
DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

Revista Internacional

La predicción del crimen: de Lombroso al 'Big Data'

Luis Alberto Gómez Castrillón

Los 'Ismos' de la globalización penal

María Luisa Maqueda Abreu

**Diagnóstico, tratamiento médico y mala praxis.
Reflexiones a partir de la legislación argentina**

José Daniel Cesano

**Genocidio: ¿Un concepto ambiguo? Un análisis
a partir de los casos de Colombia y de Camboya**

Farid Samir Benavides Vanegas

69

ISSN 1692-1682
Octubre - Diciembre 2019
Bogotá, Colombia

legis


DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

Revista Internacional

69 Octubre - Diciembre 2019
ISSN 1692-1682
Bogotá, Colombia

legis


DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

Revista Internacional

Consejo Editorial: Claus Roxin / Günther Jakobs / Kai Ambos / Jesús María Silva Sánchez / Manuel Cancio Meliá / Marcelo A. Sancinetti / Carlos J. Suárez / José Luis De la Cuesta / Tony Peters (†) / Rafaele Di Giorgi / Elías Neuman (†) / Ana Messuti / Antonio Beristain (†) / Luis Niño / María Asunción Moreno Castillo / Ricardo Ángel Basílico

Comité Editorial: Fernando E. Arboleda Ripoll / Francisco Bernate Ochoa / Paula Cadavid Londoño / Ricardo Calvete Rangel / Jaime Camacho Flórez / Jaime E. Granados Peña / Wilson A. Martínez Sánchez / Juan Carlos Prías Bernal / Yesid Reyes Alvarado / Julio A. Sampedro Arrubla / Francisco J. Sintura Varela / William F. Torres Tópaga

Director: Diego Montoya Vacadéz

Diseño: Mauricio Arandía C.

Diseño de carátula: Daniel Ahumada R.

Diagramación: Prerensa Editorial

Corrección de estilo: Corrección Editorial

ISSN: 1692-1682

© Derechos reservados a favor de Legis Editores S.A.

© Copyright. Legis Editores S.A.



FUNDADORES

Tito Livio Caldas (1922 - 2016)
Alberto Silva - Miguel Enrique Caldas

Junta Directiva: Andrés Caldas Rico, Rubén Darío Lizarralde Montoya, Diego Vélez Montes, Diego Jara Pinzón, Miguel Mcallister Reyes, Hugo Díaz Báez, José Fernando Torres Varela, María Alejandra Peñalosa Arguijo, Jorge Villalobos Salcedo, Martín Ramos Vegalara

Gerente General: José Antonio Currea Díaz

Directora Editorial: Martha Penen Lastra

VENTAS Y RENOVACIONES

Bogotá, D.C. Dorado: Av. Cl. 26 N° 82-70.
Tels.: 425 5255 Exts. 1415-1399. Cel.: 311 5617580
www.legis.com.co

Barranquilla. Prado: Cra. 53 N° 75-143.
Tels.: 360 4409. Cel.: 311 5619287
E-mail: barranquilla@legis.com.co

Bucaramanga. Cl. 36 N° 13-55 barrio El Centro.
Tels.: 630 0273 - 642 6475
E-mail: bucamaramanga@legis.com.co

Cali. Centro Cali: Cra. 6ª N° 11-02.
Tels.: 880 5898 - 881 0547. Cel.: 311 5617590
E-mail: cali@legis.com.co

Cartagena. Cl. Del Cuartel Cra. 5 N° 36-31.
Tels.: 664 9787 - 664 1695 - 664 2342
Cel.: 311 5617333
E-mail: cartagena@legis.com.co

Ibagué. Cra. 5ª N° 38-56. Centro Comercial Quinta Avenida Local 7. Tels.: 266 7000 - 264 6176
Cel.: 311 5617507
E-mail: ibapos@legis.com.co

