



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE COTOPAXI



CONVENIO

UNIVERSIDAD DE LA CUENCA DEL PLATA

**UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS Y
HUMANÍSTICAS**

CARRERA: ABOGACIA

TESIS DE GRADO

LA MALA PRAXIS MÉDICA, ENCUADRE Y CONSECUENCIAS

EN EL DERECHO PENAL Y DERECHO CIVIL

Tesis presentada previa la obtención del título de Abogado de los Tribunales y
Juzgados de la República del Ecuador

Autoras:

Tapia Jara Tania Elizabeth
Tapia Tapia Viviana Ximena

Directores:

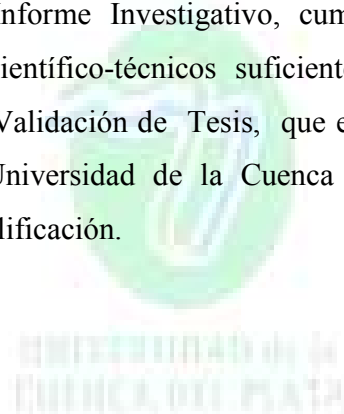
Dr. Marco Molero
Dr. Sergio Martínez

Corrientes-Argentina 2010

AVAL DE LOS DIRECTORES DE TESIS

En calidad de Directores del Trabajo de Investigación sobre el tema:

“MALA PRAXIS MEDICA.- ENCUADRE Y CONSECUENCIAS EN EL DERECHO PENAL Y DERECHO CIVIL.”, de Tapia Jara Tania Elizabeth y Tapia Tapia Viviana Ximena, postulantes de la Especialidad de Abogacía, consideramos, que dicho Informe Investigativo, cumple con los requerimientos metodológicos y aportes científico-técnicos suficientes para ser sometidos a la evaluación del Tribunal de Validación de Tesis, que el Decanato de la Facultad de Ciencias Sociales, de la Universidad de la Cuenca del Plata, designe, para su correspondiente estudio y calificación.



Corrientes, Agosto 2010

Los Directores

Firman:

Dr. Marco Antonio Molero

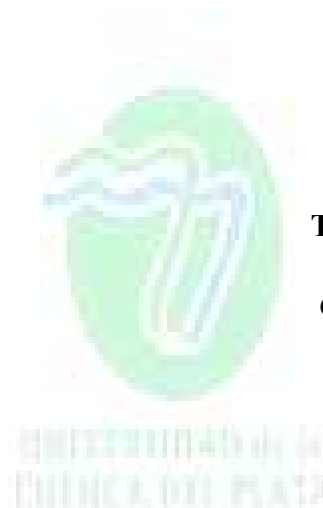
Dr. Sergio Martínez

AUTORIA

Los criterios emitidos en el presente trabajo de investigación “**MALA PRAXIS MÉDICA, ENCUADRE Y CONSECUENCIAS EN EL DERECHO PENAL Y DERECHO CIVIL.**”, son de exclusiva responsabilidad de las autoras.

Tapia Jara Tania Elizabeth

CI: 050292138-0



Tapia Tapia Viviana Ximena

CI: 050298520-3

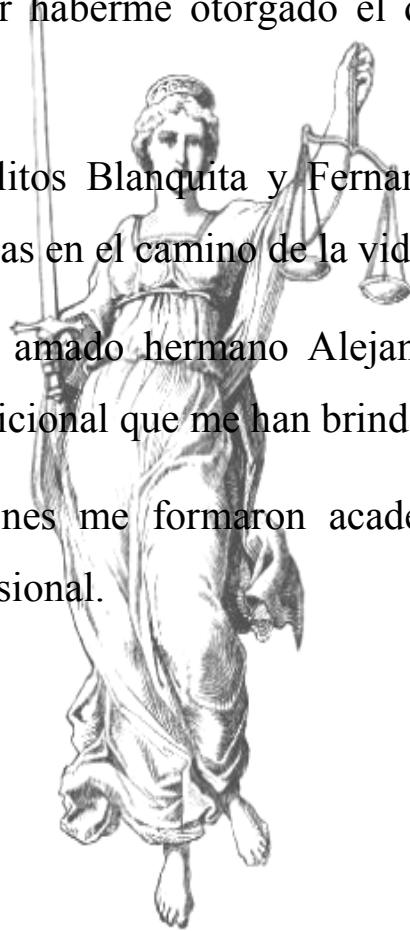
AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por haberme otorgado el don de la vida y permitirme existir.

A mis queridos abuelitos Blanquita y Fernando, por todo su amor y por ser mis guías en el camino de la vida.

A mi padre Sergio y amado hermano Alejandro, por todo el apoyo y cariño incondicional que me han brindado.

A mis maestros quienes me formaron académicamente para alcanzar el éxito profesional.



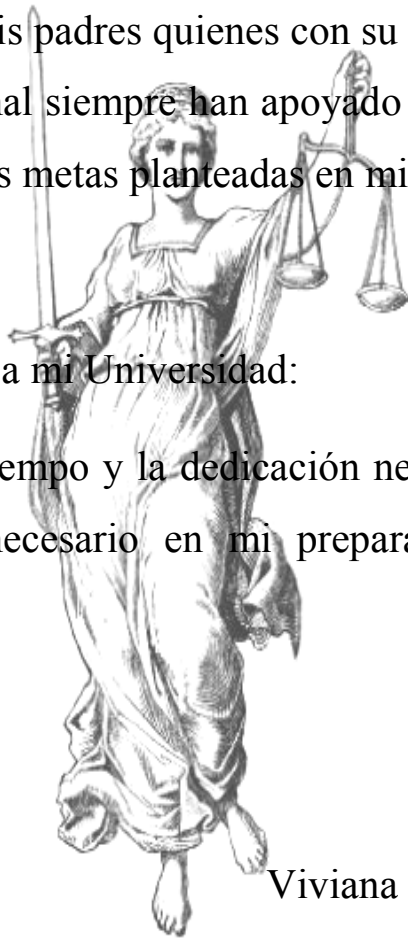
Tania Tapia Jara

AGRADECIMIENTO

Al culminar esta etapa de mi vida, agradezco a dios por ser mi guía espiritual, a mis padres quienes con su esfuerzo, dedicación y amor incondicional siempre han apoyado y guiado mi camino para lograr todas las metas planteadas en mi vida.

A mis profesores y a mi Universidad:

Por brindarme el tiempo y la dedicación necesaria para obtener el conocimiento necesario en mi preparación profesional y humana



Viviana Ximena Tapia Tapia

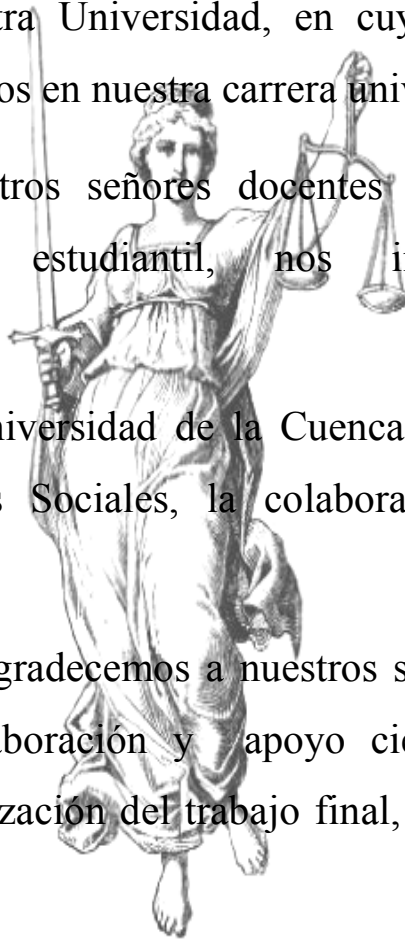
AGRADECIMIENTO ESPECIAL

Agradecemos a nuestra Universidad, en cuyas aulas fuimos acogidas para formarnos en nuestra carrera universitaria.

Agradecemos a nuestros señores docentes quienes, durante nuestra formación estudiantil, nos impartieron sus conocimientos.

Agradecemos a la Universidad de la Cuenca del Plata y a la Facultad de Ciencias Sociales, la colaboración brindada a nuestro trabajo.

De manera especial agradecemos a nuestros señores directores de tesis, por la colaboración y apoyo científico- técnico, prestados para la realización del trabajo final, a la culminación de nuestra carrera.

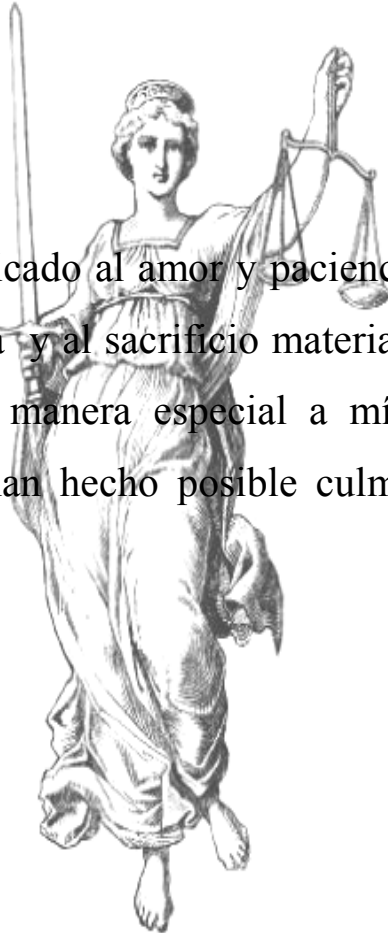


Tania Tapia Jara

Viviana Tapia Tapia

DEDICATORIA

Este trabajo está dedicado al amor y paciencia de mis abuelitos Fernando y Blanquita y al sacrificio material y espiritual de mi padre Sergio y de manera especial a mí adorado hermano Alejandro, quienes han hecho posible culminar mi formación académica.

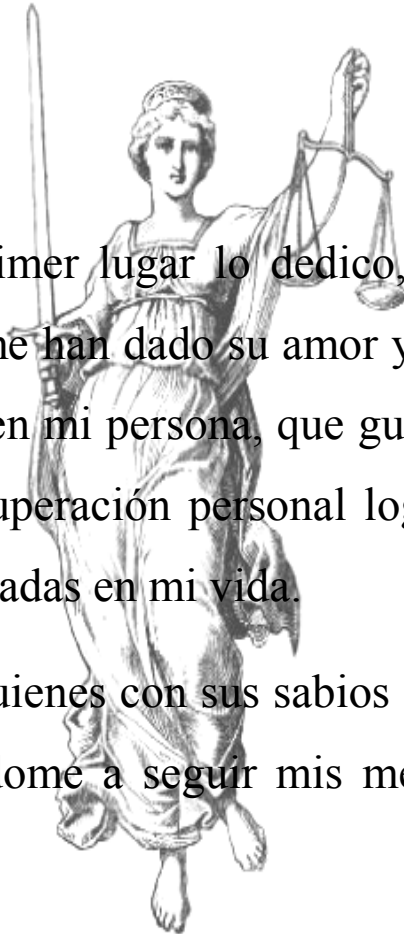


Tania Tapia Jara

DEDICATORIA

Este trabajo en primer lugar lo dedico, a mis padres quienes día a día me han dado su amor y confianza, han inculcado valores en mi persona, que guiaron mi camino permitiendo mi superación personal logrando todas las aspiraciones planteadas en mi vida.

A mis hermanos quienes con sus sabios consejos me han apoyado induciéndome a seguir mis metas y conseguir mis objetivos.



Viviana Ximena Tapia

INTRODUCCIÓN

El derecho no se puede alejar de la salud, por cuanto este último es inherente al ser humano, constituyéndose en el bien máspreciado que integra el valor humanidad, la salud como un derecho del hombre fundamentalmente, se halla establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, siendo tutelado y garantizado por las legislaciones del mundo, cada estado ha creado un sistema integrado de salud cuyo objetivo, es proveer prestaciones de salud, tendientes a su promoción y protección generalmente bajo la creación de hospitales y centros de salud públicos

La Mala Praxis en el campo de la medicina ha tomado tal importancia, que merece un especial trato, puesto que varias vidas de seres humanos se han perdido por la actuación los médicos, que violan el deber de cuidado, aunque en ocasiones la responsabilidad se extiende hasta aquellos subordinados a los mismos.

A nivel internacional la mala práctica médica, se enmarca en la protección a dos derechos humanos fundamentalmente, el derecho a la vida y el derecho a la salud, los casos que iniciaron el debate sobre el análisis de las sanciones a la mala praxis médica, surgieron en Francia, en el caso del Dr. Nicolás Epoux, la resolución de este caso marco las pautas para una amplia discusión sobre la mala praxis médica.

Desde comienzo de los años ochenta, en la república argentina se procedió al debate y posterior legislación de las posibles respuestas normativas a conflicto jurídico generado por los daños causados en las intervenciones médicas, de carácter terapéutica o no, que resultaran violatorias de los respectivos deberes objetivos de cuidado, es decir de la LEX ARTIS MEDICA.

En el Ecuador, se ha iniciado una discusión profunda sobre la mala praxis en el campo de la medicina, debido a que hasta hace poco tiempo atrás, la falta de conocimiento de derechos y la consideración exagerada al médico como intocable, no permitían la aplicación de sanciones a quienes, en el ejercicio de su profesión,

cometían actos de mala práctica médica, en la actualidad debido al incremento de casos por mala práctica médica es necesario su estudio.

La importancia de nuestra investigación, se fundamenta en la determinación de las sanciones aplicables a la mala praxis médica, para de esta forma transformar esos conocimientos teóricos, en una solución aplicable en nuestra legislación a la impunidad en el ejercicio de la medicina.

El problema a investigar, siendo una alternativa de aplicación de sanción a la mala práctica médica en la legislación ecuatoriana, ha establecido los siguientes objetivos, como *Objetivo General*: Investigar cuales son las sanciones aplicables en materia civil y penal a la mala práctica médica en la legislación Argentina, para reducir la impunidad, mediante una propuesta de aplicación de sanción a la mala práctica médica, en materia civil y penal en la legislación Ecuatoriana, y como *Objetivos Específicos*:

- 1.- Determinar que es la mala práctica médica, los aspectos civiles y penales, considerados para sancionarla, realizando un análisis comparativo, de la legislación argentina y ecuatoriana.
- 2.- Analizar doctrina y jurisprudencia en materia civil y penal, sobre mala práctica médica, en la legislación argentina.
- 3.- Elaborar la propuesta, de la aplicación de sanciones a la mala praxis médica en base a la legislación argentina, al articulado de los Códigos Civil y Penal de la legislación ecuatoriana.

La presente investigación emplea la variable independiente, que es el estudio investigativo de la mala práctica médica y las sanciones aplicables en materia civil y penal la variable dependiente propuesta de sanción a la mala práctica médica para reducir la impunidad.

Esta investigación se realiza a través de un análisis que contiene información de tipo bibliográfico y documental, empleando un diseño descriptivo de investigación; debido a que no existe manipulación de variables. Los métodos de investigación, empleados son el inductivo, analítico y sintético, y las técnicas que se utilizan son la observación y el análisis de documentos.

Finalmente ésta tesis se encuentra compuesta de tres capítulos, distribuidos dentro del siguiente orden:

CAPITULO I: Abarca todo lo referente al contenido Teórico de la mala praxis encuadre y consecuencias civiles y penales, derecho a la vida.- la salud; la mala praxis médica; las consecuencias civiles y penales.

CAPITULO II: Comprende el Trabajo de Campo; dentro del cual se realiza un análisis de jurisprudencia de casos sancionados por mala praxis.

CAPITULO III: Diseño de la propuesta, que contiene introducción, el objetivo general y los objetivos específicos, la justificación, para finalmente llegar a la propuesta de aplicación de la sanción a la mala praxis que se halla tipificada en el Código Penal Ecuatoriano.

**TEMA: “MALA PRAXIS MÉDICA.- ENCUADRE Y CONSECUENCIAS EN
EL DERECHO CIVIL Y PENAL”**

Autoras:

Tapia Jara Tania Elizabeth

Tapia Tapia Viviana Ximena

RESUMEN

El presente trabajo de tesis abarca tres capítulos, el marco teórico o referencial, la investigación de campo, y la propuesta. En el primer capítulo las tesis abarcamos, como primer tema el derecho a la vida y a la salud, siendo éstos los bienes jurídicos que se tutelan, en la mala práctica médica, en el segundo tema, ya realizamos un estudio de lo que es la mala práctica médica, con referentes históricos de culturas antiguas donde se establecieron las primeras sanciones al ejercicio de la medicina y la conceptualización de la misma. El tercer tema las consecuencias civiles y penales, abarca todo el contenido doctrinario teórico, de las responsabilidades en materia civil y penal, y de los delitos de lesiones y homicidio culposo, que encontramos en el trabajo de campo como referente de sanción a la mala práctica médica.

En el segundo capítulo, el trabajo de campo se realizó en base al análisis de fallos tanto civiles como penales, de casos en Corrientes Capital y Buenos Aires, donde se sancionan a médicos que causaron la muerte de sus pacientes, por homicidio culposo, los fallos muestra fueron escogidos debido a que en la mayoría de casos que se han presentado en nuestro país, se ha perdido la vida de personas, además que son la fundamentación en la práctica del marco teórico.

El tercer capítulo, la propuesta contiene, la introducción, objetivos, fundamentación teórica y un esquema representativo, donde la sanción se encamina más a la aplicación de sanciones en base de los articulados del Código Penal, más allá de una reforma legal.

TOPIC: “BAD MEDICAL PRAXIS CIVIL AND PENAL CONSEQUENCES “

Authors:

Tapia Jara Tania Elizabeth

Tapia Tapia Viviana Ximena

ABSTRACT

The follow investigation contained three mind topics, the first is theory base, second is camp’s work, and third is the proposition.

In the first chapter, we described, the life and health how rights that are protected in the bad medical practice, in the second topic, we established historical references of olds cultures, whom castigated the medical’s exercise, and concepts of bad medical practice. The third topic, study the penal and civil consequences in the doctrine contained.

In the second chapter, in the camp’s work, we analyzed cases of Corrientes Capital and Buenos Aires, where the doctors caused the death of the people, because they don’t precautions in the medical exercise, we choose his cases because in own country, in the majority of the cases of bad medical practice, people die, besides it is the base of theory contained.

The third chapter, contained introduction, objectives, base theory and representative diagram, of the penalty’s proposition of the bad medical praxis.

