

MALA PRAXIS. AUTOPSIA DE UN CASO PENAL

Posición Jurídica - Doctrinaria sobre los delitos culposos en la práctica médica

Bad practice. Autopsy of a criminal case

Legal and Doctrinary Position on Wrongful Crimes in Medical Practice

JOSÉ IGNACIO GONZÁLEZ MACCHI¹

RESUMEN

Recientemente, ha tomado estado público una condena que recayó contra dos profesionales de la medicina quienes fueron enjuiciadas por supuesta negligencia médica que derivó en la muerte de una paciente que estuvo a su cuidado (en diferentes momentos). Se acusó a las médicas, querelladas por los familiares de la víctima fallecida e imputadas por el Ministerio Público, por el hecho punible de Homicidio Culposo (Art. 107 del CP).

Al respecto, en ésta entrega me propongo realizar algunas manifestaciones críticas en relación a la sentencia de condena, desde la óptica del Derecho Penal y el Debido Proceso Penal. Al hacerlo, deberé indefectiblemente referirme a los hechos; y al mismo tiempo, me limitaré el análisis a los fundamentos jurídicos esbozados en la resolución judicial; y complementaré mis críticas con posiciones doctrinarias de derecho penal de fondo y forma.

¹ Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal, de grado y postgrado. Master en Ciencias Penales y Criminológicas (Venezuela - 1992) y Master en Leyes en Derecho Comparado (USA - 2002). Ex Juez Penal (1995-2000). Abogado Litigante. Autor de varios libros y ensayos jurídicos en Paraguay y en el extranjero. Doctorando en la UNA.



A modo de conclusión, ensayaré distintas falencias argumentativas expuestas por el tribunal de sentencia, siendo algunas de estas: la imposibilidad de sostener una coautoría culposa en los hechos acreditados; la fundamentación aparente y parcialista de los magistrados, violaciones al debido proceso legal, sobre todo a las reglas de la sana crítica al momento de la valoración probatoria, y del beneficio de la duda a favor del procesado; entre otras.

Palabras clave: *Mala praxis – Lex artis – Imputación objetiva – Deber de cuidado - Fundamentación aparente – In dubio pro reo.*

ABSTRACT

Recently, a sentence was passed against two medical professionals who were prosecuted for alleged medical malpractice that resulted in the death of a patient who was in their care (at different times). The doctors, accused by the next of kin of the deceased victim and charged by the Public Prosecutor's Office, were charged as an act of involuntary manslaughter - Homicidio Culposo (Art. 107 of the CP).

In this regard, I propose to make some critical statements in relation to the sentence of conviction, from the perspective of Criminal Law and Due Process of Law. In doing so, I shall undoubtedly refer to the facts; and at the same time, I will limit the analysis to the legal bases outlined in the judicial decision; and complement my critics with doctrinal positions of criminal law in substance and form.

By way of conclusion, I will try different argumentative shortcomings set forth by the sentencing court, some of them being: the impossibility of sustaining co-authorship without dolo in the accredited facts; the apparent and partial justification of the magistrates, violations of due process of law, especially to the rules of reasoned judgment - sana crítica - at the time of the probative assessment, and the benefit of the doubt in favor of the accused; among others.

Keywords: *Malpractice - Lex artis - Objective attribution - Duty of care - Apparent basis - In dubio pro reo.*

Mala Praxis es una expresión que prácticamente escuchamos todos los días, cuando alguien atribuye un resultado lesivo (la causación de algún daño, o al menos, el serio peligro de causarlo) a alguna persona que lo produce sin haber sido provocada intencionalmente, pero que al ser producto de una interacción humana, se le endosa haber sido realizada sin los debidos deberes de cuidado, aunque ello, generalmente, se dice sin poseer mayor peso probatorio que descartar el azar, un accidente, o el destino propio de hechos cuyas circunstancias originales son desconocidas, o aunque conocidas, son impredecibles o de imposible solución. Considero que esto ocurre por aquella tendencia generalizada de querer “culpar a alguien” de lo que nos pasó.

Sin embargo, en una correcta acepción, Mala Praxis es un término que se utiliza para referirse a la responsabilidad profesional (de cierta persona con conocimientos especiales) por los actos realizados con negligencia, imprudencia o impericia. La forma más oída de la mala praxis es la *negligencia médica* o mala praxis médica, pero la situación también se aplica a otros ámbitos profesionales como la *abogacía*, la función notarial, la contabilidad, la arquitectura (en cuanto al diseño) y/o la ingeniería (en cuanto a los cálculos), la enfermería, el tratamiento *psicoterapéutico*, e incluso actualmente en la política.

En Medicina una *mala praxis*² es un término empleado para indicar una gestión incorrecta “por acción o por omisión” en el diagnóstico de un padecimiento, en la prescripción de una medicación, o en el tratamiento terapéutico expuesto, por ejemplo, en la manipulación en el cuerpo del paciente (cirugía). Generalmente, se utiliza el término en una acción judicial tendiente a reclamar la responsabilidad de los médicos –civil o penal- en las complicaciones que hayan derivado de sus actuaciones.

Recientemente, ha tomado estado público la condena que recayó contra dos profesionales de la medicina quienes fueron enjuiciadas por supuesta negligencia médica que derivó en la muerte de una paciente que estuvo a su cuidado (en diferentes

² “Mala praxis”, del *Diccionario de la lengua española* (22ª edición), Real Academia Española, 2001.



momentos). Se acusó a las médicas, querelladas por los familiares de la víctima fallecida, e imputadas por el Ministerio Público, por el hecho punible de Homicidio Culposo (Art. 107 del CP)³.

Al respecto, en ésta entrega me propongo realizar algunas manifestaciones críticas en relación a la sentencia de condena, desde la óptica del Derecho Penal y la “Praxis Judicial” penal.

Al hacerlo, deberé indefectiblemente referirme a los hechos, y en tal sentido, trataré de ser lo más objetivo posible (el caso ha llegado a mi conocimiento en consulta por la defensa técnica de las condenadas); y al mismo tiempo, limitaré el análisis a los fundamentos jurídicos esbozados en la resolución judicial.

Los argumentos de la condena

En primer lugar, para colocar al lector en perspectiva, recordaremos los argumentos esgrimidos para la fundamentación de las condenas impuestas, señalándose textualmente, en cuanto a la causa final de la muerte, lo que sostuvo el Tribunal Juzgador: *“En cuanto al perito Alcaraz se ha expedido con relación a la intervención de la Dra. de la UTI en sus inicios, la medicación empleada, concluyendo que la paciente sufrió de un shock anafiláctico...Sin embargo la autopsia practicada por el Dr. Bellasai como anticipo jurisdiccional de pruebas, si bien es cierto que después de 16 días y dentro de estas limitaciones, nos dio la contundencia de las causa del fallecimiento de (la paciente) y aceptar como válidas estas conclusiones, pues se basó en la exanimación del cuerpo sin contaminarse con el historial clínico, para concluir como causa de fallecimiento el Shock hipovolémico secundario a lesión vascular. Ilustrándonos si bien es cierto no con su presencia en el juicio, pero si con el informe y las tomas fotográficas del trabajo practicado. Este informe se halla corroborado por las declaraciones del Dr. Abilio Obregón, y afirmó que la causa del fallecimiento fue efectivamente la perforación de la vena subclavia en el momento de la colocación del catéter y que nadie de los intervinientes, se dieron cuenta de este hecho, que al ser abierto el cuerpo lo primero que se pudo observar es un catéter traspasando la vena subclavia. . .”*

³ Art. 107: “El que por acción culposa causara la muerte de otro, será castigado con pena privativa de libertad de hasta 5 años o con multa”.