Medellín. Sucre: Cra. 47 N° 50-54.
Tels.: 511 5851 - 231 4804. Cel.: 311 5617494
E-mail: medellinpos@legis.com.co

Pasto. Cl. 19 N° 25-77 Ed. Manhattan Piso 1 Local 4.
Tels.: 723 6888 - 729 2165. Cel.: 311 5617571
E-mail: pasto@legis.com.co

Pereira. Centro Comercial Alcides Arévalo Local 106.
Cra. 19 N° 6-48. Tels.: 335 7801 - 316 7070
Cel.: 311 5617520
E-mail: pereirapunto@legis.com.co

Tunja. Centro Comercial Plaza Real Local 120.
Tels.: 740 4285 - 743 0641
Cel.: 311 5619321
E-mail: tunja@legis.com.co

Villavicencio. Cra. 32 N° 38-51
Centro Comercial Galerón Local 102.
Tels.: 662 8512 - 662 8502. Cel.: 311 5617634
E-mail: villavicencio@legis.com.co

Anualidad. La suscripción comprende 4 números al año para formar un tomo.

Suscripción. Esta revista se vende por suscripción anual, contados cuatro números desde cualquier mes del año.

Reemplazo de números extraviados. Esta es una publicación trimestral. Si su ejemplar no le ha llegado antes del siguiente número, solicítelo sin costo alguno.

Las colaboraciones publicadas no comprometen la responsabilidad de la Revista. Las opiniones expresadas pertenecen exclusivamente a sus autores.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio digital, reprográfico, mecánico, magnético, electrónico o digital, o por cualquier sistema de almacenamiento y recuperación informática y en general por cualquier otro medio conocido o por conocer, sin la autorización previa y expresa de Legis Editores S.A.

Índice

5 **La predicción del crimen:
de Lombroso al 'Big Data'**
Luis Alberto Gómez Castrillón

35 **Los 'Ismos' de la globalización penal**
María Luisa Maqueda Abreu

75 **Diagnóstico, tratamiento médico
y mala praxis. Reflexiones a partir
de la legislación argentina**
José Daniel Cesano

99 **Genocidio: ¿Un concepto ambiguo?
Un análisis a partir de los casos de Colombia
y de Camboya**
Farid Samir Benavides Vanegas

151 **NOVEDADES JURISPRUDENCIALES**

173 **WEB PEN@L**

175 **TWITTER PEN@L**

177 **OBRAS Y AUTORES**

La Dirección de la Revista invita cordialmente a los lectores a enviarnos sus opiniones y sugerencias sobre esta publicación a la siguiente dirección electrónica:
diego.montoya@legis.com.co

Diagnóstico, tratamiento médico y mala praxis. Reflexiones a partir de la legislación argentina

José Daniel Cesano

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (U.N. de Córdoba).
Miembro de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
(Argentina)

Sumario

El presente trabajo se propone analizar los principales problemas dogmático-jurídicos que presenta, en la actividad médica, la actividad de diagnóstico y de tratamiento, en supuestos en que se investiga una probable responsabilidad penal del facultativo por mala praxis.

Temas relacionados

Diagnóstico; Tratamiento médico; Responsabilidad penal; mala praxis; error.

Introducción

Dentro de la actividad médica una de las situaciones que, con más frecuencia suele juzgarse a los facultativos intervinientes respecto de su actividad, se vincula con la diagnosis y el tratamiento frente a patologías que pueden presentar los pacientes. El tema presenta aristas de cierta autonomía que, a nuestro juicio, permiten su tratamiento independiente. En este trabajo nuestro propósito es analizar estas tareas del médico, tomando para ello, como fuente de referencia normativa, la legislación argentina; aun cuando, en algunos casos, también ilustraremos nuestra argumentación a partir de perspectivas provenientes tanto de doctrina, jurisprudencia y normativa extranjera.

El diagnóstico

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 (...)”⁽¹⁾. 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”⁽²⁾.

