería observar el autor, es decir, una medida general de cuidado y, en un segundo momento, se ha de preguntar cuál sería la conducta necesaria en el tráfico atendiendo a la capacidad del sujeto y a las circunstancias exteriores concurrentes⁷. Por supuesto que, procesalmente, debe exigirse, para afirmar la violación a aquel deber, que se demuestre en qué consistió su concreto contenido;

requiriéndose, en caso de una intervención plural de profesionales, la descripción del rol que le cupo a cada cual⁸.

b) En el proceso comparativo recién aludido deberá tenerse en cuenta siempre la doctrina del riesgo permitido; ello así por cuanto, en ocasiones, debido a la utilidad social que entraña la acción, esta se permite. Obviamente, en tales casos, la producción de resultados sin sobrepasar los límites del riesgo permitido torna inviable la imputación de los mismos⁹.

c) A los efectos de determinar la infracción al deber de cuidado, el análisis deberá realizarse ex ante y teniendo en cuenta la situación concreta en la que se desarrolló la acción¹⁰.

d) Una cuestión central al momento de analizar estas cuestiones se relaciona con las fuentes utilizables para la determinación de la norma de cuidado.

La actividad médica está regulada por un cúmulo de normas legales y administrativas. Indudablemente, al momento de evaluar la responsabilidad penal del profesional, la posible infracción a aquellas debe ser cuidadosamente examinada. En este sentido, cabe señalar que el incumplimiento de estas normas no implica necesariamente una infracción al deber de cuidado, “aun cuando pueda constituir un indicio de ello”¹¹.

Otras veces, sin embargo, esta determinación exigirá recurrir a reglas de experiencia en el ejercicio de la profesión médica, lo que se conoce como *lex artis*¹².

2. El deber de cuidado en la actividad médica [arriba] -

2.1. Introducción

Sin desconocer la existencia de normas jurídicas que positivizan ciertos deberes de cuidado (cuyo cumplimiento es exigible al personal médico)¹³, en el ámbito de nuestra investigación la determinación de una infracción a ese deber recurre, fundamentalmente, al concepto de *lex artis*.

¿Qué se entiende por *lex artis*?

La *lex artis* es “la suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencia y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica, y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico-sanitaria”¹⁴.

Dichas reglas no pueden ser fijas, estratificadas o invariables¹⁵ ya que: a) se refieren a la aplicación de conocimientos científicos y técnicos cuyo progreso es permanente; b) existen diversas escuelas médicas y el principio de libertad del tratamiento torna inexigible que el profesional deba aceptar necesariamente los principios de alguna de ellas¹⁶, y c) no todos los organismos reaccionan de la misma manera y eso hace necesario adaptar los métodos terapéuticos para atender los requerimientos del paciente concreto.

Es frecuente que aquellas reglas generales que conforman la *lex artis* se concreten en protocolos de actuación. En efecto, desde hace algún tiempo se está procediendo a una progresiva protocolización de los procedimientos de diagnóstico y terapéutica médicos. “Con ello se trata de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones que un grupo de expertos (sociedades científicas de ámbito nacional o internacional) o especialistas (responsables de un área de sanidad de un centro hospitalario o de un servicio concreto) establecen para orientar la labor diaria de los profesionales, con el objeto de mejorar la calidad y la eficacia de la praxis médica y, en general, de toda la

actuación sanitaria. Por ello, se plantea en la actualidad la conveniencia de que tales documentos sean acogidos por los Tribunales para identificar el deber objetivo de cuidado exigible en cada situación concreta. De este modo, se arguye, serían objeto de análisis en el proceso las directrices técnicas consideradas idóneas por los expertos en la materia para la práctica correcta de la conducta enjuiciada, lo que facilitaría notablemente la labor a realizar por los peritos designados en la causa”¹⁷.

El empleo de estos protocolos para la determinación de la *lex artis* no está exento de dificultades.

Si bien es cierto que su alto nivel científico y su especificidad constituyen cualidades valorables, no lo es menos que pueden devenir, en el momento en que ocurrió el hecho investigado, obsoletos o anticuados.

Desde otra perspectiva, la *lex artis* no puede interpretarse en términos tan sumamente circunscritos como para tildar de comportamientos indebidos a aquellas actuaciones médicas que supongan una variación de lo prefijado por aquellos protocolos. Es que tal actitud equivaldría a pretender la paralización de los avances científicos en ese ámbito. “De llegar a tal conclusión, todo aquel tratamiento que no fuera el tradicionalmente prescrito quedaría automáticamente prohibido y entraría en el ámbito de lo reprobable y excluible. El carácter mutable de la medicina afecta asimismo su *lex artis*, de modo que no cabe afirmar que las normas de conducta médica son invariables; por ello, estas reglas generales deben ser interpretadas con cierta flexibilidad”¹⁸. De allí que la doctrina refiera que todo intento para evaluar eventuales infracciones a la *lex artis* no debe reparar exclusivamente en aquellas reglas o estándares generalmente aceptados en la especialidad de que se trate, sino que a esta necesaria valoración se la debe acompañar con cierta “libertad de método por parte del profesional médico, lo que afecta a la libertad de técnica diagnóstica y de prescripción del tratamiento, pues sólo así es posible el avance científico en el sector”¹⁹.

Un tema que genera cierta controversia es el relativo a si las reglas éticas o deontológicas forman o no parte de la *lex artis*. Al respecto, Chaia afirma que “si la conducta médica es contraria al deber de cuidado y produce un resultado típico, ha de ser imprudente aun sin que la norma ética lo establezca. En cambio, si la mera violación de una norma ética –que no cause un resultado típico y que ni siquiera aumente el riesgo al bien jurídico– puede de por sí implicar que estemos ante una conducta imprudente, la respuesta negativa se impone, más allá de que dé lugar a otro tipo de sanción civil, moral o profesional”²⁰. Coincidimos con las apreciaciones formuladas, aun cuando –desde nuestra perspectiva– los principios contenidos en aquellas reglas pueden servir para perfilar ciertos deberes generales del médico²¹. Ciertamente, –y esto explica la adhesión a la opinión de Chaia– en tanto la infracción a un deber general (ínsito en el precepto deontológico) no produzca un resultado típico, la inobservancia de la misma no traerá consecuencias penales. Ello así por cuanto deberá tenerse en cuenta –como postulado general– que la existencia de responsabilidad penal no se verá satisfecha con la mera violación al deber de cuidado, sino que, además, será menester que, en virtud de esa violación, se haya producido un resultado material perjudicial para el paciente (lesión de un bien jurídico-penalmente protegido por el tipo correspondiente: la vida o la integridad personal), “pues en relación con esta actividad sólo entra en discusión la existencia de un delito de resultado material”²².

2.2. Particularidades en la determinación del deber de cuidado en la actividad médica

Cuando se trata de la determinación del deber de cuidado en la actividad médica, la doctrina distingue algunas particularidades²³:

Por una parte, hay que tener en cuenta ciertos aspectos que, en el análisis de otros tipos de criminalidad imprudente, no adquieren tanta relevancia, como es el caso de la valoración de la propia preparación

o especialización del facultativo²⁴ y las circunstancias de tiempo y lugar en donde se presta la atención médica²⁵.

Desde otra perspectiva, también habrá peculiaridades que se vinculan con las especiales características de la etapa del proceso curativo de que se trate (diagnóstico o tratamiento). En tal sentido, se afirma que en el diagnóstico, dado su significativo componente conjetural, serían admisibles unos márgenes de error superiores que en el tratamiento, sin que ello signifique –como luego veremos– que cualquier fallo que suceda, en ese momento, sea insusceptible de generar responsabilidad penal.

2.3. Principales deberes generales del médico²⁶

2.3.1. Diagnosticar y tratar

La emisión del diagnóstico constituye la primera obligación del médico. Para reconocer la dolencia, el médico deberá examinar al paciente, “explorándolo de la forma más integral y completa, sin prescindir de ningún elemento, tanto físico como anímico (...)”²⁷. En este contexto, el profesional de la salud, “bajo ninguna circunstancia debe escatimar nada a la hora de practicar exámenes que le permitan identificar la enfermedad que presenta el paciente, la evolución de la misma, [sus] características individuales (...) y su entorno, para lo cual debe valerse de todos los avances tecnológicos a su disposición”²⁸.

En dicha tarea, el facultativo habrá de valerse, por tanto, de todos los medios que tenga a su alcance y también de aquellos que deba obtener mediante servicio de terceros²⁹. Dicho en otras palabras: “[e]n la mayoría de los casos la actuación del médico no puede transcurrir solitariamente; ella requiere, por lo habitual, la cooperación de otras personas: muchas veces del mismo nivel de preparación académica, como colaboradores provenientes de distintas disciplinas. Aparte, los

avances técnicos proveen nuevas facilidades, en forma de instrumental o de medicamentos, que el médico debe poner a disposición del paciente. Si no lo hiciese, privando al paciente de la posibilidad de curación por esos medios, también la omisión en que el profesional incurra lo hará caer en responsabilidad”³⁰.

En lo que concierne a la obligación de tratamiento, el médico debe hacerlo prestando sus cuidados conscientes y atentos, conforme a los conocimientos adquiridos por la ciencia y con la finalidad de procurar, desde un inicio, interrumpir el curso causal de la enfermedad que afecta al paciente.

Cuando se exige a un profesional de la medicina que le brinde al paciente los cuidados adecuados para conjurar su mal presente o futuro, se le está pidiendo el máximo de diligencia posible para evitar el progreso de la enfermedad, o para eliminar el proceso patológico iniciado e, incluso, para evitar que se inicie³¹.

Por supuesto que este deber encuentra su límite en la disponibilidad que el facultativo tenga de equipos y recursos, “pues no podría reprocharse al médico por no formular exámenes cuando en la entidad en que labora no cuenta con los medios para realizarlos”³². Si el profesional actúa dentro de una estructura hospitalaria –lo que actualmente constituye la regla–, será el director gerente del nosocomio o el director médico del mismo sobre los cuales recaerá la responsabilidad por no proveer los medios necesarios para prestar correctamente el servicio de salud.

2.3.2. Informar

La información al paciente integra una de las obligaciones asumidas por el equipo médico, “y es requisito previo a todo consentimiento, al objeto de que el paciente pueda emitir su conformidad al plan

terapéutico de forma efectiva, y no viciada por una información sesgada o inexacta”³³.

Desde una perspectiva diacrónica³⁴, en la relación médico-paciente tuvo primacía el rol paternalista de aquel por sobre el poder de decisión de este³⁵. El paternalismo, así entendido, fue un principio de la medicina hipocrática”³⁶. Sin embargo, con el transcurso del tiempo, fue objeto de cuestionamiento porque, “aun con el sano deseo de no hacer daño, se apoya en el ocultamiento y la distorsión de los hechos además de violar valores inherentes a la dignidad de las personas y de tener un sesgo autoritario tratando de imponer valores médicos relativos como si fueran absolutos”³⁷.

Es recién con la irrupción de las ideas liberales que se desarrolla toda una teoría de respeto y jerarquización de los derechos individuales de la persona; valorizándose la autonomía de esta para decidir sobre los mismos³⁸. Sin embargo, también este principio no deja de ser, en ciertos aspectos, discutido, “porque propugna el individualismo, ignora la inferioridad psicofísica del enfermo y pone en duda el valor de la beneficencia médica”³⁹.

De allí que, en la actualidad, tienda a imponerse el modelo de la decisión médica compartida en la que el médico aporta su saber y experiencia y el enfermo sus valores y sus deseos. Aunque esta nueva perspectiva no se ha consolidado en nuestra sociedad, “se considera [que] constituye un paso irreversible, de acuerdo con la continua subida del nivel cultural, la creciente importancia que les damos a la libertad de elección y al consentimiento informado de los pacientes”⁴⁰. Por eso, con acierto, Silva ha expresado que “el respeto a la integridad traslada la decisión del paciente al plano de un pronunciamiento consensuado, es decir, a la toma de una decisión conjunta entre el médico y el paciente. En ese sentido, el respeto a la integridad de las personas exige un esfuerzo decidido para llegar no sólo a una decisión autónoma según criterios externos, sino a una que represente la base de conocimiento y sentimiento entre el médico y el paciente. No se trata de que el paciente asienta o disienta como

entidad aislada, sino de que el médico y el paciente, juntos, consientan y respeten la integridad del otro”⁴¹.

En el caso del derecho positivo argentino, el principio general en esta materia fue establecido, primigeniamente, por el art. 19, inc. 3, de la ley 17.132. En virtud del mismo, el facultativo debe “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de inconsciencia, alienación mental, lesionados graves por causa de accidentes, tentativas de suicidio o de delitos”. Se trataba de una regla genérica a favor del respeto a la dignidad del paciente⁴².

Precisamente, a los fines de obtener el consentimiento⁴³, el médico debía realizar una labor previa, que funcionaba como antecedente necesario de la decisión a adoptar por el enfermo: informar sobre su estado de salud, tratamiento aconsejable, los pros y las contras del mismo, tratamientos alternativos –si los hubiere–, etc.⁴⁴.

Antes de la sanción de la ley 26.529, la reconstrucción dogmática de esta exigencia, a diferencia de lo que sucedía en algunos sistemas jurídicos extranjeros⁴⁵, no encontraba fundamento en una sola norma concreta. Eran diversos los textos legales que –refiriéndose a cuestiones particulares– permitían inferir este principio⁴⁶. Así, en primer término, la doctrina señalaba –aunque no en forma explícita– que este deber, en lo que concierne a las intervenciones quirúrgicas, derivaba del art. 19, inc. 3, de la ley 17.132⁴⁷. Por otra parte, la ley de trasplantes (art. 13, ley 21.541 [con las modificaciones de las leyes 23.464 y 24.193]) exigió a los jefes y subjefes de los equipos, como asimismo a los profesionales a los que se refiere el art. 3, que informasen a cada paciente y su grupo familiar (en el orden que establece el art. 21) “de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural de cada (...) [uno], acerca de los riesgos de la operación de ablación e implante, según sea el caso, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, evolución previsible y limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría, que verosímilmente puedan resultar para el receptor”⁴⁸. Finalmente, la

ley 26.130 (ligaduras de trompas de Falopio y vasectomía), en su art. 4, requería al profesional médico interviniente que, en forma individual o juntamente con un equipo interdisciplinario, informara a la persona que solicitaba esas prácticas: a) la naturaleza e implicancias sobre la salud de la intervención a realizar; b) las alternativas de utilización de otros anticonceptivos no quirúrgicos autorizados, y c) las características del procedimiento quirúrgico, sus posibilidades de reversión, sus riesgos y consecuencias⁴⁹.

Dogmáticamente, se discutía –en parte, debido a esta fragmentación normativa– si el cumplimiento de este deber era susceptible de limitaciones. Dichos límites se vinculaban con aquellas situaciones en donde una información muy detallada del estado del paciente podía generar en este un empeoramiento en sus condiciones físicas o psíquicas. El problema fue arduamente debatido por cuanto, si se admitían tales límites, se podía destruir la esencia misma del consentimiento informado. Garay distinguía dos situaciones: a) el diagnóstico y b) la información previa a obtener la aquiescencia con respecto al tratamiento. Indudablemente, estas dos situaciones podían aparecer a veces ligadas, y en ocasiones no. Así, a título ejemplificativo, se analizaba el caso de un diagnóstico de un cáncer terminal para el cual no hay terapias alternativas. Era evidente que, en orden al diagnóstico, el detalle respecto de la evolución de la dolencia no debería incidir sobre los límites del consentimiento. En tales casos, los efectos desfavorables que se derivasen del conocimiento de aquellos detalles respecto del enfermo podrían morigerarse. Es más: existían normas deontológicas que exigían al médico evitar “en sus actos, gestos y palabras, todo lo que pueda obrar desfavorablemente en el ánimo del enfermo y deprimirlo o alarmarlo (...)” (art. 9 del Código de Ética Médica)⁵⁰. Distinta era la situación si estábamos en el momento de prestar consentimiento para determinado tratamiento. Ello así por cuanto las concesiones que pudiesen hacerse, en esa oportunidad, terminarían por esterilizar el valor jurídico de aquel⁵¹.

Aun cuando las normas citadas siguen vigentes, la ley 26.529, a través de diversos artículos, vino a establecer un régimen integral de

la información sanitaria, solucionando, de manera expresa –ya analizaremos cómo–, algunos de los problemas dogmáticos que antes se planteaban. Veamos cuáles son las características más significativas de la regulación vigente.

El art. 2, inc. f), de la ley 26.529 califica como un derecho del paciente el de “recibir la información necesaria, vinculada a su salud”. El precepto confiere una solución expresa a la discusión que se describiera supra, al establecer que el derecho a la información “incluye el de no recibir la mencionada información”. Doctrinariamente se ha justificado esta inclusión a partir de la base del principio de autodeterminación⁵².

No obstante la existencia de este derecho, el decreto reglamentario 1089/12, justifica al médico tratante en orden a limitar la información sanitaria en caso de que, por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica, entienda que “por razones objetivas el conocimiento de la situación de la salud del paciente puede perjudicar su salud de manera grave”. En tal hipótesis, deberá dejar asentada en la historia clínica esa situación y comunicar a las personas vinculadas al paciente, por razones familiares o de hecho (según lo previsto en los arts. 4 y 6 de la ley 26.529, y su modificatoria 26.742). Esta limitación terapéutica de la información se configura, por tanto, como admisible y necesaria “en la medida en que el médico considere que la información completa puede ser nefasta para el paciente y contraria al fin terapéutico buscado”⁵³; no obstante, también se ha señalado que esta excepción de estado de necesidad terapéutico “debe ser interpretada restrictivamente, puesto que implica una limitación al derecho a la información del paciente, y se aplicará en casos de diagnóstico fatal o pronóstico fatal cuando la información le pudiera perjudicar de manera grave, sin que la ocultación pueda hacerse por razones humanitarias sino terapéuticas”⁵⁴.

Un aspecto relevante acerca de este deber genérico es el vinculado con las capacidades cognitivas del paciente a quien se informa. El tema no es una cuestión menor desde que el efecto del consentimiento

se extiende hasta donde sea informado⁵⁵. En este sentido, la ley 26.529 establece que el paciente debe ser informado de manera clara, suficiente y adecuada a su capacidad de comprensión (art. 3). De tal modo, esta información debe ser presentada –en principio y salvo que el paciente sea a su vez un experto– de una forma sencilla, evitando términos científicos incomprensibles para la mayoría. Dicho sintéticamente: “la información debe ser adecuada subjetivamente a cada paciente en virtud de su grado de instrucción, madurez y su estado emocional”⁵⁶.

En cuanto al contenido concreto de la información, el art. 3 de la ley 26.529 lo refiere al estado de salud del paciente, los estudios y tratamientos que fuere menester realizarle y la previsible evolución, riesgos, complicaciones o secuelas de los mismos⁵⁷. En lo que respecta a los riesgos a informar, se ha señalado que estos deben comprender tanto los normales como así también aquellos que resultan previsibles pero no frecuentes, o de una ocurrencia muy escasa. El médico debe “avisar al paciente todo aquello que pueda pasar, dentro de lo que la ciencia médica y su experiencia le indiquen”⁵⁸.

La ley autoriza, en su art. 4, a brindar información a terceras personas, con autorización del paciente. Por otra parte, el mismo precepto detalla cuáles son las personas que pueden recibir información en caso de que el paciente no se encuentre en condiciones (por incapacidad o imposibilidad de comprender, a causa de su estado físico o psíquico) de ser informado. Dichas personas son: su representante legal o, en su defecto, el cónyuge que conviva con el paciente, o la persona que, sin ser su cónyuge, conviva o esté a cargo de su asistencia o cuidado del mismo y los familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad. La doctrina –acertadamente– ha criticado algunos aspectos de esta disposición. En este sentido se ha dicho que el “grado de parentesco parecería no ser un parámetro que el profesional médico pueda verificar de manera sencilla, el criterio debería haber sido, tal vez, mencionar simplemente a los familiares presentes, salvo que exista la posibilidad de hacer comparecer a los más próximos”⁵⁹.

Ciertamente que el análisis del incumplimiento de este deber no puede ser realizado en forma aislada del resultado. Ello así por cuanto el quebrantamiento de la exigencia (que, en sí misma constituye parte de la *lex artis*)⁶⁰, para ser punible, debe derivar en homicidio o daño en el cuerpo o la salud del paciente: “...el solo hecho de que el médico no proporcione información no representa una conducta típica, aunque es claro que ello puede incidir no sólo en la autodeterminación del enfermo, sino que a veces la falta de información puede acarrear efectos desfavorables relacionados con la vida o la salud. Piénsese, por ejemplo, que él podría haber adoptado otras determinaciones en procura de una solución para sus problemas, las que omitió debido a la falta de esclarecimiento por parte del médico”⁶¹. En tales supuestos, cabría la consideración de un incremento en el riesgo a que está expuesto el bien jurídico.

2.3.3. Deber de actuar en casos de urgencia o deber genérico de asistencia

Se trata de una obligación que ya establecía el art. 19, inc. 2º, de la ley 17.132, “derivada del monopolio de atención de la salud que detentan los médicos”⁶².

Esta obligación se patentizaba –según la norma legal citada, que era fuente de la misma– ante el estado de gravedad del enfermo.

Sin embargo, ya antes de la sanción de la ley 26.529 habíamos dicho que resultaba más correcto postular (a su respecto) un alcance más amplio –lo que lo convertía en un auténtico deber general de asistencia– de acuerdo a la prescripción que contenía el art. 8 del Código de Ética. En efecto, esta última norma diseñaba el deber no acotándolo a los casos de “suma urgencia o peligro inmediato para la vida del paciente” (inc. c), sino que lo extendía a dos hipótesis que no se reconocían –al menos de manera expresa– en la ley 17.132; a

saber: a) cuando no había otro facultativo en la localidad en la cual ejercía su profesión el médico y no existiese servicio público y b) cuando es otro médico quien requería, espontáneamente, su colaboración profesional y no existía en las cercanías otro capacitado para hacerlo.

Las exigencias que se reclamaban fueron receptadas, con una categórica amplitud, en la ley 26.529. En efecto, actualmente, el inc. a) del art. 2 de dicho cuerpo normativo establece el derecho de los pacientes “a ser asistidos por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna, producto de sus ideas, creencias religiosas, políticas, condición socioeconómica, raza, sexo, orientación sexual o cualquier otra condición”.

El deber en examen es importante por cuanto no es lícito que el profesional arguya “excusas de índole administrativa o interna de la institución sanatorial u hospitalaria, o de falta de pago, etc., para negar la asistencia médica debida, pues, por sobre todo orden administrativo, interés económico, existen valores superiores”, cual es el caso del derecho a la vida y a la salud⁶³. Ciertamente –y ahora analizando la cuestión desde una estricta perspectiva jurídico-penal–, la responsabilidad en este ámbito no se verificaría (sin perjuicio de las posibles responsabilidades administrativas y disciplinarias) salvo el caso en que esta omisión de asistencia sea generadora de la muerte o de un menoscabo en la integridad corporal del paciente⁶⁴. Esto es así, desde luego, en un sistema jurídico como el nuestro que no establece un deber cualificado de auxilio, como obligación del profesional del personal sanitario, lo que sí sucede en otros textos extranjeros como el del art. 196 del Código penal español⁶⁵.

Finalmente, digamos que en virtud de la 2ª disposición del inc. a) del art. 2 de la ley 26.529, el “profesional actuante sólo podrá eximirse del deber de asistencia, cuando se hubiere hecho cargo del paciente otro profesional competente”.

2.3.4. Guardar secreto

Si bien este deber, desde una perspectiva comparativa con los otros que aquí se analizan, no resulta tan relevante para el tema que constituye el objeto del presente trabajo⁶⁶, su examen se justifica aquí por cuanto el peligro de la revelación del mismo puede afectar la libertad del individuo (que quiere que se reserve la confidencialidad) para poder concurrir a un profesional, sin que esto vea afectada su vida privada o le pueda traer consecuencias perjudiciales⁶⁷. Es decir: si no existiese este deber genérico –y sin desconocer su rol central de tutela de la intimidad ya señalado– se podría ver menguada la confianza de un eventual paciente y así provocar cierto dilema en orden a realizar la consulta en el momento oportuno.

¿Qué se entiende por secreto médico?

Se trata del deber, fundado en normas éticas y legales, de mantener en reserva –salvo justa causa– lo que por el ejercicio o con motivo del ejercicio de su profesión le confía al facultativo el paciente, o lo que aquel descubre a través de sus sentidos⁶⁸.

Tal deber ya se encontraba impuesto por el art. 66 del Código de Ética y por el art. 11 de la ley 17.132.

La exigencia se perfilaba como una obligación negativa, de no hacer, comprensiva tanto de los datos contados por el paciente al médico como de los descubrimientos que pueda hacer el facultativo durante el tratamiento y diagnóstico⁶⁹.

La ley 26.529 ha dado un tratamiento integral a esta cuestión. Así, el inc. c) del art. 2 preceptúa: “Toda actividad médico-asistencial tendiente a obtener, clasificar, utilizar, administrar, custodiar y

transmitir información y documentación clínica del paciente debe observar (...) el debido resguardo de la intimidad (...) y la confidencialidad de sus datos sensibles”, sin perjuicio de las previsiones contenidas en la ley 25.326 (régimen legal de hábeas data). Intimidad y confidencialidad son conceptos imbricados⁷⁰. En rigor, la confidencialidad es un instrumento para el resguardo de la intimidad. Justamente por esto, el art. 2, en su inc. d), pone en cabeza de toda persona que participe en la elaboración o manipulación de la documentación clínica, o que tenga acceso al contenido de la misma, el deber de guardar “la debida reserva, salvo expresa disposición en contrario emanada de autoridad judicial competente o autorización del propio paciente”.

2.3.5. Actualizar conocimientos

La habilitación para ejercer profesionalmente no es suficiente demostración de que se poseen los conocimientos necesarios para actuar⁷¹. Ello es así por cuanto, en la actualidad, la vieja imagen de un médico intuitivo, habilidoso e individualista ha ido cediendo paso –en palabras de Romeo Casabona– “al técnico, experto, que se integra en el engranaje de la estructura sanitaria –principalmente hospitalaria–...”, que debe ser capaz de analizar y valorar una serie de datos cada vez más precisos y complejos sobre su paciente, que requiere un material e instrumentos paulatinamente más sofisticados e imprescindibles⁷².

Esta tecnificación de la práctica médica genera una doble necesidad: a) por una parte, los profesionales sanitarios deben estar en posesión de un número cada vez mayor de conocimientos; actualizándose permanentemente, y b) desde otra perspectiva (y tal cual lo profundizaremos en diversos acápite de este trabajo), tanto el tratamiento como el diagnóstico previo de la enfermedad deben ser encomendados a una pluralidad de profesionales especializados, haciéndose estos cargo parcialmente del paciente en cada una de las respectivas facetas que les corresponden⁷³.

Sin duda que un profesional que no actualice sus conocimientos o que no utilice por sí (o a través de los otros especialistas con los que trabaja) los medios e instrumentos técnicos necesarios para el diagnóstico o tratamiento, podrá estar incurso en una infracción al deber de cuidado, la que –de acarrear un resultado lesivo al paciente– podrá ser objeto de imputación penal⁷⁴.

2.3.6. Confrontar opiniones⁷⁵

Como otro corolario de los avances permanentes de que es objeto la medicina, y que recién señaláramos, hoy resulta muy complicado que un facultativo esté capacitado para intervenir en todas las áreas. Por tal motivo, es esencial que ocurra a otros profesionales para intercambiar opiniones respecto de un caso. Con razón, sostiene Chaia que el médico “que realiza una intervención sin agotar previamente las consultas con los especialistas en cada área involucrada, somete al paciente a mayores riesgos, los que pueden trasuntar en la creación de un resultado concreto que lo hará responsable por esa infracción”⁷⁶.

El Código de ética, en su art. 41, consagra –con el alcance de un imperativo moral (“debe”, dice la norma) tres situaciones en donde el mismo facultativo está obligado a realizar una interconsulta; a saber: a) cuando el facultativo que asiste al enfermo “no logre hacer diagnóstico”; b) cuando no obtenga un resultado satisfactorio con el tratamiento empleado, o c) por la gravedad del pronóstico “necesite compartir su responsabilidad con otro u otros colegas”.

Por su parte, el inc. g) del art. 2 de la ley 26.529 establece como derecho del paciente el de “recibir la información sanitaria por escrito, a fin de obtener una segunda opinión sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud”⁷⁷.

2.3.7. Derivar al paciente en caso necesario

Desde el momento en que un profesional asume la atención de un enfermo se coloca, respecto de este, en posición de garante del bien jurídico cuya tutela se le ha confiado. Por eso, correctamente, señala Terragni que las obligaciones del facultativo “nacen en ese momento y cesan recién cuando otro médico lo reemplaza”.

Es claro que, en estos casos, si el profesional no realiza los deberes específicos de diagnóstico o tratamiento por falta de instrumentos o técnicas adecuadas, esta inactividad permitirá imputarle –en la medida en que, a consecuencia de ella, el paciente fallezca o sufra una disminución en su integridad corporal– el resultado lesivo.

Nos encontramos, pues, frente a un caso de comisión por omisión⁷⁸.

A diferencia de lo que sucede en otros sistemas legislativos –y de acuerdo a lo que desarrollaremos más adelante en este capítulo– en el Código Penal argentino no encontramos una regulación específica de la comisión por omisión; circunstancia que ha llevado a la doctrina a calificar su utilización como traumática, desde la perspectiva de la garantía constitucional de legalidad.

Por eso se enfatiza –con razón– la necesidad de ser muy cuidadoso al momento de precisar quién se encuentra en la posición de garante y los límites de tal concepto.

En este caso, la fuente de la posición de garante –desde la perspectiva de las fuentes formales⁷⁹–, puede responder: ya a la relación contractual existente, ora –en la hipótesis de haberse iniciado un tratamiento y carecer de medios para continuarlo– en la injerencia o,

finalmente, en la misma ley 17.132, cuyo art. 19, inc. 2º, establece como deber del profesional la asistencia del enfermo hasta tanto, en caso de decidir la no prosecución de esta, “sea posible delegarla en otro profesional o en el servicio público correspondiente”.

En cuanto a los límites de la posición de garante del facultativo, estimamos que esta cesa “cuando el paciente es colocado bajo la esfera de custodia de un nuevo profesional. Por tal motivo, es también responsable de los daños que cause una inequívoca derivación, sea a un profesional incapaz, sea a un profesional de un área diversa a la necesitada, por lo que no ha de finalizar su intervención hasta tanto no coloque al paciente bajo resguardo de un médico tratante adecuado”⁸⁰.

2.4. Deberes específicos del médico durante el diagnóstico y tratamiento

2.4.1. El diagnóstico

La actuación médica se inicia por el diagnóstico que indica la vía a seguir frente al cuadro que ofrece el paciente. Enseguida, el médico escoge el tratamiento conveniente de acuerdo a la dolencia y lo pone en práctica.

El diagnóstico constituye, por tanto, el primer acto efectuado por el profesional en su lucha contra la enfermedad. Se lo define como el hecho de reconocer e identificar las enfermedades conforme a sus síntomas⁸¹.

El diagnóstico comienza habitualmente con la anamnesis, “es decir con la reunión de todos los datos personales, hereditarios y familiares del enfermo, anteriores a su dolencia”⁸². El facultativo “debe recoger de manera completa y ordenar todos los datos anamnésicos,

interpretar todos los síntomas clínicos y usar de manera oportuna los diversos medios auxiliares de investigación (como las investigaciones microscópicas, serológicas, etc.). Luego formulará el juicio de diagnóstico teniendo en cuenta la nosología y la nosografía, así como las múltiples variantes que presentan las situaciones individuales”⁸³.

La realización de esta tarea, de acuerdo a los estándares recién enunciados, conforma una de las exigencias propias del deber de cuidado.

No es extraño que, en algunos casos, las actividades de diagnóstico puedan generar un daño en el cuerpo (piénsese, por ejemplo, en intervenciones quirúrgicas exploratorias). Sin embargo, en la medida en que se trate de procedimientos admitidos por la *lex artis*, los posibles resultados disvaliosos que se produzcan respecto del paciente no podrán imputarse al médico. Ello así por cuanto el comportamiento del profesional (aun cuando pueda ocasionar molestias) tiene por objeto, precisamente, una disminución del riesgo; en la medida en que, a partir de un diagnóstico certero y, posteriormente, a través de la aplicación de una terapéutica adecuada, se puede conjurar la enfermedad.

Se ha señalado, correctamente, que el diagnóstico debe ser realizado personalmente por el facultativo. Dos cuestiones resultan problemáticas con relación a este punto: por una parte, la eventual aplicación del principio de confianza frente al diagnóstico que realiza otro profesional de la salud y, por otra, la posibilidad de efectuar diagnósticos sin examinar directamente al paciente.

Respecto del primer caso, sin perjuicio de que luego nos detendremos especialmente en el alcance y el límite de aquel principio, consideramos que, dado el carácter personal que debe tener el diagnóstico, es menester que el profesional de la salud lo realice directamente, valorando por sí mismo al paciente. En este sentido, si

se confiase en el diagnóstico que ha realizado otro profesional de la salud, en el evento de que existiese un error existirá la posibilidad de responsabilidad penal de ambos facultativos, no a título de autoría, pero sí de autorías paralelas⁸⁴. Desde luego que la afirmación anterior cede cuando el diagnóstico en que se base el facultativo es realizado por un especialista; en este caso, quien no siendo especialista y asume el tratamiento “puede confiar en el diagnóstico realizado por el especialista”⁸⁵.

El otro problema anunciado se vincula con la posibilidad de que el facultativo dictamine un diagnóstico a partir de una exploración a distancia (por ejemplo: telefónicamente o vía correo electrónico). No parece que esta situación resulte recomendable. Una cosa es tranquilizar momentáneamente al enfermo por ese medio y otra, muy distinta por cierto, la de diagnosticar. En este sentido, la doctrina se ha ocupado de mostrar las dificultades que se derivan de estos casos, emitiendo juicios muy cautos al respecto. Así, Romeo Casabona ha expresado que “...el médico sólo podrá emitir un diagnóstico y el tratamiento correspondiente cuando conociera previamente al interesado por ser su paciente habitual, no fuera un caso grave y tuviera carácter transitorio. Sólo ante la imposibilidad de acudir al médico de urgencia, o en la espera de su llegada o en el ingreso del hospital, podría admitirse un diagnóstico de urgencia para una situación grave, pudiendo prescribir entonces las medidas oportunas imprescindibles”⁸⁶. En nuestra opinión, consideramos que la cuestión guarda relación con el término a quo de adquisición de la posición de garantía que ocupa el médico; adquisición que se encarna bajo la forma de asunción. Como lo sostiene Schünemann, “...el acto de asunción normalmente hará que la persona parcialmente desvalida deje de poder adoptar otras medidas de prevención, siendo así una causa potencial del resultado posterior”⁸⁷. Desde luego que, para que tal asunción se concrete, es necesario que el médico dé instrucciones (i.e. indicar una determinada farmacología). Sólo así hará surgir en el paciente el acto de confianza. Por eso, estimamos que esta asunción no se verifica si el profesional se abstiene de dar indicaciones hasta tanto pueda resultar un diagnóstico preciso, previa evaluación personal del enfermo. Por el contrario, si realiza indicaciones la responsabilidad por el resultado disvalioso podrá concretarse⁸⁸.

2.4.2. El tratamiento

a) El concepto de tratamiento y principales características

Señala con acierto Gómez Pavón que como cualquier acto médico supone, en mayor o menor medida, una intromisión en la esfera del paciente, es necesaria una legitimación para este actuar, desde la óptica del ordenamiento jurídico en su conjunto. “La legitimación a este nivel –expresa esta autora– vendría dada por la finalidad” del tratamiento, siempre que entendamos la finalidad curativa más allá de lo “admitido tradicionalmente y no suponga una vulneración de la dignidad humana, o un trato inhumano o degradante”⁸⁹.

¿Qué se entiende por tratamiento médico?

El tratamiento es una actividad llevada a cabo por el médico en el ejercicio de su actividad profesional, dirigida a favorecer las condiciones de vida de un ser humano vivo, sea eliminando o atenuando un estado anormal del cuerpo o de la mente de una persona, o bien mejorando el aspecto exterior de aquel (cirugía estética), mediante procedimientos que, conforme al conocimiento y ejercicio de la ciencia y la práctica médica, sean idóneos para ejercer influencia de modo relevante, aunque no necesariamente duradero, en la integridad del cuerpo humano o en el curso de sus procesos biológicos⁹⁰.

Entre las características del tratamiento médico la doctrina ha señalado, particularmente, dos:

Por una parte, la finalidad curativa “a través de la prevención o del mejoramiento, esencial para determinar la posible relevancia

jurídico-penal del hecho”⁹¹, y, en segundo lugar, que el tratamiento “sea indicado para el fin curativo”⁹². Se trata, así, de una ponderación de intereses, donde “los beneficios deben ser superiores a los riesgos, pronóstico que debe formularse mediante un juicio ex ante”⁹³.

b) Libertad en la elección del tratamiento: Principio general y límites

La libertad del médico en la elección del tratamiento constituye “uno de los principios fundamentales del ejercicio de la medicina”⁹⁴. Atinadamente, Romeo Casabona afirma que cuando se analiza una posible infracción al deber de cuidado debe tenerse en cuenta la necesaria vinculación entre la *lex artis* y la libertad de selección, por el profesional, de la prescripción del tratamiento, “pues sólo así es posible el avance en el sector”⁹⁵.

Este principio, en el caso del sistema jurídico argentino, tiene reconocimiento en el Código de Ética. En tal sentido, el art. 123 de dicho cuerpo deontológico preceptúa que “[t]odo médico debe tener el derecho de ejercer y recetar libremente, de acuerdo con su ciencia y conciencia”⁹⁶.

Sobre la base del reconocimiento de esta libertad se ha sostenido – tanto desde una perspectiva doctrinaria como jurisprudencial– que el médico tiene, en consecuencia, el derecho de escoger el procedimiento curativo que le parezca más apropiado a la situación del enfermo y también el de sostener una opinión científica y aplicarla sin que esto le genere reproche alguno⁹⁷, aun cuando el procedimiento escogido no produzca el resultado esperado. En sintonía con lo dicho, la Corte de Besançon ha afirmado –con meridiana claridad–: “les tribunaux ‘ne sont point juges compétents des théories, des opinions, des systèmes; qu ‘ils ne peuvent apprécier l’opportunité, l’exactitude plus ou moins parfaite d’ une opération chirurgicale, la valeur d’un procédé comparé aux résultats d’une autre procédé, parce qu’ils se sauraient jamais être convertis en conseils

médicaux supérieurs, distribuant le blâme avec la peine, et indiquant la route qu'il faut suivre”98.

El tratamiento debe ser personalizado y adaptarse a la enfermedad que padece el paciente, teniendo en cuenta aspectos tales como su estado de salud general, la edad, el sexo, etc. Ciertamente, tal conocimiento, en no pocas ocasiones, no es perfecto, por cuanto diversos factores pueden incidir en él tiñendo su alcance con imprecisiones (por ejemplo, reacciones inesperadas del paciente)99.

Ahora bien, si, como dijimos, la libertad terapéutica es indispensable para el ejercicio y el progreso de la ciencia médica, el profesional debe, sin embargo y en todo caso, escoger un tratamiento aceptado científicamente. En la legislación argentina tal principio es receptado por el art. 20, inc. 7º, de la ley 17.132, al disponer que “[q]ueda prohibido a los profesionales que ejerzan la medicina (...) aplicar en su práctica privada procedimientos que no hayan sido presentados o considerados o discutidos o aprobados en los centros universitarios o científicos del país”100. De esta manera, parece claro que la norma busca que los procedimientos o técnicas que se apliquen tengan cierto consenso por parte de la comunidad científica101. Esta última precisión resulta relevante frente a los casos de experimentación terapéutica.

La experimentación terapéutica se caracteriza por la posibilidad de salvación que representa a falta de otro procedimiento o método eficaz, aun cuando no esté suficientemente probada su eficacia o las consecuencias accesorias desfavorables102. Se trata de procedimientos que, todavía, no están estandarizados103. El primer recaudo que, para estos casos, habrá de exigirse es el necesario consentimiento informado del paciente. Sin embargo, la doctrina es muy cuidadosa en orden a la suficiencia de ese consentimiento, a los efectos de la exculpación del profesional en caso de un resultado no favorable. En tal sentido, para Eser, el consentimiento no sería suficiente “habida cuenta del riesgo inevitable que supone toda experimentación, se abre el interrogante de si en esta clase de

intervenciones el consentimiento no debería completarse mediante elementos del estado de necesidad y, por consiguiente, practicarse una ponderación entre el provecho y el riesgo (...). Esta ponderación sería necesaria, en todo caso, siempre que el paciente, ante el temor de morir, estuviera dispuesto a correr a ciegas cualquier riesgo. En un caso así no sería satisfactorio que la sola conformidad del enfermo con cualquier clase de riesgo eximiese al médico de toda posible responsabilidad penal”¹⁰⁴. Por tal razón, Gómez Pavón –siguiendo a Romeo Casabona y Mantovani–, atinadamente, diferencia distintas hipótesis que pueden verificarse en relación con la experimentación terapéutica, al distinguir: “1) Ante una situación extrema de muerte inminente o inevitable a corto plazo. El tratamiento experimental constituye la última esperanza para salvar o ‘prolongar racionalmente’ la vida. No habrá duda de su finalidad curativa y la indicación médica. 2) Enfermedad no mortal, para la que no existe un tratamiento idóneo, o en el caso concreto no ha resultado eficaz. Podría ser aceptable, a condición de que no represente un riesgo considerable o superior al beneficio para el paciente. 3) Situación límite de enfermedades para las que existen tratamientos terapéuticos reconocidos, pero se recurre a otros experimentales ‘con el fin primario de encontrar una curación del paciente más eficaz y completa’. Sólo podrá admitirse cuando los beneficios sean superiores a los efectos negativos del nuevo tratamiento y no anulen o comprometan los obtenidos con el tratamiento conocido, que no debe abandonarse”¹⁰⁵.

Otra de las cuestiones que han merecido discusión en esta materia es la vinculada con el análisis de los límites del principio de libertad terapéutica.

Y en este sentido, consideramos que cuando no hay duda (según el estado del conocimiento) sobre cuál de los métodos reconocidos es el indicado en el caso, la aplicación de cualquier otro podría llegar a vulnerar el principio de actuación más eficaz, infringiendo el deber de cuidado. A la inversa, cuando “del estado de la discusión científica no es posible extraer de modo indubitado que –para el caso de que se trate– un método es preferible a otro, no existe deber alguno para el

médico de optar por el método al que se inclinan la mayoría de sus colegas o por el defendido por la escuela dominante en el plano académico”¹⁰⁶. En este último caso regiría una suerte de principio que podríamos enunciar como *in dubio pro libertate*.

c) El rechazo del tratamiento por el paciente y la responsabilidad del médico

Antes de la sanción de la ley 26.742 (modificatoria, a su vez, de la ley 26.529), un tema que generaba una ardua discusión era el de los límites del deber de tratamiento. Puntualmente ¿qué sucedía con la responsabilidad del médico si un enfermo terminal rechazaba la continuidad del tratamiento?