Es así, que puede determinarse puntualmente la conducta atribuida a cada una de las condenadas, en los siguientes párrafos:

1) RESPECTO A LA DRA. DE URGENCIAS (primera facultativa que atendió a la paciente): “El 7 y el 8 de agosto del año 2009, la Paciente, había comparecido al hospital Tesai por una dolencia leve bajo las costillas, *siendo atendida en primer lugar en urgencia por la Dra. de Urgencias, quien le receto la aplicación de 60 miligramos de Dolgenal* y enviada al laboratorio para análisis clínicos de rutina, prueba para H1N1 y placa radiográfica ... También se ha demostrado que *momento después de la aplicación del medicamento, comenzó a sentir náuseas, vómitos, frialdad en las piernas, volviendo a urgencias con estos síntomas que hicieron que se dispusiera su internación. Ya en internación la paciente fue nuevamente medicada, siempre por instrucciones de la Dra. de Urgencias, con Dolgenal y diclofenac sin que los síntomas variaran, muy por el contrario, se agravaron pues ya presentaba incluso problemas respiratorios.* Además, se la empezó a tratar como paciente con probable cuadro de H1N1 a pesar de que los análisis dieron negativo. Este relato surge claramente de las testificales de las enfermeras y de los familiares de la víctima, su esposo ... y su hija ... y el historial clínico, incluso la declaración indagatoria de la propia acusada, a pesar de que el tribunal no lo valora en su contra, pero si las coincidencias son claras para sustentar la veracidad de las declaraciones testificales y documentales. Avala también sin lugar a dudas el informe pericial del Perito de la acusación Analberto Alcaraz Luizzi... En cuanto al perito Alcaraz se ha expedido con relación a la intervención de la Dra. de Urgencias en sus inicios, la medicación empleada, concluyendo que la paciente sufrió de un shock anafiláctico... La descompensación que sufrió posterior a la medicación del Dolgenal y su rápido desmejoramiento que la llevo a su ingreso a la terapia sin que las medicas tratantes pudieran en algún momento llegar a un diagnostico real y la medicación efectiva para evitar así la muerte... La Dra. de Urgencias fue llamada y se limitó a recomendar el mismo tratamiento, sin interesarse en analizar de como ingresó la paciente, el rápido deterioro de su cuadro y que a partir del tratamiento no solo no mejoro sino que entro en un cuadro que no es necesario ser médico para decir que con ese tratamiento se tornaba más que dudosa la recuperación de la paciente; tampoco analizó la posibilidad de que el tratamiento no daba el resultado esperado, lo cual debería llamarle la atención, persistió de que se trataba de gripe H1N1, cuando no se tenía seguridad de que era esa la dolencia; tampoco se estudió la posibilidad de que con ese tratamiento se llevaba a la paciente a un shock anafiláctico”.-



2) RESPECTO A LA DRA. DE LA UTI (facultativa que atendió a la paciente en una segunda situación en la Unidad de Terapia Intensiva): En cuanto al supuesto comportamiento punible, de la citada profesional, extraemos la parte neurálgica de la sentencia, lo siguiente: *“Posteriormente, y ya bajo los cuidados del Dr. Bobadilla quien suplantó a la Dra. de Urgencias en la guardia, y al empeorar su cuadro clínico fue llevada a terapia intensiva, donde fue recibida por la Dra. de la UTI y a cuyo cuidado ha quedado desde las 22 horas. Allí fue sometida a cuidados propios de la terapia, tanto con medicamentos, colocándose un catéter para las medicaciones y posteriormente entubada. Según el historial clínico, al no mejorar la paciente y por el contrario ya con hemorragias a nivel bucal y nariz, fueron convocados algunos médicos, específicamente el Dr. Cerezo médico cirujano de guardia, para descartar probable cirugía de abdomen, ya que la misma había tenido dolencia bajo vientre. ... Sin embargo, la autopsia practicada por el Dr. Bellasai como anticipo jurisdiccional de pruebas, si bien es cierto que después de 16 días y dentro de estas limitaciones, nos dio la contundencia de las causas del fallecimiento de la (paciente) y aceptar como válidas estas conclusiones, pues se basó en la exanimación del cuerpo sin contaminarse con el historial clínico, para concluir como causa de fallecimiento el Shock hipovolémico secundario a lesión vascular. Ilustrándonos si bien es cierto no con su presencia en el juicio, pero si con el informe y las tomas fotográficas del trabajo practicado. Este informe se halla corroborado por las declaraciones del Dr. Abilio Obregón, y afirmó que la causa del fallecimiento fue efectivamente la perforación de la vena subclavia en el momento de la colocación del catéter y que nadie de los intervinientes, se dieron cuenta de este hecho, que al ser abierto el cuerpo lo primero que se pudo observar es un catéter traspasando la vena subclavia... según la autopsia realizada por el Dr. Bellasai el catéter colocado en la vena subclavia por la Dra. de la UTI, perforó la vena y la (paciente) fallece el 8 de agosto de 2009 siendo las diez y treinta horas de SHOCK HIPOVOLEMICO POR PERFORACIÓN DE LA VENA”.*

En relación a ambas condenadas, la cuestionada resolución jurídica expresa cuanto sigue: *“Porque una no siguió el tratamiento adecuado a la paciente, habiendo partido su tratamiento evidentemente de un error en el diagnóstico en el que persistió, haciendo que su paciente entre en una descompensación que si tratara correctamente tal vez hubiera evitado el resultado lesivo irreversible y otra porque debiendo proceder de una forma, también cometió el error en el momento de la colocación del catéter que perforó la vena subclavia, en síntesis la cadena de desaciertos no*

pudo ser revestido a tiempo, porque no hubo coordinación, atención, interés, diligencia...”.

La sentencia de 1ª instancia⁴ (S.D. N° 77 del 15 de julio de 2013) condenó a dos médicas por homicidio culposo en grado de autoría y coautoría (Art 29 inc. 1 y 2 del CP). He aquí mi primera crítica: la FALSA o INCORRECTA SUBSUNCIÓN DE LOS HECHOS.

Al tomar acabado conocimiento de cuáles fueron las conductas denunciadas, luego imputadas, también querelladas, y por último, acusadas (en el orden en que fueron materializados los actos judiciales objeto del proceso), y por las cuales recayó sentencia definitiva, vemos con claridad que se trata de dos conductas⁵ independientes, las materializadas por cada una de las médicas, en momentos diferentes.

A una de ellas, la primera, quien actuó en URGENCIAS, se le condenó por haber diagnosticado incorrectamente a la paciente, y por haber dispuesto que se le administre un medicamento contraindicado, y en sobredosis, causándole un *shock anafiláctico*, lo que derivó en su internación en la Unidad de Terapia Intensiva; y a la segunda, quien intervino en la UTI, se le condenó por haber realizado incorrectamente una operación en el cuerpo de la paciente (al colocarle defectuosamente un catéter en la vena subclavia), generándole un *shock hipovolemico* que culminó con el fallecimiento. En ambos casos debemos hablar de “supuestos”.

Analicemos estas situaciones desde la dogmática penal⁶. Para la autoría (directa) se requiere que el sujeto activo (el que actúa) haya materializado el hecho, o como dice el código: “*el que realizara el hecho obrando por sí*”; mientras que, con relación a la coautoría, en el mismo artículo, en el inciso 2º, se hace referencia cuando en un mismo hecho, interactúan dos o más personas, conjuntamente y de común acuerdo, materializando cada uno su aporte, pero manteniendo –cada uno- el dominio sobre la producción del resultado.

⁴ Es la Sentencia derivada del Tribunal de Sentencia conformado por tres magistrados de Ciudad del Este.