INDICE GENERAL

TEMA:	Pág.
PRELIMINARES.-	
Portada.....	i
Aval de los Directores de Tesis.....	ii
Autoría.....	iii
Agradecimiento.....	iv-vi
Dedicatoria.....	vii-viii
Introducción.....	ix-xi
Resumen.....	xii-xiii

CONTENIDO.-

CAPITULO I

MARCO TEORICO

1.-EL DERECHO A LA VIDA.- LA SALUD

1.1.-Generalidades.....	Pág. 18
1.2.- Naturaleza Jurídica.....	Pág. 19
1.3.-Características.....	Pág. 21

2.-LA MALA PRAXIS MÉDICA

2.1.- Generalidades.....	Pág. 22
2.2.- Reseña Histórica.....	Pág. 23
2.3.-Conceptos.....	Pág.24

3.- CONSECUENCIAS CIVILES Y PENALES

3.1.- Generalidades.....	Pág. 25
3.2.-Materia Civil	
3.2.1. Responsabilidad Civil.....	Pág. 25
3.2.2.-El Daño.....	Pág. 32
3.2.3.- Reparación del daño.....	Pág. 33
3.3.-Materia Penal	
3.3.1.- Teoría del Delito.....	Pág. 37
3.3.1.1.-Acción.....	Pág. 38
3.3.1.2.-Tipicidad.....	Pág. 41
3.3.1.3.-Antijuricidad.....	Pág. 44
3.3.1.4.-Culpabilidad.....	Pág. 46
3.3.2.- Lesiones Culposas.....	Pág. 47

3.3.3.- Homicidio Culposos.....	Pág. 49
---------------------------------	---------

CAPITULO II

TRABAJO DE CAMPO

2.-Generalidades.....	Pág.51
2.1.-Jurisprudencia	
2.1.1.-Fallo Civil- Corrientes Capital	
2.1.1.1.- Fallo N.- C01 21070578/2.....	Pág.52
2.1.2.- Fallo Penal- Buenos Aires	
2.1.2.1.- Fallo.- 30/09/2005.....	Pág.62
2.1.2.2.- Fallo.- 28/12/2004.....	Pág.66
2.2.-Análisis de los fallos.....	Pág.84

CAPITULO III

DISEÑO DE LA PROPUESTA

3.1.-Introducción.....	Pág.87
3.2.-Objetivos.....	Pág.89
3.2.1.-Objetivo General.....	Pág.89
3.2.2.-Objetivos Específicos.....	Pág.89

3.4.-Justificación.....	Pág.90
3.5.-Propuesta de sanción el Código Penal Ecuatoriano respecto a la negligencia médica.....	Pág.91
CONCLUSIONES.....	Pág. 97
RECOMENDACIONES.....	Pág. 98
BIBLIOGRAFIA.....	Pág. 99
ANEXOS.....	Pág.101



CAPITULO I

MARCO TEORICO

1.- EL DERECHO A LA VIDA.- LA SALUD

1.1.- GENERALIDADES

Tras la Segunda Guerra Mundial, los Derechos Humanos se establecieron en el Derecho Internacional con “*La Declaración Universal de los Derechos Humanos*”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en París; donde recopilaron derechos básicos, del ser humano cuya finalidad es el desarrollo en el ámbito social.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, abarca un conjunto de postulados propuestos, para garantizar el amparo y protección de derechos básicos inherentes al ser humano, que le permiten desempeñarse dentro de la sociedad.

Cuando tratamos el tema de los derechos humanos, se hace referencia a la irrenunciabilidad e intangibilidad, puesto que al pertenecerle, alcanza valor, por lo tanto, no pueden ser violentados o puede existir falta de aplicación de los mismos.

El derecho a la vida se halla consagrado como un derecho fundamental, cuya protección la han adoptado, las legislaciones del mundo en cada estado, debido al grado de importancia que tiene, por ser la base del ejercicio de otros derechos fundamentales, por lo que violación del derecho a la vida no implica el hecho de la

muerte en sí, sino también las acciones y omisiones, que se encaminen a la destrucción de la misma.

La salud como derecho del ser humano, también se halla en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el ejercicio de este derecho fundamental, lo asumen los gobiernos, mediante la protección de la misma a través de políticas estatales, con la creación de centros de atención médica generalmente públicos, para la accesibilidad de las personas, aunque también existen los centros de atención privada, donde el paciente a cambio de la prestación del servicio, paga por el mismo.

Por ello la importancia de que el ordenamiento jurídico de los estados, regulen el ejercicio de la medicina, puesto que se tutela básicamente dos bienes jurídicos, la vida y la salud.

1.2.- NATURALEZA JURIDICA.

Para la autora Matilde Zavala de Gonzales, entre los bienes inherentes al ser humano cuya protección es competencia del Derecho se halla la vida, puesto que se constituye la base de aplicación de otros derechos, en efecto el derecho a la vida es el soporte necesario para el goce de los demás derechos de los que el ser humano se ha hecho titular.

Etimológicamente vida procede del latín *vita*; conceptualmente se define como la fuerza o actividad interna sustancial, mediante la que obra el ser que la posee. *Filosóficamente* es la unión del alma y del cuerpo, *teológicamente* se considera a la vida como el estado de la gracia y proporción para el mérito de las buenas obras. *Biológicamente*, es el conjunto de actividades que establecen la conexión del organismo vivo con el ambiente.

El Pacto de San José de Costa Rica establece en el art 4: **Derecho a la Vida** 1. *Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*

La actual Constitución de la República del Ecuador, en el art 45, establece: “*El estado reconocerá y garantizará la vida incluido el cuidado y protección desde la concepción,*” posteriormente en el art 66 N.1.-señala:” *se reconoce y garantizará a la personas: 1.- El Derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”.*

El primer bien jurídico que se tutela a finalidad de la presente investigación es indiscutiblemente la vida, debido a la importancia que posee, jurídicamente el valor **vida**, inicia desde la concepción siendo garantizada y protegida por los estados, mediante normativas tanto internacionales, como internas.

Salud proviene del latín **salutis**, es el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones, la Organización Mundial de la Salud, define a la salud como el *completo bienestar psíquico, mental y social.*

La actual Constitución de la República del Ecuador, en los arts. 358 al 369, tutela la salud mediante un sistema integral de promoción y prevención con participación ciudadana.

El segundo bien jurídico que se tutela es la **salud**, que se deriva de la vida, el cual al igual que el primero se halla en la legislación internacional e interna.

1.3.-CARACTERISTICAS.-

Entre las características de los derechos humanos son:

Inherentes: Porque son innatos a todos los seres humanos sin distinción alguna, pues se asume que nacemos con ellos. Por tanto, estos derechos no dependen de un reconocimiento por parte del Estado.

Universales: Por cuanto se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar; por tanto, no pueden invocarse diferencias culturales, sociales o políticas como excusa para su desconocimiento o aplicación parcial.

Absolutos: Porque su respeto se puede reclamar indistintamente a cualquier persona o autoridad.

Inalienables: Por ser irrenunciables, al pertenecer en forma indisoluble a la esencia misma del ser humano; no pueden ni deben separarse de la persona y, en tal virtud, no pueden transmitirse o renunciar a los mismos, bajo ningún título.

Inviolables: Porque ninguna persona o autoridad puede actuar legítimamente en contra de ellos, salvo las justas limitaciones que puedan imponerse de acuerdo con las exigencias del bien común de la sociedad.

Imprescriptibles: Porque no se pierden por el transcurso del tiempo, independientemente de si se hace uso de ellos o no.

Indisolubles: Porque forman un conjunto inseparable de derechos. Todos deben ser ejercidos en su contenido esencial, al tener igual grado de importancia

Indivisibles: Porque no tiene jerarquía entre sí, es decir, no se permite poner unos por encima de otros ni menos sacrificar un tipo de derecho en menoscabo de otro.

Irreversibles: Porque todo derecho formalmente reconocido como inherente a la persona humana queda irrevocablemente integrado a la categoría de derecho humano, categoría que en el futuro no puede perderse.

Progresivos: Porque dado el carácter evolutivo de los derechos, en la historia de la humanidad, es posible que en el futuro se extienda la categoría de derecho humano a otros derechos que en el pasado no se reconocían como tales o aparezcan otros que en

su momento se vean como necesarios a la dignidad humana y, por tanto, inherentes a toda persona.

2.-LA MALA PRAXIS MEDICA

2.1.- GENERALIDADES

El Derecho es el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad inspirado en postulados de justicia, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter.

En otras palabras, es el conjunto de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos interpersonales.

La mala práctica médica es la falta de precaución en el deber de cuidado en el ejercicio de su arte o profesión, la discusión en el tema de la mala praxis médica surge a partir de la necesidad de garantizar la tutela de los dos bienes jurídicos protegidos objeto de este estudio, la salud y la vida.

Se ha iniciado con la presente investigación pautas para la aplicación de las sanciones a la mala práctica médica en el Ecuador, a través de un análisis comparativo con la legislación Argentina debido a su avance en la temática planteada, lo que ha permitido ampliar nuestro panorama respecto de la mala praxis médica en nuestro país, de esta manera se busca proporcionar una solución viable para la impunidad medica.

2.2.- RESEÑA HISTORICA

En la antigüedad, las causas de las enfermedades eran atribuidas a castigos divinos, por lo que el sacerdote realizaba las labores del médico, siendo considerado como un intermediario de Dios, por lo tanto existiendo o no mala praxis, no se aplicaba sanción alguna para los emisarios de Dios en la tierra.

Los Egipcios, otra cultura que realizó un interesante aporte de las ciencias a la humanidad, estableció la pena de muerte a aquel médico que en el ejercicio de sus labores cometiere alguna falta en la vida de sus semejantes.

En la cultura Griega, donde predominaba la mitología, atribuían a los dioses del Olimpo sus males, catástrofes y sufrimientos por castigos que les imponían a su comportamiento, por lo que la mala praxis no tenía sanción alguna.

Registros históricos sobre las sanciones a la mala práctica médica, aparecen en el CÓDIGO DE HAMMURABI que en relación al ejercicio de la medicina y los mismos médicos establecía "Si un médico hizo una operación grave con el bisturí de bronce y lo ha hecho morir, o bien si lo opero de una catarata en el ojo y destruyó el ojo de este hombre, se cortarían sus manos".

Durante el Gobierno del conquistador Alejandro Magno, el tema de la mala praxis médica toma un sentido más drástico debido a que se ordenaba la crucifixión de aquel médico que haya abandonado voluntariamente al enfermo.

En el Ecuador registros históricos de la existencia de una legislación Penal, se remonta a los habitantes del Reino de Quito, se condenaba por delitos como los golpes, la ociosidad, la mentira, el hurto y el robo, el adulterio con castigos generalmente dolorosos para el criminal. En la época de la Colonia, los considerados

delitos eran básicamente aquellos que atentaban contra la seguridad del Estado y la Iglesia, siendo castigados severamente.

Con el avance de la ciencia y la tecnología, poco a poco se fueron descubriendo nuevas enfermedades como la forma de curarlas, además de nuevas técnicas que garantizan resultados seguros para el paciente, pero así también los médicos menos prestos a salvar vidas, provocan por el contrario el deceso de seres humanos debido a la mala práctica de la medicina, consecuentemente generando la impunidad, por la dificultad para comprobar la responsabilidad médica.

2.3.- CONCEPTO:

La conceptualización de la mala praxis médica requiere de un análisis prolijo, debido a la importancia del tema.

En un primer sentido, encontramos al médico en el ejercicio de su profesión, misma que debe realizar con la mayor responsabilidad posible, debido a que seres humanos entregan sus vida al cuidado del médico, bajo el *principio de confianza*, consistente en el cuidado que debe tener aquel, que ejerce el arte de la medicina, frente al paciente, puesto que la actuación médica curativa consiste siempre en una actuación conjunta de varios sujetos, que asumen diversas tareas, en relación de igualdad, superioridad o subordinación,

La mala praxis finalmente se define como la falta del deber de cuidado en el ejercicio de arte o profesión del médico.

3.-CONSECUENCIAS PENALES Y CIVILES

3.1.- GENERALIDADES

La responsabilidad ha existido y convivido con la sociedad, pero es a partir de la edad moderna y el desarrollo de las ciencias que se ha buscado regular y establecer compensaciones en función del avance de dicha responsabilidad.

Conceptualmente responsabilidad *rendir cada uno cuenta de sus actos frente a las consecuencias de los daños ocasionados a otros, de ahí nace el deber de reparar o resarcir los perjuicios causados.*

La mala praxis médica al igual que otros delitos tipificados en las legislaciones penales debe ser sancionado, y con mayor razón si se trata de la tutela de derechos como son la vida y la salud, pero además de aquello también la reparación del daño implica consecuencias de tipo civil, por lo que en el presente tópico se va a analizar las consecuencias tanto civiles como penales de la mala praxis médica.

3.3.-MATERIA CIVIL

3.3.1. RESPONSABILIDAD CIVIL

La responsabilidad civil es definida como la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido.

Esta puede ser contractual, cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular como el contrato, oferta unilateral, o extracontractual cuando la norma jurídica violada es una ley la cual, a su vez, puede ser delictual, si el daño causado fue debido a una acción tipificada como delito, o cuasi-delictual o no dolosa, si el perjuicio se originó en una falta involuntaria.

Por otra parte, existen casos en que una norma o un contrato sólo obligan al deudor a actuar con prudencia y diligencia, la obligación es considerada de medios. En esta categoría recae la obligación que tiene un médico respecto a su paciente, el médico no tiene la obligación de sanarlo, sino de poner sus mejores oficios y conocimientos al servicio del mismo, es decir, de actuar en forma prudente y diligente.

En caso de mala praxis médica la responsabilidad es subjetiva, debido a que tiene su fundamento en la culpa, esta constituye un elemento psicológico de naturaleza subjetiva, consistente en la intención de obrar con negligencia o descuido.

La teoría subjetiva de la responsabilidad, señala a la culpa como esencial, debido a que sin ella no existiría responsabilidad, cuyo objetivo principal es procurar la reparación de lo ocasionado, lo cual consiste en restablecer el equilibrio, entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio, por lo que posee un aspecto preventivo, que lleva a la sociedad a actuar con prudencia para evitar comprometer su responsabilidad; y un aspecto punitivo, la pena pecuniaria.

La responsabilidad tiene aspectos comunes que son: la acción, la relación de causalidad y el factor de atribución. **La acción** es la voluntariedad del acto, y se receptan las enseñanzas de la doctrina penal. Para que la imputación se lleve a cabo hay que investigar si el agente obró voluntariamente, con prudencia intención y voluntad"; es decir, se considera acción cuando hay voluntariedad, y autoría cuando hay acción voluntaria.

Dentro de la relación de causalidad es necesaria la conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso, vincula materialmente, de manera directa, el incumplimiento obligacional o al acto ilícito con el daño y en forma sucedánea e indirecta, a este con el factor de atribución, se trata de resolver si un resultado dañoso determinado puede ser materialmente atribuido a una persona.

La causalidad jurídicamente relevante no apunta a un mecanismo material, sino al hombre como artífice y protagonista de los procesos y las situaciones a través de sus actos.

La noción de *causalidad* tiene dos funciones, la primera, determinar la autoría, esto es, si un hecho es materialmente imputable a un autor; y la segunda fijar la extensión del daño resarcible, es decir, hasta qué punto se repara, este aspecto es importante debido a que dispone un criterio para establecer quién es responsable y hasta qué punto lo es siempre, que este no constituya un delito penal

De todos los presupuestos, el que asume mayor importancia en el tratamiento del tema de fondo de este trabajo, es el factor de atribución, que se constituye en el fundamento del deber de reparar, ayuda argumentar la motivación o la razón que impone reparar los perjuicios causados.

Los factores de atribución son subjetivos u objetivos, en los subjetivos encontramos la culpa, que exige un comportamiento voluntario y reprochable. Los factores objetivos, son un catálogo más abierto, entre los que puede mencionarse al riesgo creado, la equidad, la garantía, la seguridad social, el seguro, los criterios económicos.

La culpa es considerada como variación de la antijuridicidad, este tipo de obligaciones indemnizatorias tienen su causa y fuente en los delitos y cuasidelitos, y es natural entonces que se considere que la culpabilidad (ya sea por dolo o la culpa) debe existir para el nacimiento del resarcimiento del perjuicio.

La imputabilidad es indispensable puesto que no hay responsabilidad sin culpa, en una concepción basada en el deudor, es natural que los daños ocurran sólo por el hecho propio y, consecuentemente, no sean admisibles otras formas de imputabilidad que las vinculadas al obrar humano, para que un hecho sea imputable a un autor debe existir un vínculo objetivo que es el nexo causal y uno subjetivo, que importa culpa o dolo, la concepción de la culpa es profundamente personal y síquica.

La negligencia es considerada como la omisión, falta de preocupación o cuidado en lo que hace en negocios, las profesiones, en las relaciones con las personas, en el manejo o custodia de las cosas y en el cumplimiento de los deberes y misiones,

En el tema que desarrollamos, el argumento de la obligación viene determinado por el contenido de la relación existente entre el médico y el paciente, ya que la vulneración por parte del médico a los derechos del paciente, constituyen sus obligaciones, es causa de responsabilidad.

La obligación legal en la mala praxis médica tiene su origen desde el momento que un facultativo de la salud, acepta el ingreso de un paciente a un establecimiento de salud público o privado, o desde que comienza la atención de un paciente así nace un contrato de cumplimiento obligatorio y con dicho contrato se originan los derechos y obligaciones de las partes.

El derecho del paciente a recibir la atención debida y la correspondiente obligación de los profesionales de la salud a prestársela, a su vez nace el derecho de los profesionales a percibir una retribución por sus servicios y la obligación del paciente o del Hospital o del Sanatorio a satisfacer dichos honorarios o retribución mensual convenida.

La doctrina engloba solidariamente como agentes de la mala praxis, a todos los profesionales de la salud desde Instituciones Médicas y médicos hasta enfermeras y auxiliares, que hayan participado en la atención del paciente perjudicado,

entendiéndose tan solo la gravedad de la pena o sanción económica, de acuerdo al grado de participación que los agentes de la salud intervinientes en el tratamiento, puedan haber tenido en la efectiva producción del daño.

Solidaridad implica, que todos y cada uno de los agentes intervinientes, son individualmente responsables por la totalidad del daño ocasionado, siendo facultad del Juez, de acuerdo a la prueba que se produzca en el juicio, atribuir o exceptuar a cada uno de los agentes de la salud intervinientes, de un mayor o menor grado o porcentual de responsabilidad en el hecho dañoso sea en materia Penal como Civil, mientras las Instituciones Hospitalarias o los Sanatorios responden con su patrimonio para afrontar la indemnización dineraria en la reparo Civil, en cambio no tienen una sanción Penal que les alcance, por ser Personas Jurídicas de existencia ideal no física.

La responsabilidad civil en la mala praxis médica en su inicio fue tratada como una responsabilidad extracontractual ya que se decía que no existe un contrato previo para prestar el servicio dando origen al deber jurídico genérico preexistente de no dañar a terceros. Borda considera que la responsabilidad médica es de *naturaleza extracontractual*, pues ella no surge de la celebración de un contrato, sino de las obligaciones que impone el ejercicio de la medicina, exista o no contrato.