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 terceros⁽³⁾. 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

(1) Terragni, Marco Antoni. *El delito culposo en la praxis médica*. Santa Fe, 2003, p. 111.

(2) Bernate Ochoa, Francisco. *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2010, p. 111.

(3) Chaia, Rubén A. *Responsabilidad penal médica*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2006, p. 183.

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”⁽⁴⁾.

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 ese 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”⁽⁵⁾.

¿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 el 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 biológicos⁽⁶⁾.

(4) Terragni, Marco Antoni. *El delito culposo en la praxis médica*. Santa Fe, 2003, p. 113.

(5) Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Madrid: Ed. Bosch, 2013, p. 76.

(6) El concepto es una reformulación del que realizara Crespi, Alberto. *La responsabilidad penal del tratamiento médico-chirúrgico con esito infausto*. Palermo: Priulla, 1955, p. 6. Por su parte, Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Madrid: Ed. Bosch, 2013, p. 82, señala que la expresión “tratamiento médico”, “engloba una serie de actividades médicas, tendentes 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”.

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”⁽⁷⁾; y, en segundo lugar, que el tratamiento “sea indicado para el fin curativo”⁽⁸⁾. 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*’”⁽⁹⁾.

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”⁽¹⁰⁾. 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 parte del profesional, de la prescripción del tratamiento, “pues sólo así es posible el avance en el sector”⁽¹¹⁾.

Este principio, en el caso del sistema jurídico argentino, tiene reconocimiento en el Código de Ética. En tal sentido, el artículo 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”⁽¹²⁾.

(7) Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Madrid: Ed. Bosch, 2013, p. 79.

(8) Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Madrid: Ed. Bosch, 2013, p. 79.

(9) Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Madrid: Ed. Bosch, 2013, p. 79. 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’”.

(10) Akida, Mohamed. *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1994, p. 128.

(11) Romeo Casabona, Carlos María. *La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional*. En: *Revista de Derecho Penal. Delitos culposos*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni, 2002, p. 25.

(12) 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 que: “*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*”.

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 alguno⁽¹³⁾; aun cuando el procedimiento escogido no produzca el resultado esperado. En sintonía con lo dicho, la Corte de Besançon ha afirmado —con meridiana claridad— que: “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”⁽¹⁴⁾.

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, etcétera. Ciertamente, tal conocimiento, en no pocas ocasiones, no es perfecto por cuanto diversos factores pueden incidir sobre él; tiñendo su alcance con imprecisiones (por ejemplo, reacciones inesperadas del paciente)⁽¹⁵⁾.

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 artículo 20, inciso 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”⁽¹⁶⁾.

(13) Akida, Mohamed. *La responsabilité pénale des médecins du chef d’homicide et de blessures par imprudence*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1994, p. 129.

(14) *Ibíd.*, p. 129.

(15) *Ibíd.*, p. 129.

(16) En similar dirección, el Código de Ética Médica de Colombia preceptúa, en su artículo 12, que: El médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

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 científica⁽¹⁷⁾. 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 desfavorables⁽¹⁸⁾. Se trata de procedimientos que, todavía, no están estandarizados⁽¹⁹⁾. El primer recaudo que habrá de exigirse para estos casos es el necesario consentimiento informado por parte 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 Esser, 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 a 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”⁽²⁰⁾. 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

(17) Así, Garay, Oscar E. *Código de Derecho médico. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia*. Buenos Aires: Ed. Ad – Hoc, 1999, p. 218. En igual dirección se pronuncia Feijóo, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y J.M. Bosch Editor, 2003, 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”.

(18) Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Madrid: Ed. Bosch, 2013, p. 81.

(19) Esser, Albin. *Nuevos horizontes en la ciencia penal*. Bs. As.: Editorial de Belgrano, 1999, p. 49.

(20) *Ibíd.*, p. 49.

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”⁽²¹⁾.