⁵ Por “CONDUCTA” debe entenderse el comportamiento voluntario de una persona dirigida a producir un resultado.

⁶ La DOGMÁTICA no es una forma de pensar; es una herramienta o instrumento jurídico creado por expertos con ciertas especificaciones técnicas y jurídicas que dotan de seguridad al tratamiento del caso objeto de su aplicación.



Entonces, desde el punto de vista de la autoría material (Art. 29 inc. 1º, es autor el que realiza el hecho “*obrando por sí*”); en tal sentido, la conducta desplegada por una de las médicas debe haber sido la causante del desenlace fatal (resultado: muerte de la paciente).

En un caso como éste, rechazamos categóricamente que pueda haber dos autores del mismo hecho, obrando cada uno por sí, sobre todo en un caso donde el resultado es la muerte de una persona; y menos, cuando se trata de un hecho culposo (a falta del dolo). En el caso de la primera profesional, debería entenderse que es “autora” quien con su acción (diagnosticar y aplicar un tratamiento erróneo) ha producido la muerte de otro. Por tanto, sencillamente, al no existir el resultado típico prohibido en esta primera parte de los hechos, no puede hablarse de autoría en homicidio culposo.

Por otra parte, para que exista “coautoría” (Art. 29 inc. 2º) se requiere obrar “*de acuerdo con otro de manera tal que, mediante su aporte al hecho, comparta con el otro el dominio sobre su realización*”. Al respecto, es absolutamente discutible calificar un hecho realizado en coautoría culposa; pero más allá que pueda calificarse así (el papel lo aguanta todo), supongamos que dos o más personas materializan cada uno, independiente del otro, una conducta culposa (negligente, imprudente, o por impericia) respecto a un tercero (víctima), y con ello se produce un resultado lesivo para éste. Aquí, la cuestión es que ambos deben haber obrado de común acuerdo, y que cada uno mantenga para sí el dominio sobre el hecho. Por dominio del hecho debemos entender que cada uno de los intervinientes tiene la potestad de decidir cuándo, cómo y dónde producir el resultado prohibido (dar muerte a una persona).

Veamos, el caso en cuestión: por un lado, la doctora que atendió en URGENCIAS debió haber obrado de común acuerdo con la doctora —que posteriormente- la atendió en la UTI; y por otro lado, cada una de las doctoras debía mantener el control sobre lo que estaba ocurriendo, incluso con la posibilidad de materializar —o impedir- la causación del resultado final.

Por dominio del hecho se entiende la condición por la cual, una persona —o en caso de coautoría, todos los participantes- tienen la potestad de decidir el cómo, cuándo y dónde se materializará el hecho. Al respecto, ninguna de estas condiciones se da en el caso:

No hubo común acuerdo, pues nada consta (en el expediente) respecto a que la médica de la UTI haya seguido las indicaciones de las previsiones tomadas por la médica en URGENCIAS; o viceversa, que la médica de URGENCIAS, se haya puesto de acuerdo con la doctora de la UTI en la operación que ésta iba a realizar; y

No se compartió el dominio sobre el hecho, pues según la acusación y los hechos considerados probados en la condena, una actuó diagnosticando y tratando a la paciente suministrando un medicamento indebido que le causó un shock anafiláctico (reacción alérgica generalizada); y la otra le practicó incorrectamente un procedimiento quirúrgico en el cuerpo que le causó un shock hipovolemico (muerte por pérdida de sangre).

Cada una de estas conductas fue realizada independientemente de la otra, sea cual fuera la condición que en definitiva haya causado la muerte de la paciente; o que no haya sido ninguna de estas.

Para la Teoría del Dominio del Hecho, es autor quien tiene el dominio final sobre el suceso; mientras los partícipes⁷ por su parte carecen de esa potestad. En la opinión de Hans Welzel ejerce el dominio del hecho quien tiene *intencionalmente en sus manos el desarrollo del acto típico*. Así, es autor quien controla la toma de decisión y la ejecución de la conducta típica. Cabe acotar, desde ésta óptica es prácticamente imposible hablar de COAUTORÍA CULPOSA.

En la coautoría, es autor el que realiza una parte necesaria de la ejecución del plan conjunto (dominio funcional del hecho), aunque no sea un acto propiamente típico; pero, participando de la común resolución delictiva.

Criterios a tomar en consideración, conforme a la Teoría del Dominio del Hecho:

- El desarrollo y el resultado del hecho dependen decisivamente de la voluntad del autor:

El agente tiene una relación interna con el hecho, la cual se manifiesta en el “*dominio conjunto del curso del acontecer*”. Esta es condición esencial en la coautoría. Como sabemos *la voluntad dirige el comportamiento de los agentes, pero ésta solo*

⁷ Se consideran partícipes a aquellos que intervienen en el hecho sin ser considerados autores (instigadores o cómplices).



se torna influyente si el agente cumple una función, objetivamente significativa, en la realización del tipo.

- La potestad de hacer, continuar y de frenar:

Esta posición la sostiene *Maurach*, quien expone esta fórmula para caracterizar el dominio del hecho en general y para determinar con mayor precisión la coautoría en particular. *Se plantea que cada agente tiene un papel necesario dentro de la comisión del hecho de manera que, si éste desiste, puede hacer que fracase el plan.*

- La posibilidad de dar al suceso el giro decisivo:

Es decir, el agente tiene y está en pleno dominio del hecho, por lo que puede darle un giro decisivo. *Esta posición se verifica en los delitos de omisión en los cuales el agente tiene la posibilidad de impedir el resultado.* En otras palabras, no importa si el sujeto, interviniendo activamente, pudo haber impedido el resultado, sino a la inversa, si el que permaneciere inactivo ha detenido el suceso que se venía desarrollando, o lo ha modificado decisivamente.

- El poder sobre el hecho: Se debe atender a las posibilidades físicas o habilidades técnicas del agente y conforme con ello ver si dominan la dirección final del curso causal en la realidad. *La incapacidad para realizar el tipo de propia mano no excluye el dominio del hecho, los cuales se demuestra tanto en la autoría mediata como en la coautoría.* Lo que debemos destacar es que *no basta la mera voluntad de autor o de dominio del hecho -la disposición interna-, para fundamentar la autoría.*
- Voluntad del dominio del hecho y sentimiento de autoría: El autor tiene que conocer las circunstancias fácticas y además ser consciente de los hechos que fundamentan su dominio sobre el suceso; es decir, se da un conocimiento fundamental del dominio.
- El Dolo en su conducta: Para ésta Teoría, es prácticamente imposible elucubrar un hecho cometido en coautoría sin conductas dolosas de los participantes; es decir, es imposible una participación culposa en la conducta igualmente culposa de otro, y que ambas sean realizadas de común acuerdo, y manteniendo cada uno el dominio sobre el hecho total o final.

Si bien, podría darse el caso en que dos (o más personas) de común acuerdo materialicen, cada uno, una conducta imprudentemente (por ejemplo: cada uno coloca

algún líquido que no es apto para el consumo humano -sin conocer cabalmente el grado de toxicidad- en la bebida de un joven quien ha pasado los exámenes de ingreso en su fiesta de “bautismo”; así, uno coloca fluido de freno, otro pone un poco de acetona; otro agrega alguna otra sustancia no apta para el consumo, etc. Pero, lo que no puede concebirse es que todos mantengan el dominio del hecho sobre el grado de toxicidad de la bebida incorporada por cada conducta individual, respecto al resultado final: intoxicación del compañero.