Iturraspe, Lorenzetti y Ghersi, han establecido como regla general que la responsabilidad civil médica es contractual, sin importar que se trate de un contrato oneroso o gratuito

En la legislación argentina la mala praxis médica es tratada como una responsabilidad civil contractual, se entiende que al existir relación individual entre médico y paciente existe un contrato, por ende si el facultativo no satisface las prestaciones a su cargo la responsabilidad es contractual y al surgir la violación de una obligación nacida de un contrato comprende también todas las indemnizaciones que nacen de una obligación preexistente.

Consideran también que en ciertos casos existen excepciones que justifican la aplicación de las normas que rigen la responsabilidad extracontractual como son, los servicios médicos solicitados por una tercera persona a fin de que se preste atención a un paciente que se encuentra imposibilitado para consentir, siempre que no obligue a este último en virtud de una representación legal o voluntaria. Cuando la infracción civil del facultativo configura al mismo tiempo un delito, si el contrato entre el médico y paciente es invalido por algún elemento esencial o vicio.

Cuando los servicios médicos fueron prestados con espontaneidad, no medie la voluntad del paciente o de sus representantes. La atención prestada a un incapaz, sin autorización del representante legal, servicios médicos proporcionados en contra de la voluntad del paciente, los perjuicios que padece la víctima fuera del cumplimiento de la obligación principal, el reclamo efectuado por los herederos del paciente fallecido, en relación con el valor de la vida humana, los reclamos de los herederos por daño moral.

El Código Civil Argentino contempla la responsabilidad emergente de la mala praxis y la obligatoriedad de su resarcimiento económico (*arts. 1073 á 1090 del Código Civil*) y/o de la prestación asistencial reparadora, incluyéndola dentro de los Títulos de las Obligaciones, de los Hechos Jurídicos y de las Obligaciones que nacen de hechos ilícitos que no son delitos, esto último especialmente, a través de los artículos 1109 y 1113 del Código Civil. En particular, el art. 902 del Código Civil nos dice: "*Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento, mayor será la obligación que resulte de la consecuencia posible de los hechos.*"

El art. 903 dice: "Las consecuencias inmediatas de los hechos libres, son imputables al autor de los hechos." El art. 904: "Las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas". El art. 905: "Las consecuencias puramente casuales no son imputables al autor del hecho, sino cuando debieron resultar, según las miras que tuvo al ejecutar el hecho."

Las consecuencias inmediatas son aquellas que acostumbran a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas; es decir el hecho y la consecuencia se ligan sin la mediación de otro hecho que produzca la unión o les sirva de lazo.

La previsibilidad siempre está implícita en ellas, pues conforma al principio de regularidad siguen de manera natural y ordinaria a un hecho, situación que determina su necesaria representación en la mente de un hombre normal.

Las consecuencias mediatas son las que resultan de la conexión de un hecho con acontecimiento distinto; es decir, el vínculo con el hecho causal no es directo, pues en la cadena causal se produce la interferencia de otro hecho que coadyuva al resultado

Los hospitales y demás establecimientos médicos en caso de mala práctica médica, asumen una obligación tácita de seguridad por la cual garantizan al paciente que no sufrirá daño alguno con motivo de la atención médica y paramédica, esta obligación es de resultado aun en el caso en que vaya referida a los actos médicos.

En caso de comprobarse la culpa y responsabilidad del profesional a título individual, el deber de responder del establecimiento surge en forma automática o más bien objetiva, de ahí que el centro médico para eximirse de responsabilidad deberá demostrar la ruptura de la relación causal, siendo insuficiente la prueba de su no culpa.

Sin perjuicio de ello, y en razón de que la obligación de seguridad va referida a un deber de medios, será necesaria la comprobación de la culpa del profesional a título individual, de manera que el establecimiento podrá eximirse de responsabilidad si colabora con el médico en la demostración de su no culpa, para patentizar la transgresión de la obligación de seguridad por parte del ente asistencial.

Con respecto a los hospitales públicos se ha sostenido que el deber genérico de asistencia se concreta en una prestación particularizada, propia de una relación de naturaleza obligacional, caracterizada por la existencia de derechos y deberes

recíprocos, sin perjuicio de que en lo que respecta al sujeto pasivo las obligaciones a su cargo no revistan naturaleza pecuniaria.

El criterio contractual se sustentaba en que la utilización del servicio asistencial no es obligatorio para el particular, sino que necesita de su consentimiento; y la relación entre el paciente y el Estado esta mas allá del carácter legal o reglamentario en que se asienta la misma, porque la relación se desenvuelve a lo largo de la prestación de común acuerdo, según las modalidades del servicio y las circunstancias del caso.

De allí que la relación jurídica entre el Estado y el paciente derivaría en que el profesional no tiene responsabilidad frente al paciente porque actúa como órgano de la estructura estatal, sin perjuicio de la que le corresponde frente a la Administración. El sustento obligacional de la responsabilidad del hospital público, de modo similar a la de los centros privados, es la obligación tácita de seguridad.

3.3.2.-EL DAÑO

En el Derecho civil el daño es el primer elemento constitutivo de la responsabilidad civil y de la consecuente obligación de repararlo, a este se lo puede definir como todo quebranto en los bienes jurídicos de una persona y, para que sea tomado en cuenta, debe ser verdadero con una certeza relativa, no eventual.

Dentro del daño se derivan dos características como son el daño emergente y lucro cesante, el primero consiste en la disminución patrimonial directa derivada de la actuación dañosa, mientras que el segundo se refiere a la ganancia dejada de obtener por ella o la pérdida de algo que habría llegado a formar parte del patrimonio si no se producía acontecimiento dañoso, así también reconocen los llamados daños morales, que son los que lesionan los derechos derivados de la personalidad y entre ellos se

destacan aquellos que afectan a la salud, la libertad, al derecho al honor, la intimidad personal y familiar .

El daño puede ser consecuencia de una acción negligente de alguien con quien la víctima no estaba unida por ningún tipo de relación contractual anterior, dando lugar a la responsabilidad civil extracontractual, o ser producto en concreto de un incumplimiento de contrato, donde se trataría de una responsabilidad civil contractual.

3.3.3.- REPARACIÓN DEL DAÑO

Consiste en el cumplimiento de una obligación a cargo del responsable y a favor del damnificado, que tiene por objeto resarcir el daño injustamente causado al acreedor. La reparación se constituye en el restablecimiento del equilibrio preexistente alterado por el hecho dañoso, y al mismo tiempo, una exigencia de estricta justicia y de equidad.

La acción resarcitoria tiene como finalidad la reparación del daño causado; y en el orden estrictamente profesional, compete al juez de la causa establecer el quantum indemnizatorio, tomando en consideración los distintos rubros en que se descompone ésta, privilegiando aquellos que hacen al hecho mismo, causante de lesión y origen de la promoción judicial.

Esta acción por daños y perjuicios no siempre responde a otro aspecto que no sea el patrimonial, no lleva como finalidad la recurrencia a una sanción por mal desempeño profesional, sino sólo busca una compensación.

Para procedencia indemnizatoria debe tratarse de conductas atípicas ya que se la puede computar como viable y exigible; de otro modo, la aceptación lisa y llana de

toda promisión resarcitoria traería aparejada una inestabilidad institucional que en los hechos no debe suscitarse.

Para Pizarro dentro de la perspectiva resarcitoria dice que a la vida humana no se puede atribuirle un valor económico o espiritual, con independencia de la consideración del damnificado por su pérdida, aclarando que damnificado no es la víctima en el caso del homicidio, puesto que ya no es sujeto de derecho y no puede sufrir un pérdida patrimonial o espiritual a raíz de su propia muerte, en este caso los perjudicados pueden ser las personas que le sobreviven y quedan privadas del valor económico y espiritual que para ellas significaba la vida de la víctima llamados también damnificados indirectos.

La acción resarcitoria en el caso del homicidio, puede ser ejercida por ciertos parientes del muerto, en calidad de herederos, o a título personal, estos no necesitaran demostrar un perjuicio propio, ya que estarían reclamando el resarcimiento patrimonial del daño debido al causante, lo que es transmisible en el contenido patrimonial de la herencia, y la indemnización debería ser distribuida del mismo modo que los restantes bienes hereditarios.

Existen daños que emergen del homicidio, que no requieren de la demostración de ningún vínculo en particular, como por ejemplo cuando la acción resarcitoria se orienta a reclamar los gastos hechos en la asistencia del muerto y en su funeral, basta con que acredite que efectuó dichas erogaciones.

En materia civil las lesiones a la integridad psicofísica de la persona constituyen una fuente importante de daño patrimonial y moral, sin importar si proviene de una órbita contractual o extracontractual, a diferencia que en materia penal es calificada como delito y sancionado con una pena.

Incurren en esta conducta quien causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud, el primero afecta la composición anatómica del sujeto; y el segundo su normal funcionamiento.

Dentro de este tema el bien jurídico protegido es el derecho a la salud, y goza de un reconocimiento supranacional (así, por ejemplo el art. 5 de la convención Americana sobre derechos humanos), y constitucional a nivel nacional; dentro de esta temática ocupa un lugar importante el daño derivado de la transmisión de enfermedades comprendiendo fundamentalmente dos grandes supuestos el daño genéticamente transmitido (por deficiencia del material empleado al tiempo de la fecundación asistida, o como consecuencia de causas atribuibles a la acción de los padres o donantes portadores de la enfermedad), y el derivado del contagio de enfermedades (sida, sífilis, hepatitis, etc.), en las relaciones familiares o fuera de ella. El daño estético y daño psíquico también tienen suma importancia el plano del resarcimiento del daño patrimonial y moral.

La indemnización del daño patrimonial en caso lesiones la puede reclamar el damnificado directo como también los damnificados indirectos que experimenten un daño propio a raíz del hecho lesivo que ha tenido como víctima a un tercero (así, por ejemplo quien debe dejar de trabajar por cuidar al herido mientras está convaleciente).

Los daños resarcibles en caso de las lesiones son *los gastos terapéuticos y de curación*, dentro de este tema se encuentran comprendidas todas las erogaciones que el damnificado realice o tenga que realizar para su mejoría o curación, tales como honorarios médicos, sueldos de enfermeras, costo de internación hospitalaria y operaciones, transfusiones de sangre, traslados, aparatos ortopédicos, prótesis y demás elementos para la rehabilitación funcional etc. La víctima tiene derecho a elegir el médico y los establecimientos asistenciales que juzgue más convenientes para su mejoría; los gananciales dejados de percibir.

El Lucro Cesante, en este tema el responsable de las lesiones debe indemnizar al lesionado por todas las ganancias que este dejó de percibir hasta el día de su completo restablecimiento, como también los damnificados indirectos pueden reclamar la

reparación del daño propio experimentado que bien puede consistir en un lucro cesante, la prueba del perjuicio pesa sobre el damnificado.

Las valoraciones hechas del daño causado o emergente superan las posibilidades económicas, muchas veces, del médico comprometido en la emergencia, cuya responsabilidad profesional puede ser ninguna, pero por artificios legales del recurrente o por una apreciación subjetiva del órgano de aplicación, puede alcanzar aquélla la responsabilidad una gradación que opaca la labor o actividad, que aún ajustada a ciencia y técnica, es factible de ser distorsionada y llegar esta a su procedencia de la acción y valía en el orden judicial.

Para evitar estos desaciertos que persiguen un enriquecimiento indebido, debe ahondarse la investigación hasta sus últimas consecuencias; y en el supuesto de ser la demanda falseada en sus términos, debe generar una responsabilidad solidaria entre quienes, a despecho de toda objetividad, se condujeron con una mendacidad reprochable: primero por ser inmoral el uso de la falacia, y segundo por la temeridad con que conlleva la promoción de acciones que no admiten siquiera la apoyatura de la presunción.

La actividad médica debe estar regida por una reglamentación, pero que aquella aparezca protegida, no indefensa de derechos, y donde las pretensiones ilegítimas de los demandantes por *mala praxis* se sancionen también de modo expreso y con la severidad que de las circunstancias se desprenda.

En el caso de la legislación argentina ya existen seguros de responsabilidad civil que ayudan a los facultativos a desempeñar normalmente sus actividades sin tener constantemente el temor de que sus actuaciones impliquen una pérdida en su patrimonio. Por ende permiten, una mayor confianza en las actuaciones que estos van a llevar a cabo ya que si en alguna de ellas causan un daño a un tercero, tendrían el medio necesario para que cubrir cualquier compensación económica que las autoridades determinen según el caso.

3.2.-MATERIA PENAL

3.2.1.- TEORIA DEL DELITO

Aquellos conflictos en que se requiere el ejercicio del poder punitivo, suele resolverlos el Derecho Penal, el Dr. Raúl Zaffaroni, (*Derecho Penal Parte General, cap.10*); analiza a la Teoría del Delito como un sistema de filtros que permiten abrir sucesivos interrogantes acerca de la respuesta habilitante de un poder punitivo por parte de la agencias jurídicas.

Bueres y Zaffaroni, (*Responsabilidad Médica, Aspectos Penales*), afirman que la Teoría del Delito, es la elaboración de categorías analíticas, en orden de las cuales se reflexiona en cada caso la existencia o no del delito.

Ambas acepciones coinciden en ubicar a la teoría del delito como un medio técnico jurídico de categorización, para establecer el hecho y la responsabilidad en los delitos, por lo tanto cumple una importante función práctica, permitiendo facilitar el planteo y decisión de las causas.

El esquema general de la teoría del delito va del género (conducta acción o acto); a los caracteres específicos (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad); (*Raúl Zaffaroni, Derecho Penal Parte General, cap.10; pag.289*).

En este sentido la Teoría del Delito, respondería al interrogante de la existencia o no del delito así como la responsabilidad del imputado/acusado, según corresponda al caso en particular, ahora bien, todo delito a criterio de los Drs. Bueres y Zaffaroni,

presupone como requisito básico, que exista una acción humana, es decir que el delito ante todo es una conducta.

Más, no basta con que el delito se halle tipificado en la legislación, o que tal o cual conducta sea atribuida al accionar de una persona, el otro punto de análisis en la teoría del delito es determinar la conflictividad que la conducta pueda causar, constituyéndose inclusive en una conducta no enmarcada en un tipo penal o atípica o se encuentre abarcada por un precepto permisivo que conlleve al sujeto activo actuar en virtud de ellos autorizados por el Estado.

En la mala praxis médica, la Teoría del Delito, juega un papel fundamental, para la determinación de qué clase de delitos se enmarcan y son sancionables, estableciéndose a aquellas que se presenten en virtud del ejercicio concreto de la medicina, profundizando en las categorías de la Teoría del Delito, que a continuación se analizan.

3.3.1.1.-Acción

En el transcurso de la historia penal, en las diferentes teorías del delito, el concepto de acción se manifestó en distintas versiones, con sus respectivas funcionalidades, recibiendo diferentes denominaciones, como conducta y acto.

Para Hegel la pena era la reafirmación del derecho, por aplicación del principio lógico de que la negación de la negación es la afirmación: *“el delito es la negación del derecho y la pena es la negación del delito, o sea, la afirmación del derecho”*, (*Derecho Penal Parte General, Pág. 400*).

En el esquema planteado por Hegel, lo antijurídico es la acción, que se concibe como libre, puesto que no admite la posibilidad de penar un comportamiento no libre, dado que no sería una negación del derecho.

Por ende, la premisa de que sólo las acciones libres pueden ser antijurídicas era una consecuencia de la teoría de la pena del hegelianismo, que extendió su criterio más allá de los autores hegelianos a los autores de la teoría de los imperativos, cuyas ideologías tenían un concepto predominantemente ontológico de acción, donde los contenidos normativos le serán añadidos por los restantes elementos del delito; análogo.

Posteriormente se abandonó la teoría hegeliana de la pena, el derecho penal quedó en libertad para construir un concepto de acción adecuado a otras teorías de la pena o a ninguna, según se asuma la funcionalidad en una construcción teleológica o bien se la deje latente, desde entonces, el derecho penal construyó el concepto de acción de modo funcional con teorías preventivas de la pena, lo que continúa casi hasta los últimos años, en que se replantea debidamente su función manifiesta.

El inicio del establecimiento de nuevos criterios para la conceptualización jurídica de la acción, inicia con la sistemática positivista y la neokantiana, el periodo comprendido desde fines del siglo XIX hasta mediados del XX, se pliegan a un concepto causal de acción, en versión pretendidamente naturalista o descriptiva primero y como construcción conceptual jurídica luego, que nació como resultado de la recepción penal del concepto de antijuridicidad objetiva de Jhering.

El enunciado de este concepto causal de acción, en su versión pretendidamente descriptiva o naturalista, correspondió a von Liszt, quien la definía como la realización de una mutación en el mundo exterior atribuible a una voluntad humana, con esta conceptualización Von Liszt divide a la acción en dos partes, de un lado el movimiento corporal y del otro el resultado, ambos unidos por la relación de causa y efecto.

La teoría del conocimiento neokantiana permite construir una acción a la medida del derecho penal, aunque no tenga nada que ver con la realidad ni con el mundo, el neokantismo siguió manteniendo las imágenes y representaciones que mueven a la voluntad separadas de su contenido.

En el ámbito del marxismo analítico la discusión sobre el contenido de la acción se debate en torno al concepto de elección racional, que también presupone un componente final a través de la idea de acción guiada por la programación del resultado en base a los medios más óptimos, la acción es un proceso en el tiempo que se aproxima a un final determinado anticipadamente.

Weber entendió por acción una conducta humana, siempre que el sujeto de la acción enlace a ella un sentido subjetivo, lo que posteriormente se denominó modelo ideológico, al que adhirió Parsons.

La acción desde el punto de vista finalista no es un concepto que se pueda inventar a gusto del derecho penal, sino justamente lo contrario, por lo que se impone como premisa el respeto a su estructura óntica, pues de otro modo no obtendrá ningún objeto de valoración sino apenas un valor valorable.

El concepto finalista de acción provocó un larguísimo debate y, en particular, las objeciones del causalismo se dirigieron hacia su capacidad para servir de elemento fundante común con la omisión y con la culpa, pretendiendo que el concepto finalista sólo servía para la acción en los delitos dolosos activos, y algunos agregaban que sólo en los de esa naturaleza y de resultado material.

La acción en el derecho penal, es un concepto jurídico y debido a esta naturaleza, no puede inventar lo que en el mundo no existe, sino que debe seleccionar datos de la realidad, cualquier ciencia que se ocupa de la conducta humana lo hace de la misma manera, pues no hay un concepto de acción real, sino una realidad de la conducta humana.