Tanto en la doctrina alemana como en la italiana el tema ha sido objeto de particular atención. Así, se sostiene que, cuando el paciente terminal solicita la interrupción del tratamiento, si el médico omite la continuidad del mismo no resultaría penalmente responsable. Ello, incluso, cuando la interrupción no se identifique totalmente con una pura omisión sino que requiera, en el profesional tratante, cierto hacer positivo (por ejemplo: desconectar un aparato de respiración artificial). En esos casos, Roxin afirma que tal conducta no constituye una eutanasia activa¹⁰⁷ (punible, generalmente, como homicidio a petición [parág. 261 StGB]), sino que “...de acuerdo con su significado social el suceso se muestra como la interrupción del tratamiento y, por tanto, como la omisión de una actividad adicional. La frontera entre una eutanasia activa punible y la pasiva impune no debe extraerse del criterio naturalístico consistente en el desarrollo o no de movimientos corporales. Más bien depende de si normativamente es interpretable como un cese del tratamiento, pues entonces existe una omisión en sentido jurídico que, al apoyarse en la voluntad del paciente, resulta ser impune. La opinión de enjuiciar como una omisión la denominada interrupción técnica del tratamiento, es en la actualidad dominante. Pero también los autores que ven aquí un comportamiento comisivo llegan generalmente a la impunidad como resultado, pues con distintas fundamentaciones

aceptan que una conducta de esta naturaleza no entra dentro del sentido de protección de la norma presente en los tipos de homicidio”¹⁰⁸.

Por su parte, Mantovani expresa que, en estas hipótesis, nos encontramos frente a un rechazo del tratamiento por el paciente. “De modo que debe considerarse lícita no en virtud de una facultad del médico para dejar morir, sino más bien y tan sólo en virtud de un derecho del individuo a no curarse y dejarse morir. Ya que, como consecuencia del más amplio principio personalista del consentimiento, expresamente sancionado por nuestra legislación¹⁰⁹, toda intervención sobre el sujeto debe fundamentarse en su consentimiento (...), de lo cual se deriva que el deber del médico de curar parte y se fundamenta en el previo consentimiento del sujeto, que el paciente puede rechazar el tratamiento y que, por lo tanto, en caso de rechazo del tratamiento cesa la obligación jurídica del médico de curar y surge el deber de respetar la voluntad en contra del paciente”¹¹⁰.

Si de la experiencia iuscomparativa pasamos al derecho positivo argentino, la cuestión se vuelve mucho más delicada.

En efecto, aun cuando la ley 17.132 nada decía al respecto¹¹¹, el Código de Ética Médica (cuyas previsiones, según ya lo viéramos, pueden utilizarse como estándares integrativos para la determinación de la *lex artis*) contiene una disposición categórica: “En ningún caso el médico está autorizado para abreviar la vida del enfermo, sino para aliviar su enfermedad mediante los recursos terapéuticos del caso”.

Por su parte, el Código Penal –si bien tampoco contiene una previsión específica– en su art. 83 castiga como delito la ayuda al suicidio. En orden a tal disposición, cierta doctrina contemporánea ha sostenido que, si bien como regla la simple omisión no constituiría la ayuda exigida por el tipo, la situación variaría en “el supuesto en que el omitente esté obligado a prestar auxilio en función de la posición de

garantía asumida frente al bien jurídico puesto en peligro; en este caso, se tipifica un supuesto de ayuda omisiva al suicidio mediante la modalidad de comisión por omisión u omisión impropia”¹¹².

Por tales razones la doctrina es muy rigurosa con respecto a la interpretación del cese del deber de tratamiento por el facultativo. En esta dirección Terragni afirma que, en tanto no desaparezca –por alguna de las cuatro causas que enuncia– la obligación de garantía que hubo asumido, el facultativo “no puede omitir el cumplimiento de sus deberes”¹¹³.

Por nuestra parte, y ante el cuadro normativo descrito, señalábamos, más allá de la situación de lege lata, nuestra disconformidad con esta solución¹¹⁴. En este sentido argumentábamos¹¹⁵ que, a partir de la constitucionalización (art. 75, inc. 22, 2ª cláusula, C.N.) de distintos documentos internacionales de derechos humanos, por obra de la reforma de 1994, ya nadie puede negar hoy el carácter explícito del derecho al respeto de la dignidad humana (art. 1, Declaración Universal de Derechos Humanos), él que, a su vez, lleva ínsito o resulta consustancial con el derecho a la autodeterminación¹¹⁶. Sobre esta base no debería haber ninguna duda respecto de la corrección del axioma voluntas aegroti suprema lex. Por eso coincidíamos con Eser en el sentido de que “allí donde el paciente, plenamente advertido y consciente de las consecuencias mortales de su decisión, está de acuerdo con la suspensión definitiva del tratamiento, o con la renuncia a la adopción de nuevas medidas para mantener la vida, o incluso lo reclama, termina en cualquier caso el deber del médico de continuar con la prolongación de la vida”¹¹⁷. Dicho en otras palabras: el tratamiento médico termina con el consentimiento del paciente, aun cuando el resultado de este cese en la intervención produzca la muerte del enfermo. Por cierto que, para que este consentimiento (por lo irreversible de su efecto) pueda ser considerado, será menester rodearlo de diversos resguardos; puntualmente: a) ser personal; b) manifestado en forma expresa (nunca presunto); c) informado; d) actual y e) válido, en el sentido de que debe ser prestado por un sujeto capaz de expresar esa voluntad¹¹⁸.

La ley 26.529 introdujo dos disposiciones con incidencia en esta materia. Por una parte, el inc. e) del art. 2 consagra el principio de autonomía del paciente: “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad”. Por otra parte, el art. 11, dentro del capítulo destinado al consentimiento, regula las denominadas directivas anticipadas que puede formular todo paciente. Dice el precepto en cuestión: “Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud”. En estos casos, y de acuerdo a la 2ª disposición de la misma norma legal, el médico a cargo deberá aceptar tal decisión, salvo que aquellas “impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”.

Finalmente, la ley 26.742/19 introdujo algunas modificaciones a la ley 26.529. Concretamente, al regular la autonomía de la voluntad incluyó dos nuevos párrafos al inc. e) del art. 2, en donde expresamente se ocupó de dicha cuestión. De esta manera, en el marco de la potestad de aquella autonomía, se establece que “el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial, o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”. De esta

manera, ha señalado la Corte federal, “...se reconoció a las personas que se hallan en esas situaciones límite, como forma de ejercer la autodeterminación, la posibilidad de rechazar tratamientos médicos o biológicos. No fue intención del legislador autorizar las prácticas eutanásicas, expresamente vedadas en el art. 11 del precepto, sino admitir en el marco de ciertas situaciones específicas la ‘abstención’ terapéutica ante la solicitud del paciente...”¹²⁰.

Por su parte, se añadió un nuevo artículo a la ley 26.529 –el art. 11 bis– que exonera de responsabilidad civil, penal y administrativa al profesional interviniente que haya obrado de acuerdo a las disposiciones de la ley, “derivadas del cumplimiento de la misma”.

d) El tratamiento médico arbitrario

¿Qué ocurriría si el médico, no obstante la expresa negativa del paciente de someterse a tratamiento, realiza igualmente el mismo?

El tratamiento en cuestión podría caracterizarse como arbitrario.

En tal caso, ¿sería factible responsabilizar penalmente al médico?

En el Derecho comparado, existen legislaciones que han regulado expresamente la cuestión, con lo cual se ha despejado el problema de subsunción que podría generar esta situación.

Así lo han hecho, por ejemplo, los Códigos penales de Austria y Portugal al recoger, como tipo específico, el tratamiento sin consentimiento del paciente.

El bien jurídico protegido por el parágrafo 110 del Código penal austríaco es “‘el derecho de disposición del paciente’, que constituye, según doctrina mayoritaria, un supuesto especial de la libertad individual. Para Zipf, la introducción de un precepto específico delimita ‘claramente el tratamiento curativo realizado sin consentimiento frente a los bienes jurídicos de la vida y de la salud que pueden ser lesionados por error en el tratamiento médico’. Se resalta, al mismo tiempo, la limitación de toda actividad médica por el consentimiento del paciente, con la excepción de las situaciones de necesidad o impuestos con carácter obligatorio”¹²¹.

Por su parte, el actual art. 156 del Código de Portugal tipifica el delito de “Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários”¹²².

Nuestro Código penal no contiene una figura como las que acabamos de referenciar. Por tal razón, dogmáticamente, cabría preguntarse que sucedería si un facultativo, no obstante la negativa expresa del paciente, realiza sobre su cuerpo una intervención o tratamiento médico (por ejemplo, lo opera frente a un cuadro de apendicitis), guiado por la finalidad de aliviar su salud y logra ese cometido.

Desde luego que, en tal caso, no sería posible tipificar su conducta en el delito de lesiones dolosas. Y esto, sencillamente, porque semejante calificación plantearía el problema “de la falta de resultado lesivo efectivo, sin que la ausencia de consentimiento sea relevante, ya que lo que se protege es la salud personal del sujeto”¹²³, la cual, en nuestro ejemplo, dado el resultado exitoso de la intervención, no sólo no se ha visto afectada sino que, por el contrario, ha mejorado al evitar una peritonitis. Por otra parte, tampoco debe perderse de vista que los delitos de lesiones no protegen “el derecho de disposición sobre el propio cuerpo, lo que hace inaplicable estos tipos”¹²⁴.

En todo caso, los tratamientos médicos arbitrarios (con resultado exitoso) atentarán contra el derecho a decidir sobre la oportunidad de someterse a un tratamiento curativo, beneficioso para la salud, con lo

cual la cuestión podrá analizarse a partir del respeto a la libertad individual. En la doctrina extranjera (por ejemplo, España), siguiendo esta dirección, la hipótesis que aquí tratamos suele subsumirse en la figura de coacciones. Sin embargo, en nuestro derecho esta tipificación no estaría exenta de dificultades en la medida en que el art. 149 bis, 2º párrafo, CP exige como medio comisivo el empleo de amenazas, con lo cual el encuadramiento legal sería, por lo menos, dudoso.

Es por eso que, frente a los problemas interpretativos que pueden generarse, lo más recomendable sería introducir en el Código penal una figura específica, tal cual lo hacen las legislaciones foráneas a que hemos aludido.

Un problema particular se presenta cuando, no obstante la finalidad terapéutica del profesional interviniente, sin contar con el consentimiento realiza la práctica y esta no resulta exitosa. En tal caso estamos también en una hipótesis de tratamiento arbitrario, por la falta de aquiescencia del enfermo.

¿Podrá en estos casos imputarse el delito de lesiones?

Gimbernat Ordeig distingue diversas situaciones. Si el profesional actuante ha empleado todas las reglas exigidas por la ciencia médica en la ejecución de su práctica, no obstante lo cual aquella sale mal, su situación deberá seguir evaluándose desde la óptica de un delito contra la libertad, por la ausencia del consentimiento, mas no será subsumible en la figura de las lesiones imprudentes¹²⁵.

Sin embargo, existe un caso que amerita un tratamiento jurídico diferenciado. La situación se vincula con el trasplante de órganos entre seres vivos. En tal sentido, la ley 24.193 (y sus modificatorias) prevé distintas figuras delictivas autónomas que castigan conductas realizadas en infracción a dicho cuerpo normativo. En tal sentido, el

art. 30 reprime “con prisión o reclusión de cuatro (4) años a perpetua el que extrajere órganos o materiales anatómicos de humanos vivos, sin dar cumplimiento a los requisitos y formalidades exigidos en el art. 15...”. Justamente, el referido art. 15 establece entre los requisitos para la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida, con fines de trasplante, el consentimiento del dador o de su representante legal, el cual “no puede ser sustituido ni complementado; puede ser revocado hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, ante cuya falta la ablación no será practicada”.

e) Principales manifestaciones de medidas terapéuticas como constitutivas del tratamiento

El tratamiento puede asumir diversas formas. Las de mayor utilización se vinculan con la prescripción farmacológica y las intervenciones quirúrgicas y obstétricas¹²⁶.

En la actuación terapéutica a través de medicamentos “confluyen dos grupos de profesionales bien diferenciados. Por un lado, el médico, que es el encargado de prescribirlos y, por otro, el farmacéutico, a cuyo cargo corre su expedición”¹²⁷. Entre ambos existen órbitas de competencia diferenciadas. En lo que a nuestro interés concierne, constituye una obligación del médico conocer la composición y efectos de los medicamentos que prescribe¹²⁸. Tal prescripción resulta una derivación de la aplicación de lo preceptuado por el art. 2, inc. a), de la ley 17.132.

A los fines de diagramar el esquema terapéutico idóneo para el cuadro que se presenta, le corresponde al médico:

Analizar si no existe una incompatibilidad entre el fármaco prescripto y la situación individual del paciente. En este sentido, la anamnesis

resulta útil para descartar, por ejemplo, casos de alergia frente a determinados componentes del medicamento.

También deberá determinar la posología (esto es: la frecuencia), la dosis o cantidad pertinentes.

Asimismo, deberá informar al paciente de los posibles efectos colaterales que pueda provocar la utilización del fármaco.

Finalmente, le corresponde vigilar la evolución y la eficacia curativa¹²⁹.

Con relación a este método terapéutico, desde luego que no podrá generar responsabilidad la ineficacia del tratamiento derivada de la omisión del propio paciente (quien no toma el medicamento o lo hace en forma indebida) o posibles defectos en la elaboración del producto por la empresa farmacéutica. Ambos casos merecerán un desarrollo más general en los próximos acápite de este trabajo. Sin embargo, y adelantándonos a lo que luego puntualizaremos, en el primer caso la responsabilidad se proyecta sobre la propia conducta de la víctima (el paciente), y en el segundo, la exoneración del médico encuentra su razón en el principio de confianza. Sin embargo, y en lo que atañe a la conducta negligente o imprudente de la víctima, debe tenerse presente que, para que el facultativo pueda eximirse de responsabilidad (por el mal uso del medicamento), es menester que este, al tiempo de la prescripción, haya detallado su posología y la dosis correspondientes.

En lo que atañe a las intervenciones quirúrgicas y obstétricas la doctrina ha señalado que los deberes específicos que competen al médico que las practica se concretan en tres momentos centrales¹³⁰: a) la fase anterior a la operación (preparación del paciente); b) durante la intervención, y c) el posoperatorio, vinculado con la evolución del paciente. Debe destacarse que el acto quirúrgico,

especialmente en lo que concierne al segundo momento señalado (el de la intervención en sí misma), es esencialmente un trabajo en equipo, razón por la cual la responsabilidad de cada profesional actuante habrá de ser evaluada desde la perspectiva del principio de confianza¹³¹.

2.4.3. Errores y omisiones en el diagnóstico y tratamiento

El error o fallo técnico, conocido también como error o falta profesional, supone un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de actuación del médico (diagnóstico y realización del tratamiento)¹³².

Existe cierto consenso, tanto en los análisis doctrinarios como jurisprudenciales, en que no cualquier fallo técnico configura eo ipso una violación al deber de cuidado. En tal sentido, para que el fallo pueda ser caracterizado como una infracción a ese deber, es necesario que sea grosero. La doctrina judicial francesa, coincidiendo con la apreciación precedente, ha admitido la responsabilidad del profesional cuando “...‘revela una ignorancia o una negligencia inadmisibles’ o cuando ‘el médico ha demostrado un desconocimiento grosero de su arte’ o cuando el error es ‘inexcusable’”¹³³. Por su parte, la jurisprudencia española ha establecido que no toda infracción a la *lex artis* es constitutiva de una infracción al deber de cuidado, siendo indispensable que la misma sea inexcusable¹³⁴.

Iguals conceptos son utilizados por la jurisprudencia argentina. Así, la Cámara Nacional Criminal, Sala IV, ha expresado: “Cuando se enjuician los fracasos médicos, siempre parece escaso o inadecuado el tratamiento, mas hay que tener en cuenta que la ley no castiga el acto imprudente (o negligente) en sí mismo, sino cuando ha ocasionado un resultado delictivo a título de culpa y dicho resultado se halla en relación de causa-efecto con la acción u omisión reprochada. Es fácil, una vez transcurrido el proceso morboso y efectuada la autopsia, analizar retrospectivamente lo que se debió

hacer, pero esta reconstrucción intelectual no invalida la justificación posible del error galénico producido por un cuadro abstruso. La equivocación diagnóstica es penalmente injustificable si se asienta en error grosero, pero no cuando después de un alumbramiento normal y varios días favorables (de evolución), estalla un cuadro de sintomatología polifacética que enmascara una infección fulminante de difícil detección. La medicina es una prestación de medios y no de resultados. El daño corporal por iatrogenia, aunque proveniente de la intervención del médico, no le es jurídicamente imputable, ya que constituye un hecho imprevisible en la problemática del riesgo terapéutico o quirúrgico”¹³⁵.

Barragán clasifica los posibles errores que pueden tener lugar durante el diagnóstico de la siguiente manera: a) error por insuficiencia de conocimientos (el médico emite un diagnóstico equívoco, respecto de una enfermedad con síntomas inconfundibles, provocado por el desconocimiento de elementos que debía saber); b) error por negligencia en el diagnóstico, lo que puede suceder, por ejemplo, cuando el profesional omita la indicación de estudios o prácticas complementarias que resulten necesarias¹³⁶, y c) error por complejidad del cuadro clínico (los índices reveladores del cuadro guardan relación con dos o más enfermedades). Según este autor, mientras en los dos primeros casos es posible fundar un reproche penal al facultativo (en la medida en que tales errores –en cuanto manifestación de una infracción a la *lex artis*– guarden un nexo de causalidad e imputación respecto del resultado disvalioso); no sucede lo mismo con el último (complejidad del cuadro) porque, en tales hipótesis, “el equívoco se debe, o a la imperfección de los conocimientos científicos, que aún no han alcanzado la plenitud de desarrollo para determinar con certeza que se trata de tal o cual padecimiento, o a imperfecciones a los medios de diagnóstico, que impedirían verificar el prepronóstico establecido, o simplemente a la carencia de estos medios, en los casos en que sea imposible conseguirlos”¹³⁷.

Por su parte, Terragni¹³⁸ ha sistematizado los principales errores – con posible relevancia jurídica– que pueden producirse durante la

implementación de un tratamiento. Los mismos guardan conexión con: a) los medios (por ejemplo: suministrar medicamentos sin saber cómo están compuestos); b) el organismo del paciente (reacción alérgica por prescribir un medicamento sin constatar, en forma previa, tal eventualidad)¹³⁹; c) con respecto al tiempo (continuar con el suministro de anestesia cuando ya se advierten ciertas irregularidades en las constantes vitales del enfermo)¹⁴⁰; d) olvidos de cuerpos extraños en las cavidades del paciente durante el acto quirúrgico¹⁴¹; e) falta de coordinación en el equipo quirúrgico (actuación ametódica, desinteligencias en los momentos cruciales del acto quirúrgico); f) falta de vigilancia en la fase posoperatoria¹⁴²; g) falta de control sobre el manejo y la supervisión de los aparatos técnicos¹⁴³ y h) falta de preparación y control de la sangre para posibles transfusiones¹⁴⁴.

Hemos dicho también que la infracción al deber de cuidado puede manifestarse no sólo a través de una acción sino como una omisión. Esta omisión puede tener lugar tanto en el momento de practicar el diagnóstico (por ejemplo: no realizar los estudios que la *lex artis* aconseja para la determinación de la dolencia)¹⁴⁵ como durante la instrumentación del tratamiento mismo (v.gr. no prescribir los medicamentos que al paciente le sean necesarios y con las dosis adecuadas¹⁴⁶, o no realizar estudios complementarios previos al alta médica¹⁴⁷).

3. Problemas particulares de la causalidad e imputación objetiva del resultado [arriba] -

3.1. Introducción

La verificación de una infracción al deber de cuidado (puesta de manifiesto a través de una violación a la *lex artis*) per se no es todavía suficiente para fundar la responsabilidad médica. Es necesario aún comprobar si, en el caso, se dan los presupuestos que permitan imputar el resultado a dicho comportamiento.

Este tema, antiguamente, fue tratado por los autores clásicos bajo la denominación de *imputatio facti*; luego se sustituyó esta expresión por la de “relación de causalidad” y hoy, en la doctrina moderna, se habla ya de “problemas de imputación objetiva”.

Obviamente, este cambio de terminología (causalidad a imputación objetiva) no es una cuestión meramente semántica sino que es el resultado de una larga evolución teórica conceptual, que merece ser explicada.

3.2. *Causalidad e imputación objetiva*

3.2.1. Las teorías de la causalidad: una concepción naturalística¹⁴⁸

Desde una perspectiva histórico-dogmática, las teorías clásicas tienen su punto de partida en “el concepto de causalidad de las ciencias naturales unido a una comprensión (históricamente) determinada del ilícito” (perspectiva naturalística)¹⁴⁹. Según tal perspectiva, para la realización del tipo era suficiente demostrar que entre la actividad del hombre y el resultado existió un nexo de causalidad que debió ser corroborado empíricamente. De allí que el papel de la imputación quedara reducido entonces a la determinación de esa relación de causalidad¹⁵⁰.

3.2.2. Causalidad e imputación

Sin embargo, a partir de la orientación funcionalista¹⁵¹, la doctrina prevaleciente considera que hay dos categorías sucesivas e independientes en el tipo penal: la causalidad y la imputación. Esta distinción ha sido claramente explicada por Rudolphi: “En todos los delitos que presuponen un resultado antijurídico [como ocurre con el

caso del homicidio y las lesiones imprudentes], delimitado a partir de una conducta típica, sólo se da un delito consumado, recién cuando este resultado se realiza y al autor, en razón de su conducta típica, se le imputa objetivamente ese actuar (doloso o culposo) o esa omisión (dolosa o culposa) como su obra. El fundamento para la imputación del resultado está conformado por la existencia de una relación de causalidad entre la conducta típica y el resultado antijurídico. La posibilidad de considerar un determinado resultado como obra de un hombre sólo se da desde el principio, allí donde tal resultado puede en alguna forma atribuirse a la acción u omisión del hombre. Sin embargo, la causalidad no es la única condición para la imputación de un resultado. Se requiere, adicionalmente, que la relación de causalidad comprobada también satisfaga las exigencias normativas particulares que resultan del respectivo tipo penal y de la teoría general del injusto. De ahí que en el marco de la teoría de la imputación del resultado típico, deba diferenciarse rigurosamente entre la causalidad del resultado y los criterios normativos, en virtud de los cuales únicamente se puede resolver la pregunta de la imputación objetiva”¹⁵².

3.2.3. Funciones de la teoría de la imputación objetiva

El desmesurado alcance de las teorías naturalísticas (esto es: equivalencia de las condiciones, aun con las correcciones de la causalidad adecuada) fue la génesis de la necesidad de buscar criterios de carácter normativo para limitarlas.

Y, en este sentido, salvo el rol embrionario desempeñado por la teoría de la relevancia típica, es recién con las primeras contribuciones de la teoría de la imputación objetiva¹⁵³ cuando parece comenzar a alcanzarse este cometido.

De hecho, en términos generales, esta parece ser una de las funciones que un sector de la doctrina penal contemporánea, con la que comulgamos, le reserva a este instrumento dogmático¹⁵⁴.

En otras palabras, y tratando de simplificar conceptos, “...por imputación objetiva se entiende un conjunto de principios y reglas sistemáticas –o cuya sistematicidad se pretende lograr– mediante los que se normativizan las descripciones típicas puramente causales. En esta primera aproximación (...), su fin parece ser la reducción del enorme espectro de conductas que, sobre la exclusiva base de la causalidad, podrían ser concebidas como abarcadas en los tipos penales”¹⁵⁵.

3.2.4. Lineamientos de la teoría de la imputación objetiva en los tipos imprudentes

Para poder imputar un resultado típico al autor es necesario que se verifiquen tres condiciones:

1º) que exista una relación de causalidad entre el comportamiento examinado y el resultado;

2º) que esta acción, en el momento de su ejecución, haya creado, respecto del bien jurídico, un peligro (o riesgo) jurídicamente desaprobado, y, por fin,

3º) que ese mismo peligro (o riesgo) desaprobado se haya realizado en el resultado¹⁵⁶.

Con relación a la segunda condición señalada (creación de riesgo), se sostiene que sólo puede hablarse de un comportamiento típico en los delitos de resultado “cuando el autor haya creado en general un nuevo riesgo para la producción del resultado o cuando haya aumentado un riesgo ya existente”¹⁵⁷. Por tanto, deberá negarse la imputación

objetiva cuando la conducta represente una disminución del riesgo o cuando retrase su producción.

¿Pero cómo es posible afirmar que ese peligro o riesgo desaprobado ha realizado el resultado típico (tercera condición)?

Responder a este interrogante a partir de premisas positivas es algo muy difícil. De allí que la doctrina ha procurado abordar la cuestión en forma negativa, estableciendo grupos de casos en los cuales falta justamente esa relación (entre riesgo desaprobado y resultado típico), o en los que esta (la relación) resulta, al menos, problemática. Así, especialmente, se acude a los siguientes criterios¹⁵⁸:

- cuando la relación de causalidad resulta estar, de forma atípica, al margen de la experiencia general; de manera tal que el resultado no represente ya la realización del riesgo creado por el autor sino que es parte integrante del riesgo de la vida en general;

- cuando el resultado se encuentra fuera del ámbito de protección de la norma de cuidado vulnerada;

- cuando el resultado igualmente se hubiese producido en caso de un comportamiento alternativo conforme a derecho;

- cuando la acción está cubierta por el consentimiento del titular de un bien jurídico disponible, y

- en los casos de causalidad ocurrida por el comportamiento de un tercero o de la propia víctima.

Seguidamente, luego de especificar los problemas especiales que, en los casos de mala praxis, puede ofrecer la determinación de la causalidad, nos ocuparemos de algunos de estos criterios de imputación, deteniéndonos en aquellos que tengan más relevancia en la criminalidad imprudente que analizamos.

*3.3. La determinación de la causalidad en los casos de mala praxis médica. Algunas cuestiones particulares*¹⁵⁹

Los comportamientos descuidados que se realizan en el ámbito sanitario requieren, para ser punibles como imprudencias típicas, la producción de alguno de los resultados lesivos expresamente considerados por el legislador penal; especialmente la muerte o lesiones al paciente. De esta manera la verificación de una infracción a la *lex artis* no dará lugar a responsabilidad penal “si con ella no se produce un menoscabo efectivo de los bienes jurídicos vida o salud” de la persona¹⁶⁰. Hemos dicho, sin embargo, que la constatación de un nexo causal todavía no es suficiente para fundar una tal responsabilidad, ya que, además, será menester que dicho resultado sea objetivamente imputable al comportamiento descuidado realizado por el galeno. La indudable trascendencia que, actualmente, adquiere la imputación objetiva, no puede significar que hoy se prescindiera de la constatación de aquel nexo (causalidad) entre el resultado producido y actuación emprendida. “Antes, al contrario, la prueba de la causalidad se concibe en la actualidad como un requisito imprescindible, aunque no suficiente, para afirmar la existencia, al menos, de una imprudencia activa”¹⁶¹. Es por ello por lo que, cuando aquella relación causal no pueda determinarse, deben descartarse ya las bases de la responsabilidad penal¹⁶².

En ocasiones, la determinación de la causalidad no es sencilla; especialmente en aquellos casos en que científicamente no es posible establecerla con absoluta certeza. Un buen ejemplo de esto lo constituyó el caso de las malformaciones de niños, a cuyas madres, durante la gestación, se les había suministrado talidomida¹⁶³.

El tema, indudablemente, resulta muy delicado; especialmente si – como de hecho suele suceder en la doctrina y jurisprudencia actuales – para que un comportamiento sea causa de un resultado es necesario que aquel se halle vinculado con este “a través de una serie de modificaciones explicables conforme a las leyes empíricas y científicas”¹⁶⁴.

¿Qué hacer si las leyes científicas no permiten, con certeza absoluta, visualizar este nexo?

La solución procesal indicaría que el principio favor rei debiera determinar la absolución de quienes hubiesen sido imputados por aquella situación.

Sin embargo, existen quienes, en tales hipótesis, han explorado otras vías diversas: concretamente nos referimos a la explicación probabilística o estadística. En efecto, en el ámbito de las propias ciencias naturales se suele emplear, sin que se ponga en duda su validez científica, explicaciones de la realidad de tipo probabilístico, esto es, que dan cuenta de que bajo ciertas condiciones un suceso tendrá lugar en un determinado (alto) porcentaje de casos, en oposición a una explicación determinista, conforme a la cual se puede afirmar que bajo ciertas circunstancias el suceso se verificará en todos los casos. Más aún, se puede decir que respecto de la gran mayoría de los fenómenos complejos el elevado número de variables asociadas y la consiguiente imposibilidad de controlarlas íntegramente determina que las explicaciones sean necesariamente probabilísticas. Ocurre entonces que la explicación científica de los fenómenos naturales, en particular la explicación causal de la relación entre dos sucesos, es generalmente una explicación probabilística. Tal es el caso paradigmático, por ejemplo, de la epidemiología, de tanta importancia precisamente para la búsqueda y confirmación de las causas de enfermedades, principal manifestación de los nuevos riesgos. Y si esto es suficiente para los estándares de racionalidad de

las ciencias naturales, desde luego deberá ser suficiente también para los fines del derecho. Ahora bien, la sola afirmación de la validez científica de las explicaciones probabilísticas, ciertamente no libera de los rigores de su verificación, para la cual será fundamental la estricta observancia de los métodos y estándares que rigen en la disciplina en cuestión. Si no obstante la afirmación resulta de la mayor relevancia, se debe a que se alza contra la pretensión de imponerle a la decisión jurídica que procura fundarse en una explicación científica estándares irreales, carentes de vigencia en el seno mismo de la comunidad científica. “En el proceso penal será entonces posible y legítimo acreditar el nexo causal entre dos sucesos –también en el contexto de fenómenos estrictamente físicos– sobre la base de explicaciones probabilísticas”¹⁶⁵.

Otro tema relevante en lo que concierne a la determinación causal suele darse en las hipótesis de la producción tardía de otros resultados.

Habrán situaciones en donde se puede prescindir del dato temporal para la solución del caso. Esto ocurre cuando, por ejemplo, se puede determinar claramente, por un lado, cuál es la dimensión del riesgo típico y, por otro, cuáles son las modalidades de lesión que se encuentran incluidas en el ámbito de protección; de modo tal que el resultado final no es más que una concreción del riesgo típico “de acuerdo con una explicación basada en leyes fenoménicas o científicas”. Así lo entendió (...) la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1993, que condenó al anestesista como autor de un homicidio imprudente porque el fallecimiento de la víctima se produjo ‘por atrofia cerebral, con edema e insuficiencia cardiorrespiratoria aguda después de dos años y cinco meses de permanencia en coma grado 2.3, que se originó por la falta de oxigenación cerebral durante una intervención quirúrgica’”¹⁶⁶.

Sin embargo, habrá hipótesis en las que la relación de causalidad entre la acción imprudente y el resultado no pueda extenderse ad infinitum.

En efecto, ¿qué ocurriría, por ejemplo, si un médico interviene de forma descuidada la rodilla de su paciente, dejándole como consecuencia una parálisis en la pierna que, meses después, provoca la caída accidental del sujeto por las escaleras y su fallecimiento?

En este caso no puede responsabilizarse al sanitario por el resultado muerte. Su actuación dará lugar, ciertamente, a lesiones imprudentes, en tanto su intervención, contraria a la *lex artis*, le produjo una parálisis en su miembro; mas no habrá homicidio culposo porque el segundo resultado (fallecimiento por la caída accidental) no sólo no puede imputarse, sino que ni siquiera puede considerarse causalmente adecuado a aquel comportamiento pasado, en la medida en que el mismo sólo representó una disminución funcional que quedó estancada¹⁶⁷.

3.4. Disminución del riesgo

Se considera que un riesgo no es jurídicamente relevante – excluyéndose, por ende, la imputación– cuando el comportamiento precisamente importa todo lo contrario (esto es: una disminución del riesgo). El derecho penal –expresa López Díaz– “no puede prohibir conductas que mejoren la situación del bien jurídico. Partiendo de esta perspectiva, hay falta de creación de un riesgo jurídicamente relevante cuando el autor modifica el resultado causal, de tal forma que disminuye el peligro ya existente para la víctima y se mejora el objeto de la acción”¹⁶⁸.

Por regla, en la actividad curativa, si bien la intervención médica puede generar cierto peligro, tales procedimientos quedarán fuera del ámbito del derecho penal (aun cuando fracase con el resultado que se pretende) en la medida en que –teleológicamente– aquellas conductas buscan justamente lo contrario; es decir: aminorar (o eliminar) el peligro que entraña una enfermedad¹⁶⁹. Por ejemplo, no existirá

nexo de imputación cuando el facultativo, para salvar la vida del paciente afectado por una gangrena, ampute alguno de sus miembros con la finalidad de evitar la extensión de la enfermedad.

3.5. Comportamiento alternativo conforme a derecho

¿Qué problema se plantea cuando se alude al comportamiento alternativo conforme a derecho?

Bajo esta doctrina se pretende abordar aquellos supuestos en que la conducta que infringió el cuidado hubiese causado el mismo resultado también en el caso de una ejecución cuidadosa. Dicho en otras palabras: el autor realiza una conducta que infringe el deber de cuidado; entre esa violación y el resultado media una relación de causalidad (de acuerdo a la teoría de la causalidad adecuada). Empero, ex post, “se comprueba que el resultado se hubiera producido igual con una conducta diligente del autor”¹⁷⁰.

En la literatura jurídica reciente existe una fuerte orientación que señala la utilidad de este criterio en lo que atañe al tema que aquí se analiza. Así, Romeo Casabona –siguiendo un caso de la jurisprudencia alemana, aun cuando no las conclusiones a las que arriba el fallo en su última instancia de revisión– ejemplifica con la siguiente hipótesis: un anestesista utiliza en una operación cocaína en lugar de otro producto, que era el correcto, y el paciente muere; pero luego se demuestra (con la autopsia) que hubiera fallecido igual aunque se le hubiera administrado el que correspondía, dado su grave estado¹⁷¹.

En la doctrina argentina también se admite que no será imputable el resultado a la conducta del facultativo cuando el comportamiento prudente hipotético del profesional no hubiese evitado igualmente el resultado. En esa dirección, tempranamente, Goransky enfatizó la importancia de esta tesis en el ámbito de la actividad curativa¹⁷². Y

en forma más reciente, Terragni ha vuelto a insistir en su utilidad al expresar que “...es dable negar que exista imputación objetiva en todas las ocasiones en las cuales, aun cuando el médico hubiese podido hacer algo más, la pérdida de la vida o la falta de curación lo mismo se hubiesen producido con una conducta más cuidadosa”¹⁷³.

Una de las cuestiones que se ha discutido con relación a este criterio se vincula con el grado de probabilidad exigido –no obstante la hipotética conducta prudente– respecto de la ocurrencia del resultado disvalioso.

Hay quienes exigen, para negar el nexo de imputación, que –a pesar de la inclusión hipotética de la conducta prudente– exista certeza de que el resultado hubiese sucedido lo mismo. Otros, en cambio, sostienen que, si a pesar de aquella inclusión hubiese una probabilidad alta, rayana en la certeza, de que la producción del resultado igualmente se hubiese verificado, ello también es suficiente para rechazar la imputación. En esta última orientación, Goransky argumenta que “cuando el procedimiento hipotético presenta dudas debe acudirse al principio *in dubio pro reo* para liberar de responsabilidad al acusado”¹⁷⁴.

Por nuestra parte, coincidimos con esta última tesis, denominada, en la sistematización realizada por Gimbernat Ordeig, teoría amplia de la evitabilidad¹⁷⁵. En efecto exigir, para negar la responsabilidad penal, la necesidad de acreditar que el comportamiento correcto también habría producido el resultado con una probabilidad rayana en la seguridad, lesionaría severamente el principio *in dubio pro reo*¹⁷⁶. Como bien lo señala Rusconi, ya “...el 1% de posibilidad de que la acción conforme a Derecho no hubiera cambiado la lesión del bien jurídico, implica una duda acerca de uno de los elementos fundantes de la ilicitud y con ello se habilita la vigencia jurídica del principio de favor rei”¹⁷⁷.

Pero si la doctrina argentina más reciente se inclina –como vimos– por aplicar, en situaciones de duda respecto a la relevancia que (en el caso concreto) hubiera tenido el comportamiento alternativo, el correctivo procesal mencionado (esto es: el *in dubio pro reo*), no puede describirse igual acuerdo en el ámbito jurisprudencial, en donde se observan posturas encontradas¹⁷⁸.

Así, no dando relevancia a este correctivo procesal, la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, Sala IV, al fallar el precedente “Aubia” expresó: “El informe médico (...) la inculpa válidamente del delito de homicidio culposo, pues su desatención incrementó el riesgo de una muerte, que posiblemente no habría ocurrido de prestarse a la paciente la atención a la que aquella estaba profesionalmente obligada, no siendo imperiosa la acreditación plena del nexo causal entre la mala praxis denunciada y el óbito ocurrido. (...) descubierto un error galénico de incidencia letal e invisibles otros factores de igual rango cabe inferir que aquel error fue causa eficiente del deceso”¹⁷⁹.

Por el contrario, también se han detectado precedentes en los que el principio *favor rei* se ha utilizado a los efectos de fundar una decisión absolutoria. De esta manera, la jueza Ángela Ledesma, al fallar como integrante de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa “Medán”, argumentó: “Si bien se probó que el encausado en tanto su calidad de facultativo médico revestía efectivamente la posición de garante, y estaba, entonces, en condiciones y tenía la capacidad para realizar el acto omitido (ordenar efectuar los estudios complementarios) no se pudo acreditar que dicha omisión determinó el resultado. En los tipos culposos se requiere que la conducta (que sea violatoria de un deber de cuidado) haya causado el resultado, y que este venga determinado por la violación de aquel deber. Por lo tanto corresponde absolver al imputado, haciendo uso del principio *in dubio pro reo*, si no se ha podido probar en el juicio aquel nexo de determinación. Es que en el caso no fue posible afirmar con un grado de probabilidad rayana a la certeza que la omisión en que incurriera el médico (la no realización de estudios complementarios), en caso

de haberse producido, hubieran impedido el deceso de la víctima”¹⁸⁰.

Ciertamente, por los motivos desarrollados supra, nuestro criterio resulta coincidente con lo argumentado en el fallo últimamente citado.

*3.6. El consentimiento*¹⁸¹

3.6.1. Ubicación dogmática del consentimiento

Entrar a considerar el consentimiento informado en el marco de la actividad profesional que analizamos supone retomar, una vez más, “la cuestión de los efectos jurídicos del consentimiento en el marco de [aquella] (...) actividad (...), una cuestión proteica llamada a plantearse mil veces, a ser mil veces resuelta y destinada a suscitarse otras tantas”¹⁸². Si este reparo se justifica, como una apreciación general, en el caso de nuestro sistema positivo se actualiza, aún más, frente a la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que ha establecido algunas reglas puntuales en lo que concierne a la capacidad para consentir.

Previo a caracterizar el consentimiento informado, consideramos relevante intentar precisar su ubicación dogmática.

El examen de la doctrina nos permite perfilar la existencia, en la actualidad, de –al menos– dos grandes concepciones que intentan explicar la ubicación del consentimiento dentro de los niveles de aquella estructura analítica:

a) Por una parte, existe un grupo de autores que vinculan al consentimiento con dos niveles de la teoría del delito: la tipicidad y

la antijuridicidad. Así, en la doctrina alemana, desde la temprana obra de Hans Welzel, se viene distinguiendo dos hipótesis en donde puede operar el consentimiento:

a.1) En una de ellas, la conformidad del titular del bien jurídico excluye la tipicidad. Esto sucede “en todos aquellos casos en que el actuar contra la voluntad del afectado forma parte del tipo”¹⁸³.

a.2) Pero también el consentimiento puede excluir la antijuridicidad. Ello tiene lugar, precisamente, en aquellas hipótesis en que el tipo legal no requiere en forma expresa que el comportamiento del autor contradiga la voluntad del sujeto pasivo. Ello, simplemente, porque el tipo sufre mediante el hecho un menoscabo que, con independencia de la voluntad del interesado, tiene un significado (claramente disvalioso) propio para la comunidad. En tal situación, cuando se cuenta con el consentimiento de quien tiene la disponibilidad del bien jurídico, la realización del hecho típico no será antijurídica por considerar a dicha autorización una causa de justificación. Quienes comulgan con esta distinción ubican el consentimiento otorgado por el titular del bien jurídico afectado como una causa de justificación.

Esta posición tiene numerosos seguidores en la doctrina moderna¹⁸⁴.

b) Sin embargo, hay quienes afirman que en todo caso el consentimiento constituye una causa de exclusión de la tipicidad. Así lo entiende, por ejemplo, Bacigalupo. El argumento de esta posición es el siguiente: en los bienes jurídicos disponibles la acción sólo realiza el tipo en la medida en que importe una lesión del ámbito del dominio autónomo del sujeto pasivo. Desde este ángulo de análisis, la lesión del sustrato material del bien jurídico es irrelevante. En consecuencia, el consentimiento (si es prestado en forma), excluirá siempre el tipo penal¹⁸⁵.

¿Cuál es el criterio correcto?

En principio, nos inclinamos por la posición reseñada en segundo término; esto es: que el consentimiento excluye la tipicidad. Y adscribimos a este criterio porque el consentimiento del paciente es un presupuesto esencial en la actividad médico-curativa. “Cuando el legislador penal tipifica el delito de lesiones, no está contemplando la conducta del cirujano que realiza una intervención quirúrgica arriesgada, con finalidad curativa, objetivamente indicada y conforme a la *lex artis*. (...) ‘[L]as acciones peligrosas realizadas observando las normas de diligencia no pueden ser antijurídicas aunque condicionen un resultado típico’”¹⁸⁶.

Lo dicho no significa sin embargo que, en algunos casos puntuales, no debamos recurrir a una causa de justificación. En efecto, cuando el paciente consiente que el médico, por ejemplo, le practique una intervención quirúrgica (por ser este el tratamiento terapéutico aconsejado), está autorizando una conducta (la del facultativo) que puede representar un incremento del riesgo respecto a un bien jurídico disponible: su integridad física. En tales casos no habrá delito siempre que la intervención se haya desarrollado de conformidad al deber de cuidado exigido, por falta de tipicidad. Empero, existe un grupo de situaciones en que será necesario acudir a una causa de justificación. Ello sucede, concretamente, cuando estamos en presencia de un consentimiento presunto.

Según Maurach, los presupuestos del consentimiento presunto se corresponden con las exigencias del consentimiento expreso, con una sola diferencia: la expresión de la aprobación es remplazada por el punto de vista de la decisión a presumir cuando se conoce la situación de consentimiento. Presupuesto de este remplazo es la imposibilidad de obtener, en forma oportuna, la expresión de la aprobación¹⁸⁷. En otras palabras: en aquellos casos en que el paciente no pueda, físicamente, manifestar su aceptación al procedimiento, nos encontramos frente a las urgencias, hipótesis en la cual se prescinde de este requisito en aras de salvar la vida del paciente¹⁸⁸.