No obstante, hacemos una aclaración. Si bien puede argumentarse que la primera conducta (de la médica de Urgencias) fue la que derivó en la materialización de la segunda (de la médica de Terapia), ello no significa que haya existido acuerdo entre ambas, y mucho menos, que hayan compartido el dominio del hecho. En todo caso, una correcta calificación hubiera sido –si correspondía- la individualización estricta de cada conducta, una como LESIÓN CULPOSA (pues no se causó el resultado “muerte de otro”); y la última, como HOMICIDIO CULPOSO (si se llegase a comprobar que ésta última conducta produjo efectivamente la muerte de la víctima).

Fíjense que a la pregunta (de rigor) que se hace el tribunal de mérito en la Sentencia, cuando se refiere a ¿si se halla o no probada la existencia del hecho?, la Presidenta del Tribunal inicia su estudio trayendo a colación que la acusación fiscal acusó a las medicas por la supuesta comisión del hecho punible de homicidio culposo “*ocurrido en fecha 07 y 08 de agosto de 2009*” (sic); pero ello no significa que la víctima murió dos veces; o que se le haya causado la muerte dos veces en dos días.

Cabe advertir también que, durante la investigación fiscal, en un momento de la Etapa Preparatoria, la fiscalía había imputado a otros profesionales médicos por éste mismo hecho punible de homicidio culposo. Así, se imputó al médico de guardia; al médico de guardia de Urgencias que continuó el turno de la anterior; al jefe de la UTI “A”; todos del mismo Hospital, y a todos ellos se les sobreesayó sobre la base de no haber estado involucrados con alguna conducta relacionada con la muerte de la paciente.

Siguiendo con el análisis crítico de la sentencia a partir de la lectura de la parte medular de la fundamentación esgrimida por los jueces. Así, encontramos la única referencia doctrinaria respecto a la estructura de los hechos punibles culposos (en un único párrafo). Los jueces exponen su pensamiento respecto a la estructura del homicidio culposo, en sentido genérico, con las siguientes expresiones: “*En su aspecto objetivo la protección de la vida frente a acciones por un comportamiento*



imprudente en este caso la ligereza del autor al no tomar las precauciones para evitar la producción del hecho dañoso. Como asimismo la negligencia al obrar u omitir los cuidados debidos que no le permitieron tener conciencia de la peligrosidad de su conducta para la persona. Advertir el peligro, debe ir acompañada de un comportamiento externo apropiado a fin de evitar la producción del resultado típico, El deber de cuidado sobre el que se estructura este deber objetivo de previsión estará siempre en relación a la capacidad y al conocimiento del agente y al riesgo permitido. Si el agente crea un riesgo más allá del aceptado responderá por su culpa. Y en su aspecto subjetivo que describe una conducta culposa en la que el autor no quiere el resultado más bien confía en que el mismo no acontecerá” (sic).

Más allá de la confusa redacción con la que los jueces entremezclan las denominaciones de ciertos institutos (comportamiento imprudente; negligencia; conciencia de la peligrosidad de su conducta; deber de cuidado; riesgo permitido; etc.) con afirmaciones dogmáticas sin contenido lógico, lo concreto es que omiten hacer referencia a la específica figura del hecho punible culposo en la actividad médica, en cuanto a los requerimientos dogmáticos exigidos.

En términos más sencillos, los jueces no realizaron la descripción exacta de la o las conductas, con sus específicas exteriorizaciones, que permitan descubrir, fuera de toda duda, que han materializado una acción –u omisión- descuidada que produjo el resultado de causar la muerte de una persona.

La doctrina nos enseña que, en un caso donde se juzga la tipicidad culposa de un hecho punible cometido en ocasión de la práctica médica, debe analizarse especialmente:

Si existió violación a un deber de cuidado: Para ello, -indefectiblemente- se debe recurrir a la *Lex Artis*, y a las reglamentaciones existentes para la materia de que se trata, a fin de determinar el cuidado exigible. Si bien, la violación de las normas de las *lex artis* revelan un indicio de vulneración del deber de cuidado, es insuficiente para afirmar por sí sola que existió un hecho punible, debiendo atenderse además a las circunstancias de hecho que rodearon al caso concreto, y a la adecuación social de la conducta.

Por *lex artis* (literalmente: “ley del arte”)⁸ debe entenderse la regla de actuación de la actividad que se trate, y se ha venido empleando para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta, o se ajusta o no a lo que debe hacerse en el caso concreto.

De forma que, si la actuación se adecua a las reglas técnicas pertinentes se habla del ejercicio de “un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano”, y de una buena “praxis” en el ejercicio de una profesión. Suele aplicarse el principio de la *lex artis* a las profesiones que precisan de una específica técnica operativa, y que plasman en la práctica unos resultados empíricos. Entre ellas destaca, por supuesto, la profesión médica, toda vez que la medicina es concebida como una ciencia experimental. No obstante, siempre debemos recordar que la ciencia médica busca optimizar medios, sin responsabilizarse en la producción de resultados. Así como el abogado no puede prometerle 100% al cliente que le conseguirá la solución a su caso; el médico no puede prometer que salvará la vida del paciente.

De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hablen de *lex artis* como módulo rector o principio director de la actividad médica. A este respecto, se ha definido la *lex artis* como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos u exógenos –real estado del paciente, intervención del enfermo, o de sus familiares, o de la misma organización sanitaria–, para calificar dicho acto de ser conforme o no con la técnica normal requerida.

En principio, la *lex artis* es aplicable a toda la actividad médica (exploración, diagnóstico, pronóstico, indicación y tratamiento). Sobre este extremo, la doctrina alemana, afirma que la indicación médica y la *lex artis* son dos conceptos que se hallan estrictamente vinculados, pero esencialmente distintos. La indicación terapéutica consiste, fundamentalmente, en una tarea de valoración, de ponderación de los beneficios y riesgos objetivamente previsibles para la salud del paciente, que puede entrañar la aplicación de una u otra medida terapéutica; mientras que en la *lex artis*, una vez emitido ese juicio o pronóstico, se debe aplicar adecuada y correctamente por parte del facultativo el tratamiento indicado.

⁸ *Giraldo L., Daniel.* “Lex Artis y Malpraxis”. <http://www.geosalud.com/malpraxis/lexartis.htm>



La indicación previa responde al factor positivo del tratamiento previsto, a si debe aplicarse esta u otra medida tomando en cuenta lo que se espera del mismo; mientras que la *lex artis* se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir para alcanzar el objetivo. La realización de una intervención se ajustará a la técnica correcta y será conforme, por tanto, a la *lex artis* cuando no sea contraria a la técnica establecida por la indicación, ni al cuidado debido, según lo conocido y practicado comúnmente en igualdad de condiciones por otros facultativos.

Si la *lex artis* significa el modo de hacer las cosas bien, la mala praxis sería no cumplir adecuadamente, salvo justificación razonable, con las reglas y preceptos destinados a este fin. Es decir, mala praxis puede significar no seguir la *lex artis*.

Desde el punto de vista jurídico penal se entiende que ha existido negligencia profesional, y por lo tanto deben pedirse responsabilidades, cuando el acto médico ha sido realizado bajo el concepto de mala praxis. Este término refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de los profesionales en las mismas circunstancias.

La mala praxis implica una desviación del acto médico, y es imperativo que en una investigación penal —con mayor razón en un juicio—, los jueces se remitan al expediente médico y al dictamen forense en relación con tales denuncias por imprudencias médicas. Para que el Juez juzgue debe contar con un dictamen satisfactorio e indubitado respecto a si pueden concluirse que hubo mala praxis en las actuaciones profesionales analizadas.

Queda así la mala praxis como un concepto aplicable conjuntamente entre el derecho y la medicina. Cuando el médico informante (perito) se pronuncia sobre una mala praxis está originando que el investigador o juzgador, según el caso, comience a buscar la posible figura penal y sus matizaciones. No puede, sin embargo, admitirse que toda mala praxis —médica— sea sinónimo de hecho punible.