Existen diversos criterios acerca de la función que debe cumplir el concepto jurídico penal de acción, suele asignársele la función de sustento común para cualquier forma de aparición de punibilidad, lo que algunos llaman función clasificatoria, otros elemento fundante y otros concepto abarcativo.

El ser de la conducta humana no impone ningún concepto sino que ofrece los elementos con que el derecho penal debe construirlo.

3.3.1.2.-Tipicidad

Se consideran tipos, a las fórmulas que usa la ley para señalar los pragmas conflictivos cuyas acciones amenaza con pena, para el poder punitivo es la tipificación de una ley mediante la selección de acciones.

Señala el Dr. Eugenio Zaffaroni; 2006 *“la tipicidad, debe verse como un terreno de conflicto en el que colisionan el poder punitivo y el derecho penal, el primero pugna por la mayor habilitación de su ejercicio arbitrario; el segundo, por su mayor limitación racional”*.

Se puede afirmar que el tipo penal es la fórmula legal necesaria al poder punitivo para habilitar su ejercicio formal, y al derecho penal para reducir las hipótesis de pragmas conflictivos, valorando limitativamente la prohibición penal de las acciones sometidas a decisión jurídica, en tanto que la tipicidad es una característica de la acción y el juicio de tipicidad es la valoración jurídica que, con base en el tipo, permite establecer la tipicidad de la acción.

Señala el autor Dr. Raúl Zaffaroni (*Derecho Penal Parte General, 2006, pag.432, 433*), *tradicionalmente, se entiende por tipo la palabra alemana Tatbestand, se trata de una traducción sólo aproximativa, o un error, pues etimológicamente tipo reconoce, tanto en sánscrito como en griego, el sentido de “golpe o huella de un golpe”*.

Tatbestand en sentido literal significa aproximadamente supuesto de hecho y, por ello, admite dos claras significaciones, el supuesto de hecho fáctico (el acontecimiento particular y concreto que se da en la vida y en el mundo) y el

supuesto de hecho legal (el modelo general y abstracto que la ley crea para su señalización).

La interpretación de los tipos penales está ligada al juicio por el cual se determina si una acción real y concreta es típica, o sea, si constituye materia prohibida, lo que también es un juicio valorativo jurídico acerca de una acción y de su obra.

El tipo es una figura de imaginación creada por el poder político (legislador) en el acto de criminalización primaria; es un diseño legal abstracto que forma parte de la ley.

La tipicidad es la cualidad que marca una prohibición, de una conducta, su antinormatividad, por ello los tipos penales describen de manera distinta las conductas. Tomando en cuenta la forma en que la conducta, objetivamente al resultado, existen tipos activos y omisivos y desde el punto de vista subjetivo existen tipos dolosos y culposos.

Tipicidad objetiva

La tarea de crear tipos penales es del legislador, mientras que la tarea de determinar si una conducta reúne las condiciones en abstracto de un tipo penal, corresponde al Juez, lo que se pretende analizar con la tipicidad objetiva en el marco de la mala práctica médica, es si la conducta realizada por el sujeto pasivo, coincide con la descripción del tipo legal, y si esa acción genera lesividad cuyo resultado pueda ser imputado al autor.

Lo que se pretende determinar si esa conducta descrita, se halla en un tipo, existiendo un nexo de causación entre la acción y el resultado, puesto que no se diferencia al médico en el quirófano realizando un corte con el bisturí en medio de una cirugía al paciente, del que clava un cuchillo en el cuerpo de otro.

Se analiza además si esa acción que realizó el médico es susceptible de ser penada por la Ley, puesto que si por un lado el Estado y el mismo paciente autorizan al galeno, una intervención quirúrgica, por el otro se debe penar su conducta.

El análisis entonces es determina si esa conducta típica, no solo este abarcada en un tipo penal, sino que afecte a alguien de manera tal que no pueda intervenir el Estado, es decir que se afecte un bien jurídico en este caso la vida.

Tipicidad Subjetiva

Tipo Doloso

Dolo es la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios para su configuración, en el dolo, este conocimiento es siempre efectivo y recae sobre los elementos del tipo sistemático objetivo (incluyendo los elementos normativos de recorte) y también sobre los imputativos del tipo conglobante.

En general la doctrina no distingue entre el dolo como una finalidad concreta y típica dada en el mundo (la finalidad como parte del supuesto de hecho fáctico), el dolo como exigencia típica perteneciente a la ley (el dolo como requisito del supuesto de hecho legal) y el dolo como característica de la acción típica dolosa, aunque en ocasiones se hace referencia a la dolosidad para indicar esta última.

Tipo Culposo

La característica esencial del tipo culposo, radica en su peculiar forma de individualización de la acción prohibida a diferencia del tipo doloso, en que ésta se individualiza mediante su descripción, en el tipo culposo permanece indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado relevado penalmente.

Esto obedece a que los tipos culposos no criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción.

El tipo culposo no castiga al autor por la forma en que un fin es perseguido, sino porque el resultado distinto al final presupone de parte del causante un peligro prohibido previsible y evitable.

3.3.1.3.-Antijuricidad

De la legislación no sólo se desprenden normas, pues el orden jurídico no se agota con el orden normativo, la jurisdicción debe expresarse siempre en forma no contradictoria y, por ende, debe interpretar de ese modo toda la legislación y no sólo la parte que permite deducir normas.

La previsión de injerencia del poder punitivo frente a ciertos conflictos generados por la violación de esas normas, criminalizados mediante tipos, no puede menos que ser recortada por las leyes cuando en determinadas circunstancias se hace necesario reconocer que la realización de la acción anti normativa es, precisamente, un derecho que no puede negarse al agente como parte de su ejercicio de libertad social que disuelve el conflicto.

La antijuridicidad, es un juicio acabado de prohibición o de mandato es el reverso o el recorte de los permisos en general, derivados del principio de reserva mismo, frente a un indicio de prohibición la antijuridicidad no interroga sobre la ausencia de un permiso sino que, por el contrario, el juicio de antijuridicidad pregunta si el permiso constitucional se mantiene a través de un permiso legal, que de afirmarse, deja a la acción inmune a cualquier interferencia de la norma de coerción, por prohibición o mandato, impide que se habilite ejercicio de poder punitivo sobre el agente.

Adoptar el criterio de la antijuridicidad como juicio definitivo acerca de la prohibición de una conducta, presupone considerar al orden jurídico como un todo unitario, para cuya totalidad la conducta es lícita o ilícita, lo que es generalmente admitido en la doctrina.

Nada impide que una acción considerada lícita por una rama del derecho no pueda generar obligaciones en otra, sobre la base de diferentes fundamentos de responsabilidad, toda vez que estos fundamentos son diferentes.

La antijuridicidad sería el paso a lo antijurídico merecedor de pena, sin que el juicio negativo de necesidad de pena determine la exclusión de la ilicitud para el resto del ordenamiento jurídico, lo que sería coherente con la función de protección de bienes jurídicos del derecho penal.

Este concepto de unidad, al pasar por alto los diferentes fundamentos de la responsabilidad en las respectivas ramas jurídicas, lleva a consecuencias que también son inadmisibles el que salva su vida a costa de la propiedad de otro, completamente ajeno al conflicto y al que deja en situación de desamparo, aunque posea una formidable fortuna, no estaría obligado a reparar; la necesidad de anestesiarse a un preso para salvarle la vida legitimaría la prueba obtenida por declaraciones involuntarias hechas bajo el efecto de la droga suministrada.

Se puede concluir entonces que la antijuridicidad, es un juicio de prohibición o mandato, que a su vez es material y formal, la primera en el sentido de que implica una efectiva afectación del bien jurídico, para cuya determinación a veces no tiene el legislador otro camino que remitirse a pautas sociales de conducta, y es formal, porque su fundamento, a veces no toda su determinación, no puede partir más que del texto legal.

3.3.1.4.-Culpabilidad

La culpabilidad es el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y de este modo operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.

Debido a la diferencia entre los seres humanos y a la mutabilidad que es de su esencia, el derecho penal siempre necesitó un puente entre el injusto y la pena, por lo que la culpa se convirtió en el nexo.

En el positivismo alemán, no existía una culpabilidad en el sentido de la ética tradicional, sino que se llamaba culpabilidad a la imputación subjetiva, la teoría psicológica de la culpabilidad, aunque hiciese concesiones a la ética tradicional al considerar a la imputabilidad como presupuesto de la imputación subjetiva.

Las modernas concepciones sistémicas mantienen la culpabilidad en la teoría del delito, que derivan de las necesidades que imponen su particular teoría legitimante del poder punitivo.

La vieja peligrosidad no pretendía ser más que un cálculo de probabilidades sobre la conducta futura de una persona, fundado en ley de grandes números, que podía fallar en el caso concreto, pero se desentendía de esas fallas en aras de la pretendida necesidad de controlar a los sectores o clases peligrosas de la sociedad.

La moderna prevención general positiva no es más que la necesidad de valerse del mal infligido a una persona para fortalecer la confianza del resto en el sistema y re normalizar la situación o provocar consenso.

La culpabilidad entendida como el juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en caso de operar esa vinculación, proyectarse desde la teoría del delito como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede futrarse sobre éste, tomando en cuenta el dato de la selectividad y constatando

que el poder punitivo selecciona conforme a la vulnerabilidad del sujeto y no a su autodeterminación.

Para ello debe tener en cuenta los siguientes conceptos; el vínculo personal del injusto con el autor se establece teniendo en cuenta la forma en que opera la peligrosidad del sistema penal, que puede ser definida como la mayor o menor probabilidad de criminalización secundaria que recae sobre una persona; el grado de peligrosidad del sistema penal para cada persona está dado, en principio, por los componentes del estado de vulnerabilidad de ésta al sistema penal; el estado de vulnerabilidad, se integra con los datos que hacen a su status social, clase, pertenencia laboral o profesional, renta, estereotipo que se le aplica, es decir, por suposición dentro de la escala social; la relación entre poder y vulnerabilidad al poder punitivo es inversa, puesto que el poder opera como garantía de cobertura frente al sistema penal, el poder punitivo no se distribuye sólo por el estado de vulnerabilidad.

En síntesis, la culpabilidad es el juicio necesario para vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, en su caso, operar como principal indicador del máximo de la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste.

3.2.2.- LESIONES CULPOSAS

El derecho Argentino, adoptó en el Código vigente desde el año 1921, con reformas correspondientes, tanto en el modo de situar las lesiones dentro de los delitos contra las personas.

Fontan Balestra, (*Derecho Penal Parte Especial*) señala que el delito de lesiones, objetivamente, consiste en cualquier daño causado en el cuerpo o en la salud.

La legislación Penal Argentina para determinar la entidad penal de las lesiones, la ley se vale de un doble criterio la primera, aquellas que han causado un daño irreparable,

la magnitud y naturaleza de ese daño a la luz de factores anatómicos como fisiológicos, económicos, y sociales; y en las que el daño es reparable, prevalece el tiempo de incapacidad para el trabajo y el peligro para la vida del ofendido.

En el delito de lesiones, señala Fontan Balestra, (*Derecho Penal Parte Especial, página 96*), es el ser humano desde que comienza el nacimiento y mientras la persona tiene vida, esta se constituiría en la extensión de la protección del delito de lesiones en la persona.

El artículo 94 inciso primero del Código Penal Argentino contempla las lesiones culposas que establece: “*Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud Si las lesiones fueran de las decriptas en los arts. 90 o 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del art 84, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses*”.

Bajo estas concepciones se puede establecer dos directrices fundamentales para la aplicación del delito de lesiones en la mala praxis médica, *el daño en el cuerpo y en la salud*, al primero se lo caracteriza como cualquier modificación más o menos duradera en el organismo de la víctima, el daño en la salud se lo considera como la modificación funcional del organismo, en ambos casos el daño causado debe ser perdurable.

3.2.3.- HOMICIDIO CULPOSO

La figura del homicidio se tipifica en la mayoría de legislaciones del mundo debido a que es una de las formas de sancionar, de manera especial de los delitos contra la vida. El homicidio culposo no procede la mal llamada compensación de culpas, que es en realidad responsabilidad de cada cual en proporción de su culpa, tan propia del Derecho Civil, en materia Penal, la culpa de la víctima, no compensa en principio, la imprudencia o la negligencia determinante del hecho que haya habido de parte del autor.

La Legislación Penal Argentina tipifica en el art. 84 inciso primero, del Código Penal, prevé el Homicidio Culposo en los términos: “*será reprimido con prisión de seis meses a cinco años, e inhabilitación especial, en su caso por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia, en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro la muerte. El mínimo de la pena se elevara a dos años si fueren más de una las víctimas fatales, o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor*”.

De las concepciones referentes, se deriva que en el homicidio existe delito cuando se ha causado por culpa la muerte de un ser humano, por medio de distintas formas de culpabilidad, *imprudencia, negligencia, impericia*, tipificadas en la legislación penal.

Precisa el análisis de las formas establecidas por el Código Penal de las formas de culpabilidad. La primera **negligencia** se entiende como “*la falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza*”, es decir que implica falta de cautela en el ejercicio de una actividad, en el tema analizado, la medicina.

Cabe destacar que todos los casos de negligencias no deben juzgarse de la misma forma, pues tanto mayor es la negligencia, cuanto mayor es la diligencia del acto, como ejemplo explica Fontan Balestra (*Derecho Penal Parte Especial, pág. 63, pargo. 1*)” no son las mismas condiciones de asepsia a quien lleva a cabo una intervención quirúrgica en el quirófano de un sanatorio de ciudad, que a quien la realiza, por motivos de urgencia, en el medio del campo.” Un ejemplo citado es del

caso donde se consideró negligente de la neonatología, que tuvo a su cargo, el tratamiento de una recién nacida afectada de neumotórax, a quien realizó una determinada punción tres horas después del nacimiento, la que fue juzgada por los peritos médicos, como tardía y constitutiva, solamente, de un paleativo dadas las circunstancias del caso. (C. Crim. Capital, Sala Primera, causa “Florio, Gloria”, del 12/III/1998, L.L., t. 1999-C, pag.646)

La **imprudencia** implica un obrar que lleva consigo un peligro jurídicamente se la define como “*falta de ejercicio, de la condición de prever y evitar los peligros*”. Es decir que mientras el negligente no hace algo que la prudencia indica hacer, el imprudente realiza un acto que las reglas de la prudencia indican no hacer. Para explicar de mejor manera la imprudencia, Fontan Balestra (*Derecho Penal Parte Especial, pág. 63, par. 1*); cita el caso del farmacéutico respecto de quien se probó que vendió, sin la receta exigida, el medicamento que produjo la muerte de la víctima. (C. Crim. Capital, Sala Quinta, causa “Petruf, Daniel A.”, del 22/VIII/2003, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Agosto 2004, Pag.100, con nota de Gustavo F Trovato*).

La **impericia**, se vincula al ejercicio de una profesión, arte o industria que exigen determinados conocimientos y habilidades y por ello suponen la sujeción de las reglas que impone la ciencia o práctica y experiencia.

CAPITULO II

TRABAJO DE CAMPO

2.-GENERALIDADES

Los romanos empleaban la voz *ius*, para referirse al derecho, etimológicamente, proviene de la voz latina *directus*, que significa *lo derecho, lo recto*, jurídicamente, se conoce como el conjunto de normas o reglas que rigen la actividad humana en la sociedad, una de las fuentes del Derecho, la constituye la jurisprudencia, que son las reiteradas interpretaciones que hacen los tribunales en sus resoluciones de las normas jurídicas.

En la antigüedad, Roma, dio valor reverencial a las sentencias de los jueces, que contenían tanto el fallo judicial como la exposición razonada del mismo, la edad media, caracterizada, por ser una etapa de absolutismo, el juzgador era el Rey, predominando su dominio.

En el Ecuador, jurisprudencia son los fallos de triple reiteración, dictados por la Corte Nacional de Justicia.

En definitiva, la Jurisprudencia, constituye una fuente importante del Derecho, debido a que sirve de fundamento para dictar sentencias en casos similares.

En la presente, investigación se plantea el análisis de fallos civil y penal sobre mala práctica médica en la legislación argentina, siendo escogidos por las tesis para fundamentar el trabajo de investigación debido a que se analiza, las sanciones que

fueron aplicadas en los correspondientes casos, a la mala práctica médica, lo que servirá de referente para la aplicación de sanciones en la legislación ecuatoriana.

En la presente investigación se tomaron como muestra cuatro fallos civiles, y dos penales los cuales enfocan la temática planteada en el marco teórico.

2.1 JURISPRUDENCIA

2.1.1.-FALLO CIVIL- CORRIENTES CAPITAL

2.1.1.1. FALLO N.- C01 21070578/2

En la ciudad de Corrientes, a los diecinueve días del mes de junio de dos mil nueve, estando reunidos los señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Doctores Guillermo Horacio Semhan y Fernando Augusto Niz, con la Presidencia del Dr. Eduardo Antonio Farizano, asistidos de la Secretaria Jurisdiccional Dra. Norma Plano de Fidel, tomaron en consideración el Expediente N° C01 -21070578/2, caratulado: **“PEREZ BERNARDITA Y OTRO C/ MARCIANO MORENO RUIZ DIAZ Y OTROS Y/O QUIEN O QUIENES RESULTEN RESPONSABLES S/ DAÑOS Y PERJUICIOS”**. Habiéndose establecido el siguiente orden de votación: Doctores Eduardo Antonio Farizano, Guillermo Horacio Semhan y Fernando Augusto Niz.

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

SE PLANTEA LA SIGUIENTE:

CUESTION

¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS?

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR EDUARDO ANTONIO FARIZANO, dice:

I.- Contra el pronunciamiento de la Excma. Cámara (fs. 454/458) que al revocar el de primer grado rechazó la demanda de daños por una pretensa mala praxis médica de la que habría resultado la muerte del hijo de los actores, estos justiciables deducen recursos extraordinarios de nulidad y de inaplicabilidad de ley (fs. 462/469).

II.- El primer medio de gravamen (concedido a fs. 492) resulta inadmisibles. Es que el vicio que se denuncia bajo la calificación de “incongruencia”, se apoya en un pretense desconocimiento de la regla res ipsa loquitur, materia que es propia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley. Igual conclusión debe predicarse respecto del segundo error en que el quejoso funda la nulidad, esto es la “ausencia de fundamentación” pues en rigor lo que se está denunciando es “falencia de los argumentos”. Así las cosas, el recurso deducido bajo el nombre de nulidad extraordinario no está fundado en motivo legal de este medio de impugnación.

III.- El segundo embate sí supera el juicio de admisión en tanto se dirige contra sentencia definitiva dictada en proceso de conocimiento y se han cumplido las exigencias técnicas de la expresión de agravios. Además el quejoso goza del beneficio del litigar sin gastos por lo que está exento de cumplir con el depósito de la carga económica.