Veamos, puntualmente, cómo funciona este tipo de consentimiento. En el caso de una intervención médica, esto significa, por ejemplo, que sólo es posible presumir el consentimiento de un paciente en estado de inconsciencia, cuando se pueda inferir que, sobre la base de la debida explicación médica acerca del estado de su salud, aquel probablemente hubiera consentido la operación. Un caso interesante se daría cuando el paciente no ha recibido una aclaración acerca de una posible extensión de los alcances de una intervención quirúrgica consentida, en la hipótesis en que la necesidad de modificar el curso inicialmente informado surja durante la misma operación. Aquí debe procederse a una cuidadosa ponderación de los peligros y molestias de una nueva intervención, frente a la posibilidad de que el paciente no la consienta junto con la urgencia que puede motivar esa extensión del curso operatorio originalmente informado. Y es aquí, precisamente, en donde puede cobrar relevancia el estado de necesidad como causa de justificación. Repárese en el siguiente ejemplo que trae Maurach¹⁸⁹: Una mujer afectada de un tumor en el aparato digestivo consiente una intervención con el objeto de extirparlo. Al realizar la operación el cirujano advierte importantes ramificaciones que van más allá del órgano que se pensaba inicialmente afectado. Es posible extirpar estas ramificaciones, sin embargo, al hacerlo, la mujer perderá su capacidad de procreación. Empero, si se lo extirpa existen altas probabilidades de que la afección que padece quede cancelada. Como se puede ver, en estos casos, el consentimiento puede no cumplir ningún rol, sin embargo no habrá tampoco delito en tanto se den los requisitos de una causa de justificación como el estado de necesidad¹⁹⁰.

La posición que sostenemos ha sido defendida, entre los autores argentinos, por Donna¹⁹¹. En la doctrina española, lo han hecho Enrique Bacigalupo¹⁹² y Cerezo Mir¹⁹³.

3.6.2. Presupuestos del consentimiento

Los requisitos para que el consentimiento actúe como causa de atipicidad son:

a) En primer lugar, es necesario que la autorización sea otorgada por el titular del bien jurídico; esto es: el paciente que va a ser intervenido.

Existe pleno consenso respecto a que, para poder consentir, se requiere cierta capacidad. Se trata, al decir de Caeiro, de una “variable psicofísica y situacional”¹⁹⁴.

El tema, sin embargo, no ha estado exento de controversias en orden al mínimo de edad exigida para consentir; disputas que, en buena medida, también reflejan la evolución legislativa experimentada por esta cuestión. En lo sucesivo nos ocuparemos de este proceso.

Antes de la sanción de la ley 26.529 se discutía sobre los alcances de esta capacidad, en especial respecto de si la misma debía identificarse con la propia del derecho civil. En la doctrina argentina, tempranamente, Soler¹⁹⁵ –siguiendo a Filippo Grispigni– se pronunció a favor de esta identificación.

Otro sector de nuestros autores, en cambio, no exigía tal equiparación. Así, Bacigalupo refería que era suficiente con la capacidad natural de comprender o juzgar, tesis que compartía Zaffaroni al expresar que “...es relevante la capacidad real del sujeto y no la capacidad civil”¹⁹⁶.

En aquel momento, por nuestra parte, considerábamos que, tratándose de menores, la capacidad se adquiría a partir de los 18 años¹⁹⁷. Es decir, el menor adulto podía consentir válidamente una intervención quirúrgica. Tal posibilidad la deducíamos a partir de una interpretación a fortiori del art. 15 de la ley 24.193 (ley de trasplantes

de órganos y materiales anatómicos). En efecto, si según dicha disposición a esa edad ya se puede “donar” (siempre que se den, por cierto, los demás requisitos establecidos en la norma) órganos entre vivos, cuánto más lo será la posibilidad de consentir una intervención quirúrgica terapéutica¹⁹⁸.

Con posterioridad, el tema fue objeto de una regulación más extensa por la ley 26.529. De la interpretación sistemática de este cuerpo normativo puede inferirse que, como regla general, para consentir o rechazar determinados tratamientos médicos preventivos o paliativos y decisiones relativas a la salud, quien lo hiciera debía ser una “persona capaz mayor de edad” (art. 11). Al ser esto así, la capacidad se adquiriría a partir de los dieciocho años (Código Civil y Comercial de la Nación –ley 26.994–, art. 25, 1er párrafo). Sin embargo, tratándose de menores de dieciocho años, el art. 2, inc. e), de la ley 26.529 confiere a los niños, niñas y adolescentes derechos a intervenir en los términos de la ley 26.061, “a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud”. En este sentido, el art. 3, inc. b), de la ley 26.061 establece que el respeto por el interés superior del niño se integra, entre otros derechos y garantías, por el derecho de aquellos “a ser oídos y (a) que su opinión sea tenida en cuenta”. Y, a su vez, el art. 14 de la misma ley garantiza el “derecho a la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud”.

¿Cómo debía resolverse, entonces, para estos casos, la situación de los menores de dieciocho años de edad?

El tema resultaba delicado porque exigía buscar cierta conciliación entre el concepto de capacidad progresiva de los niños y adolescentes y el sistema legal de representación de los menores de edad, específicamente en lo atinente a los derechos sobre el propio cuerpo. Y, en este sentido, considerábamos que la capacidad legal para

adquirir los derechos y contraer obligaciones debía distinguirse del especial discernimiento que debe tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico. Las personas –decíamos– adquieren conciencia sobre el propio cuerpo mucho antes de arribar a la mayoría de edad generalmente estipulada por las leyes¹⁹⁹. De tal guisa, afirmábamos que “cuando se trate de un menor de dieciocho años, con discernimiento para comprender los alcances de su consentimiento, estos tienen derecho a intervenir en la toma de decisión, juntamente con sus representantes legales”²⁰⁰. Que debe consultarse su interés es algo que, actualmente, no puede discutirse. Al argumento anterior se suma otro derivado de los arts. 11 y 5 de la ley 26.743²⁰¹. En efecto, cuando sea necesario acudir a intervenciones quirúrgicas y/o a tratamientos hormonales integrales, para adecuar el cuerpo del menor (incluso su genitalidad) a la identidad de género autopercibida, resulta menester contar con la “expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño...”²⁰².

La ley 26.994, que sanciona el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, introdujo recientemente precisiones sobre esta cuestión. En los Fundamentos del Anteproyecto promulgado, la Comisión señaló la orientación a que responde el sistema diseñado, la cual se caracteriza por adoptar una “noción de autonomía progresiva, diferenciándola de la capacidad civil tradicional”²⁰³. En consonancia con lo expresado, actualmente, se advierte un distingo entre tratamientos invasivos (que pueden comprometer el estado de salud o poner en riesgo la integridad o la vida de la persona) de aquellos que no lo son.

Para los primeros, el adolescente –esto es, el menor que ha cumplido los trece años (art. 25, 2º párrafo, del CCCN)– “debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores”; previéndose, además, que en caso de conflicto entre ambos se resolverá teniendo en cuenta el interés superior de aquel, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico (art. 26, párr. 5º, CCCN).

Por su parte, cuando se trata de tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan el estado de salud o puedan provocar un riesgo grave en la vida o integridad física del adolescente, se establece una presunción de aptitud para decidir en quien tenga entre trece y dieciséis años (art. 26, párr. 4, CCCN).

Ahora bien, tratándose de un menor de trece años o de un adolescente que esté afectado por una enfermedad mental o de un mayor de edad incapaz, que requiera una intervención médica (sea o no invasiva), serán sus representantes legales quienes deban prestar el consentimiento. En tales casos se habla de un consentimiento sustituto²⁰⁴.

¿Quiénes pueden ejercer esta representación?

De acuerdo al art. 6 de la ley 26.529, con la modificación de la ley 26.742, en estas hipótesis el consentimiento será dado “por las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193, con el requisito y con el orden allí establecidos”. De esta manera tienen esta posibilidad de consentir sucesivamente, en los términos del citado precepto: a) el cónyuge no divorciado que convive con el paciente, o la persona que sin ser su cónyuge convive con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma continua e ininterrumpida; b) cualquiera de los hijos mayores de dieciocho años; c) cualquiera de los padres; d) cualquiera de los hermanos mayores de dieciocho años; e) cualquiera de los nietos mayores de dieciocho años; f) cualquiera de los abuelos; g) cualquier pariente consanguíneo hasta el cuarto grado inclusive; h) cualquier pariente por afinidad hasta el segundo grado inclusive, e i) el representante legal, tutor o curador; en los términos de la legislación civil²⁰⁵. La acreditación del parentesco, a falta de otra prueba, se realizará mediante declaración jurada, la que tendrá carácter de instrumento público, debiendo acompañarse dentro de las cuarenta y ocho horas la documentación respectiva, cuando correspondiere.

No obstante lo recién expresado, en caso de ausencia de todos estos representantes legales, el médico podrá prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente²⁰⁶.

Un tema relevante, vinculado con la actuación del tercero que consiente ante la incapacidad o imposibilidad del paciente, es el relativo a aquellas situaciones en que aquel se negase a prestarlo a los efectos de que se lleve a cabo un tratamiento médico en beneficio de este (paciente incapaz). En ese caso –como atinadamente señala Barreiro– “tal decisión sería ineficaz pues se trataría de un abuso –y no del ejercicio– del derecho y de un intolerable incumplimiento de sus deberes y representación legal”²⁰⁷.

¿Cómo podría solucionarse, jurídicamente, este conflicto?

Supongamos que un padre, que profesa el culto de los testigos de Jehová, tiene un hijo de tres años de edad internado. De acuerdo a su estado de salud los médicos recomiendan una inmediata transfusión de sangre. Como es sabido, para quienes profesan esta creencia religiosa está vedado recibir transfusiones. El padre del menor niega, por tanto, el consentimiento²⁰⁸.

¿Qué hacer en tal situación?

Desde luego que el caso no se asimila a la negativa del paciente a realizar el tratamiento. Ello simplemente porque, en nuestro ejemplo, por su corta edad, el menor no tiene un discernimiento que le permita expresar claramente su consentimiento. Justamente por eso se acude a suplirlo con el de su progenitor²⁰⁹.

Jurisprudencialmente, se ha detectado algún precedente que, para estas situaciones, apela a una venia judicial supletoria. El factum que allí se resolvió era el siguiente: el director de un hospital interpuso una acción de amparo a fin de solicitar autorización para realizar una transfusión de sangre, en caso de que sea necesario, durante la intervención quirúrgica que se practicaría a una menor de 18 años de edad ante la oposición de su progenitora por razones religiosas. El juez hizo lugar a la acción impetrada, autorizando al equipo médico a realizar la transfusión sanguínea, como así también a recurrir al “privilegio terapéutico”, por considerar que se encuentra acreditado que la menor no profesaba el culto de la madre. Para fundar tal decisión²¹⁰, el juez argumentó que “corresponde consignar de manera enfática que no se está en presencia aquí de una negativa a un tratamiento médico por razones de conciencia (en cuyo caso ciertamente correspondería seguir los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el señero caso ‘Bahamondez’, en 1993), desde que de coincidentes constancias debidamente documentadas en la causa (...), resulta que la paciente (...) no profesa personalmente el culto de testigos de Jehová, de modo tal que no se configura una situación en la que cabría invocar un problema de conciencia, amparado en el ámbito de las conductas autorreferentes protegidas por el art. 19 de la C.N. (...). Que de las diversas actuaciones cumplidas y documentadas, surge que la paciente recibió ya una primera transfusión sanguínea en un contexto de emergencia médica, para la cual había expresado su conformidad, aunque luego en distintos momentos su opinión fue oscilante, entre un asentimiento ante una eventual necesidad de transfusión sanguínea, a una oposición, pero esto último, como ya se dijera, no en razón de convicciones religiosas, sino por entender que dicha práctica médica resultaría riesgosa o peligrosa (...). Del contexto de la prueba incorporada a la causa, valorada conforme a las reglas de la sana crítica, cabe razonablemente inferir que, en última instancia, la oscilante negativa de la paciente (...) obedece a la presión psicológica que sobre ella ejerce no solamente su madre sino una hermana mayor (...), circunstancias que colocan a la paciente en una clara situación de vulnerabilidad, que afecta su libertad de decisión (...). Se halla legalmente probado que la paciente (...) fue informada exhaustivamente acerca de todas las contingencias vinculadas con su salud, posterior a los gravísimos traumatismos que sufriera,

incluyendo lo atinente a la necesidad de una intervención quirúrgica, con la cual sí ha expresado de manera continua su clara conformidad. No se opone pues la paciente a la intervención quirúrgica, no invoca propiamente una cuestión de conciencia (convicciones religiosas) o con sustento en otras razones expresadas en forma clara y fundada, sino que en última instancia, a estar a sus propias manifestaciones verbales, su desacuerdo con una hipotética transfusión sanguínea remite en realidad a consideraciones de orden científico-técnico o a cuestiones estrictamente médico-profesionales referidas a supuestos riesgos que dicha práctica médica implicaría. En este contexto se trata en definitiva de ponderar criterios prudenciales respecto de riesgos y beneficios, en función de la concreta situación de cada paciente, su historia clínica, y fundada opinión de los profesionales intervinientes. Si bien, por cierto, existe una simetría entre el paciente y los profesionales que integran un equipo de salud en cuanto a la dignidad inherente a todo ser humano, no es menos cierto que aquí ocurre una asimetría en lo que se refiere a conocimientos científico-profesionales, dado que en este aspecto, por principio, y siempre sobre la base de decisiones razonables y oportunas, prevalece el criterio profesional (...). La autonomía personal como uno de los principios rectores de la bioética, con claro sustento jurídico-constitucional (art. 19, C.N.) incorpora al menos dos convicciones éticas: ‘Primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y segunda, que las personas cuya autonomía esté disminuida deben ser objeto de protección’ (...). No obstante tratarse de una paciente de 18 años de edad cumplidos, y por ende menor conforme a la regla general estatuida en el Cód. Civil (art. 126 ya citado)²¹¹, coincido (...) en cuanto a la particular ponderación que requieren las decisiones de un menor de edad (máxime cuando ya ha cumplido 18 años), se encuentra integrado al ámbito laboral y ejerce en plenitud otros derechos de la vida civil (...), debido a lo cual, y por regla, las decisiones de un menor de edad en tales circunstancias, en la medida de la ausencia de toda coerción externa, y con adecuada comprensión acerca de su estado de salud, riesgos y beneficios de una eventual prestación médica, deben ser respetadas. Por lo demás, cabe aquí efectuar la distinción entre ‘capacidad jurídica’ y ‘competencia’ en el sentido bioético de la persona en cuestión, conceptualizaciones que no necesariamente coinciden en todos los supuestos. En el caso aquí planteado, si bien (la paciente) debiera ser considerada en

principio como ‘competente’ para las decisiones médicas que hacen al cuidado de su propia salud (...), diversas actuaciones incorporadas a la causa y que ya fueran mencionadas en los apartados precedentes, ponen de manifiesto la presión psicológica y emocional que especialmente la progenitora de la menor ha exteriorizado permanente sobre ella hasta tal punto (...) que determina que ‘su autonomía está debilitada porque no quiere –o no puede sostener– un enfrentamiento con su madre’ (...). Sentado entonces que nos encontramos frente a una persona en situación de vulnerabilidad, cuya autonomía en consecuencia se halla seriamente disminuida en orden a la toma de decisiones que hacen al cuidado de su propia salud, y que afecta por lo tanto la capacidad de discernimiento acerca de cuáles son sus ‘mejores intereses’, procede en el caso recurrir complementariamente al consentimiento por subrogación...”.

Más allá de que comulgamos con los sólidos argumentos del fallo transcripto, estimamos que cuando no fuese posible –por la inminencia del resultado– recurrir a este “consentimiento por subrogación”, si los médicos tratantes directamente efectuaran la transfusión, su conducta estaría plenamente justificada por el estado de necesidad²¹².

b) El consentimiento, para tener eficacia, debe ser una declaración de voluntad, una voluntad manifestada hacia el exterior. Precisamente, el art. 5 de la ley 26.529 define este instituto como una “declaración de voluntad suficiente” efectuada por el paciente o, en su caso, por sus representantes, emitida luego de recibir por el profesional interviniente la información pertinente. Para la conformación del consentimiento resulta necesario que el facultativo informe al paciente, o en caso de incapacidad a su representante, al menos, sobre los siguientes aspectos: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los

alternativos especificados; g) el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, reanimación artificial o retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho a rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable, y h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

El art. 59 del Código Civil y Comercial de la Nación reproduce esta previsión.

c) ¿Resulta necesaria alguna formalidad?

Antes de la sanción de la ley 26.529 había consenso respecto a que, como principio general, no era necesaria formalidad alguna²¹³, excepto que existiese una disposición legal específica que así lo hubiese requerido. En la Argentina, existían dos casos en los cuales resultaba necesario que la voluntad del que consiente quedase manifestada por escrito. El primero se vinculaba con el art. 19, inc. 3º, de la ley 17.132, en las hipótesis de “operaciones mutilantes”²¹⁴. El segundo estaba contenido en el art. 4, in fine, de la ley 26.130, que exigía, para los casos de ligaduras de trompas de Falopio y vasectomía, luego de la información por parte del facultativo, la debida conformidad del paciente bajo esa formalidad²¹⁵.

La ley 26.529 (texto según ley 26.742) ha regulado orgánicamente esta cuestión. En la actualidad, el consentimiento –como principio general– se manifiesta verbalmente; con excepción de los siguientes casos: a) internación; b) intervención quirúrgica; c) procedimientos

diagnósticos y terapéuticos invasivos; d) procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación de la presente ley; e) revocación del consentimiento, y f) en el supuesto previsto en el inc. g) del art. 5 (derecho del paciente en caso de enfermedad irreversible al rechazo de la continuidad del tratamiento), se deberá dejar constancia de la información “por escrito en un acta que deberá ser firmada por todos los intervinientes en el acto” (art. 7).

Desde el punto de vista probatorio, la prueba idónea para la acreditación de la prestación del consentimiento es la historia clínica (art. 16, ley 26.529)²¹⁶.

d) El consentimiento debe ser prestado con anterioridad a la intervención y puede ser revocado en cualquier momento²¹⁷. De esto depende que no tenga ningún valor aquel que se presente como una ratificación posterior. Como lo expresa Frister: “La autorización retroactiva de un hecho cometido primeramente sin la aprobación interna del lesionado ya no puede cancelar como no ocurrida la lesión de la norma de conducta reforzada penalmente, y, por ello, no tiene ningún efecto en el Derecho penal”²¹⁸.

e) El consentimiento debe prestarse en relación con una situación concreta. Por consiguiente, no tendría verdadera eficacia un consentimiento prestado en forma genérica ilimitada. Por eso, Righi ha podido decir, con toda razón, que el consentimiento del paciente debe ser prestado: “a) En relación a un tratamiento que debe ser realizado conforme a las reglas del arte médico; b) analizado ex ante, y c) considerando las ventajas, inconvenientes y eventuales riesgos que se pueden prestar”²¹⁹.

f) Es necesario que el consentimiento sea informado. Ya nos hemos ocupado supra de los alcances de esta exigencia, por lo cual nos remitimos a lo allí dicho.

g) El consentimiento es revocable. En este sentido, el art. 10 de la ley 26.529 preceptúa que la decisión del paciente, “en cuanto a consentir o rechazar los tratamientos indicados, puede ser revocada”. En tal caso, el profesional actuante deberá acatar esa decisión y dejar expresa constancia de ello en la historia clínica, adoptando, para el caso, todas las formalidades que resulten menester a los fines de acreditar fehacientemente tal manifestación de voluntad, y que la misma fue adoptada en conocimiento de los riesgos previsibles que implica.

Cuando por incapacidad del paciente o por su imposibilidad física o psíquica el consentimiento hubiese sido prestado por las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193, estos también podrán revocarlo con los requisitos y el orden de prelación que prevé ese precepto. En este caso, y de acuerdo a la enmienda establecida por la ley 26.742, deberá garantizarse que el paciente, en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. El párrafo recién transcrito resulta de gran ambigüedad. En efecto, si nos encontramos frente a una hipótesis de incapacidad o imposibilidad, es obvio que el paciente no está en condiciones de prestar ningún tipo de consentimiento eficaz, con lo cual no se entiende cómo podría garantizarse su participación en la toma de decisiones. Desde luego que, si la incapacidad o imposibilidad fuesen transitorias y el paciente recuperara su facultad para consentir, sería este quien, en definitiva, volverá a tener la posibilidad de ejercer su derecho a la revocación.

3.6.3. Excepciones al consentimiento informado

El art. 9 de la ley 26.529 establece dos casos en los que el médico está legitimado para actuar, prescindiendo del consentimiento del paciente, a saber: a) cuando mediare grave peligro para la salud pública y b) cuando mediare una situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, y este no pudiera dar el consentimiento por sí o a través de sus representantes legales. Según el mismo precepto, estas excepciones se acreditarán de conformidad

a lo que establezca la reglamentación, las que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo.

Antes de la reglamentación a la que alude la norma, expresábamos que el intérprete debería esforzarse para dotar de un significado a las hipótesis de excepción referidas. Con relación al primer caso, la situación podría verificarse frente a una catástrofe pública (por ejemplo, un sismo, con un elevado número de personas afectadas en su integridad corporal por efecto de aquel)²²⁰. En lo que concierne al supuesto de emergencia en la vida del paciente, los hechos revelarán si se presenta tal circunstancia, advirtiendo la doctrina que “la excesiva rigidez en los medios probatorios puede llevar a que el profesional se sienta tan expuesto que prefiera no actuar”²²¹.

Con fecha 5/7/12, se dictó el decreto 1089/12, reglamentario de la ley 26.529. De acuerdo a este texto, la primera excepción prevista por el art. 9 de la ley (peligro para la salud pública) deberá ser declarada por la autoridad sanitaria correspondiente. Ante tal situación, la negativa a un tratamiento o diagnóstico puede dar lugar a la pérdida de beneficios o derechos, o a la imposición de algunos tratamientos o diagnósticos coactivamente, conforme a las legislaciones vigentes. Por su parte, la situación de emergencia, con grave peligro para la salud o vida del paciente, “deberá ser justificada en la razonabilidad médica por el profesional interviniente y refrendada por el jefe y/o subjefe del equipo médico” y siempre que no puedan dar su consentimiento el paciente, sus representantes legales o las personas autorizadas por la ley y la reglamentación²²². Según la norma reglamentaria, las excepciones “deben ser interpretadas con carácter restrictivo y asentadas en la historia clínica del paciente, con el detalle de los motivos por los cuales el mismo no puede recabarse y las prácticas y medidas adoptadas sin que opere el mismo. Los establecimientos de salud deben arbitrar los recaudos para que los profesionales estén entrenados y capacitados para determinar cuándo se presentan estas situaciones y dar cumplimiento a la ley y su reglamentación”.

3.6.4. El consentimiento putativo²²³

El consentimiento putativo debe distinguirse del consentimiento presunto (que ya analizáramos). En el primero, el agente incurre en grave error acerca de creer en la existencia de un consentimiento que no ha sido acordado, mientras que en el consentimiento presunto no hay tal error, pues el sujeto tiene pleno conocimiento de la inexistencia del consentimiento²²⁴.

Si bien es cierto que pareciera difícil imaginar un caso como este (consentimiento presunto) en la relación médico-paciente, consideramos –de allí que lo tratemos– que habría algún margen para su desarrollo.

Ciertamente, no parece razonable que el facultativo invoque haber creído erróneamente que existió consentimiento liso y llano cuando el enfermo no lo dio. Pero hay situaciones en donde este contraste no se verifica y podrían darse, igualmente, pequeños resquicios por los que pueda introducirse el error. Piénsese un caso como el siguiente: el paciente sólo consiente, ante la situación de riesgo, el uso de una técnica especial con resultados positivos anteriores. El profesional, sin embargo, entiende que el enfermo ha prestado un consentimiento liso y llano para la aplicación de cualquier técnica recomendable y autorizada²²⁵. El médico realiza un tratamiento autorizado pero distinto de la técnica especial para la cual el enfermo diera su aquiescencia. El tratamiento no logra neutralizar la dolencia y el enfermo fallece. Parece claro que, en esta hipótesis, nos encontramos con un error en cuanto al alcance del consentimiento prestado (y no a su existencia misma).

¿Qué solución dogmática podría darse a esta situación?

Creemos que si se acreditase que, efectivamente, el profesional obró con ese déficit de conocimiento²²⁶, no podría responsabilizársele

penalmente por concurrir a su favor un error de tipo que versaría sobre los límites del consentimiento acordado.

3.7. La conducta de la víctima

Hemos dicho ya que uno de los criterios utilizados para poder afirmar que el peligro o riesgo desaprobado no ha realizado el resultado típico es, precisamente, la valoración del comportamiento de la propia víctima en el curso causal de ese resultado. Esta cuestión, en los últimos años, ha merecido una marcada atención por parte de los desarrollos dogmáticos²²⁷, siendo conocidos los estudios específicos sobre esta materia como análisis de victimodogmática²²⁸.

La cuestión central que ocupa a estas investigaciones es la de determinar en qué medida la corresponsabilidad de la víctima en lo sucedido puede tener repercusiones sobre la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor²²⁹.

¿Tiene alguna incidencia esta perspectiva en lo que concierne a la determinación de la imputación de un resultado al profesional médico?

Desde nuestra perspectiva sí. En efecto, en el caso de un paciente que está siendo tratado por un facultativo, es perfectamente posible que la conducta de aquel tenga alguna incidencia respecto del incremento del riesgo; comportamiento que coexistiría o confluiría concausalmente a la producción del resultado lesivo. Ciertamente, no en todas las situaciones la imprudencia de la víctima excluirá el nexo de imputación respecto del facultativo. Habrá casos en que aquella imprudencia sea de tal magnitud que permita excluir la responsabilidad del médico; en otros, en cambio, sólo se reflejará en la graduación de la sanción. Lo importante, empero, es que, actualmente, el juez no puede dejar de valorar estas circunstancias. Chaia lo expresa de la siguiente manera: “[d]e acuerdo con las

particularidades del tratamiento y del desenlace lesivo, el juez verificará si el galeno ha tenido la posibilidad de prever y en su caso de evitar ese resultado, considerando en particular el aporte realizado por el paciente, pudiendo efectuar un ‘reparto de responsabilidades’, que –ante la ausencia de graduación de culpas– quedará patentizado en la graduación de la condena, en la reducción de responsabilidad del autor, incluso, ante la comprobación de que su conducta ajena al médico ha sido la adecuada [para la producción del resultado], llegará a excluir la responsabilidad del médico tratante”²³⁰.

La conducta del paciente puede tener incidencia en dos ámbitos concretos. Por una parte, cuando –en el momento del diagnóstico– provoca en el médico un error, “ya sea porque no refiere correctamente los síntomas en el curso de la anamnesis, sea porque omite algunas referencias que pueden resultar decisivas, como podría ser el hecho de que está utilizando medicamentos (que resultan contraindicados con los que el facultativo les receta) o porque asegura hallarse en ayunas, antes de que se le apliquen métodos anestésicos, y resulta que no es así”²³¹.

Pero también la autopuesta en peligro puede tener lugar durante el mismo tratamiento cuando, por ejemplo, el paciente no sigue (pudiéndolo hacer) las indicaciones que el médico le imparte; por ejemplo: deja de tomar los medicamentos, altera su dosis, etc.²³².

3.8. Problemas particulares de la imputación en los casos de trabajo en equipo: el principio de confianza

3.8.1. El trabajo en equipo en la actividad médica

Actualmente, la actividad desplegada en casi todas las ramas de la medicina se caracteriza por la intervención, simultánea o sucesiva, de varios profesionales que poseen distinta formación y cumplen, de forma más o menos coordinada, diferentes funciones vinculadas con

el tratamiento de los pacientes²³³. Así, uno de los casos típicos que permite apreciar esta modalidad de trabajo es el de una intervención quirúrgica que requiere la participación conjunta de varios médicos especialistas (cirujano, anestesista, cardiólogo) como de otro personal técnico o auxiliar (por ejemplo, médicos residentes, enfermeros, instrumentistas)²³⁴.

Esta forma de trabajo se denomina trabajo en equipo²³⁵.

Una de las cuestiones centrales que resulta consustancial al trabajo en equipo consiste en determinar “las normas de cuidado que le corresponde observar, conforme a las funciones que cumple, a cada integrante del grupo, para, de ese modo, poder constatar, por un lado, si fueron infringidas o no por el sujeto, y en caso afirmativo, si el resultado lesivo puede imputarse a ese comportamiento descuidado”²³⁶.

A los efectos de realizar esta determinación, la doctrina acude a la distinción entre división horizontal y vertical de trabajo²³⁷.

La división horizontal es aquella que se caracteriza por que no existe una relación jerárquica de subordinación entre los diferentes miembros del equipo. A este tipo de división se corresponde el modelo de relación entre, por ejemplo, cirujano y anestesista. Al respecto, refiere Silva Sánchez que los actos de anestesia “se realizan hoy por médicos especialistas (los anestesistas) que colaboran en la actividad médico-quirúrgica en un plano de igualdad con el cirujano, participando en la toma de decisiones más importantes desde su competencia específica. Las expresiones que ponen de relieve los términos actuales de la relación entre anestesista y médico-cirujano son las de trabajo en equipo con ‘división de trabajo horizontal’, ‘responsabilidad autónoma’ y ‘confianza’. Ello significa, en primer lugar, que el anestesista es autónomo en el cumplimiento de las obligaciones que le competen antes, durante y después de la operación quirúrgica, mientras que el cirujano es competente para la

decisión sobre el sí, el cómo y el cuándo de la operación. Sus competencias no sólo no se interfieren, sino que quedan articuladas por la vigencia del aludido principio de confianza. Según este, cada especialista puede contar en principio con la colaboración correcta del colega de la otra especialidad; sólo excepcionalmente, cuando consta la comisión de una infracción del deber de cuidado por el otro o existen dudas sobre su cualificación o fiabilidad, surge un deber de cuidado (...), cuyo incumplimiento puede conducir a imputar el resultado lesivo al cirujano, por ejemplo, que ha confiado, ya indebidamente, en una conducta diligente del anestesista”²³⁸.

En la división vertical, en cambio, sí se verifica una estructura jerarquizada entre el personal sanitario interviniente, y “se caracteriza por que entre tal personal existe una relación de supra y subordinación”²³⁹. En un equipo quirúrgico (para seguir con el ejemplo) este tipo de división se da entre los profesionales que dirigen el equipo (y tienen el dominio de la situación) y los auxiliares. Así, refiere Terragni, “las enfermeras forman parte de un equipo de profesionales de la salud, con responsabilidad propia, dentro de sus cometidos específicos: la limpieza del instrumental y la administración de medicamentos al paciente conforme a lo prescripto por el médico. Estas actividades complementarias son de su competencia y los errores que cometen no comprometen, en principio, a sus superiores”²⁴⁰.

3.8.2. El principio de confianza

El principio de confianza opera como un importante criterio limitador de los deberes objetivos de cuidado. Se trata de un principio reconocido, desde hace tiempo, en el Derecho de la circulación por parte de la jurisprudencia penal, pero que, actualmente, “tiene aplicación en los casos de cooperación imprudente y, especialmente, para los supuestos de división de trabajo en Medicina, como instrumento restrictivo de los deberes objetivos de diligencia y, por tanto, delimitador de la responsabilidad imprudente de cada interviniente”²⁴¹.

Según este principio, por regla general se responde únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte del rol de un ciudadano controlar todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de terceros²⁴². De esta manera, en el terreno médico se sostiene que cuando el facultativo ha seleccionado a un equipo conforme a los requerimientos técnicos y reglamentarios (título o habilitación para la función), el error que estos pueden cometer en el curso de una intervención, sólo a ellos les es penalmente imputable y no al jefe de equipo. La razón de este principio parece clara: “evitar la carga de trabajo que conllevaría para cada uno de los que trabajan en un equipo hacerse cargo de controlar el cumplimiento de los deberes de todos los demás. Como señala Stratenwerth, un médico que tiene que ocuparse de todo no será reprochable penalmente por falta de diligencia, pero tampoco será un buen médico”²⁴³.

La jurisprudencia argentina ha receptado el principio de confianza, “como directiva fundamental en materia de responsabilidad por mala práctica del médico, destacando que a los fines de la determinación de la imprudencia deben tenerse en cuenta las tareas específicamente asignadas a cada uno de los miembros del equipo médico, respetando el principio de división del trabajo y de responsabilidades”²⁴⁴.

En este sentido, uno de los ámbitos —ciertamente no exclusivo— en donde se ha hecho una generosa aplicación del principio, se vincula con las intervenciones quirúrgicas, en las cuales se produce el deceso del paciente por problemas de anestesia. Así, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, a través de su Sala VI, rechazó la responsabilidad del cirujano y admitió la del anestesista, al fallar el precedente “Llovera”, argumentando que “[r]esulta culpable del delito de homicidio culposo el anestesista que omitió chequear las mangueras de la mesa de anestesiología, pues, al estar estas cruzadas suministró a la paciente protóxido en vez de oxígeno, ocasionándole la muerte. Por otro lado, y dado que el procesado, faltando a las mínimas reglas de cuidado, no advirtió a tiempo que la

paciente presentaba síntomas indubitables de asfixia, no puede responsabilizarse al hospital (salvo en el aspecto civil) o al equipo quirúrgico, porque ello implicaría, para cada médico, invadir áreas distintas, distorsionando el llamado principio de confianza”.

La misma Sala, in re “Lanzalot”, expresó que “[r]esulta autor del delito de homicidio culposo el anestesista que no controló previamente el estado del material atinente a su función (...) pues obviamente es de incumbencia exclusiva de dicho especialista controlar el instrumental antes y durante el acto quirúrgico, en el cual se presupone la división de trabajo entre los miembros del equipo médico, como también la distribución de tareas”²⁴⁵.

Ciertamente, la aplicación de este principio no es ilimitada. No se trata de un principio absoluto ni de vigencia irrestricta²⁴⁶. Por lo tanto, corresponde al intérprete fijar los límites de su vigencia. Estos límites, a nuestro ver, han de ser de carácter normativo y deben ser concebidos en función de la protección del bien jurídico. Como lo expresa Abraldes: “El sustrato social sirve de explicación para fundamentar el principio a partir del cual opera el reconocimiento jurídico. Pero ese fundamento sociológico es en sí mismo insuficiente para orientar un límite normativo”²⁴⁷, el cual debe construirse – insistimos– “sobre la base de la protección necesaria al bien jurídico”²⁴⁸.

López Díaz menciona tres grupos de excepciones; a saber²⁴⁹: a) cuando surgen circunstancias especiales, a partir de las cuales se puede inferir concretamente que el otro participante no va a cumplir con sus deberes; b) frente a determinadas personas (por ejemplo: un incapaz mental, un ebrio) respecto de las que, y por ese estado, no se puede esperar una conducta ajustada al rol asignado, y c) cuando el deber de cuidado de una persona consiste precisamente en la vigilancia y control de otras que se encuentran bajo su dependencia.

Por su parte, en especial referencia al tema que nos ocupa, Rodríguez Vázquez analiza esta cuestión distinguiendo el alcance de las excepciones, de acuerdo a si se refiere a la división vertical u horizontal del trabajo en equipo. Según este autor, en los supuestos de división horizontal del trabajo (identificado, tradicionalmente, con el dúo conformado por el cirujano y el anestesista), el principio de confianza despliega su eficacia más significativa y sólo excepcionalmente la perderá. Según este autor, en estas hipótesis, la vigencia del principio de confianza “está directamente vinculada a la normalidad de la situación. Normalidad y confianza constituyen así un binomio inseparable. Sólo cuando desaparece esa situación de normalidad entonces decae la confianza como título excluyente de responsabilidad. La quiebra de la normalidad se produce ante la concurrencia de circunstancias especiales que se deben concretar en una infracción del cuidado debido por parte del tercero. Se requiere, además, que estas circunstancias resulten evidentes y sean, por tanto, reconocibles. Esta exigencia supone que las circunstancias que pueden llevar a la caída del principio de confianza se manifiesten intensamente”²⁵⁰. Siguiendo este razonamiento, y a título ejemplificativo, el cirujano director de una operación debe cambiar a su colaborador cuando advierta que este no se encuentra en plenas condiciones físicas para participar en el acto quirúrgico²⁵¹.

Frente al valor cuasi ilimitado del principio de confianza en la relación horizontal del trabajo, se establecen límites sensiblemente más estrictos en los supuestos de relación vertical. En casos de trabajos médicos sanitarios en los que intervienen médicos y diplomados en enfermería o médicos y residentes, “se exige al superior el cumplimiento de una serie de deberes previos al acto de delegación para asegurar la validez del principio de confianza. En concreto, y hasta donde sea posible, el superior jerárquico debe seleccionar correctamente al inferior al que encomienda una tarea y debe informarle e instruirle adecuadamente”²⁵². Como lo sostiene Argñani, en líneas generales, también en la división vertical de tareas rige el principio de confianza, “pero en una extensión diferente de los casos anteriores [división horizontal de tareas], pues la facultad de confiar en que los demás se comportarán correctamente se encuentra limitada en una medida mayor por el deber de fiscalización y de

supervisión en cabeza del jefe de equipo, que tiene su razón de ser en su especial formación profesional y en la función que en tal carácter asume”²⁵³.

Jurisprudencialmente se ha indicado que “la división de tareas o sencillez de la práctica no lo eximen [al médico actuante] de su compromiso profesional, porque era su obligación fiscalizar la maniobra que le encomendaba al técnico radiólogo, quien cometió un error grosero en la colocación de la sonda (...). Es que el principio de confianza, en particular en la cooperación con división de trabajo, debe retroceder cuando los intervinientes (caso del médico que dirige la operación) poseen especiales deberes de vigilancia o concretas misiones de control. En esa dirección, quien aparece como jefe o encargado del mismo (equipo médico) siempre tiene bajo su responsabilidad una serie de aspectos residuales de control que están ineludiblemente a su cargo sin perjuicio de la delegación”²⁵⁴.

Otro caso interesante en donde resulta correcta la exclusión de este principio (en virtud de las excepciones señaladas) sería el relativo a la intervención (en el acto de diagnóstico o terapéutico) de un practicante. De acuerdo al art. 41 de la ley 17.132, se consideran practicantes “los estudiantes de medicina (...) que habiendo aprobado las materias básicas de (...) [su carrera] realicen actividades de aprendizaje en instituciones asistenciales, oficiales o privadas”. Si bien por imperio del párrafo 2° de la misma norma el practicante debe limitarse al aprendizaje y en ningún caso puede realizar funciones de colaboración, ¿qué sucedería si, extralimitándose en su actividad –y pese a la prohibición legal–, produce un resultado disvalioso para la salud del paciente? Creemos que, en tal hipótesis, la violación del deber de cuidado en la práctica puede serle imputada al profesional que tenga a su cargo la dirección. En dicho caso, no sería factible negar el nexo de imputación sobre la base del principio de confianza. Ello simplemente por cuanto tal criterio no se aplica cuando el deber de cuidado consiste, justamente, en el control del practicante que se encuentra bajo su dependencia²⁵⁵. Dicho en otras palabras: a pesar del reparto de roles dentro del equipo médico, el jefe continúa siendo el garante “del adecuado funcionamiento del equipo y de que la

división de roles sea un beneficio y no un peligro que se concrete en perjuicio del paciente”²⁵⁶.

Igualmente, un tema que también ha ocupado a la doctrina judicial se vincula con la vigencia de este principio cuando se trata de médicos residentes. Al respecto, en un obiter dicta, la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, al fallar el precedente “Marino”, expresó, enfatizando como uno de los casos en que retrocede el principio que analizamos, que “en esos días en que [la víctima] estuvo internada, fue el médico M. el responsable de la paciente. Su calidad de infectólogo lo ubicaba en ese lugar pues se trataba de un caso de su especialidad. Esa es la razón por la que era él quien le impartía directivas a la médica S. Véase que el propio M. diagnosticó un día antes de la muerte de la paciente ‘NAC severo por compromiso bilateral’. Ante el llamado de S. describiendo el agravamiento pidiendo instrucciones debió concurrir a la clínica y supervisar que se cumplieran (placa de rayos y traslado a UTI). Aun cuando se aceptase que M. pudiera delegar sus obligaciones con S., esa delegación no fue correcta, ya que la nombrada no estaba capacitada para recibir la competencia que se le trasladaba —era una profesional inexperta, residente, recibida recientemente—, no puede decir que ‘daba por descontado’ que la paciente se encontraba en UTI. Esa defensa que esgrimió procura el amparo del ‘principio de confianza’. Es decir, de aquel que dispone que ‘no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido’ (...). Pero la doctrina deja claro que, respecto del mismo, existe un ‘efecto derogatorio’ cuando los intervinientes ‘poseen especiales deberes de vigilancia (p. ej. frente al médico asistente aún inexperto) u otras misiones de control’...”²⁵⁷.

También —y con vinculación a estos especiales deberes de vigilancia del jefe de equipo— la jurisprudencia ha negado la aplicación de este criterio en el siguiente caso: “No puede delegarse la responsabilidad de identificación del paciente en el personal de administración, o en el médico anestesista, o en el ayudante médico o personal de enfermería, reposando dicha exención en el principio de confianza

(...), pues dicho principio no puede regir en la medida en que el deber de cuidado esté dirigido a la vigilancia, control o cuidado del comportamiento de otras personas...”258.

3.8.3. Principio de confianza y empleo de equipos en el desarrollo del acto médico

Un tema particularmente interesante, que se vincula con este principio, es el relativo al empleo de equipos en el desarrollo del acto médico.

Veamos un ejemplo propuesto por la doctrina: Durante el desarrollo de una herniorrafia umbilical se utiliza un electrobisturí por ser un equipo que presenta grandes beneficios para el mejor manejo de la herida. La cirugía se desarrolla de manera satisfactoria, pero durante la recuperación posquirúrgica advierten que el paciente sufrió una quemadura en uno de sus glúteos, la cual no resultó visible durante la intervención. Además se constató que la enfermera colocó la placa del electrodo neutro con bastante gel en la zona glútea del paciente (zona indicada para la colocación) para que hiciera un buen contacto, y no obstante esto se produjo la quemadura. Asimismo, se comprueba que los médicos utilizaron correctamente el equipo, y este no dio ningún signo de alarma que hiciera suponer que se estaba produciendo una quemadura en el paciente²⁵⁹.

Indudablemente, en el caso planteado, ni el personal de enfermería ni el médico que efectuó la intervención han incurrido –según la hipótesis descrita– en infracción al deber objetivo de cuidado.

Ahora bien, si logra determinarse el nexo causal entre las quemaduras y un defecto en el aparato empleado en el acto médico, la cuestión de la imputación objetiva puede analizarse desde dos perspectivas:

Si se ha adquirido el instrumental al fabricante y aquel es defectuoso, la responsabilidad recaerá en este último, que es quien, en definitiva, creó el riesgo jurídicamente desaprobado²⁶⁰.

Si el aparato fue adquirido en condiciones, deberá analizarse si este contaba con el mantenimiento adecuado. En tal sentido, cuando un centro hospitalario adquiere este tipo de instrumental, constituye una obligación del propietario de los mismos “el velar por que se realicen periódicamente revisiones (...), las cuales deberán efectuarse por personal cualificado para el efecto”²⁶¹.

Como puede observarse, en estos casos, la indagación relativa a la responsabilidad se trasladará a quien detente la guarda de un instrumento con potencialidades de generar riesgos. Normalmente, en el caso de una empresa médica, este será el director técnico del establecimiento, según los términos que emplea el art. 40 del decreto 6216/67, reglamentario de la ley 17.132.

Ahora bien, quien se encuentra en posición de garante no siempre habrá de responder, aun cuando el correcto empleo del instrumento haya generado un resultado lesivo. En efecto, habrá que distinguir:

En la medida en que la adquisición y el mantenimiento de los equipos se han realizado en la forma debida, con cumplimiento de las medidas necesarias para mantenerlo en buen estado, el principio de confianza es aplicable al director técnico, sin mengua de las responsabilidades del fabricante (si el instrumento, en su proceso de fabricación, resultó deficitario), o en quien tuvo a cargo el proceso de revisión y no lo hizo correctamente²⁶².