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 en que se inclinan la mayoría de sus colegas o por el defendido por la escuela dominante en el plano académico”⁽²²⁾. En este último caso regiría una suerte de principio que podríamos enunciar como *in dubio pro libertate*.

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

(21) Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Madrid: Ed. Bosch, 2013, pp. 81-82.

(22) Silva Sánchez, Jesús María. *Libertad de terapia y responsabilidad penal del médico*. En: Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año VII, n.º 12, (2001), p. 175.

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 tales casos, Roxin afirma que tal conducta no constituye una eutanasia activa⁽²³⁾ (punible, generalmente, como homicidio a petición [parágrafo 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⁽²⁴⁾.

Por su parte, Mantovani expresa que, en estas hipótesis, nos encontramos frente a un rechazo del tratamiento por parte del 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

(23) 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*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2011, p. 54 ss.

(24) Roxin, Claus. *Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia*. En: C. Roxin, F. Mantovani, J. Barquín, M. Olmedo. Eutanasia y suicidio. *Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada: Ed. Comares, 2001, pp. 14-15.

personalista del consentimiento, expresamente sancionado por nuestra legislación ^[(25)], 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”^{*(26)}.

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

En efecto, aun cuando la Ley 17.132 nada decía al respecto⁽²⁷⁾, 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 el sentido que: “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 artículo 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”^{*(28)}.

(25) En efecto, el Código penal italiano, en su artículo 50, dispone: “*Non e' punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso della persona che puo' validamente disporre*”.

(26) 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*. Granada: Ed. Comares, 2001, p. 95. La nota intercalada en el texto reproducido nos pertenece.

(27) Así, Garay, Oscar E. *Código de ética de los médicos. Comentario ético, bioético y jurídico*. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2000, p. 446.

(28) 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*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 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, 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 y Sanz Mulas, Nieves (coords.). *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*. Granada: Ed. Comares, 2005, p. 155.

Por tales razones la doctrina es muy rigurosa con respecto a la interpretación del cese del deber de tratamiento por parte del 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”⁽²⁹⁾.

Por nuestra parte, y ante el cuadro normativo descrito, señalábamos, más allá de la situación de *lege lata*, nuestra disconformidad con esta solución. En este sentido argumentábamos⁽³⁰⁾ que, a partir de la constitucionalización (artículo 75, inciso 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 (artículo 1º, Declaración Universal de Derechos Humanos); el que, a su vez, lleva ínsito o resulta consustancial con el derecho a la autodeterminación⁽³¹⁾. Sobre esta base no debería haber ninguna duda respecto de la corrección del axioma *voluntas aegroti suprema lex*. Por eso coincidíamos con Esser en el sentido 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 a continuar con la prolongación de la vida”⁽³²⁾. 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.

(29) Terragni, Marco Antonio. *El delito culposo en la praxis médica*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni, 2003, p. 126.

(30) Cesano, José Daniel. *Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica*. En: Marcelo J. López Mesa (dir.), *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Buenos Aires: Coedición Legis – Ubijus, 2007, pp. 740-741.

(31) 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*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 219.

(32) Esser, Albin. *Nuevos horizontes en la ciencia penal*. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1999, pp. 82-83.

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 que debe ser prestado por un sujeto capaz de expresar esa voluntad⁽³³⁾.

La Ley 26.529 introdujo dos disposiciones con incidencia en esta materia. Por una parte, el inciso e), del artículo 2º, 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 artículo 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⁽³⁴⁾ introdujo algunas modificaciones a la Ley 26.529. Concretamente, al regular la autonomía de la voluntad incluyó dos nuevos párrafos al inciso e), del artículo 2º, en donde se ocupó expresamente 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

(33) Así, 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*. Granada: Ed. Comares, 2001, pp. 95-96.

(34) Conocida como *ley de muerte digna*. Dicha norma fue sancionada el 9/5/2012 y promulgada el 24/5/2012. 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. 1º).