IV.- En este proceso los padres de la víctima demandaron la reparación de daños por mala praxis médica con fundamento en un error de diagnóstico del médico demandado. El Tribunal de enjuiciamiento penal lo absolvió considerando que no hubo culpa. El juez civil de primer grado, en cambio, acogió la demanda y la Cámara revocó el pronunciamiento con base en los siguientes argumentos:

1.- No resulta de la prueba de autos conducta alguna del médico demandado que pueda calificarse de culposa pues trató al paciente como todo otro médico lo hubiera hecho.

2.- Es descalificable el juicio del juez de primer grado en el sentido que la negligencia del médico radica en no haber indicado (o por lo menos advertido al paciente que debía practicarse) un hepatograma previo al suministro de los medicamentos contra la tuberculosis (TBC) los que le habrían provocado una complicación renal que lo llevó a la muerte. Agregó que el error del juez primigenio deriva del hecho de que ese es un razonamiento posterior a la sucesión de los hechos que, para ser evaluados correctamente, se deben analizar y “circunscribirse” al año 2000 pues según el Director de Epidemiología de la Provincia el presente fue el primer caso de desenlace fatal por suministro del medicamento (Rifater).

3.- Resaltó que surge de algunos de los testimonios de los médicos que existe un porcentaje en el cual no se puede demostrar clínicamente la presencia de TBC (por el análisis de esputo) pero que igual lo padece, y según esos mismos testigos cuando hay sospecha igualmente debe iniciarse el tratamiento, lo que se justificó en el caso dado los antecedentes del paciente (progenitor infectado, tos persistente durante más de diez días) y el lugar de la consulta (elevada presencia de tuberculosis).

4.- El hepatograma no es un estudio exigido como previo al suministro de remedios contra la TBC.

5.- Por esa época la conducta del médico se adecuó al procedimiento previsto por el Programa Nacional de Control de la Tuberculosis.

V.- El recurrente extraordinario denuncia absurdo y violación de la ley.

Enrostra absurdo a la sentencia impugnada en tanto sólo se basó en lo declarado por algunos testigos técnicos. Aduce que esos médicos son pasibles del reparo de ser compañeros de trabajo del demandado lo que le resta eficacia probatoria; sobre el punto critica también que la Cámara hipervaluó esos testimonios equiparándolos a

una verdadera prueba pericial. Aduce que no basta un catarro persistente para diagnosticar tuberculosis (en adelante TBC) y agrega que resulta dogmática la aserción de la Cámara en el sentido que se trata de un medio geográfico en que dicha patología está muy arraigada. Argumenta que no está probado que se haya realizado al paciente radiografía de tórax ni baciloscopía seriada de esputo como pasos previos del diagnóstico y la indicación del Rifater.

Expone además que la Cámara no interpretó adecuadamente el Criterio 3 del Esquema del Programa Nacional de Control de Tuberculosis pues si bien según esa normativa se sospecha que una persona pueda padecer la enfermedad cuando presenta tos y catarro persistente por más de quince días, a renglón seguido indica que la radiografía es un paso previo del diagnóstico y que la sospecha debe confirmarse con la bacteriología. Recalca además que según esas mismas reglas “en estos pacientes se deben agotar las medidas de diagnóstico diferencial para descartar otras patologías pulmonares antes de indicar el tratamiento”.

VI.- El recurso ha de prosperar. Explico por qué.

VII.- Liminarmente destaco que no obsta a un pronunciamiento de ese tenor la calificación que de la conducta del demandado hiciera la Cámara del Crimen, pues si no está en juego la existencia del hecho imputado al demandado y por el cual fue absuelto, sino la calificación que al mismo le cuadra, el pronunciamiento penal no hace cosa juzgada, pudiendo el juez civil admitir sobre la base de una nueva calificación la acción resarcitoria (LLAMBIAS, J.J., Tratado de Derecho Civil, Obligaciones, Abeledo Perrot, Bs.As. 1980, V. IV-B, pág. 89, y sus citas).

VIII.- De entrada se advierte que la Cámara no respetó las reglas de la sana crítica al valorar los testimonios en base a los cuales eximió de responsabilidad al galeno. El Dr. Pila (fs. 108, 803) declara en forma genérica sin referirse al caso concreto sin perjuicio que no atendió a Sánchez y sólo lo vio cuando ya estaba grave; igual reproche puede formularse a los dichos del médico Churruarin (fs. 805) sin perjuicio que su declaración denota un fuerte espíritu corporativo. Las contradicciones del

testimonio prestado por el médico Espíndola en la instrucción (fs. 214, respuesta la cuarta pregunta) con lo declarado en el debate (fs. 805 vta.) Son groseras, primero dijo que Sánchez no tenía tuberculosis luego se desdice afirmando que tenía síndrome compatible con TBC.

El Dr. Gnocchi coincide en la prioridad de la clínica médica pero también lo hace en forma genérica; dijo que el medicamento debe indicarse si el paciente no refiere síntomas hepáticos, hecho negativo que no resulta probado por el hecho positivo contrario; esto es que el demandado en una correcta anamnesis haya interrogado al paciente sobre trastornos de esa naturaleza, circunstancia que no consta en la historia clínica del Hospital Muniagurria de la ciudad de Goya, en la que, por el contrario se dejó constancia que el paciente ingiere alcohol sólo “ocasionalmente” (fs. 63).

Frente a tales vicios resulta aplicable al caso la doctrina de la Corte Federal según la cual es arbitraria la sentencia en la cual la interpretación de la prueba se limita a un análisis parcial y aislado de los elementos de juicio obrantes en la causa, y no los integra ni armoniza debidamente en su conjunto, defecto que lleva a desvirtuar la eficacia que, según las reglas de la sana crítica, corresponde a los demás medios probatorios (C.S.J.N.; Fallos 319-301, 3022; 321-1099, 3423; 322-1325, entre otros).

IX.- Las constancias comprobadas de la causa indican que, por el contrario, el médico demandado cometió un grosero error al diagnosticar TBC.

X.- En efecto. Al declarar como imputado en la justicia penal el Dr. Moreno dijo, con valor de confesión para este fuero (ver este Superior Tribunal: “Verdún, Pasión c/Maconsa S.R.L.”, Sentencia N° 59 del 26/6/95) que diagnosticó Tuberculosis (TBC) en base a los antecedentes clínicos y a una placa radiográfica en la que habría observado congestión en hilio derecho mas infiltrado comenzante en la región subclavicular derecha del vértice pulmonar (fs. 87/88, ver también fs. 615/616). Otro parámetro utilizado, según esa declaración, lo constituía la baciloscopia; sin embargo esa prueba arrojó resultado negativo.

XI.- Respecto de la aludida placa radiográfica el médico demandado dijo que no la tenía, que “tal vez” se la habrían dado al paciente y que en el Hospital no se archivan (fs. 88); el Dr. Pila, a la sazón, Director asociado del Hospital dijo que “no sabe que pasó con ellas” (fs. 108 vta.).

Así las cosas no habiendo aportado ni el médico ni el Hospital Público demandado ese decisivo recaudo no puede hacerse recaer sobre la víctima las consecuencias de esa omisión probatoria (C.S.J.N.: in re “Pynheiro”), más aún cuando no se probó que esa placa haya sido entregada al paciente o sus familiares.

XII.- Especial referencia merece la nota (fs. 137) remitida por la autoridad sanitaria al Director del Hospital demandado la que da cuenta que “se devuelve Rx de Tórax con análisis para el archivo del servicio”. Sobre su contenido el Dr. Pascual Jefe del Departamento de Epidemiología sostuvo (fs. 122) que “si bien no recuerda con exactitud” la placa a que refiere la aludida nota sería de otro paciente y no de Sánchez.

Esa interpretación es del todo insostenible. Ello es así porque sin perjuicio del carácter conjetural de lo expuesto por el funcionario, los términos en que está redactado ese instrumento no deja dudas que se refiere a la radiografía de Daniel Sánchez desde que esa mención se encuentra como un párrafo más de las que se hacen en relación a él y a renglón seguido de su nombre.

XIII.- Concluyendo sobre el punto. Se trata de una negligencia médica el no haber archivado la radiografía. Es que no cabe el argumento que tratándose de paciente de consultorio externo no se archiva o que habiendo dado negativo el análisis de esputo tampoco se conservan; la conclusión se impone pues era responsabilidad del médico conservarla en vista a la grave enfermedad que estaba diagnosticando pues si según su criterio médico el paciente padecía TBC carece de relevancia el resultado del análisis de esputo. Violó así un elemental deber de prudencia que las circunstancias del caso le imponían (art. 902 Cód. Civ.), lo que obliga a cargar sobre sus espaldas el déficit probatorio que importa no traer al proceso un elemento de prueba tan valioso

(ver informe de Universidad de Buenos Aires, fs. 217) (art. 163, inc. 5, 2do. Párrafo C.P.C. y C.), valor que el galeno no podía desconocer.

XIV.- Prueba corroborante de error lo constituye el hecho probado que el único médico, a parte del demandado, que pudo observar esa radiografía, la Dra. Karina González, dijo que no observó en ella signos de TBC, “solo una especie de catarro, o sea una infiltración bilateral, que no es TBC” (fs. 107 vta.). Y ese testimonio resulta confirmado por lo expuesto por el Director del Hospital Llano, Dr. Cachase Hunter, (fs. 212) en el sentido que no se le informó que de los estudios que se realizaron en ese nosocomio al paciente Sánchez llevaran a la conclusión que él sufriera de TBC.

XV.- Y la relación de causalidad entre el obrar médico y el desenlace fatal resulta de la autopsia realizada por expertos de la Justicia Nacional, la que da cuenta que la muerte se produce por una hepatopatía crónica, cirrosis portal a la que se agrega una lesión hepática medicamentosa que llevan a una insuficiencia hepática aguda causante del deceso (ver informe pericial de fs. 406). Vale decir que no solo no está probado que Sánchez haya padecido TBC cuando se recetaron los medicamentos, sino que además los expertos informan que esas drogas ingeridas en vistas a esa enfermedad le provocaron la insuficiencia hepática. Entonces si el diagnóstico formulado a la ligera no hubiese existido, no se habría dado la condición para la intoxicación que desembocó en la muerte del paciente.

XVI.- En suma no habiendo traído los demandados al proceso la placa radiográfica sobre la que el médico dijo haber diagnosticado TBC, lo que genera un indicio contrario a la procedencia de su defensa (art. 163, inc. 5, 2do. párr.); estando probado que el resultado del análisis de esputo dio negativo, y que la única profesional que además del demandado observó la aludida radiografía dijo que a su juicio Sánchez no padecía de esa enfermedad, debe concluirse que el diagnóstico fue formulado a la ligera, contrariando la *lex artis*.

Además las mismas reglas que Moreno Ruiz Díaz dijo acatar indican en estas situaciones se aconseja agotar las medidas para descartar otras patologías pulmonares (fs. 620); recaudos todos de los que la Cámara prescindió sin dar razón plausible.

XVII.- Así analizadas las constancias comprobadas de la causa se evidencia el absurdo en la conclusión a la que arribó la Cámara pues si bien la Corte Suprema tiene dicho que los jueces no están obligados a ponderar exhaustivamente una por una todas las pruebas agregadas a la causa (Fallos 251-244 y sus citas), también es cierto que el mismo Tribunal Címero ha puntualizado que si la prueba preterida por la sentencia reviste el carácter de decisiva, existe motivo para descalificar el pronunciamiento.

Ello así porque la prescindencia de esos elementos probatorios esenciales, decidiendo en contrario de lo que inequívocamente surge de ellos importa menoscabo directo de la garantía de la defensa en juicio (C.S.J.N.; Fallos 243-500; 254-600; 303-2080; 304-1097; 314-715, entre otros).

XVIII.- Por lo que si este voto resultare compartido por la mayoría de mis pares corresponderá declarar inadmisibile el recurso de nulidad extraordinario. Hacer lugar al de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 462/469 y en su mérito dejar sin efecto la sentencia de Cámara confirmando parcialmente la de primer grado sólo en cuanto declara la responsabilidad del médico demandado, con remisión al tribunal a quo para que se expida sobre los agravios referidos al monto de condena y la cuestión constitucional.

Costas del recurso extraordinario de nulidad al actor recurrente. Regular los honorarios profesionales del Dr. Daniel Porretti, como vencedor en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencedor en primera instancia. Regular los honorarios profesionales del Dr. Jorge Adán Cardozo, como vencedor en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencedor en primera instancia. Regular los honorarios de la Dra. Carmen Domínguez, como vencida, en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencido en primera instancia. Costas del recurso extraordinario de

inaplicabilidad de ley a los demandados vencidos. Regular los honorarios profesionales de la Dra. Carmen Domínguez, como vencedora, en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencedor en primera instancia. Regular los honorarios profesionales del Dr. Daniel Porretti, como vencido en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencido en primera instancia. Regular los honorarios profesionales del Dr. Jorge Adán Cardozo, como vencido en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencido en primera instancia. A los honorarios que perciba el Dr. Daniel Porretti deberá adicionarse el 21% en concepto de I.V.A., dada su condición de responsable inscripto ante la A.F.I.P.; a los demás profesionales se les regula en la condición de monotributistas (fs. 497).

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Eduardo Antonio Farizano, por compartir sus fundamentos.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice:

Que adhiere al voto del Sr. Presidente Dr. Eduardo Antonio Farizano, por compartir sus fundamentos.

En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente:

SENTENCIA N° 55

- 1º) Declarar inadmisibile el recurso de nulidad extraordinario.
- 2º) Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley deducido a fs. 462/469 y en su mérito dejar sin efecto la sentencia de Cámara confirmando

parcialmente la de primer grado sólo en cuanto declara la responsabilidad del médico demandado, con remisión al tribunal a quo para que se expida sobre los agravios referidos al monto de condena y la cuestión constitucional.

3º) Costas del recurso extraordinario de nulidad al actor recurrente.

4º) Regular los honorarios profesionales del Dr. Daniel Porretti, como vencedor en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencedor en primera instancia. Regular los honorarios profesionales del Dr. Jorge Adán Cardozo, como vencedor en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencedor en primera instancia. Regular los honorarios de la Dra. Carmen Domínguez, como vencida, en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencido en primera instancia.

5º) Costas del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley a los demandados vencidos.

6º) Regular los honorarios profesionales de la Dra. Carmen Domínguez, como vencedora, en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencedor en primera instancia. Regular los honorarios profesionales del Dr. Daniel Porretti, como vencido en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencido en primera instancia. Regular los honorarios profesionales del Dr. Jorge Adán Cardozo, como vencido en el 25% de lo que oportunamente se fije para el vencido en primera instancia. A los honorarios que perciba el Dr. Daniel Porretti deberá adicionarse el 21% en concepto de I.V.A., dada su condición de responsable inscripto ante la A.F.I.P.; a los demás profesionales se les regula en la condición de monotributistas (fs. 497).

7º) Insértese y notifíquese.

Fdo: Dres. Niz-Semhan-Farizano.

2.1.2.- FALLOS PENALES- BUENOS AIRES

2.1.2.1.- FALLO.- 30/09/2005

Voces: DEBER DE CUIDADO ~ HOMICIDIO ~ HOMICIDIO CULPOSO ~ MEDICO ~ PROCESAMIENTO

TRIBUNAL: CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA (CNCRIMYCORREC) (SALAI)

Fecha: 30/09/2005

Partes: Olivera, Mario C.

Publicado en: LA LEY 2005-F, 743

SUMARIOS:

Cabe confirmar el procesamiento en orden al delito de homicidio culposo, respecto del médico que habría incurrido en una violación al deber objetivo de cuidado, pues en atención a la patología y los síntomas que presentaba la víctima desde el ingreso al centro de asistencia médica al que pertenece, debió haber dispuesto su inmediato traslado a un lugar con la infraestructura adecuada para su atención.

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. - Buenos Aires, septiembre 30 de 2005.

Considerando: I. La intervención del Tribunal se circunscribe a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la defensa, contra la resolución de fs. 323/328 vta., en cuanto dispuso el procesamiento de Mario César Olivera en orden al delito de homicidio culposo (art. 84 del C.P.).

II. Hecho atribuido:

De acuerdo a la intimación dirigida a Mario C. Olivera, se le imputó no haber dispensado, en su calidad de médico, el tratamiento adecuado al cuadro que presentó la víctima, J. A. B., quien ingresó el 15 de junio de 2004 en el "Centro Médico Atenas", ubicado en la calle Constitución 1526 de esta ciudad, y no haber ordenado el traslado inmediato de la paciente a otra institución, al no poseer en el lugar la infraestructura necesaria para tratar su dolencia,

III. Valoración de la prueba:

a) Luego de haber ingresado el Tribunal a valorar el fondo del asunto a estudio, ha de concluir que comparte el temperamento procesal dictado por el Sr. Juez de grado, en razón de las cuestiones de hecho y de derecho que, a continuación, se pasarán a exponer.

En efecto, puede sostenerse en esta etapa del proceso, de acuerdo a los elementos de prueba reunidos en el legajo, que se encuentra acreditada, prima facie, la violación al deber objetivo de cuidado en que incurrió el encausado Olivera, puesto que en atención a la patología y los síntomas que evidenció la víctima desde su ingreso a la clínica, debió haber dispuesto su inmediato traslado a otro lugar con la infraestructura adecuada para su atención.

Resultan categóricas, en tal sentido, las conclusiones de la pericia practicada por el Cuerpo Médico Forense y que luce agregada a fs. 231/232, en cuanto a que el traslado de la víctima a una institución de mayor complejidad debió haberse implementado de manera inmediata; que durante el tiempo que permaneció en la "Centro Médico Atenas" no se le aplicó el tratamiento adecuado y que aquélla falleció a causa de un

infarto agudo de miocardio de cara anterior extenso, conforme lo revela el electrocardiograma que le fue realizado en ese lugar, opinando el perito actuante, que medió por parte del personal médico, negligencia e inobservancia de las reglas médicas, situación que pudo haber incidido en la muerte de J. A. B..

Lo expuesto, a su vez, coincide con el testimonio del Dr. O. E. C., quien cumple funciones de director del Registro de Fiscalización y Sanidad de Fronteras del Ministerio de Salud y Medio Ambiente, en cuanto a que ante la carencia de un servicio de emergencia, terapia intensiva o medicina crítica y la imposibilidad de manejar situaciones que impliquen riesgo inminente de vida, debió el profesional a cargo de la paciente, derivarla, con carácter urgente, a otro lugar (cfr. fs. 312/314).