Por el contrario, cuando el director técnico no haya cumplido con las medidas necesarias para verificar el buen estado del instrumento, será posible su imputación, ya que a él le compete, en última instancia, asegurarse, a través de quienes tengan las capacidades específicas, de

realizar tales verificaciones. Debe quedar en claro, sin embargo, que lo que se reprocha en el garante, en relación al instrumento riesgoso que produjo la lesión, es la omisión de este proceso de revisión y de mantenimiento y no de que un tercero haya realizado, con imprudencia, esta evaluación, simplemente, porque el principio de confianza permite esta delegación en la revisión, realizada por personas competentes para ello.

3.9. Omisión impropia²⁶³ e imputación

Hemos dicho ya que la violación al deber de cuidado puede tener lugar a través de una conducta tanto activa como omisiva. Sin embargo, el tratamiento de esta temática exige la realización de una serie de precisiones conceptuales.

Por lo pronto, hay que distinguir el aspecto omisivo de la imprudencia de las formas de comisión por omisión. En efecto, es necesario tener presente que –como sostiene Gómez Rivero– en todo comportamiento activo imprudente “hay un momento omisivo que no es más que el soporte de su adjetivación como negligente”²⁶⁴. Pero esa omisión no es el fundamento de un supuesto título de responsabilidad como comitente omisivo; “esa omisión es sólo el momento de pasividad que cualifica su hacer como imprudente”²⁶⁵. Así, cuando el cirujano olvida una gasa en el abdomen de un enfermo recién intervenido, esa dejación de un hacer no es el fundamento de una eventual responsabilidad por un delito de omisión impropia; es simplemente el aspecto omisivo de una infracción del deber de cuidado más amplia, que tacha de imprudente la contemplación global de la maniobra activa que representa la intervención²⁶⁶. Sólo cuando “a partir de una contemplación objetiva de los hechos pueda predicarse desde un punto de vista valorativo la autonomía de la omisión frente a la conducta activa y situarse en un momento secuencialmente distinto del inicial comportamiento activo del agente, tiene sentido planearse las bases de responsabilidad conforme a los esquemas de un delito de omisión impropia”²⁶⁷.

La doctrina judicial, nacional y extranjera, muestra casos de responsabilidad profesional médica que han sido resueltos a partir de estas categorías.

En efecto, en la jurisprudencia argentina reciente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (Sala IV) confirmó el procesamiento contra un galeno a quien se le atribuía el siguiente hecho: Tras varias visitas médicas en días inmediatos anteriores, una menor fue conducida, nuevamente, por sus padres a un nosocomio, en donde consultaron al profesional imputado. Este, tras evaluar las imágenes radiográficas que se obtuvieron en relación a la niña ese día, le indicó la práctica de un enema. Sin embargo, al día siguiente la paciente mostró una marcada desmejoría, por lo que sus progenitores concurren presurosamente al mismo establecimiento hospitalario, donde finalmente fue internada y, tras una descompensación, falleció en esa misma jornada. Al expedirse sobre los tratamientos recibidos por la niña, los especialistas del Cuerpo Médico Forense destacaron que “se verificaban omisiones en la historia clínica respecto a las prácticas indicadas por el galeno, puntualmente en relación a la prescripción de un enema. Al referirse específicamente a las indicaciones médicas que el caso exigía, los peritos señalaron que las imágenes radiográficas obtenidas daban pauta de ‘niveles hidroaéreos con distribución irregular del aire intestinal y signos de distensión gástrica o intestinal’, circunstancia que necesariamente tendría que ‘haber determinado a los profesionales actuantes a adoptar al menos las siguientes conductas profesionales: urgente evaluación por médico cirujano y la observación (en área de internación o guardia) de la evolución de la paciente’. Ninguno de esos cursos de acción fue emprendido por el profesional. (...) Añadieron [los peritos] sobre la relevancia de la omisión por parte (...) [del acusado], que ‘bien pudo incidir en la pérdida de oportunidad de instauración de un tratamiento con posibilidades de evitar el desenlace fatal que se presentó el día 15/6/13’...”. El tribunal, al fundar el decisorio, argumentó: “...que se encuentra conformado el estado de convicción exigido (...) respecto a la omisión objetiva al deber de cuidado que correspondía

(...) [al imputado], en su condición de médico de guardia, pues a pesar de contar con elementos necesarios para diagnosticar la gravedad de la dolencia que sufría (...) [la paciente], no dio oportuna intervención al médico cirujano ni efectuó un seguimiento de su evolución, incrementando así el riesgo para la vida de la niña que en definitiva determinó el resultado mortal”²⁶⁸.

Por su parte, en la jurisprudencia extranjera, en una dirección similar a la recién expresada, encontramos, por ejemplo, el fallo del Tribunal Supremo español, en sentencia del 4 de septiembre de 1991, que condenó por homicidio imprudente en comisión por omisión al cirujano que consintió que el anestésista se ausentara del quirófano durante el curso de la intervención²⁶⁹.

Ahora bien, ¿cuándo un resultado determinado (muerte o menoscabo de la integridad física del paciente) puede imputarse a título omisivo impropio? Desde nuestra perspectiva, no es posible en estas hipótesis postular la existencia de un nexo causal mecánico entre la omisión y el resultado. La razón es clara: partiendo de una perspectiva científico-natural, la omisión nada causa, pues su esencia consiste, precisamente, en la ausencia de energía aplicada y, por ende, no puede generar ningún resultado, visto desde un ángulo naturalístico²⁷⁰.

Es por eso que, en tales casos –y sin que esto implique unanimidad de criterios en la doctrina actual–, un sector francamente preponderante de la literatura jurídica (con la que comulgamos) postula que la atribución del resultado al omitente sólo podrá tener lugar cuando la acción omitida hubiera impedido²⁷¹ aquel (esto es: el resultado) con una probabilidad rayana en la seguridad o en la certeza²⁷². De este principio se deducen dos consecuencias significativas:

Por una parte, si de la acción omitida sólo se puede decir que podría haber evitado, tal vez, el resultado, pero no con una probabilidad

rayana en la seguridad, tal como sucede “en la no aplicación de medidas terapéuticas que, aunque vengan exigidas por la *lex artis*, no siempre (...) tienen éxito para atajar enfermedades con índices de mortalidad más o menos elevados”, entonces el omitente quedaría impune²⁷³.

En segundo lugar –y tratándose de una comisión por omisión– el garante²⁷⁴ no necesitaría entrar en acción, “cuando era imposible, en el caso concreto, frenar las energías hostiles al Derecho [las que iban a causar el resultado típico]”²⁷⁵. Como lo sostuvo Bockelmann, “[s]i el error cometido por el médico consiste en la omisión de una medida [terapéutica] exigida, entonces hay que formular la pregunta de si su ejecución hubiera evitado la producción del daño en la salud. Ninguna de esas dos preguntas puede contestarse con absoluta seguridad. Pues la respuesta tiene que apoyarse en un juicio hipotético sobre un acontecimiento fisiológico (como habría sido el curso de la enfermedad, si...), y un juicio así tiene que ser incierto. Nunca puede quedar del todo excluido que el paciente también se hubiera muerto o que su estado hubiera empeorado –y no mejorado–, si el médico hubiera ejecutado la intervención no realizada o si la intervención realizada la hubiera llevado a cabo de forma correcta. Esta falta de certeza no debe impedir al juez pronunciar el juicio hipotético para fundamentar su decisión. Sólo está obligado a un *non liquet* –que, prácticamente, tiene efectos favorables para el médico imputado–, donde no puede tenerse en cuenta la inseguridad general inherente a cualquier pronóstico teórico posterior, sino que determinados hechos especiales hagan plausible la posibilidad de que el enfermo, incluso con un comportamiento correcto del médico, habría sufrido daños. Bajo estas circunstancias no es posible constatar que esos daños tengan su causa en el comportamiento incorrecto del médico...”²⁷⁶.

Notas [arriba] -

1 Esta es, por ejemplo, la fórmula utilizada por los arts. 84 y 94 del Código Penal argentino al tipificar, respectivamente, los delitos de homicidio y lesiones imprudentes. Por su parte, el Anteproyecto elaborado por la Comisión designada por decreto 678/2012, mantiene las tipificaciones vigentes, respectivamente, en sus arts. 83 y 95.

2 Cfr. Muñoz Conde, Francisco J., Teoría general del delito, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1999, p. 56. No obstante lo dicho en el texto, cierta doctrina funcionalista se muestra disconforme en calificar esta forma de criminalidad como tipos abiertos. Pese a ello, aun quienes así se pronuncian, no dejan de reconocer que “en los delitos imprudentes el comportamiento prohibido se encuentra determinado legalmente en mucha menor medida que en el delito doloso” (Corcoy Bidasolo, Mirentxu, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005, p. 52. De la misma opinión, Feijoo, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia, coord. Universidad Externado de Colombia y J. M. Bosch Editor, Bogotá, 2003, pp. 268-269).

3 Cfr. Terragni, Marco Antonio, El delito culposo en la praxis médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 107.

4 De hecho, el Código Penal colombiano, en su art. 23, define la conducta culposa como aquella en la cual el resultado típico “...es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”.

5 Cfr. López Barja de Quiroga, Jacobo, El delito imprudente en el Código Penal Español de 1995, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 3, nº 4-5, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 376.

6 *Ibidem*. El concepto recién vertido implica una toma de postura respecto del problema de los conocimientos especiales (por ejemplo: un cirujano excepcionalmente dotado en sus conocimientos, respecto de la habilidad media de sus colegas). Si partimos de la concepción individualizadora deberá concluirse que no hay razón que justifique una diferenciación de trato según se posea una especial capacidad o

no. Ello por cuanto en ambas hipótesis (si se posee la capacidad excepcional o no) deben tomarse en consideración las circunstancias concretas del caso y la capacidad y conocimientos especiales que tenga el autor concreto. Por eso, tiene razón Hava García, Esther (“Responsabilidad penal por mala praxis médica. La determinación del cuidado exigible al personal sanitario”, en Revista de Derecho Penal. Delitos culposos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002-1, p. 102) cuando, al abordar este tema, expresa que “la cuestión relativa a las especiales características del individuo posee trascendencia no ya para determinar cuál era el deber exigible al sujeto activo, sino a la hora de identificar qué concreta norma de cuidado regía su conducta”.

7 Cfr. Corcoy Bidasolo, El delito imprudente, cit., p. 125.

8 La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del voto del juez Petracchi, sostuvo al respecto: “No se advierte en la decisión en examen la descripción de la conducta considerada como incumplimiento del deber de cuidado y por la que el a quo responsabilizó a los acusados. En este sentido, la referencia genérica a una supuesta negligencia, imprudencia e impericia, en que habrían incurrido los procesados ‘al no haber adoptado las precauciones que les concernían como profesionales en el arte de curar’ y al desatender el ‘grave cuadro que debían haber advertido desde un comienzo’, sin establecer, siquiera mínimamente, cuál era la conducta debida, si ella era factible, y en cabeza de quién recaía su realización, adolece de una imprecisión tal que no es posible conocer cuál es la materia concreta del reproche penal”. Cfr. CSJN, N. 107. XXXIV., 9/8/01, “Navarro, Rolando Luis y otros s/homicidio”.

9 Cfr. López Barja de Quiroga, El delito imprudente..., cit., p. 378.

10 Así, Corcoy Bidasolo, El delito imprudente, cit., p. 124. En la jurisprudencia argentina, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, a través de su Sala VII, al fallar el precedente “T., F. J.”, c. 29.493 (inédito), confirmó el sobreseimiento de un facultativo afirmando, entre otros conceptos, que “...toda vez que no existen elementos probatorios idóneos que permitan afirmar la existencia de un comportamiento médico por parte de T., en violación al deber objetivo de cuidado exigible, es que el auto puesto en crisis debe ser convalidado, aun en presencia del lamentable desenlace, pues ‘no se imputa por imprudencia cualquier resultado (...). La peligrosidad del hecho ejecutado debe ser evaluada ex ante y no ex post ya que de esa forma se evita imputar resultados fortuitos o

casuales”. En forma reciente, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, en sintonía con lo que venimos argumentando, señaló: “No se puede soslayar que ‘La norma de cuidado penal persigue evitar la producción de aquellas lesiones al bien jurídico que, ex ante, el sujeto tenía la posibilidad de prever’...” (19/6/14, causa 6245/10, “P. C. L. s/procesamiento”).

11 Silva Sánchez, Jesús-María, *Medicinas alternativas e imprudencia médica*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, p. 16.

12 Cfr. Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, cit., p. 57.

13 Tanto legales como reglamentarias. Así, respecto de las primeras, Chaia, Rubén A., *Responsabilidad penal médica*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 87, recuerda las previsiones contenidas por las leyes 22.990, 23.798, 24.193 y 25.404.

14 Cfr. Hava García, Esther, *La imprudencia médica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 56.

15 Cfr. Terragni, *El delito culposo...*, cit., p. 38. De la misma opinión, Hava García, *La imprudencia médica*, cit., p. 57: “...la lex artismédica se revela como un concepto eminentemente dinámico, en el sentido que está sometido a un constante proceso de evolución y cambio”.

16 Al respecto, Romeo Casabona, Carlos María, “La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional”, en *Revista de Derecho Penal. Delitos culposos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002-2, p. 25.

17 Cfr. Hava García, *La imprudencia médica*, cit., p. 58. Señala esta autora (pp. 58-59) que los denominados protocolos médicos “pueden versar sobre diferentes materias: en ocasiones conciernen a patologías multidisciplinarias (como el ‘Protocolo para la prevención y tratamiento del tromboembolismo’) y en otras a problemas tan concretos como, por ejemplo, el ‘trasplante hepático de donante vivo’. Junto a ello, su contenido trasciende a veces el estrictamente médico, ordenando la actuación debida en otros campos sanitarios; ejemplo de esta segunda clase de documentos lo constituye el ‘Protocolo sobre cuidados y recomendaciones de enfermería en el pre y posoperatorio de corta estancia y en cirugía ambulatoria’”.

18 Cfr. Hava García, *La imprudencia médica*, cit., p. 59.

19 Cfr. Romeo Casabona, *Conducta peligrosa e imprudencia...*, cit., p. 209.

20 Chaia, *Responsabilidad penal médica*, cit., pp. 90-91.

21 Como lo señala Rodríguez ázquez, Virgilio, *Responsabilidad*

penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Fundación Rafael del Pino – Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 105: “Esto no quiere decir que el contenido de las reglas deontológicas no pueda coincidir con obligaciones de carácter jurídico, que serán en todo caso las que den lugar a una posible responsabilidad penal”.

22 Romeo Casabona, *Conducta peligrosa e imprudencia...*, cit., pp. 35-36.

23 Cfr. Sola Reche, Esteban – Hernández Plasencia, José Luis – Romeo Casabona, Carlos María, “La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español”, en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), *Responsabilidad penal y civil de los profesionales*, XXII Coloquio de Derecho Europeo, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1993, p. 108.

24 Si bien es cierto que no existe ninguna prohibición de ejercicio respecto del que no es especialista. En efecto, no obstante que el art. 21 de la ley 17.132 regula el régimen de los especialistas médicos, ello no constituye obstáculo para la posible intervención de un médico generalista.

25 No es lo mismo un médico rural que uno que atiende en un complejo hospitalario de alta complejidad. No es lo mismo un paciente que acude a una consulta por prevención que una situación atendida en una sala de urgencias.

26 La explicitación de estos deberes para fundar la existencia de una violación al deber objetivo de cuidado ha sido puesta de relieve por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al señalar: “Sólo una vez conocido el alcance exacto de las obligaciones que recaen sobre el médico, sea que las haya asumido voluntariamente o que le sean impuestas reglamentariamente, es posible formular un juicio penal de reproche basado en su incumplimiento culposos, y cuando a ello se agrega la pluralidad de intervinientes, la determinación de la distribución de los deberes que corresponden a cada uno de ellos resulta ineludible, a fin de determinar las esferas de incumbencia y graduar los diferentes niveles de responsabilidad” (CSJN, 9/8/01, “Navarro”, voto del juez Enrique Santiago Petracchi; reproducido en Hairabedián, Maximiliano – Gorgas, Milagros – Carot, Jeremías, *Jurisprudencia penal de la Corte suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de justicia de Córdoba. Aspectos constitucionales, sustanciales, procesales y de la minoridad*, 3ª ed. ampliada y actualizada, Mediterránea, Córdoba, 2015, p. 312.

- 27 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 111.
- 28 Bernate Ochoa, Francisco, Imputación objetiva y responsabilidad penal médica, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 111.
- 29 Chaia, Responsabilidad penal médica, cit., p. 183.
- 30 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 113.
- 31 Chaia, Responsabilidad penal médica, cit., p. 184.
- 32 Bernate Ochoa, Imputación objetiva... cit., p. 113. Sobre la responsabilidad de los directores de la empresa médica por deficiencias en la prestación del servicio, infra capítulo IV.
- 33 Blanco Pérez – Rubio, La carga de la prueba por omisión de información al paciente, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 56.
- 34 Para un análisis desde esta perspectiva, de cuyos hitos centrales daremos cuenta en el texto, cfr. Pégola, Federico M., “La relación entre el médico y su paciente en la era electrónica”, disponible en: www.ciencias.org.ar.
- 35 Esto se puede apreciar, tanto en el mundo antiguo como en la Edad Media. Al respecto, cfr. Cumplido, Manuel J., Consentimiento informado, Mediterránea, Córdoba, 2005, pp. 25-30.
- 36 Caeiro, Tomás Francisco, “El proceso de información y consentimiento en la práctica médica”, en Escritos: Sobre el hacer y el pensar de los médicos y de las instituciones médicas, Alción Editora, Córdoba, 2015, p. 54.
- 37 Caeiro, “El proceso de información...”, cit., p. 54.
- 38 Garay, Oscar E., Código de Derecho médico. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 125. En sintonía con lo dicho en el texto, la jurisprudencia argentina ha reconocido que “El principio de autonomía personal constituye uno de los principios bioéticos de reconocimiento universal, derivándose de dicha autonomía la denominada regla del consentimiento informado o esclarecido, de modo que aquí se conjuga la autonomía personal, de raigambre constitucional, y el pleno reconocimiento de nuestro derecho vigente, con el principio bioético de igual denominación” (Juzgado en lo Criminal y Correccional nº 3, Mar del Plata, in re “R., I. B. y B., M. D.”, 6/6/95; citado por Montanelli, Norberto, Responsabilidad criminal médica, García Alonso, Buenos Aires, 2005, p. 178).
- 39 Caeiro, “El proceso de información...”, cit., p. 54.
- 40 Gómez, J., “La Medicina Interna: situación actual y nuevos horizontes”, Anales de Medicina Interna, vol. 21, nº 6, Madrid, junio

2004. Hay versión electrónica disponible en: <http://scielo.isciii.es>.

41 Silva, Daniel H., “Autonomía, integridad y voluntad en la toma de decisiones en la praxis asistencial”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires*, t. XLIX, 2015, p. 116. En coincidencia con esta opinión, Caeiro, “El proceso de información...”, cit., pp. 54-55, señala la conveniencia de adoptar “un modelo de ‘conciencia médica’ que preserva la beneficencia médica y propugna el diálogo clínico para el consenso de decisiones y el uso razonable del poder médico reconociendo la vulnerabilidad del paciente y los valores relativos de la ciencia médica”.

42 Garay, Código..., cit., p. 126.

43 El tema específico del consentimiento será objeto de análisis particular, infra, en este mismo capítulo.

44 Garay, Código..., cit., p. 131.

45 En el derecho comparado, encontramos casos de regulaciones más específicas. Así, en España, la Ley General de Sanidad (1986) en su art. 10, inc. 5º, establecía como un derecho del paciente: “A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”. Con posterioridad, la ley 41 de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en su art. 4 estableció: “1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. 2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. 3. El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”. Por su parte, en Colombia, la ley 23 de

1981 (Código de Ética Médica), en su art. 15, preceptúa: “El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.”. En Chile, durante la administración del presidente Lagos, se elaboró un proyecto de Ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud (remitido a la Cámara de Diputados el 8 de junio de 2001). Allí se trata, expresamente, el consentimiento informado. Según Cumplido (cit., pp. 94 y 95) “[e]sta legislación define el consentimiento informado como una institución en virtud de la cual las personas tienen el derecho, una vez que se les haya entregado información completa, de aceptar o rechazar los procedimientos invasivos, de cirugía mayor o compleja u otros que determine el Ministerio de Salud, que le hayan sido propuestos o sugeridos por los profesionales tratantes”. Sin embargo, se han previsto tres excepciones en lo que concierne al ámbito de autodeterminación del paciente; a saber: a) cuando la no aplicación de estos procedimientos pueda implicar su muerte y siempre que no exista otro procedimiento alternativo; b) cuando la falta de intervención suponga un riesgo para la salud pública, de conformidad a lo dispuesto en las normas pertinentes del Código Sanitario, y c) cuando, tratándose de tratamientos de urgencia, la condición de salud o cuadro clínico del enfermo implique un riesgo vital o pueda generarle una secuela funcional grave, de no mediar atención médica inmediata. El Poder Ejecutivo de Chile, con fecha 7 de marzo de 2006, solicitó el archivo del proyecto en cuestión.

46 Así también lo ha reconocido la jurisprudencia. Cfr., en esa dirección, Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 3, Mar del Plata, in re “P., A. F.”, 18/9/95, LL, 1997-F-602 (con cita de las leyes 17.132 y 24.193).

47 Así lo sostiene Ferreres, Alberto R., *El consentimiento informado en la práctica quirúrgica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 40: “[l]a Ley de Ejercicio Profesional brinda una pauta específica en cuanto a la conformidad del paciente por escrito frente a operaciones mutilantes, pero nada dice respecto del grado cuantitativo y cualitativo de la información”.

48 Cfr. Ferreres, *El consentimiento...*, cit., p. 30. El autor señala que,

de acuerdo a la ley, del cumplimiento de este requisito “deberá quedar constancia documentada”.

49 En estas prácticas, y según el mismo artículo, también tendrá que “dejarse constancia en la historia clínica de haber proporcionado dicha información, debidamente conformada por la persona concerniente”.

50 En idéntico sentido se pronuncia Barreiro, Agustín Jorge, El consentimiento informado del paciente y su relevancia jurídico-penal, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año VII, n° 12, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 227: “Aquí (...) entraría en juego el conocido principio del ‘privilegio terapéutico’ (...) que opera como límite al deber de información del médico. En tales casos, en los que la comunicación del diagnóstico muy grave al paciente supondría una insoportable sobrecarga psíquica para el mismo, el médico podrá dejar de cumplir su deber de información en tanto que pudiera derivarse de ese cumplimiento un peligro más grave para el paciente...”. De hecho, en el caso de España, el art. 11.5 del Código de Ética y Deontología Médica (1990) establece que “en beneficio del paciente puede ser oportuno no comunicarle inmediatamente un pronóstico muy grave. Aunque esta actitud debe considerarse excepcional con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro”. Por su parte, en Colombia se verifica una situación similar. En efecto —y siempre en orden al diagnóstico—, si bien el paciente tiene derecho a conocer su estado de salud (como principio general), legalmente se reconoce que tal regla no siempre se puede cumplir. Así, el art. 18 de la ley 23 de 1981 (Ley de Ética Médica) establece que “[s]i la situación del enfermo es grave, el médico tiene la obligación de comunicarla a sus familiares o allegados y al paciente en los casos en que ello contribuye a la solución de sus problemas espirituales y materiales”. En sintonía con tal previsión, la Corte Constitucional de Colombia ha admitido cierta discreción del profesional sanitario para graduar el contenido de la información (sentencia T-401/94). Al respecto, cfr. Castaño de Restrepo, María Patricia, El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica, Temis, Bogotá, 1997, pp. 85-86.

51 Garay, Código..., cit., p. 167.

52 Al respecto, Covi, Luis Daniel, “El deber de informar al paciente. Origen, contenido y régimen legal”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, año 2010-3, Derechos del paciente, Rubinzal-Culzoni,

Santa Fe, p. 107, expresa: “Así como el principio de autodeterminación impone como regla la necesidad de asentimiento y, correlativamente, la de respetar la negativa, también aquel principio es fundamento del respeto a la decisión a no ser informado de la enfermedad y de las alternativas terapéuticas”.

53 Blanco Pérez – Rubio, *La carga de la prueba...*, cit., p. 73.

54

Ibídem.

55 Así, Terragni, *El delito culposo...*, cit., p. 117. El problema se torna más importante en aquellos países en donde existe un número muy alto de analfabetos. En estos casos, incluso, se ha llegado a justificar el resurgimiento de ciertas actitudes paternalistas. Luna, Florencia, *Ensayos de bioética. Reflexiones desde el Sur*, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México, 2001, p. 58, relativiza el valor de esta última postura señalando:

“Cuando se analiza en detalle lo que este argumento implica, se ve que sólo está justificada la tercera interpretación [según la cual, en circunstancias normales, una persona analfabeta es competente, aun cuando puede haber dificultades con estas capacidades derivadas de problemas psicológicos, miedos, etc., que pueden impedir la comprensión y comunicación] y que esto implica un cambio de actitud frente al paciente analfabeto. Es importante tener en cuenta ciertos impedimentos, bloqueos o problemas que pueden estar incidiendo en la competencia de esa persona que está en la vulnerable situación de paciente. El médico debe estar alerta y debe analizar con cuidado la situación de cada uno de sus pacientes, pero esto está lejos de justificar una actitud paternalista a priori válida para todos los casos, tal como de hecho parece pretenderse”.

56 Covi, “El deber...” cit., p. 114.

57 El art. 5 de la ley 26.529 especifica la información requerida a los efectos de conformar el consentimiento. Volveremos, infra, sobre este

aspecto.

58 Covi, “El deber...” cit., p. 116. Este autor, enseguida, ilustra la situación sobre la base de doctrina judicial iuscomparada: la jurisprudencia española –dice– ha destacado la existencia de “riesgos típicos” o “atípicos”, siendo los segundos imprevisibles o infrecuentes, frente a los primeros que serían aquellos que se producen en mayor porcentaje. Destacando también un tercer tipo de riesgos, que serían los llamados “personales”, que son aquellos cualificados en relación a la situación concreta, tanto psíquica como

física, del paciente.
59 Crovi, “El deber...” cit., p. 115.
60 En el Derecho privado así lo ha reconocido el Tribunal Supremo español, en sentencia de fecha 23/7/03, al expresar: “Un elemento esencial de la *lex artis ad hoc* o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos es el de la obligación de informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo...”; calificando la inexistencia de dicha información como una infracción a aquella *lex artis*. Para el texto de este decisorio, cfr. Montanelli, *Responsabilidad criminal...*, cit., pp. 193 (sumario nº 3) y 195 (sumario nº 5). De la misma opinión, Blanco Pérez – Rubio, *La carga de la prueba...*, cit., p. 130: “El incumplimiento del deber de informar o su cumplimiento defectuoso, supone infracción del deber profesional de actuación diligente y, por tanto, contrario a la *lex artis ad hoc*...”. En el texto exponemos cuando, desde la óptica del Derecho penal, el incumplimiento de este deber de información puede constituir una violación a la *lex artis*, capaz de generar responsabilidad.
61 Terragni, *El delito culposo...*, cit., p. 117.
62 Chaia, *Responsabilidad penal médica*, cit., p. 187.
63 Garay, *Código...*, cit., p. 161.
64 Obviamente, para que el sistema impute esta circunstancia al facultativo, es necesario que este haya asumido una posición de garante respecto del enfermo.
65 Dicho texto establece: “El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”. Con gran amplitud respecto de esta figura delictiva, cfr. Esquinas Valverde, Patricia, *El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios*. El art. 196 del Código Penal, Comares, Granada, 2006, pp. 80 y ss.
66 En efecto, es claro que la función de este deber se vincula con la preservación del derecho a la intimidad de su portador (el paciente); en tanto que la revelación del mismo (por ejemplo: el padecimiento de una enfermedad) le puede causar daño al ser divulgado.
67 Sobre las distintas concepciones relativas al bien jurídico en la

revelación del secreto profesional, cfr. Moreno Hernández, Moisés, “El deber de secreto del profesional”, en Romeo Casabona, Carlos María (ed.), Responsabilidad penal y civil de los profesionales, XXII Coloquio de Derecho Europeo, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1993, p. 161.

68 Garay, Código..., cit., p. 284.

69 Garay, Código..., cit., p. 287.

70 Así lo reconoce Mayo, Jorge A., “Derechos y deberes del médico en la ley 26.529”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, año 2010 – 3, Derechos del paciente, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 36: “...corresponde puntualizar que intimidad y confidencialidad están estrechamente ligados...”.

71 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 112.

72 Cfr. Romeo Casabona, La responsabilidad penal..., cit., p. 11.

73 Ibídem.

74 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 113. Obviamente, la omisión de la utilización de una técnica necesaria supone que la misma esté al alcance del médico. No obstante ello, el facultativo debe conocer la existencia de dicha técnica (esto hace al deber de actualización) y, de ser necesaria su aplicación y no poseerla en el centro asistencial en donde atiende, deberá derivar al paciente a uno de mayor complejidad que sí la tenga.

75 Garay, Oscar Ernesto, “La ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”, Revista de derecho de familia y de las personas, La Ley, n° 1, año 2, ene.-feb. 2010, p. 171, caracteriza a la interconsulta como un derecho del paciente a obtener una segunda opinión. Este derecho fue receptado por la Declaración de Lisboa sobre los Derechos del Paciente (AMM, 1981 – 1995 – 2005) en los siguientes términos: “El paciente tiene derecho a solicitar la opinión de otro médico en cualquier momento”.

76 Chaia, Responsabilidad penal médica, cit., p. 191.

77 Garay, “La ley 26.529...”, cit., p. 171, enfatiza la importancia del mandato del legislador acerca del derecho del paciente de contar con la “información sanitaria por escrito”, como medio de facilitar la obtención de la segunda opinión.

78 Los delitos de comisión por omisión se caracterizan no sólo por la inactividad del autor, sino que, además, requieren la no evitación de un resultado (cfr. Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general, 5ª ed., Reppertor-Tecfoto, Barcelona, 1998, p. 299). En el caso del

médico que no deriva, no hay una creación activa de riesgo (como sí sucedería, por ejemplo, si inicia un tratamiento inadecuado, de acuerdo al diagnóstico formulado) y su posición de garante lo coloca en la obligación de evitar el resultado (muerte del paciente o agravamiento –por menoscabo de la integridad corporal– de su salud).

79 Respecto de los problemas especiales de la omisión impropia, cfr., en este capítulo, infra 3.9 y capítulo IV.

80 Chaia, Responsabilidad penal médica, cit., p. 188.

81 Cfr. Akida, La responsabilité pénale..., cit., p. 110. Por su parte, en la doctrina nacional, Garay lo conceptualiza de la siguiente manera: “calificación que da el galeno a la enfermedad de determinado paciente, según los signos que advierte” (cfr. Código de ética..., cit., p. 83).

82 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 122.

83 Ibídem.

84 Así lo señala Bernate Ochoa, Imputación objetiva... cit., p. 107.

85 Bernate Ochoa, Imputación objetiva... cit., p. 108.

86 Cfr. Romeo Casabona, Carlos María, El médico y el derecho penal. t. I, La actividad curativa. Licitud y responsabilidad penal, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 295.

87 Cfr. Schünemann, Bernd, Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 399-400.

88 Ampliamente sobre esta cuestión, Adriasola, Gabriel, La imputación de la negligencia, omisión de asistencia y abandono del paciente en la empresa médica, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2011, pp. 106-111.

89 Gómez Pavón, Pilar, Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, 3ª ed., Bosch, Madrid, 2013, p. 76.

90 El concepto es una reformulación del que realizara Crespi, Alberto, “La responsabilità penale del trattamento medico-chirúrgico con esito infausto”, Palermo, Priulla, 1955, p. 6. Por su parte, Gómez Pavón, Tratamientos médicos..., cit., p. 82, señala que la expresión “tratamiento médico” “engloba una serie de actividades médicas, tendientes a procurar la curación de un determinado sujeto o su mejora, o mantenimiento, caso de no ser posible un completo restablecimiento de la salud, e incluso, en casos de enfermedades irreversibles y terminales, aliviar sus sufrimientos, procurando siempre una mejora en su estado general, físico y psíquico, que, en

estos últimos casos, pasará por no prolongar artificialmente una situación a riesgo de causar mayores padecimientos”.

91 Gómez Pavón, Tratamientos médicos..., cit., p. 79.

92

Ibídem.

93 Ibídem. De esta manera, la autora citada, citando a Engisch (Die rechtlich Bedeutung), ejemplifica lo expresado en el texto de la siguiente manera: “...‘una operación es indicada cuando es el único o el mejor medio para conservar la vida o restablecer la salud, el bienestar o la buena apariencia del paciente, y cuando por ese motivo puede llegar a ser efectuada’”.

94 Akida, La responsabilité pénale..., cit., p. 128.

95 Romeo Casabona, La responsabilidad penal..., cit., p. 25.

96 Se trata de un principio ampliamente reconocido en el derecho comparado. Así, en el caso de Francia, la ley del 3 de julio de 1971 dispone: “le respect de la liberté d’exercice et de l’indépendance professionnelle et morale des médecins est assuré conformément aux principes déontologiques fondamentaux que sont (...) la liberté de prescription du médecin”.

97 Akida, La responsabilité pénale..., cit., 129.

98

Ibídem.

99

Ibídem.

100 En similar dirección, el Código de Ética Médica de Colombia preceptúa en su art. 12: “El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”.

101 Así, Garay, Código..., cit., p. 218. En igual dirección se pronuncia Feijoo, Resultado lesivo e imprudencia, cit., p. 337: “...no existe una ‘libertad de terapia’ ilimitada que se pueda basar sólo en la experiencia personal, si esta experiencia no se encuentra debidamente contrastada”; enfatizando, enseguida (con cita de Jung) que “el estándar científico opera como control”.

102 Gómez Pavón, Tratamientos médicos..., cit., p. 81.

103 Cfr. Eser, Albin, “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica”, en Nuevos horizontes en la ciencia penal, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, p. 49.

104

Ibídem.

105 Gómez Pavón, Tratamientos médicos..., cit., pp. 81-82.

106 Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, Libertad de terapia y responsabilidad penal del médico, Cuadernos de Doctrina y

Jurisprudencia Penal, año VII, n° 12, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 175.

107 En la literatura filosófica, actualmente se debate sobre la relevancia de la distinción entre eutanasia activa (matar) y pasiva (dejar morir). Al respecto, Rivera López, Eduardo, Problemas de vida o muerte, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 54 y ss.

108 Cfr. Roxin, Claus, “Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia”, en Roxin – Mantovani – Barquín – Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Comares, Granada, 2001, pp. 14-15.

109 En efecto, el Código Penal italiano, en su art. 50, dispone: “Non e’ punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che puo’ validamente disporne”.

110 Cfr. Mantovani, Ferrando, “El problema jurídico de la eutanasia”, en Roxin – Mantovani – Barquín – Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Comares, Granada, 2001, p. 95. La nota intercalada en el texto reproducido nos pertenece.

111 Así, Garay, Código..., cit., p. 446.

112 Cfr. Conti, Néstor Jesús, “Delito de instigación y ayuda al suicidio (C.P., 83)”, en Ferrara, Juan Alberto (dir.) – Simaz, Alexis Leonel (coord.), Temas de Derecho Penal Argentino, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 372. Tal postura, empero, nos parece discutible. En efecto, si el propio paciente no consiente la continuidad del tratamiento, pareciera claro que el deber del facultativo cesa y, con él, la supuesta posición de garante. Sobre estas cuestiones, cfr. Núñez Paz, Miguel Ángel, “El concepto de eutanasia en el Derecho positivo español. Discusión tradicional y problemas actuales”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio – Sanz Mulas, Nieves (coords.), Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública, Comares, Granada, 2005, p. 155.

113 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 126.

114 En el anteproyecto de reforma integral al Código Penal de la República Argentina, que fuera elevado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación en mayo del año 2006, el art. 89 preceptuaba: “Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, el que por sentimientos de piedad y por un pedido inequívoco de quien esté sufriendo una enfermedad incurable o terminal causare o no evitare la muerte del enfermo. El juez podrá, de acuerdo con las

circunstancias particulares del caso, reducir la pena a la mitad (1/2) o eximir totalmente de ella”. Como podrá advertirse, el texto proyectado equipara la acción del sujeto activo de causar la muerte, con la de no evitarla. Es decir que, desde la perspectiva del tipo objetivo, la no evitación implica un delito de omisión consistente en no apartar al sujeto de algún daño, peligro o molestia, impidiendo que la muerte suceda. Asimismo, la aún escasa doctrina que se ha ocupado de este precepto señala que autor del delito puede ser, también, un profesional de la salud. Al respecto, cfr. Bostiancic, María Carla – Luján, Paola Elizabeth, “Los delitos de ayuda al suicidio y homicidio piadoso en el anteproyecto de reforma del Código Penal argentino”, publicado en ElDial.com, ed. del 18 de diciembre de 2006, año IX (versión electrónica). El anteproyecto de reforma del año 2014 no contiene una previsión como la recién transcrita. En efecto, el art. 82 de este último documento se limita a tipificar la figura del homicidio piadoso, en estos términos: “1. Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, el que causare la muerte a una persona que sufre una enfermedad incurable o terminal, siempre que estuviere unido a ella por un vínculo de afecto y actuare movido por un sentimiento de piedad ante su pedido inequívoco. 2. El juez podrá, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, eximir de pena”. Por su parte, al regular el delito de instigación o ayuda al suicidio, el art. 82, inc. 2º, del anteproyecto dispone: “El juez podrá, de acuerdo con las circunstancias particulares del caso, eximir de pena, en el supuesto de ayuda al suicidio de una persona que sufre una enfermedad incurable o terminal, a la que el autor estuviere unido por un vínculo de afecto y actuare movido por un sentimiento de piedad ante su pedido inequívoco”. A diferencia del texto del anteproyecto de 2006, este nuevo documento limita el círculo de autores, al requerir claramente la preexistencia de un vínculo afectivo con el sujeto pasivo. En tal sentido, la exposición de motivos señala: “El reclamo inequívoco por parte de este no sólo es garantía de que el sujeto activo no se sustituye a su voluntad, sino que también contribuye a disminuir la reprochabilidad del acto: la conmoción del ánimo del sujeto activo es mucho mayor ante el pedido de quien está vinculado afectivamente a él. Además, es elemental que debe mediar un vínculo de afecto entre ambos, lo que deja al margen cualquier posibilidad de que el actor sea un tercero, que han sido los casos más escandalosos conocidos en

el mundo. Queda claro que con el cúmulo de requisitos que se postulan, se trata de una atenuación de la culpabilidad y, en modo alguno de un menor injusto, o sea, que la vida se sigue preservando como bien jurídico, sin ninguna posibilidad de distinción de su valor en razón del padecimiento. Es inaceptable jerarquizar vidas humanas, por lo que no se considera en ningún momento –ni el juez podrá intentarlo– la posibilidad de entrar en esta valoración aberrante. De esta manera, queda obturado el camino hacia cualquier forma de eutanasia activa. En síntesis: el injusto de este delito sigue siendo el del homicidio; la atenuación de la pena obedece sólo al grado de reproche del injusto en las circunstancias concretas”.
115 Cfr. Cesano, José Daniel, “Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica”, en Marcelo J. López Mesa (dir.), Tratado de la responsabilidad penal médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria, Legis-Ubijus, Buenos Aires, 2007, pp. 740-741.

116 Sostenemos esto por cuanto, para nosotros, el derecho a la dignidad reconoce como perteneciente a cada ser humano una capacidad personal que le permite adoptar –libremente, sin ninguna injerencia estatal– sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea. Tomamos el concepto de dignidad humana que elabora Günter Düring. Al respecto, Gavara de Cara, Juan Carlos, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 219.

117 Eser, Albin, “Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico”, en Nuevos horizontes en la ciencia penal, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999, pp. 82-83.

118 Así, Mantovani, El problema jurídico..., cit., pp. 95-96.

119 Conocida como ley de muerte digna. Dicha norma fue sancionada el 9/5/12 y promulgada el 24/5/12. En la provincia de Córdoba, la ley 10.058, modificada por la ley 10.421, reguló para el ámbito provincial “el derecho que tiene cualquier persona –con plena capacidad de obrar– a decidir en forma anticipada su voluntad respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos o procedimientos médicos de encarnizamiento terapéutico que pretendan prolongar de manera indigna su vida” (art. 1).

120 Cfr. CSJN, 7/7/15, “D., M. A. s/declaración de incapacidad”.

121 Gómez Pavón, Tratamientos médicos..., cit., p. 317.

122 Dicha norma expresa: “1 - As pessoas indicadas no artigo 150 que, em vista das finalidades nele apontadas, realizarem intervenções ou tratamentos sem consentimento do paciente são punidas com pena de prisão até três anos ou com pena de multa. 2 - O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar -se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado. 3 - Se, por negligência grosseira, o agente representar falsamente os pressupostos do consentimento, é punido com pena de prisão até seis meses ou com pena de multa até 60 dias. 4 - O procedimento criminal depende de queixa”.

123 Gómez Pavón, *Tratamientos médicos...*, cit., p. 317.

124 Ídem, pp. 317-318.

125 Gimbernat Ordeig, “Prólogo”, en Cesano, *Aspectos penales...*, cit., pp. 14-15.

126 Junto a las medidas terapéuticas que enunciamos en el texto, deben sumarse otras que, si bien comparten algunas notas comunes con las mencionadas, tienen características específicas que la dotan de cierto perfil propio. Nos referimos a las transfusiones de sangre y al trasplante de órganos. Con relación a la primera, el art. 23 de la ley 17.132 regula lo atinente a la transfusión. Por su parte, el art. 92 de la ley 22.990 establece una figura delictiva vinculada con los responsables de servicios de hemoterapia, bancos de sangre, plantas de hemoderivados o laboratorios productores de reactivos, elementos de diagnóstico y sueros hemoclasificadores, cuando estos funcionaren “sin estar legalmente autorizados y habilitados” (con respecto a esta figura, cfr. Schiopetto, Santiago, “Ley 22.990. Ley de sangre”, en D’Alessio, José Andrés –dir.– Divito, Mauro A. –coord.–, *Código penal de la Nación. Comentado y anotado*, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2010, pp. 929 y ss). Lo atinente a la ablación de órganos se encuentra regido por la ley 24.193.

127 Romeo Casabona, *La responsabilidad penal...*, cit., p. 296.

128 Garay, *Código...*, cit., p. 174.

129 Romeo Casabona, *La responsabilidad penal...*, cit., p. 297.

130 Al respecto, Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, cit., p. 304.

131 Al respecto, sostiene Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, cit., p. 305: “Especialmente en las intervenciones quirúrgicas, el trabajo se realiza en equipo, con las consiguientes consecuencias para la delimitación e individualización de responsabilidades”.

132 Cfr. Sola Reche, Esteban – Hernández Plasencia, José Luis – Romeo Casabona, Carlos María, “La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español”, en Romeo Casabona, *La responsabilidad penal...*, cit., p. 106.

133 Akida, *La responsabilité pénale...*, cit., p. 112. Por su parte, la Cour d’appel de Nancy, en decisión de fecha 6/5/99, ha expresado: “L’erreur de diagnostic ou sa tardiveté ne sont pénalement punissables que lorsqu’elles procèdent d’une négligence caractérisée par le fait que le médecin s’est abstenu de prendre les précautions nécessaires et de s’informer suffisamment sur l’état du patient compte tenu des données admises de la science médicale et des moyens techniques dont il pouvait disposer au moment des faits. Dès lors, la tardiveté d’un diagnostic ne constitue pas une faute pénale lorsqu’elle s’explique par la complexité des symptômes et la difficulté de leur constatation et de leur interprétation” (cfr. Recueil Dalloz 1999, Sommaires commentés, p. 384).