De ahora en adelante, nos permitimos cuestionar la sentencia condenatoria desde la óptica de lo que ya existía en el expediente —antes de la sentencia—, de lo que fue expuesto en el juicio, y de lo que posteriormente fue incuestionablemente refutado desde las ciencias médicas: La inexistencia de MALA PRAXIS.

La insuficiencia de Fundamentación y Error en la Tipificación de la Conducta de la médica de Urgencias.

La condena no determinó con precisión, cuál fue la supuesta norma del protocolo médico, o del deber de cuidado que infringió la primera profesional, siendo que lo que se busca castigar con un delito culposo, es la falta del deber de cuidado referido a la violación de la norma que establezca una determinada conducta debida, y por ende, no respetada.

La sentencia debía hacer expresa referencia al protocolo médico infringido por la médica. No es suficiente con afirmar el supuesto “nexo causal” tomando como base el ingreso con vida de la paciente, y que posteriormente se produzca su deceso en el nosocomio donde a ella se le atendió de urgencias. Se debió haber establecido con claridad qué norma fue infringida con una supuesta conducta culposa (ya sea por negligencia, impericia e imprudencia), para construir a partir de allí el hecho típico.

Incluso si vamos a un extremo y aplicamos la TEORÍA DE LA EQUIVALENCIA DE CONDICIONES o de la “CONDITIO SINE QUA NON”, no podemos tener certeza de que el resultado lesivo haya podido ser evitado. Si suprimimos mentalmente el comportamiento de la médica de urgencias, igual no tendríamos certeza de que el resultado lesivo no se produciría. La administración del analgésico, nada tuvo que ver con el empeoramiento del estado de salud de la persona posteriormente fallecida, por lo que aunque suprimiendo la primera conducta, esto, no significaría que el resultado final iba a evitarse. Esta teoría, atribuida a Von Buri y a Von Lizst, parte de la idea de que todo resultado es producto de varias condiciones. Así, por ejemplo, para que una planta crezca (resultado), es necesario que se den las condiciones siguientes: buena tierra, semillas, lluvias, y la acción humana de sembrar. Pero la teoría no llama ‘condición’ a cualquier hecho, sino sólo a aquellos sin los cuales el resultado no se hubiese producido. Para saber si un hecho es ‘condición’, se lo elimina mentalmente y, si el resultado no se produce, el hecho es ‘condición del resultado’.

En el caso que nos ocupa, suprimiendo la conducta de suministrar “KETOROLAC”, vemos que el resultado no iba de igual manera a evitarse, pues la causa de la muerte según la condena fue la incorrecta aplicación de un catéter. En síntesis: si un resultado se produce por varias ‘condiciones’, basta que el sujeto haya puesto una de



ellas, para que se considere que, su acción, es ‘causa’ del resultado, y por tanto, que él es el autor.

La teoría es criticada a raíz de que, por ella, el hombre, sería responsable hasta el infinito, ya que no admite que pueda haber una ‘concausa’ (o sea: alguna condición que pueda hacer desaparecer la relación de causalidad entre la acción del hombre y el resultado), o que “alguna” de las condiciones sea más adecuada o eficaz para causar el resultado finalmente acontecido. Pero de igual manera aplicando esta teoría, tan criticada en la actualidad, vemos que la misma no es suficiente para atribuir a la primera médica la consumación del hecho punible. Lo que queda claro y contundente es que por sí sola ésta teoría no es concluyente para ser aplicada a ultranza en este caso.

En la actividad médica, en la mayoría de los supuestos se plantean situaciones de conflicto, que el sujeto debe enfrentar, no se trata solo de evitar riesgos, sino de elegir el curso lesivo de menor entidad (escoger el mal menor). Muchas veces se pretende que la estructura de la imprudencia ofrezca una respuesta para todo “*fracaso*” y que la presencia de un profesional garantice “*que nada malo suceda*”. Esta percepción puede dar origen a sistemas de imputación peligrosos, frente a los cuales, si alguien tenía la obligación de que algún ámbito de la actividad médica funcione adecuadamente y, de todos modos, se produjo el resultado disvalioso, esa persona debe ser responsabilizada. De esta manera, los riesgos de una ampliación en la aplicación del derecho penal se acrecientan peligrosamente.

Falta de determinación del nexo causal entre la conducta de la primera profesional y el resultado típico:

El nexo causal constituye el vínculo entre la conducta del autor y el resultado producido. Existen varias teorías que buscan determinar este vínculo, entre ellas la “teoría de la equivalencia de las condiciones” y la “teoría de la imputación objetiva”. Leyendo detenidamente la condena, encontramos el título “Nexo Causal” y podemos notar que no se utiliza teoría alguna para explicarla, y que de hecho, no se expone ningún vínculo fáctico entre alguna supuesta conducta de la médica y el resultado muerte de la paciente.

En todo el texto de la sentencia, no se ha demostrado el nexo causal entre la muerte de la paciente, y algún comportamiento desplegado por la primera médica interviniente. Ni se ha especificado en la sentencia qué norma del protocolo médico ésta médica infringió.

En este sentido, la sentencia falta a lo que el Art. 256 de la Carta Magna claramente dispone, que toda sentencia judicial deberá estar fundada en la Constitución, y en la ley. Y a su vez, el Art. 125 del Código Procesal Penal.

Inobservancia de Reglas Procesales que afectan el Derecho a la Defensa y el Debido Proceso:

Al decidir la causa, el Tribunal de Sentencia omitió respetar las reglas de la valoración probatoria de acuerdo a la SANA CRÍTICA (Art. 175 del C.P.P.), pues a la hora de formar su libre convicción no ha tenido en cuenta las pericias formuladas por dos médicos forenses que expusieron al efecto en autos. Con ello, el Tribunal adoptó un sistema de valoración de las pruebas más cercana al de la “íntima convicción” que, a la Sana Crítica, valorando entonces solamente la versión de la querella, y obviando el caudal probatorio objetivo recolectado en el proceso.

La SANA CRÍTICA RACIONAL consiste en la plena libertad de convencimiento de los jueces sobre los hechos puestos a su conocimiento en virtud del principio de inmediación; pero exige, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de la ÍNTIMA CONVICCIÓN, que las conclusiones a que se llega sean el fruto racional de las PRUEBAS en que se las apoye.

El agravio o perjuicio jurídico reclamado en éste punto consiste en que el Tribunal de Sentencia realizó un estudio extremadamente parcialista de la cuestión planteada. Hace suyas la pretensión de la querella, en cuanto a la existencia de un hecho culposo contra la vida, calificándolo como HOMICIDIO CULPOSO, dejando de lado el análisis armónico y lógico del caudal probatorio desarrollado durante el juicio.

Es importante destacar, que, lo diagnosticado por la primera profesional interviniente y el medicamento suministrado conforme a esa primaria prescripción y diagnóstico, no fue la causa del tratamiento que se le practicó posteriormente a la paciente luego de que ella ingresara a la Unidad de Terapia Intensiva. Estas conductas, las de la primera facultativa, al realizar un diagnóstico primario y prescribir medicamentos conforme a ello; y la de la segunda profesional, al decidir posteriormente el tratamiento a ser practicado en la UTI, no guardan ningún tipo de relación.



Por lo tanto, al pasar la paciente al cuidado de otros médicos, la médica de Urgencias –por la teoría de la confianza- pierde el dominio del hecho; y en tal sentido, no se la puede hacer responsable de lo acontecido *a posteriori*. Aquí se puede ver nuevamente la imposibilidad de admitir alguna forma de COAUTORIA (mucho menos construyéndola por la vía de la forma culposa, como ya se ha expresado más arriba).