Por su parte, se suma lo expresado por D. P. B. y L. E. C., los que manifestaron al imputado sus inquietudes, dado lo precario que les pareció el lugar, respecto a la conveniencia de trasladar a la víctima a otra institución o, en su caso, requerir la inmediata intervención del SAME, precisando, además, el testigo nombrado en primer término, que la mujer se hallaba excitada, taquipneica sudorosa y con cambios de temperatura.

Por lo tanto, si la gravedad del caso pudo ser advertida por personas no especializadas en la materia, tal como resultó del caso de los testigos B. y C., que ocasionalmente viajaban en el mismo colectivo que la víctima y la acompañaron hasta el lugar, siendo sus profesiones las de kinesiólogo y técnica de laboratorio respectivamente, los argumentos de la defensa relativos a que el primer electrocardiograma que se le realizó a la paciente, no reflejó la patología que sí lo hizo el segundo estudio practicado, de todos modos, ello no justifica la demora en que incurrió Olivera en requerir la atención del SAME.

En síntesis, la urgencia del caso que presentó Angomas Beltre era evidente desde su ingreso a la institución, y ello, quedó plasmado con los elementos de prueba ya detallados y con las precisiones efectuadas por el testigo B., acerca de los síntomas

que exteriorizó aquella, lo cual, resulta suficiente, conforme se adelantó, para proceder en relación al imputado Olivera con los alcances del art. 306 del C.P.P.N..

b) Sin perjuicio de ello, considera esta Cámara procedente la realización de las medidas de prueba propuestas por la defensa en sus diferentes presentaciones, razón por la que el Sr. Juez de grado deberá establecer, mediante el listado de llamadas correspondientes, los horarios en que desde la clínica a la que pertenece el imputado, se efectuaron comunicaciones a la central del SAME, como también los horarios en que fueron recibidos los reiterados pedidos que el encausado dijo haber realizado a esa entidad.

Y es este aspecto el que no pude pasarse por alto, puesto que, no obstante la homologación por parte de esta Alzada del procesamiento de Olivera, debe, de todos modos, ahondarse la investigación a los efectos de determinar la presunta responsabilidad derivada de la demora en que habría incurrido el personal médico del SAME en llegar al lugar, a fin de atender el cuadro de urgencia que presentó la paciente y su paralelo traslado a un centro de mayor complejidad.

Además, corresponde oír en declaración testimonial a Susana Saczkoski y practicarse una nueva pericia a fin de dar cumplimiento a los puntos propuestos por la defensa, previa notificación a las partes en función de los arts. 257, 258 y sgtes. del C.P.P.N., y establecerse, si el imputado podría haber trasladado a la víctima, por sus propios medios a otra institución, dado el cuadro que presentó la paciente.

En consecuencia, el tribunal resuelve: I. Confirmar la resolución de fs. 323/328, en cuanto fuere materia de recurso; II. Disponer que el Sr. Juez de grado de cumplimiento a lo ordenado en la presente.

Devuélvase, y practíquense las comunicaciones correspondientes en la instancia de origen. Sirva lo proveído de atenta nota. - Gustavo A. Bruzzone. - Alfredo Barbarosch. - Jorge L. Rimondi.

2.1.2.2.- FALLO.- 28/12/2004

Voces: ABORTO ~ HOMICIDIO ~ HOMICIDIO CULPOSO ~ MALA PRAXIS MEDICA

TRIBUNAL: CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL, SALA VII (CNCRIMYCORREC)(SALAVII)

Fecha: 28/12/2004

Partes: Macias, Silvina N. y otros

Publicado en: ED - LA LEY

HECHOS:

La Cámara de Apelaciones confirmó la resolución que había dictado el procesamiento de una médica obstetra, por el delito de homicidio culposo, debido al nacimiento sin vida de un bebé, luego de que la madre comenzara con el trabajo de parto, ocurrido por la omisión de aquélla de convocar a un anestésista en tiempo oportuno.

SUMARIOS:

1. Corresponde procesar a un médico por el delito de homicidio culposo y no por el delito de aborto, ante la muerte de un niño al momento del parto -en el caso, se omitió convocar a un anestésista en tiempo oportuno-, si el trabajo de parto ya se había iniciado, con el bebé con vida pues, el proceso del nacimiento había comenzado, de ahí que conferirle al niño la calidad de feto desde la perspectiva jurídica importa una demasía en la interpretación de la ley que injustificadamente elimina la subsunción en la categoría del "otro" a que hacen alusión los arts. 79 y 84 del Cód. Penal.
2. Corresponde confirmar el procesamiento de un médico obstetra por el delito de homicidio culposo, si el niño, pese a que al momento de comenzar la madre el trabajo de parto se encontraba con vitalidad, nació muerto ante la omisión de convocar a un

anestesiista en tiempo oportuno -en el caso, falleció por falta de oxigenación ante la tardanza en realizar la cesárea-, pues si bien no puede afirmarse que la concurrencia del anestesiista hubiera evitado con seguridad el luctuoso final, en el delito imprudente, concretamente derivado de la praxis médica, la omisión o violación al deber específico de cuidado no se vincula con dogmáticas certezas sino con la potencial capacidad de evitación del resultado o cuanto menos con la disminución del riesgo que tal resultado se produzca

JURISPRUDENCIA VINCULADA

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, 23/11/1993, "Ortuondo, Silvio C. F.", LA LEY 1994-D, 254, con nota de Jorge D. López Bolado - DJ 1994-2, 746.

TEXTO COMPLETO:

2ª Instancia. - Buenos Aires, diciembre 28 de 2004.

Considerando: I. Los elementos de convicción arrimados al legajo permiten homologar el criterio asumido por el juez de grado en cuanto a que existe responsabilidad penal de la imputada Daniela Andrea Migliori en los términos del artículo 306 del Código Procesal Penal, norma que, como se recordará, no requiere certidumbre apodíctica acerca de los extremos de la imputación, sino una categoría menor de convencimiento, que estriba en la probabilidad (conf. D'Albora, Francisco, Código Procesal Penal de la Nación, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 295). Dicho temperamento no se extenderá al imputado V. R., por las razones que luego se explicitarán.

En efecto, y en el aspecto que se considera central en orden a definir las responsabilidades de los nombrados Migliori y Romeo, liminarmente cabe recordar que R. M. V. ingresó en la noche del miércoles 19 de junio de 2002 al Hospital Español de esta Ciudad, con un embarazo a término, quedando internada a partir de las 21:30 con diagnóstico de "trabajo de parto", para finalmente practicarse una

operación cesárea aproximadamente a las 4:00 del día siguiente, a consecuencia de la cual se estableció que el niño había sufrido una asfixia intrauterina y por tanto había encontrado el óbito, luego de detectarse una bradicardia severa.

Migliori habría demorado la convocatoria a un médico anestesista para comenzar la intervención, mientras que Romeo, como director médico del hospital, habría inobservado los reglamentos y deberes a su cargo, al no contar el nosocomio con un servicio de guardia activa de anestesistas.

En ese orden de ideas, de trascendencia resultaron los dichos de R. M. V. (fs. 146/147), al señalar que "durante todo el martes y miércoles tuvo contracciones al internarse fue atendida por el equipo que se encontraba a la noche, recuerda que había un médico de nombre Juan Pablo y que las demás eran doctoras y una practicante las contracciones fueron aumentando, pero que 'Juan Pablo' le dijo 'yo me voy a dormir, esto viene para largo' las contracciones comenzaron a aumentar, mientras el equipo médico se había dirigido a otro lugar por otra urgencia, ella quedó sola con la practicante, habiéndose dirigido todos los médicos a la urgencia".

Del relato de Juan Pablo Inchausti (fs. 169/174), surge que a partir de las 21:30 se decidió por la Dra. Migliori la internación de V. ante el diagnóstico de "trabajo de parto", con sucesivos controles desde las 22:00, mientras que a las 2:00 del día siguiente la Dra. Migliori procedió a la rotura artificial de membranas, observándose que el líquido amniótico se encontraba claro "hasta ese momento hablaban a las claras de la buena vitalidad fetal" (fs. 170). Inchausti dio cuenta que recién a las 3:35 la residente Macías le avisó "de la necesidad de urgencia y me dice que los latidos fetales están alterados y que la Dra. Migliori había decidido realizar operación cesárea intraparto".

Es importante señalar también que según Inchausti, ya decidida la cesárea, a las 3:55, cuando ingresa la paciente al quirófano y la revisa la Dra. Migliori, "se encuentra con cuello borrado y 8 cm de dilatación" (fs. 170).

De los dichos de la residente Gisela Mazaira Pulsen se desprende que V. fue revisada a las 22:00 por Migliori, "quienes decidieron -en razón de la dilatación y el ritmo de las contracciones- internarla. Luego de ello, se fueron haciendo los controles respectivos sobre la paciente, sin detectarse ninguna alteración, siempre bajo la supervisión de la médica interna (Migliori)". Según Mazaira, aproximadamente a las 3:00 del día siguiente, mientras se encontraba con la Dra. Macías y ésta tuvo que dirigirse a la guardia, es que notó la alteración de la frecuencia cardíaca, de ahí que fuera a buscar inmediatamente a Migliori, quien a las 3:25 decidió practicar la cesárea.

A su vez, del relato de Silvina Nancy Macías (fs. 195/199), emerge que también como residente, a las 20:30 Migliori le indicó realizar un monitoreo fetal, que arrojó signos de bienestar. A las 22:00 se decidió la internación "con diagnóstico de trabajo de parto" y a las 2:00 del día siguiente "la médica interna procedió con la ruptura artificial de membranas obteniéndose líquido amniótico claro, estando los latidos fetales dentro del rango normal". Luego, a las 3:25, la Dra. Migliori decidió realizar cesárea de urgencia con diagnóstico de bradicardia fetal severa.

Macías dejó debidamente establecido a fs. 198 vta. que a partir de las 22:00 había comenzando a confeccionar la historia clínica junto a la Dra. Mazaira, "a la vez que controlaba el trabajo de parto de la paciente".

Daniela Andrea Migliori sostuvo que V. se encontraba en observación desde las 19:30. A las 20:30 indicó que se conectara el monitor fetal y en la evaluación de las 21:30, realizada junto con la obstétrica Pérez y el Dr. Inchausti, se estableció que V. presentaba una "dinámica uterina de 2 contracciones de 20 segundos de duración en diez minutos, tono uterino normal, movimientos fetales presentes, 142 latidos fetales por minuto, sin pérdidas por genitales externos. -Decidí su internación con diagnóstico de trabajo de parto-".

Agregó Migliori que a las 24:00 "indiqué iniciar la conducción del trabajo, mediante la colocación de una vía endovenosa (a la 01:00 hs realicé a la paciente un tacto

vaginal, encontrando el cuello uterino totalmente borrado y con una dilatación de 6 cm, las membranas íntegras y la presentación cefálica insinuada en variedad OIIA. Asimismo pude verificar que la paciente presentaba una dinámica uterina de tres contracciones en diez minutos y de 35 segundos de duración cada una de ellas. Además, se verificó que la frecuencia cardíaca fetal era de 148 latidos por minuto, con movimientos fetales presentes)".

Prosiguió sosteniendo Migliori que "a las 2:00 hs siempre con monitoreo electrónico de la frecuencia cardíaca fetal, realicé nuevamente tacto vaginal, encontrando el cuello totalmente borrado con 7 cm de dilatación decidiendo realizar la ruptura artificial de la membrana, observándose, que el líquido que fluye por los genitales externos era claro", lo que daba cuenta de una buena vitalidad fetal. Agregó que en el tacto vaginal de las 3:00 encontró un cuello de 8 cm de dilatación y "la paciente continuaba con el monitoreo electrónico de la frecuencia cardíaca fetal, sin observaciones que realizar al respecto a la misma".

Migliori apuntó que recién a las 3:15 se constató la disminución de los latidos cardíacos fetales, recuperándose el ritmo a las 3:18 aunque a las 3:25 se produjo un nuevo descenso. "Ante la persistencia de la bradicardia, decidí realizar una cesárea de urgencia intraparto".

A partir de ese momento se dispuso convocar a un anestesista, con las particularidades fácticas que se relatan en el pronunciamiento apelado, en derredor a la inexistencia de una guardia activa y las instancias para concretar la concurrencia del Dr. Meza.

Explícitamente, Migliori había sostenido que "a eso de las 22 horas, se internó a la paciente, comenzándose a conducir el parto a las 24 horas. En orden a ello, tal como consta en el escrito que antecede, se le fueron suministrando los medicamentos respectivos".

La instrumentadora quirúrgica Andrea Fabiana Amberes (fs. 282) , bajo juramento, dio cuenta que antes de que llegara el anestesista Meza y mientras estaban en el quirófano Migliori e Inchausti, "intentan los nombrados tratar de sacar el bebé pues se le veían apenas los pelitos de la cabeza, y paralelamente a la madre le hacen maniobras convencionales para tratar de exponer el cuello del útero y de ahí, con los dedos y para evitar desgarros, liberar el cuello y así ayudar a la parturienta. Arribado Meza en esos momentos se da comienzo con la cesárea".

Este tramo de la secuencia coincide con lo expresado por el médico anesthesiólogo Carlos Alberto Meza (fs. 157/160), en el sentido de que recibió el llamado de urgencia a las 3:44 para concurrir al hospital en razón de que se debía practicar una operación cesárea, "dado que no se escuchaban latidos fetales", que arribó pocos minutos antes de las 4:00 y encontró en el quirófano a una mujer embarazada a término, advirtiéndole que los médicos obstetras "parecía que estaban tratando de sacar el neonato". Luego consultó si se haría la cesárea y la Dra. Migliori le respondió afirmativamente e inició su labor.

De los dichos de Juan José García Docio (fs. 258/271), se desprende que la Dra. Migliori, al disponer la ruptura de la bolsa a las 2:00 del día del suceso, en tanto ello provoca la aceleración del parto, debió disponer la convocatoria del anestesista, que no se encontraba físicamente en el hospital, lo que tampoco ocurrió cuando se advirtió bradicardia, de modo que sólo recién a las 3:25 dispuso realizar la operación cesárea (fs. 263 y vta.).

Conforme el protocolo de autopsia agregado a fs. 63/67, la muerte del niño se produjo por asfixia intrauterina.

Al consultarse al Cuerpo Médico Forense si hubiera sido recomendable la cesárea con anterioridad, se respondió: "La indicación de la terminación del trabajo de parto por medio de una cesárea fue la indicación correcta. Consideramos que el tiempo transcurrido entre la indicación de la cesárea y el comienzo de la misma (estando internada en un servicio especializado), que fue de 35 minutos para el comienzo y 50

minutos para la extracción fetal, han sido prolongados, con respecto al tiempo que debe transcurrir en estos casos "Una vez detectada la bradicardia fetal con las características del caso, era necesaria la extracción fetal en el menor tiempo posible" (fs. 81/84).

En la ampliación de fs. 86, se sostuvo que "la relación de causalidad con la muerte fetal se establece con la asfixia intrauterina que llevó al óbito al feto. La realización de la cesárea tuvo por fin la extracción del feto sometido a falta de oxígeno. Obviamente cuanto menor resulte el tiempo de exposición del feto a la noxa, menor sería su afectación. Por lo tanto el excesivo tiempo transcurrido entre la determinación de realizar la cesárea y la extracción fetal, consideramos que ha sido prolongado y ha influido en forma negativa en su evolución".

Por su parte, frente a los nuevos interrogantes planteados, el Dr. Carlos Fernando Poggi dio cuenta a fs. 286/288 que "según los autores la amniotomía (rotura artificial de membranas) acelera la fase activa del trabajo de parto. También describen algunos autores que la amniotomía precoz en un trabajo de parto normal puede: reducir en el feto la oxigenación cerebral y al PH sanguíneo, aumenta la desaceleración precoz del ritmo cardíaco (Dip Tipo I), aumenta la compresión de la cabeza fetal, puede producir el prolapso del cordón, cuando es prolongada produce riesgo potencial de infección post-parto y neonatal".

Asimismo y preguntado si existe alguna reglamentación que indique el momento desde el cual debe contarse con un médico anesthesiólogo en los casos de inicio de trabajo de parto, Poggi indicó que "en todo centro asistencial donde se realizan prácticas obstétricas, se debe contar con un anestesista que esté presente en la institución o en un breve lapso, luego de realizada la indicación".

II. Descripta sucintamente la base fáctica de lo ocurrido, no puede dudarse que el caso presenta algunas aristas que inexorablemente conducen a interrogarse en torno a la protección que el derecho penal acuerda al niño cuyo proceso de nacimiento -como en el caso- se había evidentemente iniciado.

Bajo tal perspectiva, no pueden haber ya hesitaciones, inclusive en nuestro derecho, en cuanto a que el fruto de la concepción es persona.

En tal sentido, el art. 70 del Código Civil reconoce que las personas físicas comienzan a existir "desde la concepción en el seno materno".

A su vez, el art. 75 de la Constitución Nacional, por su inciso 23 estatuye, en las atribuciones asignadas al Congreso, las de "dictar un régimen de seguridad social especial e integral en la protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental".

Por su parte, el inciso 22 de nuestra Carga Magna, otorga rango constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La primera, en su art. 1, entiende por niño a "todo ser humano menor de dieciocho años", aunque al suscribir el tratado respectivo (ley 23.949), nuestro país sostuvo que debía entenderse por niño a "todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad". El art. 6 de la Convención estipula que "todo niño tiene derecho intrínseco a la vida".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), prevé en su art. 4, inciso 1, que "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción".

Esta amplia protección de nivel constitucional ha sido receptada en el derecho judicial, puntualmente en el caso "Portal de Belén" tal sostener la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la concepción se produce con la fecundación sin requerir implantación o anidación del óvulo fecundado (Fallos 325:303).

Ello, sin perjuicio de anotar que el andamiaje típico previsto en la legislación represiva de nuestro país no parece responder exactamente a los lineamientos que se

han asumido explícitamente a partir de la reforma constitucional de 1994 (al respecto, ver Anzoátegui, Javier, "Una pena (reflexiones acerca del delito de aborto)", en *El Derecho*, 185-1108).

En orden a lo que aquí interesa puntualmente, dable es recordar que cuando se da muerte injustamente a una persona después del nacimiento se comete el delito de homicidio, mientras que el aborto se tipifica cuando se da muerte a esa persona antes del nacimiento.

No es del caso aquí ingresar en el tópico de las razones de la diferencia punitiva entre una y otra figura.

Sí es pertinente plantear el interrogante en torno al delito que se comete cuando la muerte se produce durante el nacimiento, o en otras palabras, cuando la vida intrauterina prácticamente ha finalizado sin que la extrauterina haya comenzado.

Claro que ello abarcará la discusión en derredor al momento a partir del cual existe el "otro" a que se refieren tanto la figura del homicidio doloso como la del homicidio culposo (arts. 79 y 84 del Código Penal), puesto que se da por superada la circunstancia de que la vida se encuentra protegida desde su inicio, ello es, desde la concepción, conforme el explícito mandato constitucional.