134 Al respecto, Bernate Ochoa, *Imputación objetiva...* cit., p. 94, nota 193, sintetiza el siguiente criterio, emanado del Tribunal Supremo: “Sentencia del 14 de febrero de 1991: ‘Por tratarse de una ciencia inexacta, los errores, si están dentro de lo tolerable, escapan del derecho penal. Para que estos errores sean alcanzados por el ordenamiento jurídico se requiere que la falta de atención y descuidos por parte del sanitario sean inexcusables’”. Por su parte, Silva Sánchez, *Medicinas alternativas...*, cit., p. 14, expresa: “el error excusable (invencible) nunca da lugar a responsabilidad, ni en el ámbito de la actividad médica, ni en ninguna otra; el error vencible (inexcusable), por el contrario, es la quintaesencia de la imprudencia y, por tanto susceptible de generar responsabilidad”.

135 CNCrim., Sala IV, 31/5/90, “Caballero, O.”, c. 37.602, reproducido en *Revista de Derecho Penal, Delitos culposos I*, 2002-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 299/300. El mismo tribunal, ratificó este criterio in re “Metral, Rodolfo E.”, c. 40.157 (29/10/91), al expresar: “El diagnóstico erróneo de una meningitis química,

demorando la realización de la punción lumbar que reveló una meningitis bacteriana, no es reprochable al médico por la similar sintomatología de ambos cuadros, ya que la equivocación diagnóstica sólo es penalmente justificable cuando se asienta en un error grosero” (cfr. Revista de Derecho Penal. Delitos culposos I, cit., p. 304).

136 En esta dirección, la Cámara en lo Criminal de 9ª Nominación de la Ciudad de Córdoba, al fallar el precedente “Mateos, Hugo Marcelino”, 13/3/92, expresó: “Si la víctima ingresó a la clínica en estado de gravidez de treinta y siete semanas y con un cuadro clínico consistente en náuseas, vómitos de sangre, edema de miembros inferiores, dolores abdominales y trabajo de parto, y fue sometida a una operación cesárea por su estado clínico obstétrico y antecedentes de partos anteriores (destorcía de cuello), que culminó con el nacimiento de una criatura del sexo masculino, síntomas que continuaron, e incluso se agudizaron, después de la operación cesárea, lo que determinó que el acusado decidiera reintervenirla quirúrgicamente, no obstante lo cual la sintomatología general de la paciente siguió agravándose aun con el tratamiento aplicado – transfusión de sangre, hidratación a través de suero, antibiótico– el acusado incurrió en un error de diagnóstico. Ello porque la situación de la paciente (taquicardia, taquipnea, colorido pálido terroso, subictericia, sensóreo obnubilado y leucocitosis) no fue debidamente diagnosticada por el encartado, toda vez que para ello y como aconseja la técnica, el arte y la experiencia de curar, se habrían debido indicar distintos análisis como son: cultivos y antibiogramas de sangre y orina y de restos endometriales, que habrían permitido detectar el verdadero estado séptico de la paciente y, en consecuencia, una antibiótico-terapia vigorosa, el empleo de un útero tónico, un legrado uterino, todo con el objeto de eliminar los focos posibles de infección. Tal obrar constituye un error de diagnóstico al examen clínico y negligencia al no haber requerido ni ordenado los exámenes correspondientes y, en el caso de no contar en la clínica con los medios necesarios, derivarla a otro centro asistencial con mejores recursos técnicos o humanos, por lo que debe responder por el delito de homicidio culposo” (Revista de Derecho Penal, Delitos culposos – II, 2002 – 2, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, pp. 472-473).

137 Cfr. Barragán, Gonzalo M., “Responsabilidad profesional del médico”, Isonomía, nº 8, Distribuciones Fontamara, México, 1998, p. 68.

138 Terragni, *El delito culposo...*, cit., pp. 152-155.

139 Así, como un ejemplo ilustrativo resuelto por la jurisprudencia argentina respecto de este grupo de casos (y en íntima conexión con el grupo anterior), la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar el precedente “Abelenda, Eloy F.”, 8/8/89, LL, 1990-E-433, expresó: “La afirmación del a quo referente a que el procesado no pudo prever el resultado dañoso, con sustento en que actuó por error de hecho no imputable previsto por el art. 34, inc. 1º, del Cód. Penal, por el presunto desconocimiento de la composición química del medicamento que prescribió, debe ser rechazada en la medida en que el solo hecho de conocer que estaba asistiendo a una persona alérgica a las drogas, le imponía, habida cuenta su formación técnica-profesional, extremar como era lógico y prudente los riesgos que podría correr el paciente por la selección del material terapéutico. Ello, aunado a la particular situación en que se encontraba el imputado, esto es, ser el médico cirujano que había intervenido quirúrgicamente a la víctima y conocido desde los estudios previos que esta era hipersensible a la droga, obvio resulta que aquel tuvo la posibilidad cierta y concreta de advertir el peligro para la vida que representaba la prescripción de tal medicamento, verificándose de tal manera la violación de un elemental deber de cuidado que basta para fundar claramente la responsabilidad penal por el resultado producido”. En una dirección similar, el mismo Tribunal resolvió: “Es al profesional médico a quien debe exigirse el conocimiento acerca de la composición química de los medicamentos que prescribe, toda vez que si está autorizado a recetar medicamentos, recibiendo formación técnica a ese fin, no es lógico aceptar que ignora su composición y efectos. Además, la circunstancia de que exista gran cantidad de productos farmacéuticos no lo exime de responsabilidad sino que, por el contrario, ello crea una obligación aún mayor de conocer qué es lo que se prescribe” (CSJN, in re “Ahuad, Alfredo H.”, 4/7/89, LL, 1990-E-442).

140 Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, in re “Llovera, Jorge y otro”, 3/2/94, LL, 1994-C-173, expresó: “Corresponde condenar por homicidio culposo al médico anestesista que suministró gas protóxido en lugar de oxígeno a la paciente, incurriendo en una conducta negligente al no haber chequeado las mangueras que aportaban los gases y que se encontraban cruzadas, y no haber sabido a tiempo darse cuenta de tan

grosera anomalía ante los síntomas cianóticos que presentaba la paciente”.

141 En la terminología de la medicina forense argentina, a dichos olvidos se los denomina oblitos. La jurisprudencia ha considerado tales casos manifestaciones de negligencia profesional del cirujano merecedoras de reproche penal. Así, el Juzgado Nacional Criminal de Instrucción n° 34, Secretaría n° 117, en la causa n° 43.497, fallada el 9/4/01, expresó: “...quien tiene a cargo la operación, la mesa quirúrgica, tiene un plus en lo que respecta al deber de cuidado, y es quien a través de la manipulación del campo quirúrgico tiene acceso a verificar la zona operada –en este caso la cavidad abdominal– y quien fácticamente tiene la posibilidad de revisar que ningún elemento quede alojado en el interior del cuerpo del paciente. Este control, claro está, antes de efectuar la maniobra de sutura, que también estuvo a su cargo. Más aún, todo el personal auxiliar que se desempeña en el marco de una intervención quirúrgica se encuentra bajo la dirección de quien oficia de cirujano en la operación [de] que se trate, por lo cual no habrá de adjudicarse responsabilidad jurídico-penal a quienes auxiliaron en tal sentido en la mesa de operaciones en la que se interviniera al enfermo”. Para el texto del fallo, cfr. Lupi, José L. – Divito, José L. – Poggi, Carlos F. L., “Oblito. Incidente desafortunado en la intervención quirúrgica”, en *Revista de Derecho Penal y procesal Penal*, n° 12/2006, LexisNexis, Buenos Aires, p. 2385.

142 En este sentido la jurisprudencia ha señalado que si un médico que tenía a su cargo el seguimiento y control posoperatorio de un paciente omite por negligencia evaluar los significativos síntomas que fue presentando la víctima, no podrá eximirse de responsabilidad luego, alegando la tardanza posterior al operarlo nuevamente, una vez que se diagnosticó su deterioro neurológico, si tal deterioro fue producido justamente por la negligencia del galeno (C.N.Crim., Sala VI, 22/11/94, “L., E. E.”, c. 26.440; reproducido en De la Fuente, Javier Esteban – Salduna, Mariana, “Tendencias actuales de la legislación y jurisprudencia argentinas sobre derecho penal médico”, en Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal*, cit., p. 559).

143 Cfr., también, lo resuelto en “Llovera”, ya citado supra.

144 Así, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala 1ª, in re “Scarlatto, Raúl y otros” (5/2/04) expresó que “...no hay duda (...) de que no ha habido buena praxis médica, en el sentido de que no se trata

de un caso fortuito. Una transfusión de sangre no es un accidente y la obligación del servicio médico y de las personas encargadas es transfundir sangre en condiciones tales que no causen la muerte por falta de control. Por esta razón debe exigirse que se constate, de un modo más certero, la posibilidad de que haya sido infectada. Hay una idea expresada en autos: que un control más estricto sería oneroso y esa es la razón por la cual no se realizan. El criterio de deber de cuidado ya no pasa por el deber, sino ‘por el cómo lo hacen todos’, entrando a regir el principio de que el ‘hecho causa el deber de cuidado’. Pues bien, como se podrá ver, esta forma de llevar los controles da la previsibilidad al actuar de los imputados. Si se sabe que se está trabajando con elementos riesgosos y no se toman los recaudos necesarios para controlar ese riesgo o por lo menos disminuirlos de manera aceptable, el sujeto actuante es responsable” (Revista de Derecho Penal y procesal Penal, n° 9, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p.535).

145 Las omisiones resultan muy frecuentes en los casos de error por negligencia en el diagnóstico. En tal sentido, expresa Barragán, “Responsabilidad profesional...”, cit., pp. 66-67: “El médico es responsable cuando por negligencia o desidia inexcusable no procede a la búsqueda de todos los factores que le pueden servir para llegar a determinar en la forma más acertada cuál es el mal que padece el paciente. Este ha de utilizar todos los medios de que disponga para verificar la exactitud de su diagnóstico. A manera de ejemplo, los tribunales admiten fácilmente que el hecho de no haber verificado con exactitud su diagnóstico mediante una radiografía, sobre todo en los casos de torceduras, luxaciones y fracturas, constituye responsabilidad por negligencia, solamente comprensible en casos de urgencia”. Por su parte, la doctrina judicial indica: “La conducta omisiva llevada a cabo por la (...) [la imputada], en presunta violación a sus obligaciones como médica al no disponer la realización de estudios que hubieran detectado la enfermedad en la niña, aumentó el riesgo en su salud. Ello así pues no brindó la pertinente atención en tiempo oportuno y de tal manera es posible afirmar (...) que ese riesgo indebido fue determinante para que la dolencia avance y culmine con la vida de la pequeña” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, “P., C. L.”, 19/6/14, cita online: AR/JUR/39662/2014).

146 En esa dirección, la Cámara Nacional Criminal y Correccional,

Sala IV, en decisorio de fecha 23/11/93, expresó: “...el paciente al ser revisado por la nombrada estaba atravesando un grave cuadro de shock séptico que [la médica] debió combatir desde ese primer momento con variada antibioticoterapia, tal como se lo hizo luego en el Sanatorio (...), a donde fue derivado tardíamente. Si bien se encuentran serias dudas acerca del examen que del paciente efectuó la citada profesional en los primeros momentos de su guardia –circunstancia esta que por el cuadro del enfermo ya refleja una conducta culposa– aun admitiendo esas visitas, se desprende en su contra que tuvo ante sí el grave cuadro de shock séptico que padecía la víctima (obnubilación, hipotermia, extremidades frías y pálidas, cianosis, vómitos, mala perfusión periférica, etc.) y nada hizo en consecuencia. No medicó la batería antibiótica adecuada, así como demoró la derivación del paciente a un servicio de terapia intensiva, la que recién se produce a las 3 y 30 del día siguiente –18 de febrero– en mal estado general, perdiéndose de esta forma un tiempo precioso que motivó que la sepsis avanzase a pasos agigantados y derivase en un shock irreversible” (JA, 1994-III-426).

147 La Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, al fallar el precedente “Ohanian y otros”, 2/3/12, sentencia n° 27, tuvo que resolver un recurso de casación dirigido en contra de una sentencia de la jueza correccional en donde se analizaba el siguiente factum: la externación del paciente no fue voluntaria, sino dispuesta por la profesional imputada y su accionar se reputó negligente, pues había tomado tan seria decisión sin previa realización de los estudios necesarios para corroborar que la víctima se encontraba fuera de peligro; extremo que era requerido teniendo en cuenta que, días antes, le habían modificado la medicación debido a la gravedad de la infección que padecía. La sentencia de grado y la confirmación ulterior por parte del decisorio de la casación (que reproduce aspectos del decisión del a quo) argumentaron que “...la juzgadora concluye que la única interviniente en el otorgamiento del alta (fue la imputada) (...), y ella fue efectuada en forma negligente, pues se ordenó: a) sin tomar el recaudo de efectuarle estudios previos al alta: radiológicos de pulmón y de laboratorio –orina y sangre– para valorar el estado físico del paciente, y en base a ello darle o no el alta, conforme correspondía de acuerdo a la ciencia médica en este caso; b) teniendo en cuenta además que, con fecha 23/10/03, se le había rotado (...) (al paciente) uno de los antibióticos (...), por falta de

respuesta de la primera, y por ende valorar la respuesta de este nuevo antibiótico en el cuerpo (...) (del paciente) y el estado general del mismo; c) que al no practicarle esos estudios, no pudieron advertir que la infección inicial –flemón dentario– no estaba controlada, y que la misma además estaba también presente en los pulmones (...) (del paciente) en dicha época, y tomar los recaudos debidos (no darle el alta, derivarlo a otro nosocomio de mayor complejidad, etc.); d) que a consecuencia de ello se instaló en el cuerpo (...) (del paciente) un nuevo cuadro séptico –sepsis– neumonía bilateral que fue diagnosticado en el Hospital de Villa Allende el día 29/10/03 antes de las 12.30 hs., el que guarda relación de causa a efecto con el flemón dentario. Igual diagnóstico se efectuó en el Hospital Domingo Funes, al que ingresa (...) (el paciente) ese día 29/10/03 y permanece hasta el día 31/10/03, produciéndose en ese lapso, paralelamente, en el cuerpo (...) (del paciente), una mediastinitis necrotizante descendente por contigüidad a punto de partida de la infección bucodental por lo que es derivado con fecha 31/10/03, al Hospital Córdoba y allí permanece hasta aproximadamente el día 7 de enero del 2004 fecha esta aproximada del alta. Que desde el 31/10/03 hasta el día 1/12/03 permaneció internado en Unidad de Terapia Intensiva (UTI) a los fines de su tratamiento médico quirúrgico, y a partir de esa fecha hasta el día 7 de enero del 2004, aproximadamente, en sala común. Que durante ese lapso de internación se produce en el encéfalo (...) (del paciente) múltiples embolias sépticas que anidan en el encéfalo provocando una cerebritis infecciosa, secularmente padece de una hemiparesia fasiobraquiocrural izquierda que conforma un síndrome piramidal izquierdo, caracterizado por: ostensible pérdida de fuerza, tono y tonismo de los músculos del rostro del lado izquierdo, y además en su miembro superior e inferior izquierdo, lo que están en semiflexión (antebrazo sobre el brazo y mano en flexión y sobre la cara posterior del antebrazo), hiperexcitabilidad de los reflejos profundos y superficiales en el hemicuerpo izquierdo. Presencia de clonus rotuliano y pie. Todo ello con relación causal a la infección inicial –flemón dentario–; e) que existe una relación de causa-efecto entre la iniciación del proceso dentario y el estado secular actual, es decir relación de causa a efecto entre: 1) el flemón dentario, 2) la neumonía bilateral, 3) la mediastinitis necrotizante descendente, 4) la cerebritis infecciosa y 5) la hemiparesia fasiobraquiocrural izquierda que conforma un

síndrome piramidal izquierdo –secuela–; f) que estas patologías provocaron en (...) (el paciente) un tiempo de curación clínica con secuelas e inhabilitación para el trabajo mayor de tres meses aproximadamente y un debilitamiento permanente en la función de sus miembros superior e inferior izquierdo; una inutilidad permanente para el trabajo de albañilería; una enfermedad neurológica –síndrome piramidal izquierdo– probable o ciertamente incurable y dificultad en la pronunciación de la palabra de carácter permanente. (...). El único método objetivo (...) para comprobar la respuesta del organismo (...) del paciente al cambio del antibiótico efectuado el día 23 de octubre, era con un nuevo estudio de laboratorio que permitiera determinar si había descendido el valor de los leucocitos y, en su caso, practicar una nueva radiografía (...); pero nada de ello se practicó e igualmente se le otorgó el alta. (...) no puede soslayarse que el día 26 el paciente continuaba con dolor de cintura –según surge de la foja de enfermería–, síntoma que también desatendió la imputada, pese a la gravedad de la infección que presentaba (...), por la cual se lo había medicado con una conjunción de antibióticos para infecciones de esa entidad. Al desatender la imputada (...) esos indicadores, no ordenó practicar los estudios pertinentes que le hubieran permitido comprobar que la infección dentaria inicial, lejos de estar controlada se había instalado en los pulmones (del paciente). No basta con que el diagnóstico y tratamiento administrado sea el correcto, sino que es necesario que el profesional verifique la efectividad de aquel, con los estudios correspondientes. Más aún si se autoriza al paciente a retirarse a su domicilio y se trata de personas de escasos recursos e instrucción, por tanto con mayores dificultades. Por lo tanto, conociendo (...) (la imputada) los motivos de la internación (del paciente) y (sus) características (...), debía ser más cuidadosa en la prevención de posibles derivaciones del cuadro infeccioso que él padecía, pero su accionar fue negligente”.

148 Bajo esta denominación englobamos las siguientes teorías: equivalencia de las condiciones y causalidad adecuada. Quien lo desee podrá obtener amplias referencias respecto a cada una de ellas en: Reyes Alvarado, Yesid, Imputación objetiva, Temis, Bogotá, 1996, pp. 8-27. Para un prolijo análisis de la evolución de las teorías causales en la dogmática argentina (aunque incluyendo en su estudio, también, las últimas elaboraciones de la imputación objetiva),

Balcarce, Fabián I., *La relación de causalidad en la doctrina penal argentina*, Francisco Ferreyra Editor, Córdoba, 1998. La teoría de la relevancia típica (de Mezger), en rigor, no debe considerarse una concepción estrictamente naturalística pues, como lo señala Wessels, Johannes, *Derecho Penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 59, es una de las primeras que se esfuerza por separar la causación de la imputación del resultado.

149 Cfr. Eser, Albin – Burkhardt, Björn, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*, Colex, Madrid, 1995, p. 108.

150 Cfr. López Díaz, Claudia, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios n° 5, Bogotá, 1996, p. 20.

151 El desarrollo vigoroso de estas ideas, tuvo lugar, sobre todo, con el pensamiento de Claus Roxin, inserto dentro de las corrientes funcionalistas. Para una síntesis del origen y desarrollo del funcionalismo, cfr. Schünemann, Bernd, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, en *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50° aniversario*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 63 y ss.

152 Cfr. Rudolphi, Hans-Joachim, *Causalidad e imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios n° 13, Bogotá, 1998, pp. 13 y 14.

153 Cuyos precursores fueron Karl Larenz y Richard Honig. Sobre estos orígenes y el vigoroso desarrollo posterior adquirido a través de las obras de Claus Roxin y Günther Jakobs, cfr. López Díaz, *Introducción... cit.*, pp. 51-55 y 64-96. Para una valiosa síntesis de la cuestión en el pensamiento de Jakobs, cfr. Cancio Meliá, Manuel, “La fundamentación normativa de la tipicidad en el nuevo sistema del derecho penal”, en AA.VV., *Un nuevo sistema del derecho penal: Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 94 y ss.

154 Cfr. Suárez González, Carlos y Cancio Meliá, Manuel, *Estudio preliminar a la obra de Günther Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 28 y 29: “...la doctrina actualmente mayoritaria tanto en Alemania como en España –y

también en Italia—, dota a la ‘teoría de la imputación objetiva’ del cometido de fijar los criterios normativos por los cuales un resultado —en el que reside la lesión del bien jurídico— es atribuible a un comportamiento —activo u omisivo—. Puede decirse que las opiniones de los autores que [aquí se incluyen] parte, en gran medida, de determinadas constelaciones de casos que tradicionalmente venían siendo abordadas como supuestos problemáticos dentro de la causalidad”.

155 Cfr. Ferrante, Marcelo, “Una introducción a la teoría de la imputación objetiva”, en AA.VV., Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 17. La misma observación formula Frisch, Wolfgang, Tipo penal e imputación objetiva, Colex, Madrid, 1995, p. 26: “Para que el resultado sea imputable debe haber sido realizado por el autor, en efecto, de modo causal en el sentido de la teoría condicional, sin embargo tienen que cumplirse, además, otras condiciones derivadas de consideraciones normativas. En el desarrollo de este enfoque básico, la teoría de la imputación objetiva no se coloca realmente en contradicción con las teorías de la causalidad ya antes expuestas. Más bien acoge su planteamiento e intenta mejorarlos, continuarlos y completarlos, razón por la cual se puede calificar la teoría de la imputación objetiva, sin más, como teoría (...) de la relevancia desarrollada”. Igual descripción, Bustos Ramírez, Juan, “Imputación objetiva (cuestiones metodológicas y sistemáticas)”, en Bustos Ramírez – Larrauri, La imputación objetiva, Temis, Bogotá, 1998, p. 8, especialmente nota 11.

156 Sobre estos elementos, hay consenso entre los autores. Así, Bacigalupo, Derecho Penal. Parte general. 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 273, expresa: “En todo caso es necesario subrayar que la secuencia de la comprobación de la imputación objetiva requiere que en primer lugar se establezca una relación de causalidad entre un resultado típico (...) y una determinada acción. A continuación se debe verificar: 1º) si esta acción (...) constituía un peligro jurídicamente desaprobado (si era socialmente inadecuada) y 2º) si ese peligro es el que se ha realizado en el resultado típico producido”.

157 Eser – Burkhardt, Derecho Penal... cit., p. 121.

158 Seguimos aquí a Ídem, pp. 122-123 y Bacigalupo, Derecho Penal..., cit., p. 286.

159 Doctrinariamente, existen autores que diferencian la causalidad de la determinación. En este sentido, Pérez Barberá, en un muy interesante trabajo, señala que “...todo está determinado por algo, pero no todo está causado por algo. La causalidad constituye sólo una de las categorías posibles de la determinación en general, y (...) ciertamente ni la más importante ni la más insignificante. (...). En lo que atañe al derecho –y en particular al derecho penal– son tres las categorías de determinación que (...) pueden tener una importante aplicación práctica: la causalidad, la estadística o probabilística y la teleológica (o teleológica-probabilística...)” (cfr. Causalidad, resultado y determinación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 72-73).

160 Hava García, La imprudencia médica, cit., p. 107.

161 Ídem, p. 108. Del mismo criterio, Hernández, Héctor, “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)”, Política criminal, nº 1, 2006, A7, p. 9 (disponible en: www.politicacriminal.cl), quien expresa: “Descontado que la causalidad no puede razonablemente ser criterio suficiente para fundar la imputación jurídico-penal, no parece posible, sin embargo, desconocer su importancia fundamental como criterio necesario de la misma, al menos en el ámbito de los delitos cuya consumación exige una alteración física del mundo, como ocurre paradigmáticamente en los tipos de homicidio y lesiones”.

162 Gómez Rivero, María del Carmen, La responsabilidad penal del médico, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 358.

163 Este caso se conoce como “Contergan” y se sustanció judicialmente en Alemania en 1970. Allí se discutió “sobre los efectos de la ingesta del medicamento del mismo nombre, prescrito como antiemético y sedante a mujeres embarazadas. El nacimiento de niños con graves deformaciones (fémur y radio extremadamente cortos, ausencia de dedos u orejas, etc.), así como con anomalías cardíacas y urinarias, que en muchos casos concluían con la muerte de los recién nacidos, sin contar con padecimientos de las madres, se dio con una frecuencia inusitada durante el período en que el fármaco permaneció en el mercado. Así, si antes de su comercialización los casos de focomelia eran rarísimos (1 en 4 millones), en el período entre los ocho a nueve meses desde su introducción en el mercado alemán y los ocho a nueve meses que siguieron al término de su expendio, esto es, entre 1958 y 1962, se conocieron al menos 845

casos, a lo que debe agregarse que en países vecinos en los cuales el medicamento no fue distribuido, como fue el caso de Francia o de la antigua República Democrática Alemana, no se registró un fenómeno semejante. Con todo, nunca se pudo establecer con precisión el mecanismo causal supuestamente desencadenado por el producto. Al cabo de una investigación de más de seis años el Ministerio Público acusó a los directivos de la empresa farmacéutica por diversos delitos asociados a los efectos mencionados. Entre otras muchas cuestiones en el juicio se debatió arduamente –a través de peritos de la más alta calificación internacional– sobre la existencia de un vínculo causal entre la ingesta del producto y las malformaciones y anomalías. En definitiva, al cabo de más de dos años de juicio oral, la causa fue sobreseída en virtud de un acuerdo que incluía el pago de importantes indemnizaciones a las víctimas, no sin que antes el Tribunal Estadual de Aachen declarara acreditado el referido nexo causal, decisión que provocó una gran controversia doctrinaria que probablemente marca el punto de partida del debate actual” (al respecto, Hernández, “El problema de la ‘causalidad general’...”, cit., p. 5).
164 Hava García, *La imprudencia médica*, cit., p. 108.
165 Cfr. Hernández, “El problema de la ‘causalidad general’...”, cit., pp. 22-23. En el mismo sentido, puede ubicarse a Frister, Helmut, *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 196, ha expresado: “Dado que, para comprobar la causalidad, no hace falta el conocimiento de leyes causales estrictas, la causalidad puede ser comprobada, bajo ciertas circunstancias, también en virtud de una relación estadística significativa entre acción y aparición de determinados resultados. La jurisprudencia tuvo que ocuparse ya varias veces del problema de que aparecían masivos daños a la salud específicos, al utilizarse un producto (p. ej., un spray para cueros o un material para el tratamiento de madera), sin que la ciencia pudiera explicar qué sustancias del producto podían haber producido esos daños. En la doctrina está difundida la concepción de que, sin esa información, en principio, no se podría fundamentar la causalidad. Esto, con razón, no ha sido seguido por la jurisprudencia. Si la relación estadística entre la aparición de una clase completamente determinada de daños a la salud y la aplicación del producto es realmente significativa, también aquí es posible, a faltas de otras causas que entren en consideración, inferir que, en el caso concreto, se ha realizado efectivamente el riesgo del daño a la salud probado

de modo estadístico. La cuestión de si la ciencia puede explicar una relación efectivamente existente o no, no importa para establecer la causalidad”.

166 Hava García, *La imprudencia médica*, cit., p. 129. Más allá de que la causalidad, en este caso, está clara y debe prescindir del factor temporal, el problema jurídico se plantearía si al anestesista se lo hubiese sometido a proceso, primeramente, como autor de lesiones imprudentes, ya que, por su imperita actuación, el paciente quedó en coma y, luego (casi dos años y medio después) se produce el óbito de aquel, sobre esa misma base causal. Si al acusado se lo hubiese imputado por lesiones imprudentes pero, al tiempo del fallecimiento aún no se lo ha condenado, la cuestión podría resolverse por las reglas del concurso aparente: el delito más grave (homicidio imprudente) consume al más leve (lesiones imprudentes); con lo cual bastaría ampliar la imputación o la acusación para que la cuestión se resuelva sin mayores dificultades. ¿Pero qué sucedería si, al momento del fallecimiento, el anestesista ya hubiese sido condenado por las lesiones imprudentes? La situación puede ser un poco dilemática porque las normas del concurso aparente que llevaban a la aplicación de la figura más grave ya no podrían funcionar en función de que el acusado ha sido ya condenado por las lesiones imprudentes que, a posteriori, causaron el resultado letal.

167 Hava García, *La imprudencia médica*, cit., p. 129, niega, para este supuesto, el nexo de imputación. Sin embargo, es evidente que la causalidad misma falta, cuando producida la lesión imprudente inicial, y si esta no evoluciona en sentido desfavorable, causalmente el resultado mortal de la caída no puede conectarse con la infracción a la *lex artis primigenia*; salvo, desde luego, que pretendamos analizar la situación a partir de la ya superada perspectiva de la equivalencia de condiciones.

168 López Díaz, *Introducción...* cit., p. 67.

169 En sentido coincidente se pronuncian De la Fuente – Salduna, “Tendencias actuales...” cit., pp. 525-526: “...las intervenciones quirúrgicas per se son consideradas conductas riesgosas; este tipo de riesgo es tolerado por la sociedad y, por ende, permitido por el legislador, ya que así lo exigen los intereses preponderantes del bien común. En los supuestos en los que el autor crea un riesgo o peligro jurídicamente relevante, al estar éste dentro del marco de lo permitido se excluye la imputación”. Por su parte, la doctrina judicial ha

expresado en idéntica dirección que “El imputado actuó dentro de los límites del riesgo permitido por lo que el resultado, muerte de la víctima, no le es objetivamente imputable a su conducta. Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto (...). En el caso, la conducta médica del imputado fue la habitualmente esperada para nuestro medio y acorde con las recomendaciones de la bibliografía específica, formando parte del protocolo de tratamiento de la hernia inguinal atascada. De las pruebas se acreditó que la maniobra se logró con facilidad, lo que implica que no era de riesgo. La víctima mostró alivio inmediato, lo cual descarta una perforación provocada por la maniobra” (cfr. Juzgado Correccional de 4ª Nominación de la Ciudad de Córdoba, in re “Lucarelli, Pablo”, sentencia n° 24, 14/8/03; reproducido en Barberá de Riso, Teoría de la imputación objetiva en nuestra jurisprudencia, cit., p. 34).

170 Corcoy Bidasolo, El delito imprudente, cit., p. 444.

171 Romeo Casabona, La responsabilidad penal..., cit., pp. 38-39. Corcoy Bidasolo reseña el caso informando que el Tribunal del Reich casó la sentencia en que se absolvía al facultativo y dictó un nuevo pronunciamiento, esta vez condenatorio (cfr. El delito imprudente, cit., p. 453).

172 Goransky, Mirna, “Criterios jurisprudenciales en el ámbito de la imprudencia de la actividad médica”, en Maier, Julio B. J. (comp.), Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 124.

173 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 94.

174 Goransky, Criterios jurisprudenciales..., cit., p. 124.

175 Gimbernat Ordeig, Enrique, El comportamiento alternativo conforme a derecho. De la causalidad a la imputación objetiva, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, p. 18.

176 Ídem, p. 20, quien describe esta postura y la considera mayoritaria.

177 Cfr. Rusconi, Maximiliano A., La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, año 2, n° 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, p. 116. Tal postura, sin embargo, no cuenta con unanimidad. Así, hay

quienes sostienen que estos casos deben analizarse sin conceder relevancia alguna a los cursos causales hipotéticos. Lo significativo es si la conducta indebida concretamente llevada a cabo implicó o no un comprobado incremento del riesgo para el bien jurídico resguardado por la norma de cuidado violada. “Para este punto de vista, entonces, corresponde la imputación del resultado aun cuando queden dudas respecto a si la conducta alternativa conforme a derecho hubiese evitado el resultado, siempre y cuando no existan dudas de que la conducta concreta contraria a derecho incrementó el riesgo de lesión” (cfr. Pérez Barberá, Gabriel, Causalidad, resultado y determinación, Ad-hoc, Buenos Aires, 2006, p. 112).

178 De igual opinión, Argnani, Paula Inés, Responsabilidad penal del médico, Astrea, Buenos Aires, 2013, pp. 174 y ss.

179 Cfr. Goransky, Criterios jurisprudenciales..., cit., p. 125. En idéntica dirección (esto es, rechazando este criterio), cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala 1ª, in re “Zappacosta”, 27/2/91: “El resultado en los delitos culposos integra el tipo, debiendo rechazarse un doble juego de normas, pudiéndose imputar el resultado acudiendo a la llamada ‘causalidad de evitabilidad’, sosteniéndose la autoría cuando el accionar no evita el daño al bien jurídico, siendo exigible otra conducta, por lo que no es relevante ni la magnitud de posibilidades de salvamento, ni el curso hipotético en caso de alternativas de comportamientos no realizados” (para el texto del fallo, cfr. Montanelli, Responsabilidad criminal..., cit., p. 90).

180 Causa 4766, reg. 253/04-3, 19/5/04; reproducido en Bueres, Alberto J.- Zaffaroni, Eugenio Raúl, con la colaboración en los aspectos penales de Renato Vanelli Viel, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, p. 183. En sentido coincidente, el Tribunal Oral en lo Criminal n° 10 de la Capital Federal, con fecha 5/3/13, al fallar las causas n° 3142/3366/3519, a través del voto de la mayoría (representado por la ponencia del juez Becerra), expresó: “...cuando se habla de conductas alternativas, es decir de aquellas que finalmente no se adoptaron, se impone interrogarse acerca de cómo se puede asegurar que algo no hubiera ocurrido si se actuaba de otro modo si ello no fue palpado o incorporado por los sentidos. Y es aquí cuando corresponde efectuar alguna precisión acerca de la relevancia de las conductas alternativas adecuadas a derecho y a la solución que cabe elegir. En tal sentido (...), están aquellos que, en una postura que a

fuer de ser sincero aparece mayoritaria, hacen hincapié en la ‘...existencia de imputación siempre que no se pruebe, con probabilidad rayana en la seguridad, que el comportamiento alternativo habría causado el resultado; o en la versión de la teoría del incremento del riesgo, aún más extensiva, siempre que la infracción del deber de cuidado, por la conducta del autor, haya aumentado el peligro para el bien jurídico protegido’. En cambio, otros –con los que coincido– parten del principio *in dubio pro reo* y, entonces, excluyen ‘...la imputación siempre que no se demuestre, con una probabilidad rayana en la seguridad, que el comportamiento alternativo adecuado a derecho habría evitado el resultado’. (...) ‘... [L]a duda sobre la inevitabilidad del resultado en tal hipótesis deberá favorecer al imputado, sobre todo porque (...) ello implicaría desmerecer la trascendencia de la imputación o (...) dar un valor secundario ‘...a la relación de riesgo, con respecto a la relación de causalidad’. En la misma línea se ha puesto de resalto (...) que ‘...el que causa un resultado con su actuar imprudente no puede ser responsabilizado si no se demuestra con certeza o con probabilidad cercana a la certeza, que el resultado podría haberse evitado si hubiera actuado prudentemente. En otras palabras, debe probarse que el riesgo creado con la acción imprudente ha incidido en la producción del resultado’, [señalándose] que ‘...cuando el procedimiento hipotético presente dudas debe acudir al principio *in dubio pro reo* para liberar de responsabilidad al acusado’. De tal manera, no (...) adhiero al criterio de Roxin (‘Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes’, Problemas básicos del derecho penal, Reus, Madrid, 1976) para quien es necesario que se haya elevado el riesgo en el caso concreto, incrementando así la probabilidad de reducción del resultado. Es que dicho autor ‘...no está de acuerdo con la exigencia de absoluta certeza que persiguen los que siguen la teoría del nexo y, por eso, en definitiva, propone el abandono del principio *in dubio pro reo*’. En conclusión, no se ha probado que las omisiones que se imputan, cayendo fuera de lo opinable y discutible, sean groseras e inadmisibles y, entonces, obedezcan a una falta del saber mínimo a que antes hiciera referencia, y tampoco que, aun de considerar las mismas como violatorias del deber de cuidado propio de sus profesiones y de la calidad de garantes que ambos detentaban, pueda afirmarse que, con una probabilidad rayana en la seguridad hubiera evitado el resultado” (para su texto, DJ, 30/10/13, pp. 24 y

ss. Cita online: AR/JUR/25630/2013). La teoría del incremento del riesgo es rechazada por la Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala II, 10/7/92, Rep. JA, 1994-581, n° 23 y 24, argumentando que: “Tampoco se configura el delito de homicidio culposo, si no obstante que la procesada no se sujetó a las normas del ejercicio médico y que de haber actuado como correspondía se hubiera disminuido el riesgo del síndrome de aspiración, no se encuentra acabadamente corroborado que de emplearse los métodos de succión se habría evitado la invasión masiva del líquido meconial que trajo como consecuencia el deceso”.

181 Al respecto, Cesano, José Daniel, “Problemas del consentimiento en los delitos imprudentes por mala praxis médica”, en Fabián I. Balcarce (dir.), Derecho penal y sociedad de rendimiento. Libro Homenaje al Prof. Ernesto J. Gavier, Lerner, Córdoba, 2016, pp. 118-139.

182 Cfr. Saíenz-Cantero Caparrós, José E., “Consideraciones sobre el deber de información en el marco de la actividad sanitaria”, Francisco Lledó Yagüe – Lorenzo Morillas Cueva (dirs.) – Óscar Monje Balmaseda (coord.), Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado), Dykinson, Madrid, 2012, p. 225.

183 Cfr. Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Ediciones Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 137.

184 Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte general, 4ª ed., Comares, Granada, 1993, p. 335. Asimismo, Stratenwerth, Günter, Derecho Penal, Parte general, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982, pp. 127 y ss.

185 Bacigalupo, Derecho Penal..., cit., p. 288.

186 Cfr. Barreiro, Agustín Jorge, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, Tecnos, Madrid, 1995, p. 72.

187 Cfr. Maurach, Reinhart – Zipf, Heinz, Derecho penal. Parte general, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 492. En forma reciente, Frister, Helmut, Derecho penal. Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 317, expresa: “Una justificación por consentimiento presunto presupone que el consentimiento del afectado no se pudo prestar o no pudo prestarse en tiempo oportuno. Por ello, un médico que opera un paciente que ha entrado al hospital en un estado de inconsciencia temporaria, sólo está justificado por consentimiento presunto, si la operación no tolera una demora. En tanto tal operación

pueda ser realizada con las mismas perspectivas de éxito en un momento posterior, el médico tiene que esperar hasta que el paciente recobre su consciencia para recabar su consentimiento”.

188 Bernate Ochoa, Imputación objetiva... cit., p. 135.

189 Cfr. Maurach – Zipf, Derecho penal. Parte general, cit, p. 493.

190 En sentido similar a lo argumentado en el texto se pronuncia Bernate Ochoa, Imputación objetiva... cit., p. 144: “...el consentimiento del paciente es un presupuesto de cualquier tipo de procedimiento salvo que se trate de una urgencia, caso en el cual opera el consentimiento sustituto que da vía libre para la intervención que a su vez se encontrará limitado a lo necesario para superar la urgencia”.

191 Donna, Edgardo Alberto, Derecho penal. Parte especial, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 140; quien remite al trabajo de Bacigalupo que citamos en la nota siguiente.

192 Cfr. Bacigalupo, Enrique, “Consentimiento del lesionado en el Derecho y en la dogmática penal españoles”, en Revista de Derecho Penal, nº 1, Juris, Rosario, 1992, p. 61: “La opinión quizás dominante (...) se inclina por la solución de esta problemática a través del estado de necesidad...”.

193 Cfr. Cerezo Mir, José, Curso de Derecho Penal Español. Parte general, t. III, Tecnos, Madrid, 1998, p. 110.

194 Caeiro, “El proceso de información...”, cit., p. 53.

195 Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. I, TEA, Buenos Aires, 1987, p. 428.

196 Cfr. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Consentimiento y lesión quirúrgica, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, Serie contemporánea, 1973, p. 384. En la doctrina española, comulga con tal opinión, Barreiro, El consentimiento..., cit., p. 214: “La validez del consentimiento estará condicionada (...) a que el paciente tenga capacidad natural de juicio y de discernimiento (madurez suficiente) que le permite conocer el alcance del tratamiento médico al que se va a someter, y pueda decidir consecuentemente”.

197 Cfr. Cesano, “Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica”, cit., p. 758.

198 Efectúan un razonamiento similar Highton, Elena I. y Wierzba, Sandra M., La relación médico-paciente: El consentimiento informado, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 88. Las autoras refuerzan esta interpretación apelando, también, a las disposiciones

de la ley de sangre 22.990, cuyo art. 44 admite la donación sin autorización de los padres o representantes legales a partir de los 18 años. Sobre el art. 15 de la ley 24.193, cfr. el exhaustivo trabajo de Buján, Javier A., y De Langhe, Marcela V., Tratado de los delitos, t. 1, Delitos contra las personas, Ábaco, Buenos Aires, 1998, pp. 337-342.

199 Cfr. Flah, Lily R. - Minyersky, Nelly, “Consentimiento informado de niñas, niños y adolescentes. Derechos personalísimos. Reconocimiento de la capacidad progresiva en la protección de la salud”, Revista crítica de Derecho Privado, n° 7 (2010), Núcleo de Derecho Civil. Grupo de Investigación de la Universidad de la Republica, Montevideo, pp. 123-135.

200 Cesano, José Daniel, Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica. Análisis dogmático de las figuras delictivas. Aspectos probatorios. Relaciones entre la acción civil y penal, Lerner Editora, Córdoba, 2012, p. 100.

201 Dicha ley, sancionada con fecha 9/5/12 y promulgada el 23/5/12 es conocida como Ley de Identidad de Género.

202 Sin embargo, el propio art. 5 de la ley 26.743 exige, para estos casos (menores de 18 años) que la solicitud de trámite sea efectuada a través de los representantes legales del menor. Asimismo, y en caso de ser necesaria una intervención quirúrgica, el art. 11 requiere, además, contar “con la conformidad de la autoridad judicial competente de cada jurisdicción, quien deberá velar por los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño o niña de acuerdo con lo estipulado por la Convención sobre los Derechos del Niño y en la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”.

203 “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, en Asociación de Magistrados y Funcionarios Judiciales de la Provincia de Córdoba (ed.), Código Civil y Comercial de la Nación, Córdoba, 2014, p. 541. En sentido coincidente, Cortés, Ana María, “El consentimiento o negativa del menor al acto médico. Capacidad y posibilidad de consentir”, en Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Instituto de Ciencias Penales, Cuadernos de Derecho Penal, n° 2, julio de 2016, pp. 42-43, expresa: “El Código Civil y Comercial para la Nación brinda algunas certezas relevantes en materia de las decisiones que pueden tomar los adolescentes sobre su salud. Consagra de manera general el principio de autonomía

progresiva en lo concerniente a procedimientos médicos, regla que favorecerá la atención adecuada de los menores que no concurren a la consulta con sus progenitores o representantes legales”.

204 Así lo denomina Bernate Ochoa, *Imputación objetiva... cit.*, p. 137; quien diferencia este concepto del consentimiento presunto.

205 El art. 59 del CCCN señala al respecto: “Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud”.

206 Así lo dispone el art. 59, disposición final, del CCCN. De cualquier manera, y en ausencia de aquella previsión, resulta evidente que cobra virtualidad el estado de necesidad justificante; aun cuando se trate de intervenciones invasivas.

207 Barreiro, *El consentimiento...*, cit., p. 215.

208 Esta situación, por su frecuencia y la gravedad de los problemas que genera, ha llevado a la ciencia médica a diseñar estrategias terapéuticas alternativas tendientes a evitar las transfusiones de sangre. Al respecto, y en relación a las prácticas obstétricas y ginecológicas, cfr. Retamales P., Avelino, “Autonomía del paciente: Los Testigos de Jehová y la elección de alternativas a la transfusión”, *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 2006, 71 (4), pp. 280-287.