La medicina moderna requiere actualmente, y por lo general, la cooperación de distintos especialistas, por lo que es una actividad llevada a cabo por varias personas.

Según la teoría de las funciones, la fuente de la posición de garante se encuentra en la confianza que genera la asunción efectiva de funciones por parte del médico. El principio de confianza opera como un criterio limitador de los deberes objetivos de cuidado. En tal sentido, cuando la paciente fue derivada a la Unidad de Terapia Intensiva (UTI), la médica de Urgencias perdió -desde el punto de vista jurídico penal- el dominio de la acción; por lo que todo lo acontecido *a posteriori*, no le puede ser atribuible.

Con relación a la conducta de la primera profesional, también corresponde estudiar la tesis que le otorga relevancia al comportamiento alternativo conforme a derecho, que prescribe 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 este sentido, de lo expuesto en el juicio, no se pudo determinar a ciencia cierta (fuera de toda duda), que hubiera pasado si la paciente recibía un tratamiento distinto, si se podía o no cambiar el desenlace de la muerte. Además, en este caso, ni siquiera se ha demostrado fuera de toda duda razonable, que el diagnóstico originario dispuesto por aquella profesional, con la consecuente prescripción de la droga suministrada (KETOROLAC) haya sido en realidad el producto de una conducta negligente. No se puede afirmar que ella haya fallado al proceder en el examen clínico; o en la lectura de los análisis laboratoriales; o en la prescripción de los primeros medicamentos el mismo día de su consulta; o en la decisión posterior de derivar a la paciente a internación en la UTI (que en realidad fue tomado por otro médico).

Cabe aclarar que en la Sentencia condenatoria lo único que se expone como conducta causal de fallecimiento de la víctima es la supuesta incorrecta colocación del catéter en la vena subclavia al ser ésta perforada; aunque se da como un hecho que

el medicamento KETOROLAC causó una reacción alérgica en la paciente. Al respecto, no existe ninguna prueba que haya sido producida en juicio que haya demostrado fuera de toda duda que éste medicamento haya originado alguna reacción alérgica en la paciente por el cual haya sido necesaria su internación.

En cuanto a la supuesta administración de una sobredosis de un medicamento de nombre comercial "Dolgenal" (Ketorolac), que es un analgésico considerado apto para calmar dolores de todo tipo, y todo origen, pues tiene la potencia analgésica de la morfina, pero no los efectos neurológicos y adictivos que tiene aquella, recordemos que es un analgésico de uso y venta libre (sin necesidad de prescripción médica), y ampliamente usado por el 99% de los médicos en nuestro país.

El resultado disvalioso, no guarda relación, con la supuesta conducta desplegada por la médica de Urgencias. Además, luego de suministrarle el medicamento, prácticamente la paciente pasó al cuidado de otras áreas de profesionales, por lo que mal puede imputarse a su comportamiento, el resultado fatal de la paciente.

La teoría de la imputación objetiva enseña que, aun cuando se demuestre que un médico no hizo todo lo que se podría y debía hacer, por lo cual, por su posición de garante de la salud y la vida del paciente resultaría reprochable, en nuestro derecho penal tal conducta sólo resulta inculpada a partir de su efectiva incidencia causal en el resultado abarcado por el tipo penal. En este orden, el comportamiento supuesto, desarrollado por el médico de Urgencias, nada tiene que ver, con el resultado de la muerte de la paciente, esto puede colegirse de cualquiera de las pericias que fueron expuestas en el juicio.

En tal sentido, sostenemos que la primera de las médicas condenadas ha obrado, asumiendo un riesgo permitido por la norma, observando las normas de cuidado como reglas de la *lex artis*. En la condena no existe nexo objetivo comprobado, en otras palabras, no se expuso la relación entre su comportamiento con el fallecimiento de la paciente.

La propia Sentencia Definitiva manifiesta que los peritos, los médicos forenses ya referidos establecen que la causa de muerte fue un "*shock séptico de origen respiratorio y falla multiorgánica*"; mientras que el perito de la querrela, estableció la causa de muerte con la frase "*por una cadena de desaciertos y errores*" (que ningún científico puede demostrar). ¿Qué desaciertos? ¿Cuáles errores? La resolución nada nos dice al respecto.



La resolución impugnada, toma también por base la “autopsia” realizada por el médico que asistió en la necropsia, quien no declaró en juicio; sin embargo, su dictamen sirvió de cimiento a la resolución cuestionada. Es importante destacar que ninguno de estos peritos examinó a la paciente, ni en vida, ni posteriormente al fallecer, para sus dictámenes. Solamente han observado las constancias de autos, sin embargo, se obvió la deposición del único perito que estuvo en contacto con el cadáver –aunque recién 16 días después-, pese la insistencia de las defensas.

Hay que tener en cuenta que el procedimiento realizado por el perito citado no fue una autopsia propiamente, sino una necropsia. En este punto es de tener en cuenta que la “Autopsia” es aquel estudio que se realiza sobre el cadáver en las primeras 24/48 hs de acaecido el fallecimiento de la persona. Pasado éste tiempo el procedimiento ya no es autopsia y se pasa a denominar “Necropsia”, pues el cadáver ya empieza su proceso de descomposición normal, lo cual altera las estructuras internas del cuerpo y se ve turbada por la acción de los microorganismos que se encuentran en la naturaleza y contribuyen al proceso de putrefacción.

Por lo tanto, mientras más tiempo se tarda en realizar el estudio del cadáver, más destruidas están las estructuras y órganos del cuerpo que son contaminadas y alteradas por las toxinas y procesos oxidativos que producen las bacterias encargadas de la descomposición natural de los organismos. También debemos recordar que la fallecida fue enterrada, y posteriormente desenterrada días después para practicar la necropsia, con todo el movimiento, condiciones y circunstancias que podían haber afectado el estado del cadáver y de los órganos auscultados.

Violación del principio *in dubio pro reo*

Por este Principio toda “duda” debe guiar la resolución de los casos a favor del imputado y obliga a considerar que cualquier estipulación menor a la certeza se encuentra inhibida de fundar alguna decisión vinculada con la punibilidad u con la propia determinación del ilícito. Se viola el *in dubio pro reo* tanto si el juicio de imputación se basa en un 10% de probabilidad, como si se estructura sobre un 90%. Se trata de que toda duda (del tamaño o porcentaje que sea) deba ser resuelta a favor del imputado. Las afirmaciones contrarias son algo así como la afirmación de que se debe respetar el *in dubio pro reo*, pero “no tanto”. Como si el respeto de una garantía del

Estado de Derecho pudiera ser graduable, y que el Estado estaría autorizado a “violiar un poco” algunas exigencias republicanas.

La resolución cuestionada, de manera solapada, invierte el principio *in dubio pro reo* en contra del justiciable, pues da a entender supuestamente que la paciente “tal vez” podría haberse salvado; en tal sentido, citamos parte de la condena: “. . . *habiendo partido su tratamiento evidentemente de un error en el diagnóstico en el que persistió, haciendo que su paciente entre en una descompensación que si se tratara correctamente tal vez hubiera evitado el resultado lesivo irreversible. . .*”.

Al efecto de determinar si se ha considerado de manera correcta el Principio de Imputación Objetiva de la conducta debemos analizar primero los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de HOMICIDIO CULPOSO, que son:

I. Violación al deber de cuidado.

- i. La relación de determinación entre dicha violación y la producción del resultado.