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 artículo 11 del precepto, sino admitir en el marco de ciertas situaciones específicas la ‘abstención’ terapéutica ante la solicitud del paciente (...)”⁽³⁵⁾.

Por su parte, se añadió un nuevo artículo a la Ley 26.529 —el artículo 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”.

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.

(35) Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) 7/7/2015, “D., M. A. s/ declaración de incapacidad”.

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 párrafo 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⁽³⁶⁾.

Por su parte, el actual artículo 156 del Código de Portugal tipifica el delito de “Intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários”⁽³⁷⁾.

Nuestro Código penal no contiene una figura como las que acabamos de referenciar. Por tal razón, dogmáticamente, cabría preguntarse qué 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

(36) Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Madrid: Ed. Bosch, 2013, p. 317.

(37) Dicha norma expresa: “1. As pessoas indicadas no artigo 150º 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”.

la salud personal del sujeto”⁽³⁸⁾; la cual, en nuestro ejemplo, dado el resultado exitoso de la intervención no solo 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”⁽³⁹⁾.

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 que el artículo 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 por lo 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?

La doctrina comparada suele distinguir 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 imprudentes.

(38) Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Madrid: Ed. Bosch, 2013, p. 317.

(39) Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Madrid: Ed. Bosch, 2013, pp. 317-318.

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 artículo 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 artículo 15 (...)”. Justamente, el referido artículo 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”.

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 obstétricas⁽⁴⁰⁾.

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”⁽⁴¹⁾. Entre ambos existen orbitas de competencia

(40) 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 artículo 23 de la Ley 17.132 regula lo atinente a la transfusión. Por su parte, el artículo 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 éstos funcionaren “sin estar legalmente autorizados y habilitados” (con respecto a esta figura, Schiopetto, Santiago. *Ley 22.990. Ley de sangre*. En: D’Alessio, José Andrés (dir.) y Divito, Mauro A. (coord.) *Código penal de la Nación. Comentado y anotado*, 2ª edición actualizada y ampliada. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 929 y ss.). Lo atinente a la ablación de órganos se encuentra regido por la Ley 24.193.

(41) Romeo Casabona, Carlos María. *El médico y el derecho penal*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni, 2011, p. 296.

diferenciadas. En lo que a nuestro interés concierne, constituye una obligación del médico conocer la composición y efectos de los medicamentos que prescribe⁽⁴²⁾. Tal prescripción resulta una derivación de la aplicación de lo preceptuado por el artículo 2º, inciso 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 curativa⁽⁴³⁾.

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 parte de la empresa farmacéutica. Ambos casos merecerán un desarrollo más general en los próximos acápites 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.

(42) Garay, Oscar E. Código de Derecho médico. *Legislación. Doctrina. Jurisprudencia*. Buenos Aires: Ed. Ad – Hoc, 1999, p. 174.

(43) Romeo Casabona, Carlos María. *El médico y el derecho penal*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni, 2011, p. 297.

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 centrales⁽⁴⁴⁾: a) la fase anterior a la operación (preparación del paciente); b) durante la intervención y c) el postoperatorio, 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 confianza⁽⁴⁵⁾.

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)⁽⁴⁶⁾.

Existe cierto consenso, tanto en los análisis doctrinarios como jurisprudenciales, en el sentido 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

(44) Al respecto, Romeo Casabona, Carlos María. *El médico y el derecho penal*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni, 2011, p. 304.

(45) Al respecto, sostiene Romeo Casabona, Carlos María. *El médico y el derecho penal*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni, 2011, p. 305: “Especialmente en las intervenciones quirúrgicas, el trabajo se realiza en equipo, con las consiguientes consecuencias para la delimitación e individualización de responsabilidades”.

(46) Sola Reche, Esteban; Hernández Plasencia, José Luis y 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, p. 106.

es ‘inexcusable’⁽⁴⁷⁾. 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 inexcusable⁽⁴⁸⁾.