El problema estriba en que el aborto culposo (verbigracia, el que podría importarse a partir de una mala praxis médica) no está contemplado en la legislación penal argentina, a diferencia, por caso, de la española (art. 146).

Tradicionalmente, en la doctrina nacional se ha sostenido que la razón de ser del castigo atenuado por intermedio de la figura del aborto estriba en que no puede ser equiparado en gravedad con el homicidio, pues la vida en aquél caso no puede considerarse definitivamente adquirida, en tanto es una esperanza más que una certeza; de ahí la diferencia de penalidades (así, siguiendo a Carrara, Francesco, Programa de Derecho Criminal. Parte especial, Temis, Bogotá, apartado 1251;

Núñez, Ricardo, Tratado de Derecho Penal. Parte especial. Lerner, Córdoba, tomo III, vol. I, págs. 160 y 161).

Ha formado parte también de la tradición jurídica argentina, con sustento en la norma del art. 74 del Código Civil, la tesis según la cual era necesaria la completa separación del seno materno para aludir al "otro" del homicidio (ver por caso Moreno, Rodolfo (h.), El Código Penal y sus antecedentes, Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, pág. 321).

La discusión se nutrió cuando por intermedio de la ley 24.410 (1995), se derogó la figura del infanticidio que establecía el art. 81, inciso 2, del Código Penal, que contenía el giro "durante el nacimiento".

Es que antes de la reforma de la citada ley había cierto consenso acerca de que la protección a la persona era alcanzada aún antes de la separación del seno materno en términos de la legislación civil anotada. Derogada la figura del infanticidio, la cuestión vuelve a plantearse.

Sin embargo, se suscribe el criterio según el cual la aludida derogación no llevó a producir modificación alguna, en tanto "durante el nacimiento" se mata también a una persona, particularmente al "otro" a que se ha aludido.

Justamente, la figura del infanticidio había sido tomada para dirimir la cuestión suscitada, en función de que contenía la frase "durante el nacimiento" en el tipo. Y a partir de la sanción de la citada ley 24.410, Aguirre Obarrio ha argumentado que, derogado el infanticidio, sólo parece posible sostener que hay aborto mientras el ser naciente no ha respirado y hay homicidio desde que respiró. Expresa así que "si suprimimos esta cláusula, eliminamos también la pauta de interpretación y, a nuestro juicio, la única posibilidad es, de aquí en más, sostener que ese límite se ha corrido. Ahora deberemos aplicar el criterio civil, es decir que hay sujeto pasivo de homicidio cuando el ser nació, cuando tiene vida independiente. Antes habrá aborto. La consecuencia es que matar durante el nacimiento será un delito de aborto y no un

homicidio" (Molinario, Alfredo, Los delitos, texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio, TEA, tomo I, pág. 156).

Empero, al criticar la distinción entre la doctrina española entre vida humana dependiente e independiente, Bacigalupo hubo de sostener que durante el nacimiento ya se es persona (Bacigalupo, Enrique, Estudios sobre la parte especial del Derecho Penal, Madrid, 1990, ps. 16/17).

Es que el nacimiento resulta ser un proceso y como tal abarca secuencias que son naturalmente previas a la completa separación del seno materno.

Donna se inclina por pensar, en esa dirección, que "el comienzo de la vida humana coincide con el comienzo del nacimiento, lo que ocurre con las contracciones expulsivas o con el comienzo de la primera incisión de la cesárea" (Donna, Edgardo A. Derecho Penal Parte especial. 2da edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, tomo I, pág. 19).

Creus critica la tesis civilista relativa a la completa separación del niño del cuerpo de la madre, que "olvida que no se requiere que se mate al ya nacido, sino que basta que se mate al sujeto durante el nacimiento, por lo cual la mayor parte de la doctrina ha considerado que el nacimiento, como momento a partir del cual estaremos en presencia de un homicidio, se da con el "comienzo del parto" lo que puede ocurrir con los primeros dolores que indican el comienzo del parto natural o, cuando faltan esos dolores, con el inicio del procedimiento de provocación artificial de aquél o de extracción quirúrgica del feto" (Creus, Carlos, Derecho Penal. Parte Especial, 6° edición actualizada y ampliada, 2° reimposición, Astrea, Buenos Aires, 1999, tomo I, pág. 10).

Así, se ha sostenido que como tal, el proceso de nacimiento abarca todo el período que va desde el comienzo de la expulsión hasta su finalización, resultando contraria a la naturaleza de las cosas y arbitraria la posición que atiende solamente a la culminación de este acontecimiento (Goerner, Gustavo, "El sujeto pasivo del delito

de homicidio", en Delitos contra las personas -1, Revista de Derecho Penal, 2003-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, págs. 311/322. El autor cita a González Roura, quien sostiene que cuando el feto empieza a nacer, como quien dice a "cambiar de residencia", es para la ley penal algo más que una simple esperanza: es ya una vida en actividad, una vida cierta, y desde ese momento cabe el homicidio).

En apoyo de lo expuesto, es evidente que con la derogación del infanticidio por la ley 24.410 se ha dado prevalencia al bien jurídico vida por sobre la honra de la mujer. Como dice Goerner, "se advierte así que la idea de la reforma, al derogar un tipo penal privilegiado o atenuado, fue la de otorgar una mayor protección a la vida y no una menor. Es claro que de seguirse la interpretación que postula un retorno a la denominada 'tesis del Código Civil', el tipo penal de homicidio no abarcaría todo el proceso del nacimiento, sino sólo su culminación, disminuyendo de este modo la aludida protección" (Goerner, Gustavo, opus cit).

Así, cuando se abordaba la significación "durante el nacimiento", Soler interpretaba que comprende desde el comienzo del proceso del parto hasta el momento de la completa separación, lo que no se funda en consideraciones naturalista o biológicas, sino en el siguiente principio jurídico: "si a alguna figura calificada o privilegiada se le suprime el elemento que la califica o privilegia, subsiste la figura simple correspondiente. Si el infanticidio es una forma de homicidio cometido por móvil de honor, es indudable que si, manteniendo las demás condiciones, se supone que el móvil atenuante no concurre, la figura remanente será la de homicidio (o parricidio), de la cual habíamos partido pero no una figura distinta como la del aborto" (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, TEA, Buenos Aires, 1983, tomo III, pág. 75).

De ahí que se concluya en que la derogación del infanticidio (figura privilegiada) no pueda producir alteración alguna en los elementos objetivos que conforman el tipo penal del homicidio, entre los que se encuentran el sujeto pasivo: quien mata "durante el nacimiento" mata a una persona y cometerá el delito de homicidio en cualquiera de sus formas (Goerner, Gustavo, opus cit.).

Es cierto que para esta tesis, que podría reputarse de amplia en el sentido de protección de la persona y que resulta más afín a los postulados constitucionales referenciados que a la legislación civil del siglo XIX, es exigible al menos el "trabajo de parto" en aras de considerar punible la conducta a título de homicidio culposo y en el marco de observación del principio de legalidad penal.

En ese entendimiento, deben comprobarse al menos el inicio de las contracciones que llevan al nacimiento. Desde esta perspectiva y conforme la ciencia médica, el parto principia con las contracciones que habrán de culminar en la dilatación completa (cuello borrado) y de allí a la expulsión. Acorde a esta tesitura, a la que se adhiere, el proceso de parto comienza con las contracciones de dilatación que ponen al niño por nacer en una posición de la que luego será expulsado por las contracciones de puje (ver Luttger y el Tribunal Federal Alemán, citados por Donna, Edgardo Alberto, en Derecho Penal, parte especial, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2da edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, tomo I, págs. 28/29 y nota n° 30), posición que es la que había sostenido Bacigalupo, en cuanto a que "el comienzo de la vida humana (en relación con la figura del homicidio) coincide con el momento del comienzo del nacimiento y esto tiene que ver con las contracciones expulsivas o con el comienzo de la primera incisión en el caso de la operación llamada cesárea".

Como trae Carlos María Romeo Casabona, el nacimiento "es un proceso que se inicia con el comienzo del parto -las labores del parto- y concluye con el total desprendimiento del feto del vientre de la madre" y que "algunos autores fijan en torno al comienzo del parto el de la vida humana independiente, bien identificándolo con el comienzo de las labores del parto, que, en su repetición, conducen a la expulsión del feto, bien con el comienzo de la expulsión, o cuando aquél sea ya visible y pueda actuarse contra él directamente desde el exterior; es decir, momentos completa o parcialmente intrauterinos de la vida humana". El autor reporta sentencias del Tribunal Supremo Español, por las que se ha adelantado ese momento al inicio de las labores del parto, al entender que "el comienzo del parto pone fin al estadio fetal y ese comienzo surge con el llamado período de dilatación y continúa con el período de

expulsión, en ambos tiempos el nacimiento ya ha comenzado" y que "el nacimiento ya se había iniciado y la víctima, por consiguiente, era una persona" (STS del 22 de enero de 1999; en sentido similar ya las STS del 5 de abril de 1995 y 21 de noviembre de 2001) (Romeo Casabona, Carlos María, "Los delitos contra la vida humana: el delito de homicidio", en Delitos contra las personas BI, Revista de Derecho Penal, 2003-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, págs. 1/72).

Por lo demás, se comparten las apreciaciones formuladas por el señor juez de grado (fs. 558), puesto que sin esfuerzo puede concluirse en la existencia de un muy estrecho recorrido que importa la transición que va desde la finalización de la vida intrauterina hasta el comienzo de la vida extrauterina, acorde a los avances de la ciencia médica y de la tecnología.

Ello así, menester es recordar que el embarazo de V. se encontraba a término. Sobre este punto no hay hesitaciones. La paciente no fue sólo a consultar a un galeno al Hospital Español, sino que aludió a la existencia de contracciones ya desde el día anterior. No quedó internada en observación sino por "trabajo de parto". La propia historia clínica lo refiere. El "proceso" del nacimiento se había iniciado, de ahí que, en el caso que ilustra el sub examen, conferirle al niño la calidad de feto desde la perspectiva jurídica, importa una demasía en la interpretación de la ley que injustificadamente elimina la subsunción en la categoría del "otro" a que hacen alusión las normas de los arts. 79 y 84 del Código Penal, además de usar ya a esta altura un "lenguaje escondedor" que no permite llamar las cosas por su nombre (Anzoátegui, Javier, opus cit.).

Como colofón en este aspecto, conviene examinar las fotografías que obran a fs. 32 para aleccionarse de que bien podemos encontrarnos frente al "otro" a que alude el artículo 84 del Código Penal, más que un "feto".

III. El caso del sub lite exhibe una violación del deber de cuidado por parte de la médica Migliori y que se vincula con la omisión de convocar a un anestesista en tiempo oportuno.

Ya no pueden haber hesitaciones, en función de las constancias acumuladas al proceso y al criterio expuesto para diferenciar cuándo hay sujeto pasivo del delito de aborto y cuándo del delito de homicidio, respectivamente, en torno a que a partir de las 21:30 del día 19 de junio de 2002, R. M. V. quedó internada con diagnóstico de "trabajo de parto". Esto es también lo que surge de los propios dichos de Migliori.

Liminarmente, la historia clínica acompañada es elocuente (fs. 45), como también son dignos de atender los dichos de la propia V. en el sentido de que ya tenía contracciones al tiempo de tal diagnóstico.

Este extremo vinculado al diagnóstico aludido se ha visto confirmado por los dichos de los galenos que se encontraban a la sazón en el hospital.

Inchausti alude a la existencia de trabajo de parto a partir de las 21:30.

Mazaira habla de dilatación, ubicándola a las 22:00 y que frente al ritmo de las contracciones es que V. quedó internada.

Macías corrobora que la internación obedeció a un diagnóstico de trabajo de parto, lo que ubica a las 22:00.

La propia Migliori, puntualmente, invoca la existencia de contracciones a partir de las 21:30 y de ahí que decidiera la internación de la paciente, siempre por "trabajo de parto". A las 24:00 indicó iniciar la "conducción del trabajo". A la 1:00 V. presentó el cuello "totalmente borrado", con una dilatación de 6 centímetros y a un ritmo de 3 contracciones en diez minutos, mientras que a las 2:00, cuando realiza la ruptura artificial de membrana, el cuello persistía "totalmente borrado" y la dilatación alcanzaba a los 7 centímetros, para sumar un centímetro una hora después, es decir a las 3:00, quince minutos antes de detectarse bradicardia.

La secuencia permite demostrar no sólo que el proceso de parto se había iniciado y que el niño se encontraba con vida, sino que la necesidad de contar con un anestesista para asegurar una pronta intervención en su caso ocurrió cuanto menos a partir de las

2:00, que es precisamente la hora en que Migliori produjo la amniotomía, extremo que según el categórico dictamen del Cuerpo Médico Forense, "acelera la fase activa del trabajo de parto", además de que puede importar las consecuencias aludidas en el dictamen volcado a fs. 2, particularmente, "reducir en el feto la oxigenación cerebral y al PH sanguíneo, aumenta la desaceleración precoz del ritmo cardíaco -aumenta la compresión de la cabeza fetal-".

La pertinencia de la convocatoria del anestesista ha quedado demostrada también con lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense, en la respuesta final obrante a fs. 288, de la que se desprende que la presencia es necesaria (sea en el lugar o convocado en un breve lapso), "luego de realizada la indicación" alusiva al inicio del trabajo de parto.

En ese orden de ideas, lo ocurrido con ulterioridad sólo tiende a corroborar el actuar desidioso de la Dra. Migliori, que tuvo como se dijo principio a las 2:00 del 19 de junio de 2002, en tanto no dispuso la convocatoria del anestesista, cuando ninguna duda puede haber que el niño se encontraba con vida.

En efecto, cuando el Cuerpo Médico Forense alude al excesivo tiempo transcurrido entre la determinación de realizar la cesárea y la extracción fetal, que por su prolongación ha influido en forma negativa en su evolución, no hace sino confirmar el modo negligente en que se dispensó la atención que la paciente V. requería.

Como se dijo, cierto es que Migliori debió convocar a un anestesista a partir de las 2:00 del día 20 de junio de 2002 y no lo hizo. De lo actuado surge entonces que, más allá de las dificultades que se suscitaron en torno al llamado telefónico al anestesista respectivo, lo cierto es que un profesional de esa especialidad a partir de las 2:00 del día 20 de junio de 2002 bien pudo contribuir a evitar el resultado, puesto que, conforme las explicaciones de los propios galenos intervinientes, lo que emerge del dictamen forense y lo que surge de la historia clínica, al menos hasta las 3:15 el niño se encontraba con vida.

En ese orden de ideas, dable es destacar que el lapso que va desde la ruptura de las membranas (2:00) hasta la primera detección de bradicardia (3:15) es mayor que aquel determinado entre la decisión de concretar la cesárea (3:25) y el comienzo de la intervención (aproximadamente a las 4:00), lo que permite presumir que el anestesista bien pudo haber estado antes de las 3:15 en el nosocomio, aún con el sistema de guardia pasiva.

Lo expuesto no significa afirmar que la concurrencia de un anestesista hubiera evitado con seguridad el luctuoso final. Sin embargo, en el delito imprudente, concretamente derivado de la praxis médica, la omisión o violación al deber específico de cuidado no se vincula con dogmáticas certezas sino con la potencial capacidad de evitación del resultado o cuanto menos con la disminución del riesgo de que tal resultado se produzca.

Finalmente, en cuanto a la situación de Migliori, cabe desechar la argumentación que transita por el aspecto formal relacionado con las pericias cumplidas en la causa y cuya invalidez parece pretenderse, por tratarse de opiniones de los facultativos sobre aspectos que pueden en su caso volverse a plantear y tratar, es decir, por revestir notas de reproducibilidad (conf. de esta Sala causa n° 22.098, "Aracri, Félix", del 26-8-2003).

También es cierto y quedó demostrado con las constancias prolijamente enunciadas por el juez de la instancia anterior, que, aún tomando como situación urgente para tal convocatoria al momento de la bradicardia (3:15), que suponía la extracción fetal en el menor tiempo posible, el nosocomio sólo contaba con guardias pasivas de médicos anesthesiólogos.

En ese marco, el señor juez de instrucción fundó la responsabilidad de V. R. a mérito de lo informado a fs. 534 por el Ministerio de Salud de la Nación, que como organismo de fiscalización, habilita y autoriza el funcionamiento de establecimientos asistenciales privados conforme la Resolución Ministerial nro. 2385/80. Así, se informó en tal ocasión, el Hospital Español se corresponde con la complejidad y

categoría de "hospital", de modo que debe adecuar las guardias activas y pasivas a las normas sanitarias obligatorias, además de existir la Resolución Ministerial nro. 428/01 por la que se establecen las normas de "Organización de Servicios de Guardia de Emergencia de los Establecimientos Asistenciales", de índole complementaria.

Acorde a ello, un "hospital" debe contar con un servicio de guardia permanente activo las 24 horas del día y entre otros profesionales, debe

incluirse a un anestesista.

Empero, el mentado informe de fs. 534 aparece controvertido con la nota certificada acompañada a fs. 699 y ampliada a fs. 751, conforme a la cual y según las Resoluciones 2385/80 y 423/87 del Ministerio de Salud de la Nación, el denominado "Hospital Español" en verdad está encuadrado en la figura de "Sanatorio", por manera tal que la argumentación desarrollada en el auto puesto en crisis no parece justificar el agravamiento de la situación procesal de Romeo, a lo que debe adunarse en el marco de lo dispuesto en el art. 304 del Código Procesal Penal, que pertinente resultará establecer la veracidad de sus dichos volcados en indagatoria (fs. 662/663), en torno a que el director médico se limita a elevar las propuestas al directorio "en el caso, en relación a la conveniencia de contar con una guardia activa de anestesistas", pero es el mismo directorio quien decide.

Debe dictarse entonces auto de falta de mérito para procesar o sobreseer al imputado V. R. (art. 309 del Código Procesal Penal).

Además de ello y en aras de profundizar la investigación, pertinente aparece la convocatoria a prestar declaración testimonial de quien oficiara como neonatóloga en el parto y esclarecer la existencia de otros registros de monitoreo fetal, siempre que los agregados a fs. 56, 61 y 62 datarían sólo de los días 18 y 19 de junio de 2002.

El monto fijado a título de embargo en relación a la imputada Migliori resulta desproporcionado, conforme los parámetros a que alude el artículo 518 del Código Procesal Penal, pues en función de las características del suceso, en particular frente a

su modalidad culposa, se entiende que la suma de ciento cincuenta mil pesos satisface los requerimientos de la norma aludida.