Como ya dijimos, la sentencia no determinó con precisión, ni si quiera de forma genérica, cuál regla de cuidado fue obviada o incumplida por la médica de Urgencias, según la *Lex Artis* medica. En la condena no quedó expuesto que la condenada se haya equivocado negligentemente, ni por imprudencia, y menos por impericia, en el primer diagnóstico plasmado; no se confirmó la relación existente entre la medicación dada —en supuesta sobredosis— a la paciente conforme al primer diagnóstico y el desenlace fatal; tampoco se explicó suficientemente que la prescripción del medicamento haya sido el único elemento desencadenante del motivo por el cual a la paciente se le tuviera que hacer un procedimiento quirúrgico; y en el cual, la médica de Urgencias no tuvo intervención alguna.

II. Por otra parte, dentro del tipo subjetivo del Homicidio Culposo, debemos estudiar:

- a) Si existía voluntad de realizar la conducta en la forma, o con los medios elegidos;
- y b) Si existía para el autor la posibilidad de conocer el peligro que la conducta creaba para los bienes jurídicos ajenos, y prever la posibilidad del resultado conforme a este conocimiento (previsibilidad).

Esta cuestión tampoco es expuesta en la sentencia de condena. El tipo subjetivo del homicidio culposo exige analizar si el autor ha querido realizar la conducta en la



forma en que lo hizo; y por otro, si tuvo la posibilidad de conocer la puesta en peligro del bien jurídico y de prever la posibilidad del resultado. El error invencible respecto al aspecto cognoscitivo; o la imposibilidad de prever el resultado, excluyen la tipicidad de la conducta, conforme a la Teoría de la Imputación Objetiva; sobre todo en la praxis médica, donde se presume *prima facie* la expectativa de materializar conductas para evitar riesgos, o al menos, para disminuirlos, y no para crearlos. Se repite constantemente que por el “juramento hipocrático”, el médico está obligado a hacer todo lo posible para curar al paciente.

Es sabido que el médico ha de recurrir a las reglas de la *Lex Artis*. Así, no viola el deber de cuidado la conducta de quien ejecuta el acto médico conforme a las prácticas usuales normalmente desarrolladas en la especialidad de que se trate. En este caso, es esencial conocer, verificar y aceptar que el protocolo que era aplicado en esa época y bajo las condiciones en que fue tratada la paciente, obligaban a tomar las precauciones anti epidémicas y desarrollar tratamientos anti influenza.

Al respecto, la medicación suministrada era entonces la correcta, conforme a los síntomas que tenía la paciente. No solo las reglas de la medicina general deben ser tenidas en cuenta, sino que deben serlo también aquellas referidas a la propia especialidad.

La violación a la *lex artis* constituye un indicio de la violación al deber de cuidado, pero no necesariamente lo afirma. No será atribuible el resultado a la conducta del autor, cuando la conducta prudente e hipotética, analizada conforme las reglas que esbozamos párrafos más arriba, hubiera producido igualmente el desenlace negativo. La médica de Urgencias inspecciona a la paciente aproximadamente a las 14:30 hs en la guardia del Hospital; dispone que se realicen diversos análisis; y prescribe un medicamento de libre uso y apto para el efecto requerido (bajar el dolor y controlar la fiebre); vuelve a inspeccionar las condiciones de la paciente alrededor de las 18:00 hs, y conforme a lo constatado dispone la posibilidad de su internación. Posteriormente ya no se involucra en el tratamiento de la paciente.

Si es que la misma –siguiendo la línea argumentativa del tribunal de sentencia– no se dio cuenta, o no se percató de que algún procedimiento médico de urgencia estaba siendo desarrollado en forma inadecuada ¿Cuál fue la violación al deber de cuidado que, conforme la práctica de la medicina, se omitió? O en su caso ¿Qué acto

concreto consistió en la creación de un riesgo no permitido por parte de ésta profesional? De la lectura del fallo no se puede responder a ninguna de estas interrogantes.

Por su parte, la segunda profesional interviniente (también condenada) recibe a la paciente a las 22:00 hs. en franca insuficiencia respiratoria aguda; es decir, le faltaba aire, podía respirar, pero sus pulmones estaban trabajando mal y se estaba llenando de secreciones o catarro. Esto llevo a la paciente a presentar una saturación de oxígeno muy baja, y es a eso que se llama hipoxia; es decir no se producía el intercambio de gases a nivel de los alveolos pulmonares y su presión estaba muy baja, estaba fallando su pulmón y su corazón, es ahí que la doctora de UTI decide realizar el procedimiento por la vía venosa central, o sea la sub clavia, para poder aportar líquidos y otros medicamentos que se llaman cardiotónicos, con el propósito de mejorar la función del corazón y aumentar la presión, se coloca oxígeno a dosis alta por medio de unas mascarillas y se controla su saturación.

Además, se le practicaron estudios laboratoriales y otra radiografía de tórax, donde se constató que el catéter estaba en posición correcta y se vio que había un infiltrado pulmonar bilateral, o sea los pulmones estaban inflamados, este cuadro se llama *distres* respiratorio y se produce en el contexto de una infección aguda. Si fuere el caso de una alergia, como sugirió el perito de la querella, la paciente hubiera presentado una dificultad respiratoria aguda, pero a nivel del cuello, donde se encuentra la laringe o glotis y es esta la que se inflama y cierra la luz por donde pasa el aire y la persona que presenta este cuadro es como si estuviera atorada con algo en la garganta y no puede respirar, rápidamente se pone toda roja y la muerte se produce en minutos por asfixia. Es muy grande la diferencia entre un cuadro y otro cuadro, pues la paciente no fallece inmediatamente, sino a las 10:30 AM del día siguiente de la internación.

Fundamentación APARENTE de la Sentencia del Tribunal

El Tribunal de Sentencia se contradice al fundamentar su resolución calificando llanamente como negligencia e imprudencia, sin siquiera mencionar cómo las pruebas producidas les ayudaron a llegar a dicha conclusión. En la página donde consta la conclusión del supuesto análisis, los juzgadores nuevamente usan frases comunes sin sustento probatorio alguno, alegando “grado de certeza absoluta”, pero tan siquiera se menciona en toda la sentencia del juicio oral cual es la certeza de qué actos



médicos han sido ejecutados en forma tal que produjeran la muerte al no adecuarse a los procedimientos científicos. Se ha faltado a las obligaciones propias que impone el ejercicio de tan delicada profesión según la sentencia, pero, no menciona en este punto, ni en otro, dichas faltas en forma concreta. En otras palabras, asumen que el catéter fue mal colocado, sin explicar por qué y luego con el simple relato de algunos hechos, se usa la frase “cadena de errores”, sin fundamentar cabalmente el fallo condenatorio.

Una prueba necesaria y convincente para condenar hubiera sido que se realice de manera inmediata una autopsia a la víctima, y no la necropsia practicada 16 días después, por desidia del Ministerio Público. El cadáver ya estaba en estado putrefacto, lo que hace que no pueda arribarse a una conclusión certera. Además, el tribunal ha obviado hacer concurrir al juicio al perito de la necropsia, quien elaboró un dictamen, que sirve como cimiento a la sentencia condenatoria. La resolución impugnada es contradictoria, en sí, porque se establecen dos causas de muerte distintas. Como primera causa, la establecida en su dictamen por el perito de la necropsia —quien no declaró en juicio—; y como segunda causa, la establecida por el médico, de la querrela.

Ninguna de estas conclusiones tiene respaldo científico, o son producto de un análisis del caudal probatorio de autos. Existiendo más oscuridades que luces y existiendo una total falta de certeza, el tribunal debió haber considerado la duda a favor de la encausada.