209 La aclaración se impone por cuanto si el menor pudiese prestar su consentimiento válidamente o se tratase de un mayor de edad capaz o este hubiese dejado instrumentada su voluntad contraria a esta medida, el principio de autodeterminación haría primar la voluntad del paciente por sobre la opinión de los médicos tratantes. Jurisprudencialmente, la CNCiv., Sala A, con fecha 17/5/12, tuvo oportunidad de fallar el precedente “ A. N. J. W. s/medidas precautorias”. El factum a resolver era el siguiente: un paciente internado en la unidad de terapia intensiva de una clínica sin gozar de su pleno discernimiento dejó escrito un testamento vital en el que manifestó su negativa a efectuarse transfusiones de sangre por ser Testigo de Jehová. El juez de grado autorizó con carácter cautelar realizarle una transfusión. La Cámara revocó dicho pronunciamiento. En su argumentación la Cámara argumentó que “el art. 11 de la ley

26.529 establece que ‘Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes’. Esta norma legisla por primera vez en el orden nacional acerca de las previsiones y de las estipulaciones que puede efectuar una persona para la eventualidad de la pérdida de su propio discernimiento. Se trata de la regulación de un derecho que se encuentra ampliamente reconocido por nuestra Constitución Nacional y por diversos tratados internacionales (...). Sobre las directivas anticipadas, se han expuesto diversos argumentos a favor de su validez constitucional. En tal sentido, se ha dicho que resguardan el principio constitucional de libertad de autodeterminación, entendido como soporte de conductas autorreferentes (...). Por otra parte, no se da en la especie el supuesto excepcional que menciona la última parte de la norma citada, en tanto impide la aplicación de las directivas anticipadas que impliquen prácticas eutanásicas. En este orden de ideas, la Corte Suprema ha expresado que no se trata de un supuesto de eutanasia la objeción a someterse a una transfusión de sangre, fundada en convicciones íntimas de carácter religioso. Existe una importante diferencia entre el contenido de la acción desplegada por el promotor o el cómplice de la eutanasia y el de la conducta del objetor de conciencia. Este no busca el suicidio, tan sólo pretende mantener incólumes las ideas religiosas que profesa. Por ello, la dignidad humana prevalece aquí frente al perjuicio que posiblemente causa la referida ausencia de transfusión sanguínea (conf. CSJN, en autos ‘Bahamondez, Marcelo’, del 6/4/93, del voto de los Dres. Cavagna Martínez y Boggiano) (LL, 1993-D-130). Insistimos en que el testamento vital o directivas anticipadas que expresara el Sr. P. A. O. otorga plenos efectos jurídicos a partir de la sanción de la ley analizada precedentemente. Estas directivas deben ser respetadas priorizando la voluntad del paciente fundada en su derecho a la autodeterminación, sus creencias religiosas y su dignidad. Por otra parte, las manifestaciones del padre de P. A. O. que apuntan a su relación oscilante con la práctica de su creencia religiosa, se contraponen a la voluntad expresada por aquel en el instrumento

analizado, sin que existan elementos que indiquen haber rectificado la postura expuesta en tan trascendente documento. Tampoco se advierte que haya transcurrido un largo espacio de tiempo entre que se celebrara el testamento vital –marzo del año 2008–, conforme fs. 4 y fs. 63 vta. y este pronunciamiento, que nos lleve a considerar que pudo haber mediado algún cambio en la idea religiosa del paciente. Como ya hemos dicho, de haber existido intención de modificar el testamento vital, lo lógico es que A. O. haya revocado la voluntad expresada en el instrumento analizado. En resumen, conforme fuera analizado precedentemente, debiendo primar la decisión adoptada por P. A. O. en las directivas anticipadas, las cuales se encuentran fundadas en el principio de autodeterminación y de libertad de conciencia y religiosa, y a su vez reguladas en el art. 11 de la ley 26.529, consideramos que debe revocarse el pronunciamiento recurrido en tanto autoriza con carácter cautelar a realizarle a aquel una transfusión de sangre” (cita on line: AR/JUR/16917/2012). No obstante que coincidimos con esta argumentación –especialmente por cuanto, a nuestro ver, es necesario alzaprimar el principio de autonomía de la voluntad del paciente, ínsito en el derecho a su dignidad–, no podemos dejar de señalar que la cuestión resulta muy controvertida. Así se ha expresado: “La alegación de que la negativa del testigo de Jehová es una expresión de la autonomía debe ser rechazada sobre la base de que no cualquier expresión de autogobierno por parte de una persona debe ser garantizada, sino sólo aquellas que muestran un mínimo de racionalidad. El hecho de que un juicio falso forme parte de una doctrina comprensiva y de carácter global como es una doctrina religiosa, no la hace verdadera ni la convierte en más respetable. Y cuando esas creencias irracionales entran en conflicto con la preservación de la vida deben quedar relegadas” (cfr. Pérez Triviño, José Luis, “Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado”, en *InDret* 2/2010, p. 19, disponible en www.indret.com). Indudablemente la cuestión en debate constituye un caso de difícil solución, que pone a prueba la concepción de Dworkin de una única respuesta correcta (cfr. Atienza, Manuel, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Ariel, Barcelona, 1993, pp. 137 y ss.). No obstante reconocer estas dificultades, consideramos que la tesis que mejor consulta el derecho a la dignidad humana (reconocida constitucionalmente por el art. 11, ap. 1º, de la

Convención Americana de Derechos Humanos) es aquella que da preferencia al ejercicio de la autodeterminación. Es que si –como pensamos nosotros– el derecho a la dignidad humana parte del reconocimiento, como perteneciente a cada ser humano, de una capacidad personal que le permite adoptar sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea, una actitud contraria importaría franquear el paso para un inadmisibles paternalismo estatal. La Corte federal, también para el caso de rechazo de una transfusión a partir de la pertenencia a un credo religiosa, ha enfatizado la trascendencia del valor del derecho a la autodeterminación al fallar el precedente “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas precautorias” (1/6/12). Argumentó allí nuestro cimero tribunal: “El art. 19 concede a todos los hombres una prerrogativa según la cual pueden disponer de sus actos, de su obrar, de su propio cuerpo, de su propia vida, de cuanto les es propio. Ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad; y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito, posibilidad o tentativa por enervar los límites de esa prerrogativa. En el caso, se trata del señorío a su propio cuerpo, y en consecuencia, de un bien reconocido como de su pertenencia, garantizado por la declaración que contiene el art. 19 de la Constitución Nacional. (Fallos, 316:479)...”. “...tales principios resultan de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidos, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Y es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada (...). Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos ‘con o sin expresión de causa’ (art. 2, inc. e) (...). La libertad de una persona adulta de tomar las decisiones fundamentales que le conciernen a ella directamente, pueden ser válidamente limitadas en aquellos casos en

que exista algún interés público relevante en juego y que la restricción al derecho individual sea la única forma de tutelar dicho interés, circunstancias que claramente no aparecen configuradas en el caso (...). de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros (...). Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior...” (cfr. elDial.com - AA76BC).

210 Cfr. Juzgado en lo Criminal y Correccional n° 1 de Transición de Mar del Plata, “Hospital Interzonal General de Agudos Dr. Oscar Alende (HIGA)”, 9/5/05, publicado en: LLBA 2005 (julio), p. 641.

211 El fallo es anterior a la reforma operada al Código Civil por la ley 26.579. Actualmente, a partir de la vigencia de la ley 26.994, la mayoría de edad (dieciocho años) se rige por el art. 25, 1er. párrafo, del CCCN.

212 Así lo reconoce Barreiro, *El consentimiento...*, cit., p. 215.

213 Así, Buján – De Langhe, *Tratado de los delitos*, cit., p. 323: “El consentimiento, por regla, no requiere ninguna forma especial para la manifestación de voluntad del paciente...”.

214 Buján y De Langhe, a partir del paralelismo entre este tipo de intervención y la necesaria para realizar un trasplante de órganos entre vivos, también trasladan esta exigencia respecto de la ley 24.193, aun cuando esta última norma no lo diga expresamente (pp. 323-324).

215 En la legislación española, la Ley General de Sanidad, en su art. 10.6 establece que todos los pacientes tienen derecho, con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias, “a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los casos siguientes: a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él

allegadas y c) cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”. 216 Al respecto, cfr. Cesano, *Los delitos de homicidio* [2012], pp. 181-189.

217 Pierangeli, José Enrique, *El consentimiento del ofendido. Una teoría del delito*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 148: “El consentimiento es revocable hasta el momento en que el agente ejecuta el hecho aceptado”.

218 Cfr. Frister, *Derecho penal...*, cit., p. 303.

219 Cfr. Righi, Esteban, “La revalorización del consentimiento en la relación médico-paciente”, *Nueva Doctrina Penal*, 1997/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 689. De la misma opinión, Barreiro, *El consentimiento...*, cit., p. 219: “El objeto del consentimiento del enfermo es el tratamiento médico curativo realizado por el médico, conforme a la *lex artis*, con finalidad curativa, y con los riesgos que le son inherentes, pero no comprende el resultado que es aleatorio. El tratamiento médico, así considerado, ha de observarse *ex ante*, con sus peligros, posibilidades, ventajas e inconvenientes”.

220 Cesano, *Los delitos de homicidio* [2012], cit., p. 114.

221 Mayo, Jorge A., “Derechos y deberes del médico en la ley 26.529”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, año 2010 – 3, *Derechos del paciente*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 43.

222 En este sentido, la misma norma reglamentaria que venimos citando determina: “En este supuesto [se refiere a la letra b, del art. 9 de la ley 26.529] ante la imposibilidad del paciente para poder otorgar su consentimiento informado, será brindado por las mismas personas y bajo el mismo orden y modalidades que las mencionadas en el segundo párrafo de los arts. 4 y 6 de la ley conforme se reglamenta, en la primera oportunidad posible luego de superada la urgencia. A tales efectos entiéndese por representante legal aquel que surja de una definición legal y/o designación judicial”.

223 Recientemente, cierta doctrina judicial germana ha introducido, además, el concepto de consentimiento hipotético. Frister lo explica de esta manera: “No obstante, el presupuesto de un consentimiento que no puede ser prestado o no puede serlo a tiempo, es sorteado, en tiempos recientes, por el reconocimiento de la jurisprudencia, junto al consentimiento presunto, de un consentimiento hipotético independiente de ese presupuesto. Una intervención médica realizada sin el esclarecimiento necesario para un consentimiento eficaz sólo

sería antijurídica si se comprueba que el paciente no habría consentido si se le hubiera aclarado efectivamente la situación”. Indudablemente, esta categoría debe ser criticada por no ser compatible con el derecho de autodeterminación del afectado (Derecho penal..., cit., p. 317).

224 Pierangeli, El consentimiento..., cit., p. 155.

225 Se trata de dos alcances del consentimiento. Al respecto, Cortés de Arabia, Ana María, “Algunos conceptos de la problemática penal aplicables a la actividad curativa”, en Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001, p. 549.

226 O, in dubio pro reo mediante, ya desde cuando existan dudas sobre este extremo.

227 Cfr., en especial, Cancio Meliá, Manuel, La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. “Imputación a la víctima”, Cuadernos de conferencias y arts. n° 19, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.

228 Sobre esta tendencia, Silva Sánchez, Jesús-María, “Victimología y Derecho Penal. Introducción a la ‘víctimodogmática’”, en Perspectivas sobre la política criminal moderna, Ábaco, Buenos Aires 1998, pp. 145 y ss.

229 Cfr. Cancio Meliá, Manuel, “Reflexiones sobre la ‘víctimodogmática’ en la Teoría del Delito”, Nueva Doctrina Penal, 1997/B, p. 518.

230 Chaia, Responsabilidad penal médica, cit., pp. 176-177.

231 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 221.

232 Ídem, p. 223. Jurisprudencialmente se detectan diversos precedentes que descartan la responsabilidad médica sobre la base del comportamiento de la víctima. Así, la C.N.Crim., Sala VI, in re “García Messina, Oscar”, c. 33.778/6, 27/12/07, sostuvo que “si bien existió una demora por parte del médico en ordenar una biopsia para certificar el diagnóstico de ‘Sarcoma de Kaposi’, el abandono del tratamiento que era indispensable para la patología que presentaba, como también, el no realizar las consultas con el imputado en forma periódica, a lo que se le suma que una vez indicada la biopsia este no la realizó, desplaza cualquier tipo de responsabilidad que pudiera caberle al profesional” (De la Fuente – Salduna, “Tendencias actuales...” cit., p. 555). En la misma dirección, el Superior Tribunal

de Justicia de Chubut, con fecha 8/6/1994, in re “Encinas, José Luis s/lesiones graves”, expresó: “Las obligaciones médicas de hacer, reconocibles desde la sujeción conveniente a cargo del acreedor de la prestación, se extinguen sin más cuando la propia conducta remisa del herido imposibilita el ejercicio del deber y toda argumentación que dilate el haz de responsabilidades donde se mueve un profesional de guardia en un nosocomio estatal, deberá contar primero con la ley clara que establezca el mandato garantizador cuya violación traiga un obrar contrario a ella. Inexistente tal norma en el caso –e insustituible por aportes oscuros como el estado confusional, impotente psíquico decie la magistrada, o éticos–, la omisión reprochable en la sentencia carece de tipicidad y antijuridicidad. El arte de curar ejercitado sobre un paciente golpeado pero lúcido, a quien se prescribe medicación, reposo y observación dentro del hospital público, fue suprimido por quien soberanamente y con la aquiescencia de un familiar se sustrajo del incipiente tratamiento y dejó el establecimiento que lo albergaba. La interrupción que llegó con el alejamiento hizo sucumbir la adecuada prestación sanatoria, no sólo frustrando toda posibilidad de ella sino también perjudicando la breve atención lograda hasta entonces, opacando hacia atrás a la responsabilidad que podría juzgarse, en hipótesis, según su calidad” (cfr. Revista de Derecho Penal. Delitos culposos – II, 2002 – 2, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, pp. 473-474).

233 En sentido coincidente expresa Hernández Gil, Responsabilidad por malpraxis..., cit., p. 210: “...la mayoría del trabajo que desarrolla el personal sanitario en la actualidad, lo es en equipo, con escasas excepciones, como la de las consultas privadas en las que un solo médico trata al paciente”.

234 Al respecto, Hava García, Responsabilidad penal..., cit., pp. 103-104.

235 Zaffaroni (en Bueres – Zaffaroni, Responsabilidad médica, cit., p. 173) califica el principio de confianza como “la regla de oro para determinar cada vez que se investiga un ilícito en una actividad de un equipo médico, sobre quién recae la responsabilidad”.

236 Hava García, Responsabilidad penal..., cit., p. 106.

237 Así, Chaia, Responsabilidad penal médica, cit., p. 139. De la misma opinión, Terragni, El delito culposo..., cit., p. 202.

238 Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, “Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del

Tribunal Supremo”, DS, vol. 2, enero-diciembre 1994, pp. 41-42. La diferencia entre las funciones del anestesista y del cirujano han sido enfatizadas por Hernández Gil, Responsabilidad por malpraxis..., cit., p. 212, con cita de la opinión del Tribunal Supremo español, que señala: la cirugía es la “rama de la medicina que se propone curar enfermedades mediante operaciones manuales o con instrumentos y que implica una actuación en órganos y tejidos. Por su lado, la anestesiología y reanimación se caracterizan por emplear y aplicar métodos y técnicas necesarios para hacer al paciente insensible al dolor y para protegerlo frente a la agresión psíquica o somática, así como para mantener sus funciones vitales durante y después de las intervenciones quirúrgicas; así como reanimar a cualquier tipo de pacientes a los que sus funciones vitales se vean gravemente desequilibradas, iniciando y manteniendo la terapia intensiva hasta que se considere superado dicho estado crítico”.

239 Cfr. Barreiro, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, cit., p. 117.

240 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 204. El mismo ejemplo en Barreiro, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, cit., p. 117.

241 Barreiro, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, cit., p. 117.

242 López Díaz, Introducción... cit., p. 120.

243 Goransky, Criterios jurisprudenciales..., cit., pp. 129-130. En igual sentido ha sostenido Barreiro, La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica, cit., p. 119: “El principio de confianza tiene importancia y sentido en la actividad médica-quirúrgica – aplicable tanto en la división de trabajo horizontal como en la vertical– en cuanto: evita la sobrecarga de trabajo (y la posible exasperación de los deberes de diligencia) del médico jefe del equipo; hace posible una mayor concentración en su cometido (empleo de una adecuada técnica quirúrgica) y proporciona la necesaria seguridad en la eficacia del trabajo en equipo. El médico tiene que poder confiar –dentro de ciertos límites– en la colaboración correcta de terceras personas (colegas, ayudantes, enfermeras)...”.

244 De la Fuente – Salduna, “Tendencias actuales...” cit., p. 530.

245 Para el texto del fallo, cfr. Goransky, Criterios jurisprudenciales..., cit., p. 131. También, dentro del ámbito de una intervención quirúrgica, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

Criminal y Correccional de la Capital Federal sostuvo –haciendo aplicación de este principio–: “La responsabilidad del médico se limita a corroborar las condiciones físicas y clínicas del paciente y a constatar que tiene a su disposición todos los elementos que podrá necesitar en la operación, imponerle al profesional la carga del control del buen estado del instrumental es excesiva, por cuanto existe un instrumentador, encargado específicamente de dicha tarea. Por lo tanto, no existe violación al deber objetivo de cuidado del profesional médico que, mientras realizaba una cesárea, apoyó un bisturí eléctrico sobre las piernas de la paciente, provocándole quemaduras leves” (“Boccio”, 22/12/93, citado por Montanelli, Responsabilidad criminal..., cit., p. 60).

246 Cfr. Abraldes, Sandro, Delito imprudente y principio de confianza, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2010, p. 335.

247 Ídem, p. 336.

248 Ibídem.

249 López Díaz, Introducción... cit., pp. 126-128.

250 Cfr. Rodríguez Vázquez, Virgilio, Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Fundación Rafael del Pino – Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 299.

251 López Díaz, Introducción... cit., p. 126. En idéntico sentido expresa Zaffaroni (en Bueres – Zaffaroni, Responsabilidad médica..., cit., p. 173): el otro interviniente “es responsable penalmente en la medida en que dentro de su deber de cuidado, hubiese debido notar los indicios que inmediatamente lo habrían determinado a retirar la confianza al otro interviniente del equipo...”.

252 Rodríguez Vázquez, Responsabilidad penal... cit., p. 299.

253 Argnani, Responsabilidad penal del médico, cit., p. 132.

254 Cfr. Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala VII, 14/2/06, “Aronow, Isaac y otro”, c. 28.349, citado por Argnani, Responsabilidad penal del médico, cit., p. 132.

255 Así, López Díaz, Introducción... cit., p. 127. Del mismo criterio, Terragni, El delito culposo..., cit., pp. 161-162, y De la Fuente – Salduna, “Tendencias actuales...” cit., p. 531. De hecho, el art. 41, párrafo 3º, de la ley 17.132 expresamente establece: “Los practicantes de medicina (...) sólo podrán actuar bajo la dirección, control personal directo y responsabilidad de los profesionales designados para su enseñanza y dentro de los límites autorizados en el párrafo anterior”.

256 De la Fuente – Salduna, “Tendencias actuales...” cit., p. 531.

257 Cfr. TSJ Córdoba, Sala Penal, sentencia n° 191, 19/5/16, “Marino, Marcos José y otra (Torti, Patricia Claudia) p.ss.aa. homicidio culposo –recurso de casación–”.

258 Cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, in re “Levit”, 14/12/90; citado por Montanelli, Responsabilidad criminal..., cit., p. 70.

259 Tomamos el ejemplo de Bernate Ochoa, Francisco, “Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza”, Prolegómenos: derechos y valores, vol. XI, n° 21, enero – junio 2008, p. 75.

260 Bernate Ochoa, “Responsabilidad penal médica...”, cit., p. 75.

261 Ibídem.

262 Ibídem.

263 Recuérdese que en nuestro sistema penal no están penadas las omisiones propias culposas. Al respecto, Molina, Gonzalo Javier, Delitos de omisión impropia, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 235, nota 104.

264 Cfr. Gómez Rivero, M^a del Carmen, La responsabilidad penal del médico, 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 350.

265 Ibídem.

266 Ibídem.

267 Ídem, p. 351.

268 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, “L., D. A. s/homicidio culposo”, 3/5/16, La Ley 18/11/16, p. 4, con nota de Alejandro H. Ferro. “La omisión en la práctica médica”, LL, 2016-F-310, consideró que en este caso tratado por la Cámara se comprueba la concurrencia de todos los elementos del tipo objetivo de las estructuras de comisión por omisión. En efecto –dice el autor–, “el médico de guardia que atendió a la víctima no realizó la acción debida, que consistía en derivarla para su tratamiento con un médico cirujano. Se presentó, por otra parte, una situación generadora de ese deber (el estado de salud de la paciente indicaba la necesidad de su urgente tratamiento por un especialista en cirugía), en tanto que el imputado tenía el poder de hecho (por resultar el médico a cargo de la guardia) para realizar la acción que la contingencia imponía. Ciertamente, tal como señalaron los jueces, ‘a pesar de contar con elementos necesarios para diagnosticar la gravedad de la dolencia que sufría’ no dio oportuna intervención al

médico cirujano ni efectuó un seguimiento de su enfermedad, lo que incrementó ‘el riesgo para la vida de la niña que en definitiva determinó el resultado mortal’. Se observa también que el imputado se encontraba en posición de garante en relación con la paciente, dado que era el encargado de su atención y responsable legal del ámbito concreto en el que se verificó la emergencia. Se constató igualmente el resultado muerte y existió equivalencia entre la omisión de evitarlo y su producción mediante una acción positiva, pues la inactividad demostrada llevó al mismo resultado que pudiera haberse obtenido con la realización de un acto ejecutivo. Finalmente, se comprobó un nexo de evitación, en la medida en que el riesgo de producción del resultado habría sido considerablemente reducido por el médico omitente, de haber llevado a cabo la acción debida. Así parece haber sido considerado por los jueces, cuando remarcaron las conclusiones del peritaje médico en el sentido de que la omisión ‘bien pudo incidir en la pérdida de oportunidad de instauración de un tratamiento con posibilidades de evitar el desenlace fatal...’.”.

269 El fallo es citado por Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, cit., p. 352.

270 Chaia, *Responsabilidad penal médica*, cit., p. 159. Y el autor, enseguida, agrega: “...sin producción energética no hay puesta en marcha de cursos causales –ex nihilo nihil fit–, pues es un no hacer, un quid vacui”.

271 Por eso, en estos casos, se habla de nexo de evitación. Así, jurisprudencialmente se ha sostenido: “...en el tipo omisivo no se requiere un nexo de causación entre la conducta prohibida (distinta a la debida) y el resultado, sino uno de evitación, es decir, la muy alta probabilidad de que la acción mandada hubiese interrumpido el proceso causal que desembocó en el resultado...” (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, 19/6/14, causa 6245/2010, “P. C. L. s/procesamiento”).

272 Los problemas que se vinculan con este aspecto del análisis no son menores. En efecto, los grandes modelos de desarrollo del dogma causal son incapaces de argumentar una relación de causalidad en la omisión. Es que aún conserva toda su fuerza el hecho de que –en lo que respecta a los delitos de omisión impropia– esta posibilidad (causalidad) resulta inasible para una sistemática que nunca podrá explicar cómo algo (concretamente: un resultado) puede ser consecuencia de la nada (una omisión). Esto permite comprender los

sucesivos fracasos del positivismo para encontrar, en la omisión impropia, una acción causal que fundamentara la imputación del resultado. En rigor, las tesis causales puras –y en esto seguimos la observación de Hesbert Benavente Chorres (La omisión: Concepto e imputación objetiva, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2006, p. 113)– en atención a las características respecto de aquella categoría (causalidad) que manejan, no estarían en condiciones de explicar el fenómeno de la responsabilidad del omitente por el resultado acaecido ya que se trataría de una categoría proveniente de las ciencias naturales y, como tal, libre de valoraciones, en tanto que la responsabilidad a título de omisión se desenvuelve en un terreno puramente normativo. Frente a esta constatación, pareciera que la respuesta más convincente debe reconducirse al empleo de las reglas normativas propias de la imputación. Por eso afirmamos que la relación que debe existir entre el resultado no evitado y la omisión no es una relación de causalidad sino de imputación objetiva. Dicha relación –como hemos dicho en el texto– se da cuando la acción omitida hubiera evitado el resultado producido. Sobre estas bases ya no se trata de afirmar la causalidad real de la omisión respecto del resultado, sino la causalidad potencial de una acción no llevada a cabo. Ahora bien, ¿cómo saber que la conducta omitida podría haber evitado el resultado? El problema tiene su complejidad por cuanto, en el caso concreto, esa situación no es empíricamente verificable, sino que se trata de una relación hipotética derivada de la razón y la experiencia. En nuestra doctrina, autores como Guillermo J. Fierro, por ejemplo, acuden a la aplicación de un procedimiento intelectual que invierte la *conditio sine qua non* y, en lugar de comprobar si suprimida mentalmente la condición examinada el hecho hubiese sucedido o no, examina si, realizada hipotéticamente la acción debida por parte del sujeto, tal acción hubiese tenido efecto impeditivo del resultado ocurrido (Causalidad e imputación, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 370). En otras palabras: en vez de utilizar el método de la supresión mental hipotética, emplearíamos el de la inclusión mental hipotética. Otra cuestión discutida es el grado de certeza que requiere esta respuesta en orden al efecto de la inclusión de la conducta debida. La teoría dominante –de acuerdo a lo expresado– puede sintetizarse así: al garante “sólo se le puede imputar el resultado (...) cuando la acción omitida hubiera impedido aquel con una altísima probabilidad, con una probabilidad de máximo grado, con una

probabilidad rayana en la seguridad o en la certeza...” (cfr. Gimbernat Ordeig, Enrique, La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 28). No obstante ello –y sobre todo a partir de las dificultades prácticas de aplicar la fórmula de la probabilidad rayana en la seguridad– otro sector de la doctrina intenta superar esta dificultad apelando al concepto de disminución del riesgo. Así Bacigalupo, Derecho Penal..., cit., p. 391, se inclina por esta solución expresando que existe una infracción del deber de actuar ya cuando el omitente hubiera reducido con su acción claramente el peligro que corría el bien jurídico.

273 Cfr. Gimbernat Ordeig, La causalidad... cit., p. 29. El Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, al fallar el precedente “Marino”, ya citado, absolvió a una médica por no haber dispuesto el traslado tempestivo de una paciente a la unidad de terapia intensiva; omisión que, de ser oportuna, podría haber evitado el resultado muerte. La casación local dijo al respecto: “si la paciente hubiera sido trasladada antes de las 15 horas a terapia intensiva existía la posibilidad de que sobreviviera. Si se la trasladaba después de las 18 horas, no existía ya posibilidad de revertir el desenlace fatal. Ahora bien, si el traslado se llevaba a cabo entre las 15 y las 18 horas, de acuerdo a las pericias realizadas, no se puede establecer cuál habría sido la evolución de la paciente porque el límite entre una y otra situación fue establecido justo en ese lapso. La duda (técnicamente insalvable) con respecto a esto resulta de suma relevancia en la presente causa. Ello pues la imputada (...) ingresó a trabajar a la Clínica a las 8 horas y recién tuvo conocimiento del caso de la paciente (...) a las 17 horas. Vale decir que no se puede conocer si una conducta suya desenvuelta con la máxima tempestividad posible habría evitado el resultado de muerte de la paciente. La cuestión debe plantearse como un problema de imputación objetiva. Lo que importa es la causalidad potencial, no real: ¿habría evitado el resultado la acción que el omitente podía realizar?: sí, sólo cuando la acción omitida hubiera reducido considerablemente el peligro (riesgo) que luego se concretó en el resultado (...). Si se aplicara ese criterio a la intervención de los médicos en el presente caso se obtendría la siguiente hipótesis: corresponde la imputación por la muerte de la paciente si el agente hubiera omitido realizar la conducta debida (traslado a la terapia intensiva) antes de las 15 horas del 22/3/03. Ello

pues según la pericia hasta esa hora se habría reducido considerablemente el riesgo de que la paciente Freitas muriera. Por consiguiente, no corresponde la imputación por omitir dicha conducta después de las 18 hs porque a esa altura la concreción del riesgo ya era inevitable. De lo expuesto se extrae que el estándar de imputación no se sostiene con relación a (...) [la acusada], porque ni siquiera es posible saber si la disminución de riesgo hubiera operado efectivamente. Su intervención en el hecho comienza justo en el margen de incertidumbre que contiene la pericia ('debió ser aproximadamente entre las 15 y las 18 hs'). Para mayor claridad, si cabe: no es posible afirmar fuera de toda duda razonable que si (...) [la imputada] hubiera dispuesto el traslado de la paciente a la terapia intensiva en el primer momento en que tuvo contacto con el caso (a las 17 horas) habría disminuido el riesgo de muerte o, por el contrario, a esa hora el desenlace fatal era ya seguro. A todo esto, no podemos dejar de recordar que la paciente fue internada dos días antes de que (...) [la acusada] concurriera a la clínica, el 22/3/03 a cubrir una suplencia. Es decir que, de las 48 horas que la paciente (...) estuvo en la clínica, (...) [la imputada] sólo estuvo contacto con la paciente durante cuatro horas".

274 La doctrina judicial ha enfatizado los perfiles propios que asume la posición de garante en los casos de los profesionales médicos, cuando se indaga la comisión por omisión. Así, la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala IV, "S. Dr. J. M. y otros s/lesiones culposas", 14/2/14, LL, 2014-D-132, ha dicho: "Tanto la doctrina como la jurisprudencia son acordes con la posición de garante que asume quien ejerce la medicina, pues está sometido a una mayor exigencia de responsabilidad, desde el momento en que tiene bajo su guarda la salud y la vida de las personas (...). Así, 'el profesional deberá demostrar que ha agotado los deberes de información exigibles para el caso y que lo ocurrido ha sido algo imprevisible, carente de signos conforme con los estudios practicados' (...). También se ha dicho que 'Será imputable objetivamente la conducta omisiva si las faltas consisten en la ausencia de exámenes de laboratorios, de radiografías, o de otros estudios, al comienzo de la atención y en los distintos momentos de la evolución del enfermo; si el médico no da las indicaciones adecuadas y en el momento que corresponda, teniendo en cuenta que el tiempo es un factor esencial e irre recuperable'. En ese orden, es dable

concluir que el aludido sufrimiento fetal se desencadenó durante los trabajos de parto a cuyo cargo se encontraban los encausados y no fue detectado en momento alguno de su desarrollo al no haberse llevado a cabo los controles pertinentes de frecuencia cardíaca del feto, mediante auscultación manual ante las fallas que presentaba el equipo de monitoreo electrónico”.
275 Cfr. Gimbernat Ordeig, La causalidad... cit., p. 30.
276 Cfr. Bockelmann, Strafrecht des Arztes, Stuttgart, 1968, p. 90; citado por Gimbernat Ordeig, La causalidad... cit., p. 30, nota 48.

Capítulo II

El tipo subjetivo en el delito imprudente

José D. Cesano

El tipo imprudente se integra con una faz subjetiva¹, la que, a su vez, está conformada por la previsibilidad² y la evitabilidad³.

Para adjudicar un resultado como perteneciente al autor y producto de la generación de un riesgo no permitido, el acaecimiento debe ser previsible⁴. La previsibilidad consiste “en la posibilidad de adjudicar un resultado al autor que conoce o tuvo la posibilidad de conocer el peligro que los medios escogidos para realizar la conducta pueden acarrear a bienes jurídicos ajenos”, y no obstante ello, sigue adelante⁵. Tal peligrosidad debe ser considerada en abstracto. Es decir: se refiere al conocimiento (o posibilidad del mismo) de que la

conducta que se va a realizar es una conducta generalmente o típicamente peligrosa de acuerdo con la experiencia⁶.

En materia de práctica médica –afirma Terragni– este elemento del tipo subjetivo es de suma relevancia, toda vez que puede presentarse a menudo una situación en la que el profesional ignore –sin que se le pueda imputar falta de preparación o de pericia– “una particularidad del paciente que se le aparece de improviso y que debe enfrentar con urgencia. En casos así la determinación del deber de cuidado no puede guiarse por pautas objetivas [...], sino que el conocimiento (y la potencia para adquirirlo antes de emprender la acción) es lo que suministra la posibilidad jurídica de la imputación objetiva del resultado”⁷.

Para que quede perfeccionado el tipo subjetivo de la imprudencia, no es suficiente con el conocimiento (o su posibilidad) de la peligrosidad de la conducta. También es necesario que el resultado lesivo (que no se quiere –por cuanto si así fuese estaríamos en presencia de dolo– pero que se representa el autor, por el conocimiento de la peligrosidad de la conducta que despliega) haya sido evitable.

Partir del supuesto de que todos los peligros podrían ser conjurados por el obligado (esto es, su evitabilidad en abstracto) si actuase con óptima atención y cuidado no es realista⁸. En verdad, “nadie podrá afirmar con seguridad, respecto a meras desatenciones en las que incurren inclusive personas conscientes y cuidadosas, si –en el caso concreto (...)– se trata de un descuido evitable o si pertenece a la cuota de errores que no se pueden eliminar a pesar de todos los esfuerzos”⁹. Y en la actividad médica es frecuente que aparezcan problemas inevitables¹⁰. En estos casos, la conducta del facultativo que se enfrenta con situaciones cuyo desenlace infausto es inevitable, tampoco va a ser recogida por el tipo penal, aunque el paciente fallezca o sufra un menoscabo en su integridad corporal.

Cuando existe un déficit en la percepción de las circunstancias que generan el peligro, estamos en presencia de un error de tipo. Este error (que se recepta en el art. 34, inc. 1º, del Código Penal argentino) para generar la atipicidad de la conducta es necesario que se presente como invencible o inexcusable. Lo será cuando, por circunstancias que no le son imputables al autor, este no tiene la posibilidad de conocer la situación de peligro que ha creado (previsibilidad). Lo mismo sucederá cuando la equivocación versa sobre la capacidad para evitar el resultado, producto de una acción suya, objetivamente descuidada¹.

Notas

1 El tema, empero, no resulta pacífico, existiendo autores que niegan esta distinción. Para una síntesis de este debate, cfr. Barja de Quiroga, *El delito imprudente...*, cit., pp. 381-382. También, con gran amplitud, Donna, Edgardo Alberto, *El delito imprudente*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012, pp. 269 y ss. Dado el carácter predominantemente expositivo que persigue este apartado, no realizamos un análisis exhaustivo de la cuestión, tema que hemos efectuado en otra investigación de nuestra autoría, fijando posición al respecto en el sentido de admitir la existencia del tipo subjetivo dentro de la denominada imprudencia consciente. Al respecto, Cesano, José Daniel – Comuñez, Miguel Fernando, *Homicidio y lesiones imprudentes en el tránsito vehicular*, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pp. 124 y ss.

2 Así se pronunció, Vargas Pinto, Tatiana, “La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, año 17, n° 2, 2010, p. 123, al expresar: “La mera infracción de un deber objetivo de cuidado por un comportamiento externo, aunque se

concreto en el resultado, no parece satisfacer exigencias de imputación de la imprudencia. El resultado debe estar conectado a la conducta también por un nexo subjetivo: por la previsibilidad del riesgo...”. Por su parte, la doctrina judicial ha señalado, en coincidencia con lo argumentado en el texto: “...‘la culpa radica en la omisión voluntaria de diligencia’ (...) y (...) por tanto, ‘la esencia de la culpa consiste (...), en la previsibilidad’ cosa bien distinta de la previsión (...). ‘Nada afecta a la fortuna de esta fórmula, el hecho de que debamos retrotraernos para determinar lo posible de la previsión del resultado, al instante en que el autor inicia la conducta productora del daño (...) tenemos el deber de atender (previendo) y de evitar (pudiendo) y es preciso que preveamos, si podemos conocer el posible resultado, que éste puede sobrevenir’...” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VI, “P., C. L.”, 19/6/14, cita online: AR/JUR/39662/2014 3 Así, Chaia, Responsabilidad penal médica, cit., p. 102. En forma coincidente, al analizar una denuncia de supuesta mala praxis vinculada con la muerte de un recién nacido, la jurisprudencia ha expresado: “...‘La concreción de la cesárea fue realizada en el momento oportuno, es decir cuando surgió el sufrimiento fetal agudo. Este se hubiere acentuado de no mediar dicha operación, al ceñirse el nudo real del cordón que presentaba el cordón umbilical y que hubiese podido producir la brusca muerte fetal. Dicha patología del cordón acontece en algún momento del embarazo por la movilidad fetal dentro del útero y no es un accidente previsible ni evitable en el momento actual’. Que de la lectura detallada de las conclusiones de dicho informe surge que la imprevisibilidad e inevitabilidad del accidente en el momento actual, excluye la presunta culpa que pudo haberle cabido a los médicos al tiempo que asistieran al damnificado, no dándose en consecuencia los elementos subjetivos exigidos por el tipo penal enunciado en el art. 84 del Cód. Penal” (Juzgado Nacional en lo Correccional n° 3, causa n° 10.067, 9/6/98; publicado en Meincke, María José, La mala praxis médica. Relaciones entre ética, derecho y medicina. Consecuencias penales e imputación objetiva, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 118-119).

4 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 175.

5 Chaia, Responsabilidad penal médica, cit., p. 103. En la doctrina suele distinguirse entre imprudencia consciente e inconsciente. La primera exige –como lo hacemos en el texto– que el sujeto tenga

conocimiento del peligro abstracto generado por su acción y que, a pesar de dicho conocimiento, el autor haya actuado. Por el contrario, la culpa inconsciente se caracteriza por que el sujeto actúa desconociendo el peligro que genera su acción. De acuerdo al concepto que hemos desarrollado supra, es evidente que –al menos para nosotros– resultaría muy discutible la punibilidad de la culpa inconsciente; cuya atipicidad se impondría por ausencia del tipo subjetivo. Al respecto, Cesano, José Daniel, “Influencia de la sentencia penal sobre la civil en los procesos de responsabilidad por daños derivados de delitos culposos en accidente de tránsito”, en López Mesa, Marcelo J., Responsabilidad civil por accidentes de automotores, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 717.

6 En palabras de Feijoo, Resultado lesivo e imprudencia, cit., p. 284: de esa conducta se puede derivar una peligrosidad abstracta “cuando existe una relación estadística (aunque no esté determinada)” entre ese tipo de acción y determinada clase de resultados.

7 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 182.

8 Así, Stratenwerth, Derecho Penal..., cit., p. 333.

9 Ídem, pp. 333-334.

10 Coincide con esta afirmación Terragni, El delito culposo..., cit., p. 185: “El acaecimiento de esos sucesos [inevitables] es más frecuente de lo que puede creer el profano (aquel que tenga la imagen de que el médico es un ser todopoderoso, que está capacitado para resolver cualquier problema de salud) siendo que la realidad es exactamente inversa: [e]s mucho más extensa la región en que priman los fenómenos que tienen un desenlace previsto por la naturaleza (destino que el hombre no puede cambiar) que aquella en la que la Medicina puede desempeñarse con alguna posibilidad de torcer el rumbo de los acontecimientos”.

11 Así, Terragni, El delito culposo..., cit., p. 195.

Capítulo IV

Empresa médica y responsabilidad penal

José D. Cesano

La evolución de la medicina, que en los últimos decenios ha experimentado un proceso de tecnificación y masificación, conduce a que –por regla– el paciente ya no acuda a un médico particular al que conoce sino que se dirija a una institución sanitaria anónima, estructurada organizativamente bajo la forma de una empresa¹. Esta forma de organización produce, en el ámbito de las relaciones jurídicas, nuevas cuestiones a dilucidar, especialmente en lo atinente

al empleo de técnicas de imputación². La cuestión viene siendo advertida, desde hace algún tiempo, por parte de la doctrina iusprivatista³ y de manera más reciente por la dogmática jurídico penal⁴.

Señala Silva Sánchez que la actividad médico-sanitaria tiene lugar normalmente mediante la intervención de una pluralidad de personas y, además, en estas estructuras complejas (empresas médicas). Ello genera un doble fenómeno. En el plano horizontal, la vigencia del principio de confianza –al cual ya nos hemos referido–, de modo que no toda aportación causal al resultado da lugar a una imputación de responsabilidad, sino sólo aquella que además implica la infracción de los deberes de cuidado específicamente correspondientes a la posición jurídica ocupada por el sujeto. “En el plano vertical, la posible imputación de responsabilidad por la vulneración de deberes de coordinación y vigilancia, de modo acumulativo a la responsabilidad del inferior o, incluso, de modo excluyente, cuando la única vulneración jurídica que puede hallarse es la del referido superior”⁵.

En este sentido, debe tenerse presente que de acuerdo al art. 34 de la ley 17.132, es factible que cualquier persona, cumpliendo las exigencias de habilitación que la propia ley establece, pueda instalar un “establecimiento para la profilaxis, recuperación, diagnóstico y/o tratamiento de enfermedades humanas”; pudiendo autorizarse tal establecimiento cuando, entre otras hipótesis, su propiedad sea de una sociedad comercial o civil de profesionales habilitados o incluso de estos con no profesionales, siempre que, en este último caso, estos no tuviesen injerencia en la dirección técnica del establecimiento ni en ninguna tarea referida al ejercicio profesional (art. 39). En tales hipótesis, el establecimiento sanitario que adquiere la forma jurídica de una empresa deberá tener a su frente un director técnico, el que será responsable ante las autoridades del cumplimiento de las leyes, disposiciones y reglamentaciones vigentes en el ámbito de actuación del establecimiento⁶. Esta responsabilidad –que se encuentra reglamentada– no excluirá la responsabilidad personal de los profesionales o colaboradores (art. 40).

El art. 40 del decreto reglamentario 6216/67 pone en cabeza del director técnico un nutrido elenco de deberes de coordinación y vigilancia tales como: controlar que quienes se desempeñen como profesionales o colaboradores estén habilitados para el ejercicio de su actividad y que las actividades que desarrollen las hagan en los límites de la respectiva autorización; adoptar las medidas necesarias para que el establecimiento reúna los requisitos exigidos por las autoridades habilitantes; promover la derivación del paciente a otro establecimiento cuando su diagnóstico y/o tratamiento exijan elementos humanos o materiales con los que no se cuentan en la dependencia a su cargo; velar para que el establecimiento cuente con los equipos e instrumental necesarios para su eficaz desempeño, así como su mantenimiento en correctas condiciones de utilización.

La doctrina judicial se ha ocupado de situaciones en donde, sin perjuicio de la posible responsabilidad del médico tratante, también ha sido motivo de indagación el deber de vigilancia del director técnico y su incidencia sobre el resultado. El factum de uno de los casos detectados puede sintetizarse de la siguiente manera: se acusó al profesional actuante por no haber contado con un médico anestesista al momento de intervenir en el parto, deber de cuidado cuya violación produjo una demora injustificable en realizar la operación cesárea ante la ocurrencia de un peligro previsible (por prociencia del cordón umbilical)⁷ y que, en definitiva, causó severas lesiones cerebrales en el menor, relacionándose causalmente su patología con el hecho de su muerte. Asimismo, se imputó al director de la clínica por no haber contado con un médico anestesista de guardia activa, deber de cuidado cuya violación se tradujo en la imposibilidad de dar respuesta correcta a la emergencia señalada, y que, a fin de cuentas, culminó con el deceso del niño.