Iguales conceptos son utilizados por la jurisprudencia argentina. Así, la Cámara Nacional Criminal, Sala IV, ha expresado que: “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 constitu-

(47) Akida, Mohamed. *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1994, p. 112. Por su parte, la Cour d'appel de Nancy, en decisión de fecha 6/5/1999, ha expresado que: “*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*”. Recueil Dalloz, Sommaires commentés, 1999, p. 384.

(48) Al respecto, Bernate Ochoa, Francisco. *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2010, 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, Jesús María. *Medicinas alternativas e imprudencia médica*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999, 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”.

ye un hecho imprevisible en la problemática del riesgo terapéutico o quirúrgico”⁽⁴⁹⁾.

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 necesarias⁽⁵⁰⁾ 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 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

(49) Cfr. CNCrim., Sala IV, 31/5/1990, “Caballero, O.”, c.37.602, reproducido en Revista de Derecho Penal, Delitos culposos I. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2002-1, pp. 299-300.

(50) En esta dirección, la Cámara en lo Criminal de 9ª Nominación de la Ciudad de Córdoba, al fallar el precedente “Mateos, Hugo Marcelino”, 13/3/1992, expresó que: “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— terapia aplicada —el acusado incurrió en un error de diagnóstico. Ello porque la situación de la paciente (taquicardia, taquipnea, colorido pálido terroso, subictérica, 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. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2002-2, pp. 472-473.

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⁽⁵¹⁾.

Por su parte, Terragni⁽⁵²⁾ 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)⁽⁵³⁾; c) con respecto al tiempo (continuar con el suministro de anestesia cuando ya se advierten ciertas irregularidades en las constantes vitales del enfermo)⁽⁵⁴⁾; d) olvidos de cuerpos extraños en las cavidades del paciente durante el

(51) Barragán, Gonzalo M. *Responsabilidad profesional del médico*. En: Isonomía, n° 8, Distribuciones Fontamara, México, 1998), p. 68.

(52) Terragni, Marco Antonio. *El delito culposo en la praxis médica*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni, 2003, pp. 152-155.

(53) 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.", 8/8/1989, La Ley 1990 – E, p. 433, expresó que: "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. 1° 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 ésta era hipersensible a la droga, obvio resulta que aquél 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 que: "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, sentencia "Ahuad, Alfredo H.", 4/7/1989, La Ley, 1990 – E, p. 442.

(54) Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, Sala VII, sentencia "Llovera, Jorge y Otro", 3/2/1994, La Ley 1994 – C, p. 173, expresó que: "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".

acto quirúrgico⁽⁵⁵⁾; 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 postoperatoria; g) falta de control sobre el manejo y la supervisión de los aparatos técnicos y g) falta de preparación y control de la sangre para posibles transfusiones.

Hemos dicho también que la infracción al deber de cuidado puede manifestarse no solo a través de una acción, sino también 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)⁽⁵⁶⁾ como durante la instrumentación del tratamiento mismo (V.gr. no prescribir los medicamentos que al paciente le sean necesarios y con las dosis adecuadas o no realizar estudios complementarios previo al alta médica).

Palabras finales

Como epílogo de este trabajo es posible observar, especialmente a través de la casuística reseñada, la prudencia con que los operadores jurídicos deben evaluar los posibles errores en la actividad curativa (diagnosis y tratamiento). En tal sentido, la práctica curativa constituye una obligación de medios y no de resultados, razón por la cual, no cualquier fallo o equivocación puede proyectarse en un caso de mala praxis, sancionable penalmente. El análisis integrado de lo que el diagnóstico y el tratamiento deben constituir es un buen parámetro para confrontar la actividad debida por el profesional; determinando, de esa manera, la extensión del deber objetivo de cuidado.