El eminente procesalista *Julio B. J. Maier*, expone, haciendo referencia a los niveles de “Certeza, Posibilidad y Duda” que: “Frente a un acontecimiento a averiguar, los tres estados o grados subjetivos respecto de la verdad se comportan de diferente manera. Prescindiendo ahora del signo positivo o negativo de la hipótesis en la crisis, la certeza y la probabilidad son estados bipolares, pues la indagación sobre un hecho puede arrojar como resultado que la hipótesis existe, ciertamente, o que no existe, con idéntica certeza, que el hecho es probable o, al contrario, que es improbable. Designamos como certeza o probabilidad positivas a aquella posición subjetiva del sujeto cognoscente que confirma la hipótesis a averiguar o tiende a esa confirmación, según el grado de conocimiento alcanzado. La duda, en cambio, por definición, representa un estado neutro, sin salida posible. Pues expresa el fracaso absoluto del intento por conocer, la imposibilidad de emitir un juicio de certeza o probabilidad, positivo o negativo, sobre la hipótesis objeto de la averiguación.

La sentencia condenatoria, por ejemplo, requiere la certeza positiva sobre todos los elementos de la imputación que en ella se afirman para fundarla. La sentencia absolutoria, por el contrario, se satisface con cualquier posición subjetiva respecto de la verdad que no sea la certeza positiva (certeza negativa, probabilidad positiva o negativa y la duda en sentido estricto). En ocasiones la ley no se refiere a estas posiciones subjetivas, en sentido estricto, ni coincide con estas nomenclaturas. El ejemplo académico lo constituye el principio *in dubio pro reo*, que no menta la duda en el sentido de las categorías estudiadas, sino que, según ya se advirtió, traduce la falta de certeza positiva sobre la imputación (duda lata): “duda y probabilidad excluyen la certeza sobre la culpabilidad del acusado, necesaria para condenar”.

Una cosa es la fundamentación de los hechos, es decir fundamentar porqué el Tribunal considera que tales o cuales hechos han sido acreditados, y otra es fundamentar por qué la acreditación de tales hechos lleva a la aplicación de un precepto normativo en concreto. Con respecto a esto, la falta de análisis de todos los elementos que conforman el tipo objetivo de HOMICIDIO CULPOSO, o la mera afirmación de su existencia en la Sentencia Definitiva de 1ª Instancia, no sirven como fundamentación de los preceptos jurídicos aplicables, y por tanto en este caso se han violado los principios consagrados en los artículos antes citados, dictándose por tanto una sentencia arbitraria.

El art. 107 requiere que el Tribunal “forme” o “construya” el tipo penal, porque la descripción legal de la acción típica es incompleta ya que ópticamente es imposible que el legislador prevea todas las formas de causación imprudente de resultados disvaliosos. Por ello la tarea esencial del Tribunal es “cerrar” el tipo mediante una subsunción correcta de los hechos que determinen una calificación de una acción como “descuidada” con relación al bien jurídico: Vida.

Un tratamiento médico cumple con los presupuestos del tipo penal del art. 107 (homicidio culposo) cuando el médico ha actuado violando objetivamente las normas de cuidado que su ámbito profesional le impone, y en base a esta violación la causación del resultado —es decir la muerte del paciente—, le es objetivamente imputable.

Violación de una norma de cuidado = creación de un riesgo jurídicamente desaprobado

En lo que respecta al primer presupuesto: violación objetiva de las normas de cuidado, se observa principalmente una falta de concreción del complejo de normas



referida al estándar de la medicina. En este sentido, un médico solo puede actuar anti normativamente cuando ha realizado una acción prohibida según el tratamiento estándar, que en la medicina en general, o según las especialidades, se espera que despliegue; es decir según una expectativa de conducta. Esta comparación solo se refiere a los medios y no a los resultados del tratamiento.

Un tratamiento médico por lo general cuenta con el riesgo de efectos colaterales indeseables. La medicina al ser una ciencia biológica, se tiene que lo máximo exigible al médico es el despliegue de los medios adecuados. Esta concreción debe realizarse según una consideración *ex ante*, es decir al momento de la realización del acto médico. Lo que es permitido o prohibido, no puede juzgarse *ex post*.

Una conducta es prohibida (negligente, imprudente, o por impericia) cuando lesiona el estándar de requerimientos del sistema de asistencia a la salud. El estándar se compone de reglas escritas y empíricas desarrollado por la praxis médica, que son corregidas y completadas por las ciencias médicas.

La imputación objetiva del resultado = la realización del riesgo creado en la producción del resultado.

Como el tipo penal del art. 107 CP es un hecho punible de resultado se requiere que exista una conexión causal entre la acción prohibida o descuidada con el resultado muerte. Es decir, la violación de una norma de cuidado como tal no es suficiente para establecer una punibilidad.

Para esta relación de causalidad no basta por sí sola meros criterios fácticos de causa y efecto, sino se requiere puntos de referencias normativos. En términos dogmáticos: no es suficiente la denominada *conditio sine qua non*, porque su única aplicación –sin tener en cuenta correctivos normativos- produce un *regressus ad infinitum* que viola el principio constitucional de reconocimiento de la dignidad de la persona y del Art. 20 de la Constitución que dispone que la pena es la *ultima ratio* de la responsabilidad.

La aplicación de la teoría de la *conditio sine qua non* es inadmisibles para este caso, porque no discrimina cuál ha sido la condición que configura la causa de la muerte. De manera simplista y para evitar problemas tanto fácticos como probatorios, el Tribunal utilizándola “mete en una sola bolsa” todas las condiciones que podrían ser causa. De esta forma se ha ampliado exageradamente el ámbito de responsabilidad.

Esto es así porque la *conditio sine qua non* supone una construcción mental imaginaria y como tal hipotética. El Tribunal se ha servido de ella y no ha individualizado la causa del resultado muerte, sino que se ha contentado con una causalidad genérica, es decir ha presumido reglas causales, y no ha exigido la demostración de la causalidad concreta en base a criterios normativos, en este caso concreto.

La médica de Urgencias no ha creado ningún riesgo jurídicamente desaprobado, por ende, al no haber ese riesgo, el resultado muerte no puede ser obra de su actuación. Muy por el contrario, mediante una perspectiva *ex ante* y según un observador objetivo, la misma ha efectuado un acto médico que conforme a las reglas estándares de la medicina era correcto. Por lo tanto, no hay violación de una norma de cuidado. Es decir, ella ha actuado conforme con las expectativas de comportamiento médico adecuado para salvar vidas, y no para causar la muerte. Por su parte, según las probanzas categóricas obrantes en autos, la médica de la UTI no pudo haber colocado mal el catéter, puesto que de haber sido así, el cuadro clínico de la paciente hubiera reflejado otros índices.

La violación del principio *in dubio pro reo* también constituye una lesión contra el derecho material. El tribunal ha conculcado este principio ya que ha actuado en contra del *in dubio pro reo*, al subsumir –arbitrariamente y sin fundamento lógico ni razonable– los hechos bajo los elementos del tipo. Los tribunales presumen circunstancias fácticas y leyes causales puesto que inadmisiblemente utilizan en contra de la doctora de Urgencias la doctrina denominada de los “cursos causales hipotéticos” como el único regulador punitivo.

Contra esto cabe afirmar que al derecho penal solo le importa aquello que efectivamente ha ocurrido, y no lo que hubiera podido pasar; de lo contrario la determinación de la punibilidad de una persona dependería de factores del azar. El Tribunal presume que al realizar el acto médico de diagnóstico y prescripción primaria se ha desencadenado una cadena causal que ha finalizado con la muerte de la paciente; ampliando incluso la punibilidad con la conducta desplegada por la segunda profesional juzgada, desoyendo las probanzas que impiden juzgar con certeza absoluta respecto a lo que a ella le cupo practicar.