El tribunal interviniente absolvió al director técnico argumentando para ello lo siguiente: “El interrogante a resolver aquí consiste en determinar si la implementación de un sistema de guardia activa de anestesiología era un deber de cuidado exigible a este encausado, en

su carácter de director médico del establecimiento donde los eventos bajo estudio tuvieran lugar. Ello, teniendo en cuenta que, en caso afirmativo, su violación se tradujo en una demora injustificable en el comienzo de la operación cesárea de urgencia a la que debió someterse la querellante (...), toda vez que debió aguardarse por la llegada del (...) especialista (anestesiólogo) en guardia pasiva por ese entonces, produciéndose, a raíz de dicha circunstancia y según el acusador particular, las drásticas consecuencias (lesivas) (...). No obstante (...) la respuesta es negativa. Es que, según se desprende de la normativa aplicable a la materia, la conducta imputada excede aquella que era debida por el [director técnico]. En efecto, la resolución 2385/1980 (Habilitación de establecimientos asistenciales y servicios de traslados sanitarios. Normas mínimas de habilitación) de la Secretaría de Estado de Salud Pública, dependiente del Ministerio de Salud de la Nación, norma reglamentaria de la ley 17.132 y su decreto 6216/1967, al tratar al establecimiento considerado como ‘Sanatorio’ –como lo es el [del caso de autos]–, indica que deberá contar con guardia activa de aquellas especialidades de prestación obligatoria –clínica, cirugía, pediatría y tocoginecología–, guardia pasiva de las restantes que se practiquen. (El director técnico) cumplió con dicha reglamentación, por lo que no ha violado deber de modo alguno”8.

Estimamos que el fallo ha dado una respuesta adecuada al tema en discusión. Ello, teniendo en cuenta que la norma reglamentaria no exigía una guardia activa en el servicio de anestesiología.

¿Qué hubiese sucedido, sin embargo, si la resolución ministerial 2385 hubiese exigido, como guardia activa, la presencia de un anestesista?

Indudablemente, la situación habría variado. En este sentido, científicamente se considera que cuando se está en presencia de una prociencia de cordón y el parto es inminente, lo recomendable es practicar una cesárea de urgencia, lo cual exigirá la presencia de un anestesista⁹. Si la disposición ministerial hubiese incluido como guardia activa esta especialidad, el director técnico del sanatorio no

habría cumplido con el deber de vigilancia y coordinación que le compete, a la luz del art. 40 del decreto 6216.

La imputación pertinente, en este caso hipotético, habría sido la de homicidio imprudente al no haber adoptado las medidas necesarias para que el establecimiento bajo su dirección reuniera los requisitos exigidos por las autoridades sanitarias (art. 40, inc. i, decreto 6216).

Esta imputación exige acudir a la omisión impropia como instrumento imputativo.

Los delitos impropios de omisión o de comisión por omisión son las infracciones del deber de impedir un resultado de un delito de comisión.

Una de las características centrales de estos tipos radica en la posición de garante, respecto del bien jurídico, en que debe encontrarse el omitente¹⁰.

En la doctrina comparada, una de las formas de cubrir los vacíos de punibilidad que pueden derivarse de los delitos ocurridos en el ámbito de la empresa, consiste en la configuración jurídico-penal de una posición de garantía del titular de aquella. Si bien desde hace mucho se ha reconocido en el tratamiento doctrinal la posición de garantía del titular de una empresa por los delitos cometidos por sus empleados, el debate sobre su fundamento dogmático no tiene mucha antigüedad.

En el caso del derecho positivo argentino, empero, existe una dificultad adicional: la posible imputación, a través de una figura omisiva impropia, choca frontalmente con la inexistencia de tipificación a su respecto.

Ciertamente existen legisladas, en la parte especial del Código argentino, algunas figuras omisivas impropias¹¹; pero la gran mayoría de hipótesis delictivas que pueden guardar relación con el empleo de esta estructura omisiva en el ámbito empresarial no se hallan tipificadas. En tales casos, nuestros autores reconocen que el empleo de este medio aparece como la emanación de una suerte de derecho consuetudinario¹², objetable, desde una perspectiva constitucional, por la clara tensión que produce respecto del principio de legalidad (art. 18, C.N.).

¿Cómo solucionar esta tensión?

Perdomo Torres ha sistematizado algunas de las metodologías elaboradas al respecto. Así –recuerda el autor colombiano–, en la concepción de Heinrich Henkel, dado que el legislador se encuentra frente a una gran variedad de posibles posiciones de garante cuyos elementos individuales pueden ser variados e ilimitados, “...le resulta imposible la sistematización de dichas posiciones mediante la formación de tipos especiales. Por esto, le queda como única alternativa apartarse del intento de regulación especial y casuística y fijar la meta en la elaboración de conceptos generales e indeterminados. Sólo una cláusula general, según Henkel, puede ayudar a recepcionar esta diversidad casuística; pero no se debe tratar de una norma especial susceptible de aplicación, sino de una cláusula general que tenga solamente una función regulativa y que le dé al aplicador del derecho una directiva para la toma de decisión en el caso concreto. En consonancia con esta cláusula general le corresponde a la jurisprudencia (...) en trabajo conjunto con la doctrina, la interpretación general de las posiciones de garante y su explicación a través de la puesta en relieve de grupos de casos”¹³.

Fieles a esta concepción, algunas legislaciones han intentado solucionar el problema merced a la introducción, en la parte general de los códigos, de determinados criterios para determinar la posición

de garante, estableciendo, además, una cláusula de equivalencia entre la acción y la no evitación del resultado que caracteriza a esta forma de omisión.

Esta tendencia legislativa fue iniciada, en los documentos legislativos más recientes, por el párrafo 13.I del Código Penal alemán¹⁴; siendo continuada por diversos códigos de aquella región¹⁵.

Lo mismo ha sucedido en Latinoamérica¹⁶.

En el caso de Argentina, el Código vigente no posee una cláusula en esta dirección. Sin embargo, esta tradición no ha sido extraña a los diversos proyectos de reforma que se han elaborado¹⁷.

Recientemente, sin embargo, los desarrollos de nuestra dogmática se han mostrado un tanto escépticos respecto de esta solución, prefiriendo un abordaje del problema a partir de la regulación expresa de los tipos omisivos impropios en la Parte Especial del Código Penal. La razón por la cual no convence aquella técnica regulatoria (en la parte general) puede sintetizarse de la siguiente manera: Si – como hemos dicho– existen unos pocos tipos omisivos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba apelarse a una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos. Los argumentos que se basan en supuestas dificultades de técnica legislativa no tienen más sentido que los que se oponían al *numerus clausus* en los países que consagraban el crimen *culpa*¹⁸.

La objeción –decisiva en el pensamiento de Henkel (en el sentido de que esta tipificación llevaría al Código a una extensión desmesurada)– es relativa desde que es responsabilidad del congreso –responsabilidad que, en nuestra política criminal actual, sin duda se ve desoída¹⁹– la construcción de un sistema punitivo racional, en donde el Derecho penal sea la *ultima ratio* para la protección de

bienes jurídicos, apelando a la tipificación expresa de conductas omisivas impropias en aquellos casos en que realmente sea necesario.

No obstante la aludida tensión constitucional, la jurisprudencia argentina viene utilizando desde hace años este recurso dogmático para atribuir responsabilidades frente a delitos ocurridos en el ámbito empresario.

Frente a esta constatación –que no es otra cosa que el resultado de la invocación de una larga tradición cultural a favor de la posibilidad de interpretar todo tipo comisivo como omisivo²⁰–, constituye un deber del operador jurídico establecer criterios lo más firmes posible que doten de una racionalidad mínima a la utilización de una forma imputativa tan traumática. Tal esfuerzo, en este caso, se vincula con la búsqueda de parámetros claros que permitan fundar esta posición de garantía.

En el caso que expusiéramos a los efectos de este análisis, la fuente de la posición de garante del director técnico del establecimiento, de acuerdo a la concepción formal, debió buscarse en la ley. Y en este sentido, es conveniente destacar que en los ámbitos de la criminalidad aquí investigada, por lo general, la regla jurídica (fundante de la posición de garante) suele situarse extramuros del corpus legislativo penal. En otras palabras, “la existencia de un deber jurídico extrapenal será el presupuesto mínimo de la equivalencia entre la omisión de impedir un resultado y su causación activa”²¹. Desde luego que, cuando aludimos al concepto de ley, estamos refiriéndonos a la ley en sentido material; esto es no sólo el producto derivado de la actuación del parlamento, sino, también, las emanaciones normativas que, al amparo de la potestad reglamentaria, elabora el Poder Ejecutivo (nacional o provincial, de acuerdo a la órbita en que se desarrolla la respectiva actuación, en función del ejercicio del poder de policía) y las pertinentes agencias ministeriales.

Un aspecto que también debe ser analizado se vincula con la extensión de la responsabilidad –en función de posición de garante– del director técnico del establecimiento. En este sentido, cabe preguntarse: ¿en qué medida el principio de confianza (ya analizado) puede exonerar de responsabilidad al director técnico de una clínica?

La doctrina judicial ha dado algunos parámetros interesantes para dilucidar esta cuestión. Así, la Cámara de Acusación de Córdoba expresó: “Si bien es cierto que no puede hacerse responsable de todo cuanto suceda en todos y cada uno de los servicios a la persona que se desempeña al frente de la dirección de un establecimiento médico en tanto se tenga en cuenta la existencia del llamado principio de confianza, concepto que permite la necesaria división de trabajo en ámbitos tan complejos como el médico-asistencial, también es sabido que este no funciona en la medida en que una de las partes cuente con indicios claramente advertibles respecto de un comportamiento no conforme a las reglas llevado a cabo por una de las otras. (...). El principio de confianza está destinado a hacer posible la división del trabajo; por consiguiente, concluye cuando el reparto de trabajo pierde su sentido, especialmente, cuando puede verse que la otra parte no hace, o no ha hecho, justicia a la confianza de que cumplimentará las exigencias de su rol”²².

Notas

1 Al respecto, Cordeiro, Hésio, “Empresas médicas: bases teóricas para el estudio de las transformaciones capitalistas de las prácticas médicas”, *Estudios Sociológicos*, vol. 2, n° 5/6, Salud, Estado y Sociedad, (mayo/diciembre, 1984), El Colegio de México, México, pp. 287-308.

2 Cfr. Richard, Efraín Hugo, Relaciones de organización. Sistema societario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007, p. 13.

3 En donde ya existen obras jurídicas de gran valía, como ocurre con la de Lorenzetti, Ricardo Luis, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni Ediciones, Santa Fe, 1998. Según este autor, lo que caracteriza al concepto de empresa médica es “una conjunción de elementos organizativos para la prestación medical” (p. 24). Sobre la cuestión de la responsabilidad en el derecho privado, cfr. Boretto, Mauricio, “Responsabilidad civil de los administradores de la empresa médica”, Revista de Derecho comercial y de las obligaciones, año 41, 2008 – A, Depalma, Buenos Aires, p. 411 y ss.

4 Al respecto, Adriasola, Gabriel, La imputación de la negligencia, omisión de asistencia y abandono del paciente en la empresa médica, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2011.

5 Cfr. Silva Sánchez, Jesús-María, “La responsabilidad penal por contagio hospitalario”, DS vol. 8, n° 1, enero-junio 2000, p. 51.

6 Una de las características de la moderna estructura jurídica empresarial es la creciente especialización y diferenciación de funciones. Por eso, la ley distingue entre quienes tienen la propiedad de la empresa médica y de su director técnico. Sobre la distinción entre titularidad, poder y conducción de la empresa (en general) y la incidencia sobre la determinación de la responsabilidad penal, cfr. Cesano, José Daniel, “La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis”, en Universitas. Revista de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, n° 119, julio – diciembre, 2009, Bogotá, pp. 346 y ss.

7 Científicamente, se define la procidencia del cordón umbilical al descenso del cordón a través del cuello o del orificio cervical cuando las membranas están rotas.

8 Tribunal Oral en lo Criminal n° 18, in re “Milani, Ernesto E. y otro”, 22/6/09, publicado en Abeledo-Perrot n° 70065575.

9 Cfr. Valenti, Eduardo A., “Guía de procidencia de cordón”, Revista del Hospital materno infantil Ramón Sardá, vol. 27, n° 4, Buenos Aires, 2008, pp. 159-161. Versión electrónica disponible en: <http://redalyc.uaemex.mx>.

10 Sobre este aspecto existe consenso en la doctrina actual. Así, Bacigalupo, Derecho Penal..., cit., p. 389; Righi, Esteban, Derecho

penal. Parte general, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 366, y Rusconi, Maximiliano, Derecho penal. Parte general, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 397.

11 V.gr., art. 144 quáter, inc. 1º, C.P.
12 Así, tempranamente, Bacigalupo, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 122, expresaba que “[s]u reconocimiento por la doctrina y la jurisprudencia se funda, por lo general, en el derecho consuetudinario”.

13 Cfr. Perdomo Torres, Jorge Fernando, La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2001, pp. 44-45. La obra de Heinrich Henkel, sintetizada por el autor, se intitula “Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten”, MschrKrim, 1961, pp. 179-193.

14 La norma en cuestión expresa: “Quien omite evitar la consumación de un tipo penal será penado, según este Código, sólo si jurídicamente tiene que responder de que no se produzca la consumación, y cuando la omisión corresponda a la realización del tipo penal a través de un hacer”.

15 Así, por ejemplo, arts. 10 del Código de Portugal, 40 de Italia, etc. El Código penal francés, por el contrario, no introduce una cláusula expresa en esta dirección, resurgiendo, en la doctrina de ese país, las preocupaciones vinculadas con esta forma de imputación y la garantía de legalidad (al respecto, Larguier, Jean, Droit pénal général, 15ª ed., Dalloz, 1995, pp. 23 y ss.).

16 Así, arts. 25, C.P. de Colombia; 13, parágrafo 2º del Código de Brasil; 3º, 2ª disposición, Uruguay; 15, Paraguay; etc.

17 En efecto, un análisis de los distintos textos elaborados con la finalidad de sustituir, integral o parcialmente, el Código vigente, pone en evidencia que varios han sido los documentos que incluyeron reglas de este tipo. El primero, en esa dirección, fue el proyecto de 1960; el cual, en su art. 10, además de establecer una cláusula de equivalencia en su párrafo 1º, introdujo algunos matices que permitirían afirmar ya la previsión de ciertos criterios materiales para definir la posición de garante. En igual dirección se desarrolló el proyecto de 1973. El proyecto de 1974, en su art. 14, hacía referencia a que el deber de actuar debe ser jurídico. Se trataba de una cláusula

de equiparación simple porque sólo se refería a dicho deber, no estableciendo otro parámetro de equiparación. El proyecto de 1979 previó en su art. 10 la comisión por omisión, regulando las posiciones de garantía conforme a las fuentes formales de la misma; esto es: la ley, el contrato y la injerencia o actuación precedente. También incluyó una cláusula para regular la materia, el proyecto de ley de reformas puntuales del Código penal de 1998. Para un minucioso examen de estos textos, cfr. Costa, María Noel, “Problemas dogmáticos actuales en los delitos de omisión. Los delitos de comisión por omisión y el principio de legalidad penal frente a su regulación en el Código penal argentino”, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva serie, n° 3, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Lerner, Córdoba, 2000, pp. 64-66.

18 Así, Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro, Derecho penal. Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 552. De la misma opinión, Rusconi, Derecho..., cit., pp. 402 y ss. De hecho, el Anteproyecto de Reforma Integral del Código Penal del año 2006 no incluye ninguna cláusula de equivalencia en su parte general.

19 Cfr. Cesano, José Daniel, “Discursos de emergencia y política criminal: Tendencias de la política criminal argentina en los albores del siglo XXI”, Cuadernos de política criminal, Segunda época, n° 86, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2005, pp. 187-218. Para una visión actualizada de esta cuestión, asimismo, Cesano, José Daniel, “La política criminal argentina: ¿últimas imágenes del naufragio?”, disponible en: www.acaderc.org.ar.

20 Con su proverbial erudición, Marcelo Sancinetti recuerda que esta tendencia a la equiparación era conocida desde antiguo. Pese a ello, “las legislaciones derivadas de la codificación no previeron, en general, una ‘cláusula de conversión’. Schaffstein enseña que Tiraquellus daba por supuesta como cosa natural la posibilidad de una comisión por omisión, y más bien sólo discutía si ella debía ser castigada tan gravemente como la comisión por un hacer activo, o más benignamente” (cfr. Dogmática del hecho punible y ley penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 107).

21 Cfr. Batista González, M^a Paz, “La responsabilidad penal de los órganos de la empresa”, en Enrique Bacigalupo (dir.), Derecho penal

económico, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 124. 22 Cfr. Cámara de Acusación de Córdoba, in re “Bordoni, Jorge Luis y otros p.ss.aa. propagación de enfermedad peligrosa, etc.”, auto interlocutorio n° 45, 16/4/07; reproducido en Barberá de Riso, María Cristina (dir.) – Sánchez Gavier, Santiago – Pacheco, Natalia Carolina (coords.), Teoría de la imputación objetiva en nuestra jurisprudencia, Ateneo de Derecho Penal – Cuaderno n° 1, Advocatus, Córdoba, 2009, pp. 64-65.

Capítulo V

Cuestiones probatorias

José D. Cesano

1. Introducción [arriba] -

Cuando se analiza judicialmente la labor de un médico a quien se le imputa el delito de homicidio o lesiones imprudentes con motivo de aquella actuación, se hace necesario valorar todas las circunstancias concurrentes al tiempo en que tuvo lugar aquel desempeño, “y no sólo mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente, en tal forma que la calificación de una praxis asistencial como ajustada o desviada de la *lex artis* no debe realizarse por un juicio *ex post*, sino *ex ante*, es decir, con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento, a fin de poder considerarla adecuada o no a la clínica que presenta el paciente”¹.

¿Cuáles son las fuentes de conocimiento de aquellas circunstancias?

Indudablemente la documentación puede ser muy variada: el libro de guardia, cuando la asistencia médica se haya realizado en aquella instancia; las prescripciones y recetas; las órdenes de pedidos de estudios complementarios y los informes respectivos; los informes de interconsultas; la instrumentación del consentimiento informado, etc. La literatura especializada se ha ocupado extensamente de cada una de ellas². Sin embargo, existe una en particular que, por su significación, debemos analizar especialmente. Nos referimos a la historia clínica. Cualquier evaluación relacionada con un proceso penal vinculado con una mala praxis médica tiene que partir de su consideración. De allí que en este capítulo destinado al derecho probatorio nos ocupemos de la misma.

Por otra parte, el operador jurídico que asume un rol en tal proceso (se trate del juez, fiscal, defensor, querellante o actor civil) carece de aquellos conocimientos necesarios a los efectos de interpretar esa documental. Por tal razón, resulta lógico que cualquiera de las partes propongan al juez (o que este oficiosamente así lo considere) la intervención de quien posee conocimientos científicos especiales para valorar aquel elemento probatorio (historia clínica, u otra documental que contenga información relevante). Esto exige de nuestra parte extender la indagación respecto de uno de los medios probatorios más relevantes con respecto a esta criminalidad: la peritación médico legal.

Ambos aspectos (historia clínica y peritación médico-legal) serán objeto de análisis en lo que sigue.

2. La historia clínica [arriba] -

2.1. Importancia probatoria y característica

La historia clínica –en tanto es fuente de información de los actos desplegados por el profesional– juega un papel fundamental en la

determinación de si la práctica médica se ha ajustado al desarrollo científico y, además, permite verificar los pasos seguidos por el facultativo durante todo el tratamiento. Con razón, dice Terragni, en la decisión vinculada con el juicio relativo a si un diagnóstico o un tratamiento han sido equivocados, la historia clínica es la constancia decisiva en todo proceso³. A través de ella se demuestra lo que el profesional ha hecho o dejado de hacer. Rodríguez Jordán ilustra sobre su trascendencia apelando a un ejemplo muy claro: si erróneamente se diagnosticara en el enfermo un cólico renal, cuando en realidad padecía una inflamación del apéndice, y se efectuara un tratamiento acorde con la dolencia equivocadamente diagnosticada, registrándose en detalle las medidas tendientes a curar la patología nefrológica, la historia clínica será el documento en donde se registrará la equivocación profesional⁴.

De allí que se insista en la necesidad del cuidado en la redacción de la historia clínica, y en su completitud. En sintonía con estas exigencias, se sostiene que, cuando el profesional médico no confecciona en tiempo y forma la historia clínica tendrá “en su balance de actuación una importante deuda que no puede jugar en su favor, ni ser interpretada de manera tal que excluya su responsabilidad (...). El deber de documentar todo lo actuado es más importante que otros, por lo cual su incumplimiento jamás puede ser tomado como un pase libre hacia la ausencia de prueba o hacia la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Por el contrario, el galeno que omite su confección no ejecuta los deberes a su cargo, y ello constituye un claro síntoma de su deficiente atención a la salud que, como tal, jamás puede beneficiarlo”⁵.

Antes de la sanción de la ley 26.529 la regulación jurídica de la historia clínica aparecía muy fragmentada. En efecto, el decreto 6216, reglamentario de la ley 17.132, en su art. 40, inc. i, se limitaba a establecer la obligatoriedad de la redacción de este documento por el director médico⁶. Asimismo, el inc. m de la misma norma reglamentaria exigía la adopción de “las medidas necesarias para una adecuada conservación y archivo”; debiendo evitarse igualmente, la vulneración del secreto profesional.

La situación varió sustancialmente con la ley 26.529; cuerpo normativo que, además de dar una definición de este documento, prescribe las formas en que debe ser llevada, el contenido mínimo de la misma, las características que la distinguen y el régimen de su titularidad.

De acuerdo al art. 12 de la ley 26.529, la historia clínica es el documento obligatorio, cronológico, foliado y completo en el que consta toda actuación realizada al paciente por profesionales y auxiliares de la salud.

Sus características son:

- **Obligatoriedad:** La historia clínica debe ser instrumentada de manera obligatoria para cada paciente, en todo establecimiento médico, siendo el obligado a su confección el profesional de la salud que atiende al enfermo⁷. Desde luego que no es necesaria que la historia clínica sea confeccionada por un solo profesional. Puede tratarse de varios facultativos que han intervenido en la asistencia del paciente, siempre que cada uno de ellos deje constancia de su participación en un cuerpo unificado⁸. Por eso, también es importante que cada facultativo que intervenga quede perfectamente identificado, con su nombre, apellido, firma y número de matrícula, de forma legible. Estos datos –cuya exigencia emanan de art. 16 de la ley– son los que otorgan a la historia clínica el carácter de documento público (si, por ejemplo, es confeccionada por un jefe de guardia de un nosocomio público)⁹ o privado (si lo es en una institución de ese carácter), permitiendo identificar con absoluta precisión al autor de cada anotación y el momento en que intervino. Este último aspecto resulta de gran significación por cuanto, actualmente, es frecuente que una patología sea tratada por un equipo médico y, de acuerdo a lo ya analizado, en virtud del principio de confianza, no siempre es posible predicar la existencia de un nexo de

causalidad e imputación respecto de todos los integrantes del equipo¹⁰.

- Cronología: Cada asiento de la historia clínica debe ser fechado, contemporáneamente con cada intervención médica, a los fines de poder correlacionar cronológicamente los hechos de naturaleza médica vinculados con el paciente¹¹.

- Foliatura: Esta exigencia encuentra su razón de ser en la necesidad de poder efectuar un seguimiento ordenado de los sucesos que componen la historia del paciente. Desde otro punto de vista, constituye un recaudo de valía para impedir eventuales sustracciones de determinadas constancias útiles para determinar la responsabilidad de los facultativos¹².

- Completa: La historia clínica debe ser autosuficiente; es decir, “debe satisfacer el requerimiento de índole médica que exige poder seguir la historia de la enfermedad de los pacientes desde el principio hasta el fin”¹³. Se trata de un documento esencialmente descriptivo¹⁴ que, por lo menos, debe contener los siguientes datos (art. 15, ley 26.529): fecha de inicio de su confección; datos identificatorios del paciente y su núcleo familiar; datos identificatorios del profesional interviniente y de su especialidad; registros claros y precisos de los actos realizados por los profesionales y auxiliares intervinientes; antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos si los hubiere; y todo acto médico realizado o indicado, sea que se trate de prescripción y suministro de medicamentos, realización de tratamientos, prácticas, estudios principales y complementarios afines con el diagnóstico presuntivo y en su caso de certeza, constancia de intervención de especialistas, diagnóstico, pronóstico, procedimiento, evolución y toda otra actividad inherente, en especial ingresos y altas médicas.

La historia clínica puede ser llevada en soporte papel o informatizada. En este último caso se tendrán que arbitrar todos los medios que

aseguren la preservación de su identidad, autenticidad, inalterabilidad, perdurabilidad y recuperabilidad de los datos contenidos en la misma en tiempo y forma (art. 13, ley 26.529).

Hemos dicho que el profesional actuante debe consignar, con su firma, la intervención.

¿Cómo se satisface este recaudo cuando se trata de una historia clínica confeccionada en soporte magnético?

Al respecto cabe recordar que la ley 25.506 introdujo, en nuestro sistema legal, la firma digital. Y es precisamente esta la que garantiza la integridad del documento que se encuentra conformado en aquel soporte¹⁵.

Debe enfatizarse la necesidad de que la historia clínica sea redactada en forma legible. En este sentido Kvitko señala que si hay una grave falla, común en todos estos documentos, ella radica en la gran dificultad que implica su lectura¹⁶. Indudablemente esto tiene toda la gravitación cuando se trata de una historia clínica confeccionada en soporte papel y manuscrita. Pero tratándose de una historia clínica no manuscrita e incluso informatizada, debe cuidarse también la utilización inapropiada de abreviaturas. En este sentido, el art. 15 de la ley 26.529 dispone que los asientos relativos a la descripción de los actos médicos practicados o a los antecedentes genéticos, fisiológicos y patológicos, deberán ser realizados “sobre la base de nomenclaturas y modelos universales adoptados y actualizados por la Organización Mundial de la Salud, que la autoridad de aplicación establecerá y actualizará por vía reglamentaria”.

En lo que hace a la titularidad de la historia clínica, la ley la ha adjudicado al paciente, en tanto los establecimientos asistenciales públicos o privados tendrán a su cargo su guardia y custodia,

asumiendo el carácter de depositarios de aquella (art. 18, ley 26.529)¹⁷.

2.2. Introducción al proceso

La historia clínica es un documento. Y, como tal, su incorporación al proceso puede realizarse a través de distintas vías.

En primer término, es posible que el propio profesional la proponga como medio de prueba; en cuyo caso el juez o el ministerio público fiscal, de acuerdo el modelo procesal vigente, dispondrá su presentación o secuestro.

Pero también puede suceder que el juez o el fiscal decreten oficiosamente una orden de presentación¹⁸. Esta será impartida a quienes posean tal documentación, que puede servir como medio de prueba, se trate de personas físicas (el director del establecimiento sanitario en donde trabaja el profesional imputado) o personas jurídicas. En cualquier caso, la orden no podrá ser dirigida al profesional imputado, “pues ello podría importar obligarlo a desarrollar una actividad que lo perjudique en su defensa (arg., art. 18, C.N.)”¹⁹. Tampoco se podrá impartir esta orden a las personas que deban o puedan abstenerse de declarar por razones de parentesco, por los mismos motivos que justifican prescindir de su testimonio.

Evidentemente, cuando quienes aparezcan sospechados de la actividad profesional imperita sean los que confeccionaron la historia clínica, el aseguramiento de esta prueba impone su secuestro²⁰. Bien es verdad que, de acuerdo al art. 14 de la ley 26.529, el titular de la historia clínica es el propio paciente. Ello no obstante, el médico o el establecimiento sanitario en donde se lo asiste son los guardadores de la misma. Y de hecho, sujeto pasivo del secuestro puede ser el tenedor del objeto sin que al respecto haya limitaciones²¹. En este sentido, la historia clínica reúne las notas que debe tener un objeto para ser

susceptible de esta medida: se trata –como ya lo expresamos– de un documento (especie que se encuentra dentro de la categoría jurídica de cosa) que está vinculado con el hecho delictuoso investigado al servir como elemento de prueba²². En cuanto a los sujetos activos de esta medida, por regla, lo serán el fiscal, en los sistemas que establecen la investigación penal preparatoria, o el juez de instrucción, en aquellos códigos que aún admiten la investigación jurisdiccional²³.

A los efectos del secuestro, será necesario allanar el lugar en donde se encuentra depositada la historia clínica. Sí se tratase de un nosocomio, que no está destinado a habitación particular, la ley exige que se dé aviso; es decir, simplemente que se comunique a la persona a cuyo cargo estuviese el establecimiento sanitario, salvo que ello fuere perjudicial a la investigación²⁴. Tal aviso debe ser previo al acto de allanamiento. La excepción –eventual perjuicio para la investigación– a dicho requisito debe obedecer a sospechas fundadas²⁵. Puede suceder que el facultativo a quien se le atribuya la mala praxis ofrezca sus servicios en un consultorio particular, ubicado en su propia morada. En tal caso, la medida debe realizarse bajo las formalidades previstas para el allanamiento de morada.

3. La peritación médico-legal en la mala praxis [arriba] -

3.1. Importancia y valoración

En los casos seguidos por responsabilidad médica, la peritación médico-legal se erige, junto a la historia clínica, como elemento de prueba esencial para valorar si la conducta del profesional se adecuó a la *lex artis* y, en su caso, para probar la relación de causalidad e imputación entre la actuación del profesional y el resultado (muerte o menoscabo a la integridad corporal) sufrido por el paciente²⁶.

En este sentido –y sin desconocer que en los diversos sistemas de enjuiciamiento penal vigentes en la Argentina rige el principio de libertad probatoria– resulta indiscutible que la existencia (o no) de un error de diagnóstico o tratamiento dependerá, fundamentalmente, del juicio de peritos, los que deberán realizar un análisis retrospectivo de la situación probable del enfermo en el momento en que el facultativo emitió el diagnóstico o puso en acto el tratamiento²⁷. Es necesario que, al realizar aquella reconstrucción, el perito tenga en cuenta las circunstancias y condiciones bajo las cuales se realizó el acto médico que se investiga, “ya que obviamente la naturaleza de los medios exploratorios y de los recursos terapéuticos dependerá del medio en que se realizó el acto médico”, por lo que las exigencias al respecto serán básicamente diversas si, por ejemplo, se trata del ejercicio en el medio rural o en grandes centros hospitalarios, dotados de sofisticada infraestructura²⁸.

Pese a la relevancia de esta prueba, es evidente que el dictamen del perito no puede sustituir la valoración que el órgano jurisdiccional se encuentra obligado a realizar: el juez es el único responsable por la decisión judicial, y por tanto quien debe valorar “las informaciones incorporadas al procedimiento para decidir en un sentido o en otro”²⁹. Al respecto consideramos que los incesantes progresos de la ciencia y la técnica, en un contexto de litigiosidad crecientemente compleja, producto de las características que son propias en general de las relaciones intersubjetivas, “generan una escalada siempre ascendente del rol que los expertos asesores técnicos-científicos (peritos, academias científicas), desempeñan en el proceso judicial (...). Prácticamente puede afirmarse que son cada vez más escasos los conflictos que se dirimen sin recurrir a los conocimientos científicos. Ello no puede implicar, sin embargo, una dejación o trasvasamiento, ni siquiera un menoscabo de los poderes jurisdiccionales de decisión, que desnaturalizaría la garantía del debido proceso. No cabe tolerar un desplazamiento, ni aun de hecho, de tales potestades hacia los auxiliares que manejan los saberes técnico-científicos, cualquiera fuese el grado de complejidad de tales conocimientos. No sólo por la indelegabilidad de la función jurisdiccional, que excluye cualquier sumisión del juez a pautas distintas de las que la propia ley estatuye para asegurar la Justicia

intrínseca de las resoluciones, sino también y no menos principalmente, porque semejante vaciamiento implicaría consagrar una suerte de ‘autoritarismo tecnocrático’, a partir del montaje de un inconcebible ‘laboratorio’ dominado por la técnica y neutro respecto de los valores que están en juego y en los cuales a través del incanjeable pronunciamiento del juez se reflejan las valoraciones de la sociedad entera”³⁰.

Indudablemente –y tal cual ha quedado planteado–, el problema se reconduce a la valoración que debe realizar el juez respecto de este medio probatorio.

La valoración judicial de la pericia se rige por el principio de la libre convicción, y con él “el de la necesidad de obtener la decisión mediante la crítica racional en la apreciación de todos los elementos de prueba en su conjunto”³¹.

Desde luego que el órgano jurisdiccional que emite la decisión no puede apartarse de las opiniones emitidas por los peritos en forma libre o antojadiza. En efecto, para apartarse de un dictamen pericial es menester que el juez exponga las razones que justifican su decisión, observando en su razonamiento las reglas de la lógica, de la experiencia y de las ciencias, es decir, las reglas que rigen el correcto pensamiento humano”³². Con todo, este posible apartamiento debe ser empleado con gran prudencia³³ y cuando el documento pericial carece de fundamentos, o si sus fundamentos son escasos para la comprensión del punto encuestado, o si existe una contradicción evidente, manifiesta, entre las premisas y los hallazgos o entre la regla científica o técnica aplicada y las conclusiones³⁴.

Al respecto, la doctrina judicial se ha pronunciado sobre el apartamiento de los dictámenes periciales en procesos en que se investiga la mala práctica médica, advirtiendo que “...tratándose de una causa con abundante y discutida prueba pericial, debe recordarse que la pericia es aquel medio de prueba en virtud del cual ‘personas

ajenas a las partes y a los restantes sujetos del proceso, a raíz de un específico encargo judicial y fundados en los conocimientos científicos, artísticos o técnicos que poseen, comunican al juez o tribunal las comprobaciones, opiniones o deducciones extraídas de los hechos sometidos a su dictamen' (...). Está destinada a 'establecer o garantizar la existencia o el valor de una prueba que no se puede advertir o apreciar con seguridad mediante la observación y conocimientos comunes' (...). Es claro que el dictamen pericial no obliga al juez (...), quien debe someter dicho elemento de juicio a su consideración, a la luz de las reglas de la sana crítica racional. Es así que, en la medida en que funde debidamente los motivos por los que disiente del perito, el Tribunal se encuentra facultado a decidir en sentido diverso (...). La jurisprudencia (...) ha puesto especial énfasis en requerir suma cautela –so pena de arbitrariedad– al magistrado que pretende apartarse de dicho dictamen. En esta línea, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que 'la circunstancia de que sus conclusiones no sean vinculantes no significa que los magistrados puedan apartarse arbitrariamente de las mismas, concluyendo de propia autoría y conocimiento conceptos o evaluaciones médicas que el dictamen médico no contiene, porque la desestimación de sus conclusiones debe ser razonable y científicamente fundada'...”³⁵.

Justamente por esto es que, frente a la insuficiencia pericial, el órgano jurisdiccional (oficiosamente o a pedido de parte) puede requerir la aclaración por los peritos intervinientes de las conclusiones del dictamen emitido. En este caso, tales aclaraciones se limitarán a los puntos originariamente solicitados, no pudiendo agregar nuevas cuestiones³⁶. Pero si la oscuridad del dictamen subsiste será admisible disponer –cuando las circunstancias del caso así lo permitan– la designación de nuevos peritos, sea ya para que examinen o valoren la pericia anterior o, si no fuera factible y las circunstancias del caso lo hacen posible, directamente realicen una nueva pericia, la que también se vinculará con las indagaciones fijadas originariamente.

Partiendo de estas premisas consideramos que, respecto de esta criminalidad, el perito debe limitarse a realizar una explicación

detallada y basada en los conocimientos de su ciencia, de cuál era la conducta esperada, ex ante, en el facultativo, de acuerdo al medio en que se desarrolló el acto médico. Por su parte, el juez deberá valorar ese dictamen de conformidad a las reglas de la libre convicción y podrá rechazar aquellas conclusiones cuando el acto pericial carezca de fundamentación, o esta fuese notoriamente insuficiente o se detecten palmarias contradicciones entre las premisas y las conclusiones. Sin perjuicio de las atribuciones que mencionáramos supra (ampliación por los mismos peritos, examen de ese dictamen por nuevos profesionales o reproducción del acto) es muy frecuente, en estos procesos, que la jurisdicción se encuentre con, al menos, dos dictámenes contrapuestos: el del perito oficial y el del perito de control. Esta discrepancia de opiniones complica la valoración de la peritación.

¿Cómo afrontar este dilema?

En primer término habrá que apelar a un análisis de la capacidad (credibilidad) de los peritos: el “estudio de la idoneidad científica, técnica (...) y las preguntas dirigidas a investigar ese rubro –repárese: distinto al objeto o tema material de la peritación– (...) tienen por finalidad establecer la medida de la seguridad que el corolario de la peritación puede ofrecer para la decisión, en especial, para el método de la sana crítica racional en la valoración del conjunto de la prueba incorporada al procedimiento” . Dentro de este estudio no sólo ingresan los títulos y las distinciones académicas obtenidas por el perito sino, además, “su experiencia en ciertas operaciones propias de la actividad requerida”.

No obstante que de acuerdo a la doctrina de nuestra Corte federal, corresponde privilegiar aquellos dictámenes confeccionados por los peritos oficiales, pues se trata del asesoramiento técnico de auxiliares de la justicia cuya imparcialidad y corrección están garantizadas por normas específicas y por otras similares a las que amparan la actuación de funcionarios judiciales, indudablemente, no es lícito que el juez, inmotivadamente, rechace un dictamen del perito de control.

En este sentido se ha dicho –en criterio que compartimos– que “no se podrá desoír arbitrariamente sus conclusiones, sino que, por el contrario, habrá que fundar debidamente su aceptación o rechazo”.

De cualquier manera, y por aplicación de los principios generales, es obvio que cuando persistan opiniones discrepantes y los esfuerzos tendientes a su esclarecimiento resulten vanos, regirá la regla del in dubio pro reo.

Finalmente, y dentro de este aspecto, no podemos dejar de señalar ciertas apreciaciones formuladas por los operadores del sistema de enjuiciamiento penal respecto de las actitudes de los peritos en la investigación de este tipo de criminalidad. Nos referimos a la tan mencionada –incluso, en no pocas veces, con notoria exageración– “conspiración de silencio”, estimulada por el deseo del facultativo, a quien se ha confiado el informe pericial, de proteger a su colega, pese a las evidencias acusatorias. La preocupación no ha dejado de producir inquietudes que han llegado a generar interesantes respuestas institucionales con la finalidad de asegurar la calidad y probidad de esta prueba. En esa dirección –señala Barragán–, en México, en el año 1989, surgió la figura administrativa de la opinión técnico-científica, como un mecanismo de colaboración entre la Secretaría de Salud y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, con el propósito de que la primera, a petición de la segunda, “obtenga un dictamen especializado en aquellos casos en que profesionales y técnicos de las disciplinas de la salud se vieran involucrados, a fin de proporcionar mayor consistencia a las averiguaciones previas relacionadas con la hipótesis legal que prevé el (...) art. 228 del Código Penal [responsabilidad profesional]” . Desde un punto de vista formal, la opinión técnica –que posee un innegable origen institucional– constituye un mecanismo administrativo que, aunque sustancialmente pueda equipararse a una pericia, normativamente no está reconocida como tal a nivel de ley. Pese a ello, representa para el juzgador un “indicio técnico dotado de fuerza moral, el cual habrá de complementar los peritajes presentados” .

En el caso de nuestro país, el Poder Judicial de la provincia de Córdoba ha mostrado una preocupación con respecto a esta problemática consagrando el Comité Consultivo y Operativo en Prácticas Médico Sanitarias y Bioética, organismo que puede actuar en las pericias por mala praxis médica que se vinculan con procesos desenvueltos en el fuero civil.

3.2. La autopsia médico-forense en los procesos por mala praxis

Dentro de la peritación en procesos por mala praxis médica, cuando el resultado fuese la muerte del paciente, cobra especial gravitación la autopsia. Es verdad que jurisprudencialmente se ha sostenido que la inexistencia de esta prueba no impide acreditar la responsabilidad del facultativo³⁷. Sin embargo, también es innegable que este elemento de convicción continúa siendo “el instrumento más eficaz para el control de calidad de la práctica médica”³⁸.

La valoración de la autopsia debe tener en cuenta, entre otras cuestiones, tanto sus posibles variedades como la relación temporal entre la realización de la misma y la actuación profesional imperfecta que se investiga.

Al respecto, se han distinguido tres tipos de autopsia, a saber³⁹:

- La autopsia practicada previa interposición de una denuncia por mala praxis, que puede ser en un tiempo cercano a la muerte o, por el contrario, cuando ya ha transcurrido cierto tiempo de esta. Asimismo, puede suceder que previamente se haya practicado una autopsia clínica, con lo que el médico forense encontrará un cadáver ya investigado y quizás incompleto en su interior⁴⁰.

- La autopsia realizada por carecer de certificación de las causas de la muerte, al no aparecer signos bastantes para establecer su etiología, y en donde a posteriori se interpone la denuncia por mala praxis.
- La autopsia practicada por carecer de certificación y en su transcurso se producen hallazgos que orientan hacia la existencia de una actuación profesional imperfecta.

Desde otra perspectiva también deberá tenerse presente el estado del cadáver. La literatura científica ha señalado al respecto que esta cuestión tiene una influencia definitiva en los resultados que deriven de su estudio, especialmente en los casos en que no se hayan producido pérdidas de relaciones anatómicas. En este sentido se indica que “[l]a situación ideal es aquella en la que, al practicar la autopsia de forma casi inmediata, ha transcurrido poco tiempo desde el momento del fallecimiento; se trata de cadáveres en los que únicamente han comenzado los procesos de autolisis y las posibilidades de aparición de artefactos de confusión es mucho menor. En un segundo grupo pueden situarse los cadáveres recientes. En ellos la putrefacción ya es evidente y, por lo tanto. se han producido intensos fenómenos necróticos en la gran mayoría de tejidos, lo que aumenta la posibilidad de confusión; esta puede referirse tanto a la confirmación como a la negación de la existencia de una [actuación profesional imperfecta]. El último de los grupos es el correspondiente a los cadáveres exhumados en tiempo más o menos alejado del momento del fallecimiento. En algunas ocasiones esto no debe significar un obstáculo para poder informar de forma eficaz, aunque en un número significativo de los casos el trabajo realizado podría no llegar a satisfacer las expectativas”⁴¹.

Finalmente, hay dos aspectos que parece conveniente enfatizar respecto de la metodología de esta peritación en particular.

Por una parte, la existencia, en ocasiones, de ciertas omisiones en la elaboración del dictamen debido a la ausencia transitoria de

resultados de otros estudios practicados. En efecto, es frecuente que algunos datos esenciales para un adecuado enfoque del procedimiento no se encuentren disponibles en el momento en que se practica la autopsia. Ello hace que los informes sean necesariamente genéricos, y supediten sus conclusiones definitivas al análisis de elementos indiciarios que, en el momento de la autopsia, pudieran no estar disponibles. Un buen ejemplo de ello sucede con los estudios de laboratorio “que se solicitan sobre las muestras obtenidas en la autopsia. Estos resultados generalmente se reciben con posterioridad, y no raramente implican discrepancias o necesidad de aclaración de algunas de las conclusiones de los informes preliminares. Una buena metodología implica hacer constar en el informe preliminar estas posibilidades de redirección de las consideraciones o conclusiones, así como realizar un informe definitivo, una vez que todos los datos estén disponibles. Ese será el momento de discutir y aclarar las controversias que hubieran podido suscitarse entre el informe preliminar y los resultados clínicos o de laboratorio”⁴².