(55) En la terminología de la medicina forense Argentina, a dichos olvidos se los denomina *oblitos*. La jurisprudencia ha considerado a tales casos como manifestaciones de negligencia profesional del cirujano merecedoras de reproche penal.

(56) Las omisiones resultan muy frecuentes en los casos de error por negligencia en el diagnóstico. En tal sentido, expresa Barragán, Gonzalo M. Responsabilidad profesional del médico. En: Isonomía, n.º 8, Distribuciones Fontamara, México, 1998, 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. Éste 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".

Bibliografía

- Akida, Mohamed. *La responsabilité pénale des médecins du chef d'homicide et de blessures par imprudence*. Paris: Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1994.
- Barragán, Gonzalo M. *Responsabilidad profesional del médico*. En: Isonomía, n° 8, Distribuciones Fontamara, México, 1998.
- Bernate Ochoa, Francisco. *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2010.
- Cesano, José Daniel. Los delitos de homicidio y lesiones imprudentes por mala praxis médica. En: Marcelo J. López Mesa (dir.), *Tratado de responsabilidad médica. Responsabilidad civil, penal y hospitalaria*. Buenos Aires: Coedición Legis –Ubijus, 2007.
- Chaia, Rubén A. *Responsabilidad penal médica*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2006.
- 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*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2006.
- Crespi, Alberto. *La responsabilita penale del trattamento medico - chirúrgico con esito infausto*. Palermo: Priulla, 1955.
- Esser, Albin. *Nuevos horizontes en la ciencia penal*. Buenos Aires: Editorial de Belgrano, 1999.
- Garay, Oscar E. *Código de Derecho médico. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1999.
- Garay, Oscar E. *Código de ética de los médicos. Comentario ético, bioético y jurídico. Doctrina. Jurisprudencia. Legislación*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2000.
- Gavara de Cara, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- Feijóo, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y J.M. Bosch Editor, 2003.

- Gómez Pavón, Pilar. *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*. Madrid: Ed. Bosch, 2013.
- 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*. Granada: Ed. Comares, 2001.
- 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 y Sanz Mulas, Nieves (coords.). *Derecho penal de la democracia vs. Seguridad pública*. Granada: Ed. Comares, 2005.
- Recueil Dalloz. Disponible en <https://biblioweb.hypotheses.org/>
- Revista de Derecho Penal, Delitos culposos I*. Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2002-1.
- Revista de Derecho Penal, Delitos culposos*, Santa Fe: Rubinzal - Culzoni Editores, Santa Fe, 2002-2.
- Rivera López, Eduardo. *Problemas de vida o muerte*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2011.
- Romeo Casabona, Carlos María. *El médico y el derecho penal*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni, 2011.
- Romeo Casabona, Carlos María. *La responsabilidad penal del médico por mala práctica profesional*. En: Revista de Derecho Penal. Delitos culposos, Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni, 2002.
- Roxin, Claus. Tratamiento jurídico-penal de la eutanasia. En: C. Roxin, F. Mantovani, J. Barquín, M. Olmedo. *Eutanasia y suicidio. Cuestiones dogmáticas y de política criminal*. Granada: Ed. Comares, 2001.
- Schiopetto, Santiago. “Ley 22.990. Ley de sangre”. En: D’Alessio, José Andrés (dir.) y Divito, Mauro A. (coord.) *Código penal de la Nación. Comentado y anotado, 2ª edición actualizada y ampliada*. Buenos Aires: La Ley, 2010.
- Silva Sánchez, Jesús María. *Libertad de terapia y responsabilidad penal del médico. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VII, n° 12. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2001.

Silva Sánchez, Jesús María. *Medicinas alternativas e imprudencia médica*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1999.

Sola Reche, Esteban; Hernández Plasencia, José Luis y 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.

Terragni, Marco Antonio. *El delito culposo en la praxis médica*. Santa Fe: Ed. Rubinzal - Culzoni, 2003.