El segundo aspecto metodológico de relevancia se vincula con la necesidad de que el perito, al momento de realizar esta prueba, consulte y analice todos los antecedentes disponibles. Entre ellos, adquiere una especial significación la historia clínica de la persona cuyo fallecimiento se sospecha que fue consecuencia de una mala praxis médica. En tal sentido, aquella documental puede ilustrar sobre numerosos factores clínicos con capacidad coadyuvante para determinar el enfoque médico legal del caso. “El estudio de los antecedentes debe ser, por ello, sistemático y pormenorizado...”⁴³.

3.3. Estructuración del dictamen pericial y estándares científicos

Según lo señala Romero Palanco⁴⁴ una adecuada estructuración del dictamen pericial médico-forense debería responder al siguiente esquema: Preámbulo, Parte expositiva, Parte valorativa y Conclusiones.

A continuación, y siguiendo esta calificada opinión, describiremos sucintamente cada una de estas etapas:

- Preámbulo:

Se inicia con el nombre o nombres de los peritos oficiales, haciendo constar, en su caso, la existencia de peritos de control, precisándose los datos de estos.

Deberá indicarse además el órgano judicial que solicita la pericia y la individualización del proceso al que se refiere.

Finalmente se transcribirán los puntos de pericia establecidos.

- Parte expositiva:

Esta parte del informe debe iniciarse con una relación detallada de toda aquella documentación aportada para la realización del acto pericial. Entre aquella documentación constará la historia clínica completa, así como otros informes médicos disponibles.

En lo que hace a la exposición de la historia clínica, se efectuará siguiendo el orden cronológico de los hechos, realizando por cada día un resumen de lo que fueron las actividades asistenciales, con expresión de la hora en que se produjo cada una de ellas, si así consta en la documentación disponible. Es necesario destacar que resultará siempre conveniente recoger la totalidad de los datos que figuren en la diversa documentación clínica, tales como hojas de evolución clínica, órdenes de tratamiento, hojas de enfermería, gráficas, resultados analíticos, radiografías, etc.; incluyéndolos en la fecha y hora correspondientes, lo que permitirá reconstruir una correlación rigurosa de todos los datos clínicos disponibles.

Habrán casos en que la parte expositiva finalizará con el resumen de la historia clínica, si bien en otros el epílogo lo constituirán los resultados de la autopsia (clínica o médico-forense) que se hubiese practicado.

En otras ocasiones, cuando el paciente supuestamente perjudicado por una mala praxis profesional estuviere vivo, resultará obligado su reconocimiento por el perito, debiendo reflejarse en el informe el estado actual de la víctima. En este apartado se hará constar el resultado de las exploraciones realizadas, así como el de todos los procedimientos diagnósticos de carácter complementario que se hubieren aplicado. Consecuencia lógica de lo anterior resultará la consignación de aquellas lesiones o defectos que pudieran ser consideradas secuelas.

- Parte valorativa:

Se trata de la parte fundamental del informe pericial. No basta aquí con emitir una mera opinión o impresión sobre los hechos, sino que se deberá justificar fundadamente el juicio que se emite, apoyándolo en consideraciones científicas y en argumentaciones sólidas y racionalmente deducidas.

Al recaer la peritación sobre un supuesto de mala praxis profesional, resultará obligado poner de manifiesto la existencia de una falta médica que suponga una infracción del deber objetivo de cuidado en la actuación profesional que se hubiere practicado, determinando, asimismo, la naturaleza y el alcance del perjuicio ocasionado, para finalizar estableciendo el correspondiente nexo de causalidad entre la falta cometida y el perjuicio originado. Para efectuar este juicio valorativo es necesario realizar un proceso que involucra la comparación de los hechos con las normas y reglas que rigen la

profesión, con estándares que establecen la práctica médica habitual (lex artis)⁴⁵.

Debe destacarse aquí la importancia de la calidad científica –fruto, a su vez, de una formación altamente especializada del perito– que tiene que caracterizar a la tarea de fundamentación.

En este sentido, en los sistemas de precedentes del Common law, los estándares para la evaluación de una teoría científica han sido definidos en el caso “Daubert vs. Merrel-Down”, sobre la base de cuatro criterios que también⁴⁶ pueden ser útiles al perito al momento de analizar su propia actividad. Tales criterios son⁴⁷:

- Falsabilidad de la teoría. La evidencia estará basada en el conocimiento científico que ha dado lugar a hipótesis testeables y testeadas;

- Publicación de la teoría y sometimiento de la misma a peer review (revisión por pares o por árbitros bajo condiciones de anonimato e imparcialidad);

- Tasa de error potencial conocida y existencia de estándar controlando la investigación sobre la que se basa la teoría. En otras palabras: debe comunicarse al Tribunal las tasas conocidas o potenciales de error.

- La evidencia es generalmente aceptada dentro de la comunidad científica.

Indudablemente, el rigor científico exigido para este tipo de situaciones es una consecuencia lógica, dada la presencia siempre constante del factor biológico como causa modificadora del nivel de

respuesta en cada caso, lo que equivale en la práctica a un análisis individualizado, sin que puedan dictarse pautas de carácter global, que pudieran ser aplicables a la generalidad de los casos.

La valoración de cada acto médico concreto “implica una evaluación de todas las circunstancias de tiempo, lugar y medios en que se hubiese encontrado el profesional cuya actuación es objeto de discusión. No sería correcto formular evaluación alguna, tomando en consideración datos concluyentes sobre la resolución de aquel caso, pero que sobrevinieron con posterioridad, y el profesional, al tiempo de su actuación, no disponía ni podía haber dispuesto de aquellos. Necesario es analizar las circunstancias en que se encontraba el propio profesional, teniendo en cuenta no sólo los medios a su disposición justo en el momento de prestar la asistencia, sino también la mayor o menor complejidad que pudiera haber ofrecido el cuadro clínico. La actuación pericial debe tomar en consideración las circunstancias concurrentes al tiempo mismo de haberse prestado la asistencia, viendo si esta se llevó a cabo o no con la oportuna diligencia y analizando, sobre todo, si se aplicaron o pusieron a disposición del paciente todos los medios de que disponía o pudo haber dispuesto el médico al tiempo de prestar aquella para poder llegar a un diagnóstico y/o tratamiento precisos, que colocaran al paciente en el camino adecuado para obtener su curación, aunque, de hecho, en muchos casos, esta no sea alcanzable”⁴⁸.

Finalmente, debe consignarse en esta parte del dictamen la naturaleza del daño o perjuicio causado, así como su evaluación. En el supuesto de que la actividad pericial recayese sobre un sujeto vivo, habría que analizar de forma pormenorizada todos aquellos aspectos o datos que, de forma habitual, se hacen constar en el parte o informe de sanidad, incluyendo el número de días transcurridos hasta conseguir la curación, el número de días que precisó tratamiento, la naturaleza de esta, el número de días en que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales, así como la concurrencia de circunstancias que hubieran podido influir en la evolución de las lesiones. De existir secuelas, habría que describirlas, señalando igualmente las

repercusiones que las mismas pudieran tener sobre su capacidad laboral o sobre su entorno familiar y/o social.

- Conclusiones:

Las conclusiones constituyen el derivado del razonamiento seguido en la parte valorativa, debiendo consignarse, cuando se trata de casos de mala praxis médica, con total claridad, lo que más interesa al juzgador; esto es: la demostración de la falta médica que supuso una infracción del deber objetivo de cuidado, la naturaleza y extensión del perjuicio ocasionado y la relación de causalidad entre ambos.

Asimismo, puede resultar de utilidad para la ilustración del órgano judicial, que se aporten como Anexos algunos de los documentos que constan en la historia clínica, especialmente aquellos que podrían resultar esclarecedores de determinada cuestión en relación con el caso objeto de estudio. Igualmente, se podrá ofrecer como Anexo la bibliografía que hubiese sido consultada y consignada en el informe, no existiendo inconveniente alguno en que la misma se pudiera ofrecer, alternativamente, como notas a pie de página a lo largo del texto que integra el dictamen.

Notas [arriba] -

1 Galán Cortés, Julio César, Prólogo, en Kvitko, Luis A., La peritación médico legal en la praxis médica, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2008, pp. 9-10.

2 Cfr. Kvitko, La peritación médico legal en la praxis médica, cit.,

pp. 309-517.

3 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 143.

4 Cfr. Rodríguez Jordán, Marcelo, Mala praxis médica: responsabilidad penal, civil y administrativa, Ciudad Argentina, La Plata, 1998, p. 83.

5 Chaia, Responsabilidad penal médica, cit., p. 191. En igual dirección se expresa Terragni, El delito culposo..., cit., p. 144: “Si [la historia clínica] presenta lagunas, imprecisiones o errores, ello será signo de una actitud de descuido, impresión que seguramente tendrá importancia al momento de pronunciarse la sentencia”.

6 Refiere Chaia, Responsabilidad penal médica, cit., p. 190, que el deber de documentación que posee el médico y, en general, el sanitario, no se limita a la historia clínica. En efecto, junto a ella, existen otros instrumentos tales como protocolos, libros de enfermería, de guardia, partes, etc., “que a la hora de determinar si la actuación ha sido correcta y oportuna cobran vital importancia”.

7 Garay, “La ley 26.529...”, cit., p. 180.

8 El art. 17 de la ley 26.529 establece el principio de la unicidad de este documento: “La historia clínica tiene carácter único dentro de cada establecimiento asistencial público o privado, y debe identificar al paciente por medio de una ‘clave uniforme’, la que deberá ser comunicada al mismo”.

9 Ello así por cuanto, de acuerdo al art. 289, inc. b), del Código Civil y Comercial de la Nación, son instrumentos públicos los que extendieren los “funcionarios públicos con los requisitos que establecen”.

10 En este sentido, Kvitko, La peritación médico legal en la praxis médica, cit., p. 152 señala: “Contar con identificación del profesional a cargo y del momento en que se verifica determinada actuación, permite diferenciar a cada implicado de manera tal que los errores o accidentes ocurridos en el manejo de un paciente no deben ser imputados en forma solidaria a todos los médicos vinculados a su atención, sino a quien en el momento de ocurrir la cuestión sub examine se encontraba a cargo de la atención del paciente”.

11 Garay, “La ley 26.529...”, cit., p. 180.

12 Sostiene Kvitko, La peritación médico legal en la praxis médica, cit., p. 137: “No pocas veces nos encontramos con discontinuidad en la foliatura de las historias clínicas, pudiendo ello deberse a un error involuntario pero nunca se debe descartar que haya sido ‘arrancada’

o sustraída la foja faltante, en una burda maniobra con intención de ocultar un error u omisión de sumo interés en el esclarecimiento del caso durante la peritación dispuesta por el juez actuante. Lo mismo ocurre cuando ‘desaparecen’, argumentándose su extravío, informes de estudios, placas radiográficas, trazados electrocardiográficos, etc.”.

13 Cfr. Cornet, Manuel, “Valor de la historia clínica en los juicios de mala praxis médica”, en Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año académico 2007, p. 127.

14

Ibídem.

15 Garay, “La ley 26.529...”, cit., p. 182.

16 Cfr. Kvitko, La peritación médico legal en la praxis médica, cit., p. 132. Y, enseguida, el autor expresa: “la letra que usan los médicos la hacer sus anotaciones propias de una historia clínica es –la mayor parte de las veces– prácticamente indescifrable, imposible de leer, lo cual impide conocer y comprender lo que está consignado, por lo que se encuentra seriamente cuestionada su labor. Los jueces, los peritos, e inclusive los propios médicos, tienen que abocarse a realizar una ardua interpretación de los textos asentados, las más de las veces con resultado negativo, en lugar de poder leer las historias clínicas, con lo cual se asume el riesgo de que la interpretación no corresponda con exactitud al texto ni resulte ser el fiel reflejo de la conducta médica adoptada y que es motivo de cuestionamiento”.

17 No obstante ser esta la solución legal, cierta doctrina se ha mostrado crítica al respecto; entendiendo que lo más idóneo hubiese sido atribuir la titularidad del documento al establecimiento asistencial o médico particular; aunque reconociendo en el paciente la propiedad sobre los datos que en ella figuran. Esta última solución –se ha señalado– “parece ser la más lógica y funcional a los efectos de satisfacer los intereses de cada uno de los actores involucrados, puesto que si el derecho exige al galeno la guarda de la historia clínica por un período de tiempo determinado, a través de los medios que garanticen el real acceso a los datos por parte del paciente, no parece razonable otorgarle a este último la propiedad de la misma” (cfr. Aizenberg, Marisa – Roitman, Adriel J., “El nuevo régimen de titularidad y guarda de la historia clínica”, DFyP, 2010, mayo, p. 190).

18 Art. 232 CPPN; art. 211 CPP Córdoba.

19 Cfr. Cafferata Nores, José I., La prueba en el proceso penal, 2ª ed.

actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 168.

20 Cuando nos referimos en el texto al secuestro estamos aludiendo a aquel que se enmarca en una investigación penal y que, como tal, se encuentra regulado en las leyes de procedimiento criminal (v.gr. arts. 231, CPPN; 210, CPP Córdoba). Esto no significa que, en procesos por responsabilidad civil vinculados con daños a la vida o a la integridad corporal en razón de mala praxis médica que se ventilan en aquel fuero (civil) no pueda disponerse también del secuestro como instituto propio del derecho procesal civil. Por tal se entiende la medida, normalmente posterior al embargo (estado de indisponibilidad), con objetivos exclusivamente civiles (reparación del daño). Asimismo también se incluye dentro de este ámbito (secuestro civil) la medida preliminar que puede solicitar el actor de conformidad a las previsiones del art. 323 (y concordantes) del Código Procesal Civil de la Nación. Respecto de esta última cuestión, cfr. Kvitko, La peritación médico legal en la praxis médica, cit., pp. 196

y

ss.

21 Clariá Olmedo, Jorge A., Derecho procesal penal, ed. actualizada por J. E. Vázquez Rossi – Carlos A. Chiara Díaz – Jorge Montero, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998, t. 2, p. 205. La aclaración se impone porque conceptualmente el secuestro importa una limitación a los derechos de uso, goce o disposición de la propiedad, a través de la aprehensión o retención de una cosa por decisión de un órgano judicial y a disposición de una autoridad judicial durante en proceso penal, que puede tener por finalidades la acreditación o falsación de una hipótesis delictiva.

22 Cfr. Balcarce, Fabián I., en Gustavo Alberto Arocena – Fabián Ignacio Balcarce – José Daniel Cesano, Prueba en materia penal, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 201.

23 Esto, indudablemente, será lo más frecuente. Esto no significa, por ejemplo, que la medida sea tomada por la policía judicial. Sin embargo, por las características de este delito, normalmente su inicio se verifica ante una denuncia realizada en la fiscalía. Desde luego que también puede ser dispuesta por el tribunal de juicio o el juez correccional. Mas esto resulta poco probable que suceda porque, a ese estado del proceso, esta documental ya se encuentra secuestrada.

24 Art. 226 CPPN; art. 205 CPP Córdoba.

25 Cfr. Balcarce, en Arocena – Balcarce – Cesano, Prueba..., cit., p. 174.26 Cfr. Gutiérrez Barrenengoa, Ainhoa, “La historia clínica

como prueba en el proceso judicial por responsabilidad médica”, en Francisco Lledó Yagüe – Lorenzo Morillas Cueva (dirs.) – Óscar Monje Balmaseda (coord.), Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado), cit., p. 324.

27 Terragni, El delito culposo..., cit., p. 144.

28 Cfr. Carrillo Fabela, Luz María Reyna, La responsabilidad profesional del médico, 2ª ed., Porrúa, México, 1999, p. 73.

29 Maier, Derecho procesal penal, t. III, 2ª ed., Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 158.

30 Berizonce, Roberto Omar, “Control Judicial de la pericia científica”, en Revista de derecho procesal 2005 - 2 - Prueba - II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 167.

31 Maier, Derecho procesal..., cit., p. 158.

32 Arocena, Gustavo A., en Arocena – Balcarce – Cesano, Prueba..., cit., p. 345.

33 La doctrina señala que la posibilidad de apartamiento tiene que ser interpretada con criterio restrictivo (p. 346) y que resulta más bien excepcional (Maier, Derecho procesal..., cit., p. 159).

34 Maier, Derecho procesal..., cit., p. 160.

35 TSJ Córdoba, Sala Penal, sentencia n° 178, 30/7/10, in re “Sánchez, Luis Gerardo p.s.a. homicidio culposo –recurso de casación–” (expte. S, 25/09). De la misma opinión, TSJ Córdoba, Sala Penal, sentencia n° 294, 14/10/11, in re “Marino, Marcos José y otra p.ss.aa. homicidio culposo –recurso de casación–” (expte. M, n° 36/2010).

36 Cfr. Cafferata Nores, José Ignacio – Tarditti, Aída, con la colaboración de Arocena, Gustavo A., Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado, t. 1, Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 577.

37 Así, el TSJ Córdoba, Sala Penal, en la sentencia n° 178, 30/7/10, citada supra, ha señalado que “...ante la falta de autopsia en autos, tratándose de una causa en la que se reprocha al encartado justamente la muerte culposa de su paciente, no resulta ocioso remarcar que, la pericia anatómica no es el único medio de prueba para comprobar la causa de la muerte, la cual puede acreditarse a través de cualquier medio de prueba (...). Ello es así por cuanto, en el contexto signado por el principio de libertad probatoria (CPP, art. 192) la no realización de la autopsia no resulta, en términos generales, un

obstáculo insalvable para establecer certeramente las causas de una muerte. Ello así por cuanto, como ha señalado reiteradamente esta Sala, en virtud de dicho principio, todos los hechos y objetos del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba (...), salvo ‘...las excepciones previstas por las leyes...’. Por lo tanto, como regla, la única exigencia probatoria ritual se circunscribirá a la valoración de los elementos de prueba con arreglo a las reglas de la sana crítica racional (art. 193 CPP)”.

38 Cfr. Verdú Pascual, F. A., “La autopsia en casos de mala praxis”, Cuadernos de Medicina Forense, nº 27 – enero 2002, Asociación de Médicos Forenses de Andalucía, Málaga, p. 6.

39 Seguimos aquí a Verdú Pascual, “La autopsia en casos de mala praxis”, cit., p. 7.

40 La autopsia clínica puede ser caracterizada como el conjunto de actos científico-técnicos que contribuyen en la investigación de muertes en las que el estudio clínico no ha sido suficiente para establecer el diagnóstico de la enfermedad causante. La autopsia médico-legal, por su parte, es susceptible de ser definida como el conjunto de actos científico-técnicos que contribuyen a la investigación judicial de los procedimientos incoados a consecuencia de: muertes violentas o sospechosas de criminalidad, muertes en las que no se ha expedido el certificado de defunción o aquellas en que se reclame una responsabilidad profesional sanitaria. Por tanto, la autopsia médico-legal no se parece a las practicadas en los hospitales. Difiere por su objeto y su técnica.

41 Cfr. Verdú Pascual, “La autopsia en casos de mala praxis”, cit., p. 8.

42 Cfr. Aso Escario, J., “Líneas guía en autopsias por sospecha de mala praxis asistencial”, Cuadernos de Medicina Forense, 2011, vol. 17, n. 4, Asociación de Médicos Forenses de Andalucía, Málaga, p 163.

43 Ídem, p. 165.

44 Cfr. Romero Palanco, J. L., “La pericia médico-legal en los casos de responsabilidad médica”, Cuadernos de Medicina Forense nº 27 - enero 2002, Asociación de Médicos Forenses de Andalucía, Málaga, pp. 22-26.

45 Cfr. Navarro-Sandoval, Cleyber; Arones-Guevara, Shermamy; Carrera-Palao, Rosa; Casana-Jara, Kelly y Colque-Jaliri, Tomasa, “Estudio de las denuncias penales por responsabilidad profesional

médica en el Instituto de Medicina Legal de Lima, Perú”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, julio-septiembre 2013, vol. 30, n° 3, p. 412.

46 En rigor –y por eso utilizamos la expresión “también”–, el test Daubert está dirigido especialmente a los jueces, como estándar de admisibilidad de una teoría científica. La sentencia Daubert “supone un llamamiento a los jueces para que miren más críticamente las pruebas científicas” (cfr. Gascón Abellán, Marina, “Prueba científica. Un mapa de retos”, en Carmen Vázquez (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 193). Indudablemente nada impide que estos estándares puedan extenderse a los peritos al momento de fundar su informe y como medio de autocontrol de la calidad científica de su propia argumentación.

47 Cfr. Aso Escario, J., “Bioética de la actividad pericial médica”, *Cuadernos de Medicina Forense*, 15(56), abril 2009, Asociación de Médicos Forenses de Andalucía, Málaga, p. 108.

48 Romero Palanco, “La pericia médico-legal...”, cit., p. 24.

Bibliografía

Aboso, Gustavo Eduardo, “Aspectos esenciales de la coautoría funcional y sus consecuencias dogmáticas”, Revista de Derecho Penal, Autoría y participación – I, 2005-1, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005.

– Código penal de la República Argentina. Comentado, concordado con jurisprudencia, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011.

Abraldes, Sandro, Delito imprudente y principio de confianza, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010.

Adriasola, Gabriel, La imputación de la negligencia, omisión de asistencia y abandono del paciente en la empresa médica, Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2011.

Aizenberg, Marisa – Roitman, Adriel J., “El nuevo régimen de titularidad y guarda de la historia clínica”, Revista de Derecho de familia y de las personas, La Ley, Buenos Aires, año 2, nº 4, mayo de 2010.

Akida, M., La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1994.

Argnani, Paula Inés, Responsabilidad penal del médico, Astrea, Buenos Aires, 2013.

Arocena, Gustavo Alberto – Balcarce, Fabián Ignacio – Cesano, José Daniel, Prueba en materia penal, Astrea, Buenos Aires, 2009.

– Metodología de las Ciencias Penales, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

Aso Escario, J., “Bioética de la actividad pericial médica”, Cuadernos de Medicina Forense, 15(56), Asociación de Médicos Forenses de Andalucía, Málaga, abril 2009.

– “Líneas guía en autopsias por sospecha de mala praxis asistencial”, Cuadernos de Medicina Forense, vol. 17, nº 4, Asociación de Médicos Forenses de Andalucía, 2011.

Bacigalupo, Enrique, Lineamientos de la teoría del delito, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1986.

– Derecho Penal. Parte general, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

Balcarce, Fabián I., La relación de causalidad en la doctrina penal argentina, Francisco Ferreyra Editor, Córdoba, 1998.

– Introducción a la Parte Especial del Derecho Penal. Su vinculación con la Parte General, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2009.

– “Introducción al estudio de la Parte Especial del Derecho Penal”, en Gustavo A. Arocena – Fabián I. Balcarce, Teoría y práctica de la Parte Especial del Derecho Penal, Lerner Editora, Córdoba, 2011.

Barberá de Riso, María Cristina (dir.) – Sánchez Gavier, Santiago – Pacheco, Natalia Carolina (coords.), Teoría de la imputación objetiva en nuestra jurisprudencia, Ateneo de Derecho Penal – Cuaderno n° 1, Advocatus, Córdoba, 2009.

Barragán, Gonzalo M., Responsabilidad profesional del médico, Isonomía, n° 8, Distribuciones Fontamara, México, 1998.

Barreiro, Agustín Jorge, El consentimiento informado del paciente y su relevancia jurídico penal, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año VII, n° 12, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

Batista González, M^a Paz, “La responsabilidad penal de los órganos de la empresa”, en Enrique Bacigalupo (dir.), Derecho penal económico, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

Benavente Chorres, Hesbert, La omisión: Concepto e imputación objetiva, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 2006.

Berizonco, Roberto Omar, “Control Judicial de la pericia científica”, en Revista de derecho procesal 2005 - 2 - Prueba - II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

Bernate Ochoa, Francisco, “Responsabilidad penal médica, trabajo en equipo y principio de confianza”, Prolegómenos: derechos y valores, vol. XI, n° 21, enero – junio de 2008.

– Imputación objetiva y responsabilidad penal médica, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

Blanco Pérez-Rubio, Lourdes, La carga de la prueba por omisión de información al paciente, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Boretto, Mauricio, “Responsabilidad civil de los administradores de la empresa médica”, Revista de Derecho comercial y de las obligaciones, año 41, 2008-A, Depalma, Buenos Aires.

Bostiancic, María Carla – Luján, Paola Elizabeth, “Los delitos de ayuda al suicidio y homicidio piadoso en el anteproyecto de reforma del Código Penal Argentino”, publicado en ELDial.com, edición del 18 de diciembre de 2006, año IX (versión electrónica).

Buján, Javier A. - De Langhe, Marcela V., Tratado de los delitos, t. 1, Delitos contra las personas, Ábaco, Buenos Aires, 1998.

Bustos Ramírez, Juan, El delito culposo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.

Bustos Ramírez, Juan – Larrauri, Elena, La imputación objetiva, Temis, Bogotá, 1998.

Caeiro, Tomás Francisco, “El proceso de información y consentimiento en la práctica médica”, en Escritos: Sobre el hacer y el pensar de los médicos y de las instituciones médicas, Alción Editora, Córdoba, 2015.

Cafferata Nores, José I., La prueba en el proceso penal, 2ª ed. actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1994.

Cafferata Nores, José Ignacio – Tarditti, Aída, con la colaboración de Arocena, Gustavo A., Código procesal penal de la Provincia de Córdoba comentado, t. 1, Mediterránea, Córdoba, 2003.

Cancio Meliá, Manuel, “Reflexiones sobre la ‘víctimodogmática’ en la Teoría del Delito”, Nueva Doctrina Penal, 1997/B.

– “La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima. ‘Imputación a la víctima’”, Cuadernos de conferencias y artículos n° 19, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.

– “La fundamentación normativa de la tipicidad en el nuevo sistema del derecho penal”, en AA.VV., Un nuevo sistema del derecho penal: Consideraciones sobre la Teoría de la Imputación de Günther Jakobs, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Carrillo Fabela, Luz María Reyna, La responsabilidad profesional del médico, 2ª ed., Porrúa, México, 1999.

Castaño de Restrepo, María Patricia, El consentimiento informado del paciente en la responsabilidad médica, Temis, Bogotá, 1997.

Clariá Olmedo, Jorge A., Derecho procesal penal, t. 2, ed. actualizada por J. E. Vázquez Rossi – Carlos A. Chiara Díaz – Jorge Montero, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

Cerezo Mir, José, Curso de Derecho Penal Español. Parte general, t. III, Tecnos, Madrid, 1998.

Cesano, José Daniel, “Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica”, Marcelo J. López Mesa (dir.), Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria, Legis-Ubijus, Buenos Aires, 2007.

– “La imputación penal en el ámbito de la empresa y las estructuras omisivas: bases para su análisis”, en Universitas. Revista de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá, n° 119, julio – diciembre, 2009.

– Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica. Análisis dogmático de las figuras delictivas. Aspectos probatorios. Relaciones entre la acción civil y penal, Lerner Editora, Córdoba, 2012.

– Aspectos penales de la imprudencia médica, Lerner Editora, Córdoba, 2016.

– “Problemas del consentimiento en los delitos imprudentes por mala praxis médica”, en Fabián I. Balcarce (dir.), Derecho penal y sociedad de rendimiento. Libro Homenaje al Prof. Ernesto J. Gavier, Lerner, Córdoba, 2016.

Cesano, José Daniel – Comuñez, Miguel Fernando, Homicidio y lesiones imprudentes en el tránsito vehicular, Hammurabi, Buenos Aires, 2015.

Conti, Jesús Néstor, “Delito de instigación y ayuda al suicidio (C.P., 83)”, en Juan Alberto Ferrara (dir.) – Alexis Leonel Simaz (coord.), Temas de Derecho Penal Argentino, La Ley, Buenos Aires, 2006.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu, El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

Cordeiro, Hésio, “Empresas médicas: bases teóricas para el estudio de las transformaciones capitalistas de las prácticas médicas”, Estudios Sociológicos, vol. 2, nº 5/6, Salud, Estado y Sociedad (mayo/diciembre, 1984), El Colegio de México, México.

Cornet, Manuel, “Valor de la historia clínica en los juicios de mala praxis médica”, en Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, año académico 2007.

Cortés, Ana María, “El consentimiento o negativa del menor al acto médico. Capacidad y posibilidad de consentir”, en Academia Nacional de Derecho de Córdoba, Instituto de Ciencias Penales, Cuadernos de Derecho Penal, nº 2, julio de 2016.

Cortés de Arabia, Ana María, “Algunos conceptos de la problemática penal aplicables a la actividad curativa”, en Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001.

Costa, María Noel, “Problemas dogmáticos actuales en los delitos de omisión. Los delitos de comisión por omisión y el principio de legalidad penal frente a su regulación en el Código penal argentino”, Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Nueva serie, n° 3, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Lerner, Córdoba, 2000.

Crovi, Luis Daniel, “El deber de informar al paciente. Origen, contenido y régimen legal”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, año 2010 – 3, Derechos del paciente, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Cumplido, Manuel J., Consentimiento informado, Mediterránea, Córdoba, 2005.

Chaia, Rubén A., Responsabilidad penal médica, Hammurabi, Buenos Aires, 2006.

D’Alessio, Andrés J. – Divito, Mauro A., Código penal. Comentado y anotado. Parte Especial, La Ley, Buenos Aires, 2004.

De la Fuente, Javier Esteban – Salduna, Mariana, “Tendencias actuales de la legislación y jurisprudencia argentinas sobre Derecho penal médico”, en Romeo Casabona, Carlos María, El médico y el Derecho penal, t. II, vol. 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011.

De la Rúa, Jorge, Código Penal Argentino. Parte general, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997.

Domínguez Henaín, Daniel, “Participación en el hecho culposo y participación culposa”, en Revista de Derecho penal. Autoría y participación –I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005.

Donna, Edgardo Alberto, El delito imprudente, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2012.

Esquinas Valverde, Patricia, El delito de denegación de asistencia sanitaria o abandono de los servicios sanitarios. El artículo 196 del Código Penal, Comares, Granada, 2006.

Eser, Albin – Burkhardt, Björn, Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias, Colex, Madrid, 1995.

Eser, Albin, “Límites del deber de tratamiento médico desde el punto de vista jurídico”, en Nuevos horizontes en la ciencia penal, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999.

– “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica”, en Nuevos horizontes en la ciencia penal, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1999.

Ferro, Alejandro H., “La omisión en la práctica médica”, LL, 2016-F.

Fejoo, Bernardo, Resultado lesivo e imprudencia, coedición Universidad Externado de Colombia y J. M. Bosch Editor, Bogotá, 2003.

Ferrante, Marcelo, “Una introducción a la teoría de la imputación objetiva”, en AA.VV., Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.

Ferrerres, Alberto R., El consentimiento informado en la práctica quirúrgica, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

Fierro, Guillermo J., Causalidad e imputación, Astrea, Buenos Aires, 2002.

Frisch, Wolfgang, Tipo penal e imputación objetiva, Colex, Madrid, 1995.

Frister, Helmut, Derecho penal. Parte general, Hammurabi, Buenos Aires, 2011.

Garay, Oscar E., Código de Derecho médico. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

– Código de ética de los médicos. Comentario ético, bioético y jurídico. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

– “La ley 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud”, Revista de Derecho de familia y de las personas, La Ley nº 1, año 2, ene.-feb. 2010.

Gascón Abellán, Marina, “Prueba científica. Un mapa de retos”, en Carmen Vázquez (ed.), Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica, Marcial Pons, Madrid, 2013.

Gavara de Cara, Juan Carlos, Derechos fundamentales y desarrollo legislativo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Gimbernat Ordeig, Enrique, La causalidad en la omisión impropia y la llamada “omisión por comisión”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

– El comportamiento alternativo conforme a derecho. De la causalidad a la imputación objetiva, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017.

Gómez, J., “La Medicina Interna: situación actual y nuevos horizontes”, Anales de Medicina Interna, vol. 21, nº 6, Madrid, jun. 2004.

Gómez Pavón, Pilar, Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, 3ª ed., Bosch, Madrid, 2013.

Gómez Rivero, Mª del Carmen, La responsabilidad penal del médico, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

Goransky, Mirna, “Criterios jurisprudenciales en el ámbito de la imprudencia de la actividad médica”, en Julio B. J. Maier (comp.), Cuestiones particulares de la imprudencia en el Derecho Penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Gutiérrez Barrenengoa, Ainhoa, “La historia clínica como prueba en el proceso judicial por responsabilidad médica”, en Francisco Lledó Yagüe – Lorenzo Morillas Cueva (dirs.) – Óscar Monje Balmaseda (coord.), Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado), Dykinson, Madrid, 2012.

Hairabedián, Maximiliano – Gorgas, Milagros – Carot, Jeremías, Jurisprudencia penal de la Corte suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de justicia de Córdoba. Aspectos constitucionales, sustanciales, procesales y de la minoridad, 3ª ed. ampliada y actualizada, Mediterránea, Córdoba, 2015.

Hava García, Esther, La imprudencia médica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

– “Responsabilidad penal por mala praxis médica. La determinación del cuidado exigible al personal sanitario”, en Revista de Derecho Penal. Delitos culposos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002-1.

Hernández, Héctor. “El problema de la ‘causalidad general’ en el derecho penal chileno (con ocasión del art. 232 del Anteproyecto de Nuevo Código Penal)”, Política criminal, nº 1, 2006. A7, p. 9 (Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/n_01/pdf_01/a_7.pdf).

Hernández Gil, Ángel, Responsabilidad por malpraxis médica: análisis del problema a través del análisis de encuestas a Colegios Oficiales de Médicos y Abogados, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, 2005.

Highton, Elena I. - Wierzba, Sandra M., La relación médico-paciente: El consentimiento informado, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

Jaramillo J., Carlos Ignacio, “Pervivencia de la culpa en el ámbito de la responsabilidad civil médica. La fuerza de una tradición convertida en realidad”, en AA.VV., Realidades y tendencias del Derecho en el siglo XXI, t. IV, vol. 2, Pontificia Universidad Javeriana-Temis, Bogotá, 2010.

Jescheck, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte general, 4ª ed., Comares, Granada, 1993.

Kvitko, Luis A., La peritación médico legal en la praxis médica, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2008.

Larguier, Jean, Droit pénal général, 15ª ed., Dalloz, 1995.

López Barja de Quiroga, Jacobo, “El delito imprudente en el Código Penal Español de 1995”, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año 3, n° 4/5, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

López Díaz, Claudia, Introducción a la imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Centro de investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios n° 5, Bogotá, 1996.

Lorenzetti, Ricardo Luis, La empresa médica, Rubinzal-Culzoni Ediciones, Santa Fe, 1998.

Luna, Florencia, Ensayos de bioética. Reflexiones desde el Sur, Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Distribuciones Fontamara, México, 2001.

Lupi, José L. – Divito, José L. – Poggi, Carlos F. L., “Oblito. Incidente desafortunado en la intervención quirúrgica”, en Revista de Derecho Penal y procesal Penal, n° 12/2006, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.

Maier, Julio B. J., Derecho procesal penal, t. III, 2ª ed., Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2011.

Malo Camacho, Gustavo, Derecho penal mexicano, Porrúa, México, 1997.

Mantovani, Ferrando, “El problema jurídico de la eutanasia”, en C. Roxin – F. Mantovani – J. Barquín – M. Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Comares, Granada, 2001.

Martínez Lazcano, Marco, “La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico”, Polit. crim. vol. 6, n° 12 (diciembre 2011).

Maurach, Reinhart – Zipf, Heinz, Derecho penal. Parte general, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1994.

Mir Puig, Santiago, Derecho Penal. Parte general, 5ª ed., Reppertor-Tecfoto, Barcelona, 1998.

Mayo, Jorge A., “Derechos y deberes del médico en la ley 26.529”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, año 2010 – 3, Derechos del paciente, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

Meincke, María José, La mala praxis médica. Relaciones entre ética, derecho y medicina. Consecuencias penales e imputación objetiva, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

Molina, Gonzalo Javier, Delitos de omisión impropia, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014.

Montanelli, Norberto, Responsabilidad criminal médica, García Alonso, Buenos Aires, 2005.

Montano, Pedro J., “La responsabilidad de médicos y científicos ante las nuevas tecnologías biogenéticas”, en Silva Sánchez, J. M. (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

Moreno Hernández, Moisés, “El deber de secreto del profesional”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), Responsabilidad penal y civil de los profesionales, XXII Coloquio de Derecho Europeo, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1993.

Muñoz Conde, Francisco J., Teoría general del delito, 2ª ed., Temis, Bogotá, 1999.

– Introducción al Derecho penal, 2ª ed., BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2001.

Navarro-Sandoval, Cleyber - Arones-Guevara, Shermany - Carrera-Palao, Rosa - Casana-Jara, Kelly - Colque-Jaliri, Tomasa, “Estudio de las denuncias penales por responsabilidad profesional médica en el Instituto de Medicina Legal de Lima, Perú”, Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública, julio-septiembre, vol. 30, nº 3, Lima, 2013.

Núñez Paz, Miguel Ángel, “El concepto de eutanasia en el Derecho positivo español. Discusión tradicional y problemas actuales”, en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio – Sanz Mulas, Nieves (coords.), Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública, Comares, Granada, 2005.

Paillas, Enrique, Responsabilidad médica, 3ª ed. actualizada, Jurídica Conosur, Santiago, 1999.

Perdomo Torres, Jorge Fernando, La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, Universidad de Externado, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2001.

– El delito de comisión por omisión en el nuevo Código Penal colombiano, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones del Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Bogotá, 2001.

Pérez Barberá, Gabriel, Causalidad, resultado y determinación, Ad-hoc, Buenos Aires, 2006.

Pérez Cepeda, Ana Isabel, “Las víctimas ante el Derecho Penal. Especial referencia a las vías formales e informales de reparación y mediación”, en Luis Arroyo Zapatero – Ignacio Berdugo Gómez de la Torre (dirs.), Libro homenaje a Marino Barbero Santos “In memoriam”, vol. I, Ediciones Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2001.

Pérez Triviño, José Luis, “Testigos de Jehová: entre la autonomía del paciente y el paternalismo justificado”, en InDret 2/2010.

Pérgola, Federico M., “La relación entre el médico y su paciente en la era electrónica”, disponible en: www.ciencias.org.ar.

Pierangeli, José Enrique, El consentimiento del ofendido. Una teoría del delito, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 1998.

Retamales P., Avelino, “Autonomía del paciente: Los Testigos de Jehová y la elección de alternativas a la transfusión”, Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología, 2006; 71 (4).

Reyes Alvarado, Yesid, Imputación objetiva, Temis, Bogotá, 1996.

Richard, Efraín Hugo, Relaciones de organización. Sistema societario, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2007.

Righi, Esteban, “La revalorización del consentimiento en la relación médico-paciente”, Nueva doctrina penal, 1997/B, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

– Derecho penal. Parte general, LexisNexis, Buenos Aires, 2007.

Rivera López, Eduardo, Problemas de vida o muerte, Marcial Pons, Madrid, 2011.

Rodríguez Jordán, Marcelo, Mala praxis médica: responsabilidad penal, civil y administrativa, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

Rodríguez Vazquez, Virgilio, Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, coedición Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, Madrid, 2012.

Romeo Casabona, Carlos María, “La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional”, en Revista de Derecho Penal. Delitos culposos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002-2.

– Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo, Comares, Granada, 2005.

– El médico y el derecho penal, ts. I y II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011,

Romero Palanco, J. L., “La pericia médico-legal en los casos de responsabilidad médica”, Cuadernos de Medicina Forense n° 27, enero 2002, Asociación de Médicos Forenses de Andalucía, Málaga.

Roxin, Claus, Derecho procesal penal, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2000.

– “Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia”, en C. Roxin – F. Mantovani – J. Barquín – M. Olmedo, Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal, Comares, Granada, 2001.

Rudolphi, Hans-Joachim, Causalidad e imputación objetiva, Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, Colección de Estudios n° 13, Bogotá, 1998.

Rusconi, Maximiliano A., La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, año 2, n° 3, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

– Derecho penal. Parte general, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.

Sáinz-Cantero Caparrós, José E., “Consideraciones sobre el deber de información en el marco de la actividad sanitaria”, Francisco Lledó Yagüe – Lorenzo Morillas Cueva (dirs.) – Óscar Monje Balmaseda (coord.), Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (El contenido reparador del consentimiento informado), Dykinson, Madrid, 2012.

Sancinetti, Marcelo, Dogmática del hecho punible y ley penal, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

Schiopetto, Santiago, “Ley 22.990. Ley de sangre”, en D’Alessio, José Andrés (dir.) Divito, Mauro A. (coord.), Código penal de la Nación. Comentado y anotado, 2ª ed. actualizada y ampliada, t. III, La Ley, Buenos Aires, 2010.

Schünemann, Bernd, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal”, en El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario, Tecnos, Madrid, 1991.

Silva, Daniel H., “Autonomía, integridad y voluntad en la toma de decisiones en la praxis asistencial”, Anales de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, t. XLIX, 2015.

Silva Sánchez, Jesús-María, “Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo”, DS, vol. 2, enero-diciembre 1994.

– “Victimología y Derecho Penal. Introducción a la ‘víctimodogmática’”, en Perspectivas sobre la política criminal moderna, Ábaco, Buenos Aires 1998.

– Medicinas alternativas e imprudencia médica, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

– “La responsabilidad penal por contagio hospitalario”, DS vol. 8, n° 1, enero-junio 2000.

– Instituciones de Derecho penal, Ángel Editor, México, 2001.

– Libertad de terapia y responsabilidad penal del médico, Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año VII, n° 12, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

Sola Reche, Esteban – Hernández Plasencia, José Luis – Romeo Casabona, Carlos María, “La responsabilidad profesional del médico en el Derecho español”, en Carlos María Romeo Casabona (ed.), Responsabilidad penal y civil de los profesionales, XXII Coloquio de Derecho Europeo, Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1993.

Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, t. I, TEA, Buenos Aires, 1987.

Stratenwerth, Günter, Derecho Penal, Parte general, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1982.

Suárez González, Carlos - Cancio Meliá, Manuel, “Estudio preliminar” a la obra de Günther Jakobs, La imputación objetiva en derecho penal, Civitas, Madrid, 1996.

Terragni, Marco A. Culpabilidad penal y responsabilidad civil, Hammurabi, Buenos Aires, 1981.

– El delito culposo, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

– “Autoría e intervención de terceros en el delito culposo”, en Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin, Lerner, Córdoba, 2001.

– El delito culposo en la praxis médica, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

– Autor, partícipe y víctima en el delito culposo. Criterios para la imputación del resultado, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2008.

Valenti, Eduardo A., “Guía de prociencia de cordón”, Revista del Hospital materno infantil Ramón Sardá, vol. 27, nº 4, Buenos Aires, 2008.

Vargas Pinto, Tatiana, “La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal”, Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte, Sección: Estudios, año 17, nº 2, 2010.

Verdú Pascual, F. A., “La autopsia en casos de mala praxis”, Cuadernos de Medicina Forense, n° 27, enero 2002, Asociación de Médicos Forenses de Andalucía, Málaga.

Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Ediciones Jurídica de Chile, Santiago, 1976.

Wessels, Johannes, Derecho Penal. Parte General, Depalma, Buenos Aires, 1980.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Consentimiento y lesión quirúrgica, Jurisprudencia Argentina, Doctrina, Serie contemporánea, 1973.

Zaffaroni, Eugenio Raúl – Alagia, Alejandro – Slokar, Alejandro, Derecho Penal. Parte general, Ediar, Buenos Aires, 2000.