Por ello, el tribunal resuelve: I. Confirmar fs. 543/563, punto I, en cuanto dicta el procesamiento de Daniela Migliori por considerarla prima facie coautora penalmente responsable del delito de homicidio culposo, reduciéndose el embargo a la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000). I. Revocar fs. 669/689 punto I y declarar la falta de mérito para procesar o sobreseer a V. R.. - Abel Bonorino Peró. - José M. Piombo. - Juan E. Cicciano.

2.2.- ANALISIS DE LOS FALLOS

En el fallo civil, se determina la existencia de responsabilidad por daños y perjuicios al facultativo, por probarse la violación del deber de cuidado, se dice que durante la atención al paciente no actuaron conforme la lex artis.

En el caso, se produjo la muerte del hijo de los recurrentes, donde se concluye según prueba testimonial y documental, que la muerte se produjo por el suministro de medicamentos para la tuberculosis, sin un examen de hepatograma o radiografía de tórax ni baciloscopía seriada de esputo como pasos previos del diagnóstico y la indicación del galeno, lo que aduce que no basta un catarro persistente para diagnosticar tuberculosis, además no consta en la historia clínica que se hayan realizado dichos exámenes al paciente, aunque en el proceso se han mencionado, lo que demuestra que el médico faltó a su deber de cuidado y por ende provocó la muerte del paciente.

Dentro del trámite de recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, se ratifica la sentencia dictada por el juez civil en primera instancia, ordenando que se reconozca

los daños y perjuicios, ocasionados a los recurrentes por mala práctica médica, tomando en cuenta, que además deben cancelar el 25 por ciento del monto fijado, para los vencedores en el trámite del recurso antes mencionado y sus costas procesales.

Lo que demuestra que se aplico el art 902 del Código Civil Argentino, donde manifiesta que cuando mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento, mayor es la obligación que resulte de la consecuencia, pues en este caso, el médico fue negligente, ya que suministro los medicamentos al paciente, sin realizar exámenes previos para pronosticar un diagnostico eficaz y seguro, y solo se baso en la síntomas del paciente.

Además se aplica el art 903, porque la conducta del facultativo recae en una consecuencia inmediata, porque los daños se produjeron en el curso normal y ordinario ejercicio del arte o profesión.

Respecto de los fallos podemos establecer que, para determinar la existencia del delito, deben conjugarse los aspectos previamente establecidos en el marco teórico, de la teoría del delito: acción, tipicidad, antijuricidad y culpa.

El los fallos penales analizados, se enmarcan los aspectos de la teoría del delito, debido a que los imputados de ambos casos han faltado principalmente al deber de cuidado, sin tomar las debidas precauciones para salvaguardar, la vida de las víctimas, en el primer caso la falta de cuidado, respecto de la mujer cuyo cuadro clínico implicaba que el director del centro, ordenar el traslado de la misma a una dependencia que pudiera atender de mejor manera a la paciente. En el segundo caso de la ginecóloga, quien requirió rápidamente, al anestesista para realizar la cesárea a la paciente.

En ambos casos incurren, en homicidio culposo que se encuentra tipificado en el art.84 del Código Penal, debido a que en ambos casos por faltar al deber de cuidado terminaron con las vidas de sus pacientes, siendo negligentes al no tomar la debida

precaución en el cuidado de los pacientes, en el primer caso el traslado inmediato a otra casa de salud y en el segundo el requerimiento del anestesista.

CAPITULO III

DISEÑO DE LA PROPUESTA

3.1.-INTRODUCCION

La vida es el derecho fundamental que poseemos los seres humanos, tutelado por el Estado, a través de preceptos jurídicos (leyes), que regulan el obrar de los ciudadanos.

En el Derecho Internacional el mayor exponente de protección del bien jurídico *vida*, lo encontramos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en cuyo articulado señala: **Artículo 3.-** *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona;* la Convención Interamericana de Derechos Humanos, establece: **Artículo 4.-** ***Derecho a la Vida 1.- Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.*** Ambos Tratados Internacionales, parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico, coinciden en, la protección de la vida garantizándolo como un derecho fundamental de los seres humanos.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano encontramos, articulados creados con visión a proteger la vida; así, la Constitución, en el **Artículo 45**, establece: *“El estado*

reconocerá y garantizará la vida incluido el cuidado y protección desde la concepción,” posteriormente en el **Artículo 66 N.1.**-señala:” se reconoce y garantizará a la personas: 1.- El Derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte”, el Código Penal reprime las conductas VI, **De los delitos contra las Personas**, Capítulo I al V; **De los delitos contra vida.**

La salud es el bien jurídico derivado de la vida que es objeto de estudio del presente trabajo, la mala praxis, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece: **Artículo 25.-1.**-*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.*

A nivel nacional, nuestra Constitución garantiza la salud a través de un sistema integral de promoción y prevención con participación ciudadana, que se halla en los artículos. 358 al 364, la legislación penal también protege la salud en el Título V. *De los Delitos contra la Seguridad Pública*; Capítulo X, *De los delitos contra la salud pública.*

Conforme lo señala el Dr. Raúl Eugenio Zaffaroni, la mala praxis o practica medica, es la violación del deber de cuidado, en el ejercicio de la profesión, o arte, faltando al principio de la LEX ARTIS.

Se denomina LEX ARTIS, al conjunto de formas y procedimientos adoptados en diversos documentos que constituyen los protocolos a que deben sujetarse los médicos en el desempeño profesional, además del respeto al principio de confianza, por medio del cual la responsabilidad se vuelve conjunta entre el médico y su equipo de trabajo.

Al igual que las demás ciencias, la medicina requiere de preparación y dominio de los conocimientos, pero mayor cautela debido a que las vidas de seres humanos, dependen de la actuación médica.

En el Ecuador existen normas tipificadas en el Código Penal, que anteriormente se mencionaron, las cuales se enfocan en la sanción al mal actuar médico como es el caso del art. 436, donde se sanciona el despacho y suministro de medicamentos indebidos, ya sea el médico u otros.

3.2.-OBJETIVOS

3.2.1.- Objetivo General

Elaborar una propuesta de aplicación de sanción para la mala praxis en base a los arts. 434 y 436 del Código Penal, en concordancia con los artículos 459 y 472 ibidem,

3.2.2.- Objetivos Específicos

- Determinar la fundamentación teórica de la propuesta de aplicación de sanción a la mala práctica médica en el Ecuador, mediante un análisis comparativo con la legislación Argentina.
- Establecer un esquema modelo de sanción conforme la legislación ecuatoriana.

3.4.-JUSTIFICACIÓN

Nuestra Constitución tutela y protege la vida y la salud como un deber primordial del Estado, procurando el desarrollo social comunitario y participativo, de esta manera se busca el equilibrio físico y psíquico del ser humano, denominado salud en su acepción literal, además de la protección que realiza la misma legislación penal.

La motivación del presente trabajo es, proponer una sanción lógica a la impunidad por los delitos de mala práctica médica en el Ecuador, enmarcados en otros delitos ya tipificados, sin necesidad de incrementar mas articulados, pues el problema central no es la falta de ley sino la aplicación de la misma.

Es de interés para las tesis, por ser un tema novedoso a tratarse en el derecho ecuatoriano, y el auge que los casos de mala práctica médica han tenido durante los últimos años. La presente investigación es factible debido a la riqueza cognoscitiva sobre el tema que tiene la legislación argentina tanto en jurisprudencia como en doctrina.

Con el presente trabajo se propone generar directrices para la aplicación de las sanciones a los casos de la mala práctica médica en nuestro país, en base a un análisis prolijo del delito su estructura y enmarcación en otros delitos tipificados en el Código Penal.

3.5.-PROPUESTA DE SANCION A LA MALA PRÁCTICA MÉDICA CONFORME A DELITOS TIPIFICADOS EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.

3.5.1.-FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Está definido, que mala práctica médica es la violación del principio del deber de cuidado, que incurre en la violación de la LEX ARTIS MÉDICA, por lo que una vez definido el concepto de mala práctica médica, además de la determinación de los bienes jurídicos que se protege, es preciso señalar que, en el Código Penal Ecuatoriano, no se halla tipificado como delito, la Mala Praxis Médica, en su acepción literal, sin embargo, existen otros delitos, en los que se puede encuadrar al momento de sancionarlos.

Este referente lo hemos encontrado en la legislación Argentina, donde se sanciona la mala praxis enmarcada en delitos como el homicidio culposo (art.84) y las lesiones culposas (art.94) del Código Penal vigente.

Además que doctrinariamente encontramos un avance, en la visión del delito, no solo como el *hecho ilícito*, sancionado por el Estado, sino que desde la perspectiva de la *Teoría del Delito*, proporciona elementos para un análisis del delito, bajo categorías relacionadas, estableciendo su existencia y la responsabilidad o autoría del imputado.

En nuestra legislación Penal, en el Título V. ***De los Delitos contra la Seguridad Pública***; Capítulo X, ***De los delitos contra la salud pública***, encontramos, artículos en los cuales se enmarcaría la mala praxis médica en concordancia con las lesiones y el homicidio inintencionales tipificados en el Título VI, ***De los delitos contra las Personas***, Capítulo I y II; ***De los delitos contra vida***, por lo que es importante realizar un análisis del articulado:

Art. 434.- Actos cometidos por imprudencia, negligencia, impericia, o inobservancia de normas.- Cuando los actos previstos en los artículos anteriores fueren cometidos por imprudencia, o por negligencia o por impericia en el propio arte o profesión, o por inobservancia de los reglamentos u ordenanzas se impondrá la multa de ocho a setenta y siete dólares de los estados unidos de Norteamérica, sino resultare enfermedad o muerte de alguna persona; y prisión de seis meses a cinco años, si resultare enfermedad o muerte.

Art. 436.- Despacho o suministro de medicamentos indebidos.- Los médicos, boticarios, o cualquier persona, que, por falta de precaución o de cuidado recetaren, despacharen o suministraren medicamentos que comprometan gravemente la salud, serán reprimidos con prisión de seis meses a un año; si hubieren causado enfermedad que parezca o fuere incurable, la prisión será de uno a tres años; y en caso de haber producido la muerte, la prisión será de tres a cinco años.

Código Penal Ecuador. Art. 459.- Homicidio inintencional.- Es reo de homicidio inintencional el que ha causado el mal por falta de previsión o de precaución, pero sin intención de atentar contra otro.

Art 460.- Pena del Homicidio inintencional.- El que inintencionalmente hubiere causado la muerte de otra persona, si el acto no estuviere más severamente reprimido será penado con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a treinta y un dólares de los estados unidos de Norteamérica.

Código Penal Argentino. Art. 84.- Homicidio Culposo.- Será reprimido con prisión de seis meses a cinco años, e inhabilitación especial, en su caso por cinco a diez años el que por imprudencia, negligencia, impericia, en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro la muerte.

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

Código Penal Ecuador. Art. 472.- Lesiones inintencionales.- Es reo de heridas o lesiones inintencionales el que las ha causado por falta de previsión o de precaución, será reprimido con prisión de ocho días a tres meses y multa de seis a doce dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, si el acto no estuviere más severamente castigado como delito especial.

Código Penal Argentino. Art. 94.- Lesiones culposas.- Se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años, al que por imprudencia o negligencia, por impericia en su arte o profesión o por inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo, causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

Si las lesiones fueran de las descritas en los arts. 90 o 91 y concurriera alguna de las circunstancias previstas en el segundo párrafo del art 84, el mínimo de la pena prevista en el primer párrafo será de seis meses o multa de tres mil pesos e inhabilitación especial por dieciocho meses.

De los artículos precedentes, se puede establecer, que en nuestra legislación, en comparación a la legislación Penal Argentina, se mantiene la formula: ***“el que por imprudencia, negligencia, impericia, en su arte o profesión o inobservancia de los reglamentos”***; pero en el Código Penal Ecuatoriano se enmarca en los *delitos contra la seguridad pública*, donde se establece penas privativas de la libertad y sanciones pecuniarias, a diferencia del Código Penal Argentino que lo tipifica en los *delitos contra la vida*, donde además de la pena de privación de libertad y pecuniaria, inhabilitan al causante del daño.

Otro aspecto que importa al presente análisis, son las sanciones, para estos delitos en la Legislación penal Argentina, poseen mayor rigurosidad debido a que primordialmente se protege el bien jurídico, *vida*; lo que se refleja en el Código Penal, donde inicia el estudio con los delitos contra la vida, a diferencia de nuestro Código Penal, donde se inicia con la tutela delitos contra la seguridad del Estado.

La reforma básicamente se encamina al incremento en el tiempo de las penas privativas de la libertad ora estos delitos, y la inserción de la inhabilitación para el ejercicio del arte o profesión de aquel que cause las lesiones o muerte de una persona.

En el ámbito civil, existen sanciones a la mala práctica médica, debido a la relación contractual siempre y cuando medien las categorías de acción, tipicidad y antijuricidad, ya que en ese momento la obligación de indemnizar se hace exigible al responsable o autor del daño causado.

La legislación argentina considera la responsabilidad emergente de la mala praxis y la obligatoriedad de su resarcimiento en los arts. **1073** a **1090** del Código Civil y de la prestación asistencial reparadora, incluyéndola dentro de los Títulos de las Obligaciones, de los Hechos Jurídicos y de las Obligaciones que nacen de hechos ilícitos que no son delitos, a través de los artículos **1109** y **1113**, y en particular, el art. 902 *ibídem* que trata sobre el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento, identificando que en este caso, mayor será la obligación que resulte de la consecuencia posible de los hechos.

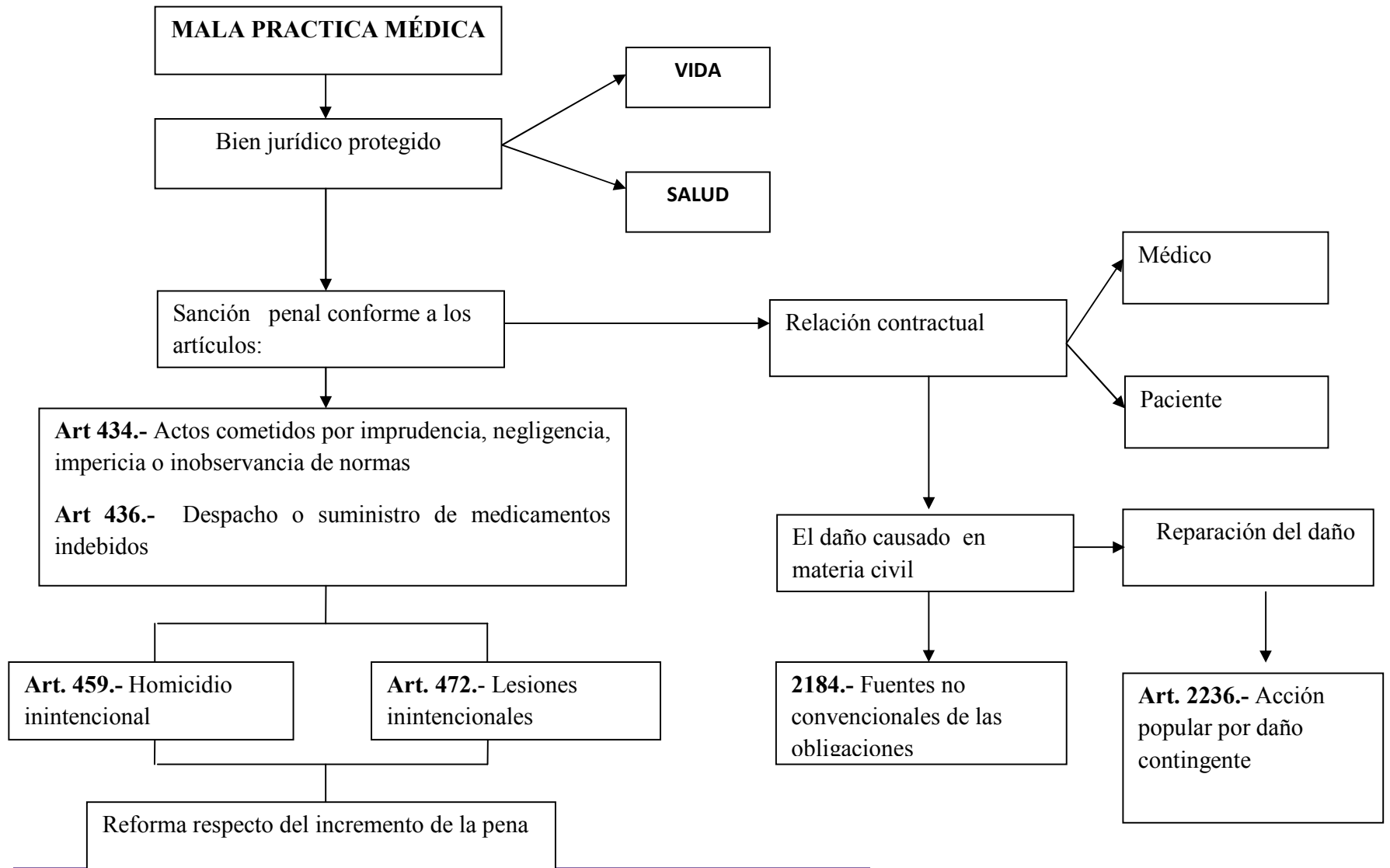
Así también el art. **903** establece, que las consecuencias inmediatas de los hechos libres, pueden ser imputables al autor de los hechos; mientras que el art. **904** sostiene que las consecuencias mediatas son también imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

En el tema estudiado, dentro de nuestro Código Civil ecuatoriano encontramos artículos en los cuales se enmarcaría la acción indemnizatoria por mala praxis médica como es en el *Libro IV De las Obligaciones en General y De los Contratos Título XXXII De los Cuasicontratos*. La violación de los deberes de cuidado del médico enmarcaría en el hecho culpable causado, sin intención de dañar, establecido en el Art. **2184.- Fuentes no convencionales de las obligaciones literal c**, constituyendo un cuasidelito conocido como el acto negligente imprudente que causa daño a otro, dando lugar a una indemnización obligatoria establecida en el art **2214.- Efectos del**

hecho ilícito sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes, así también en los artículos **2017.- Responsabilidad solidaria por el hecho ilícito y 2020.- responsabilidad por hechos ajenos**, que tratan sobre la responsabilidad solidaria y deber de cuidado, de varias personas en un hecho sea este ilícito o culpable, puesto que la actuación médica se basa *el principio de confianza* que el médico y su equipo de trabajo deben mantener dentro del ejercicio de su arte o profesión.

Es de aplicación, además de los mencionados, el art. **2236.- Acción popular por daño contingente**, donde se concede el derecho de acción, a quienes fueron víctimas de un daño para pedir indemnización ya sea en forma conjunta cuando el daño sea provocado a varias personas, e individual cuando la víctima es solo una persona siempre y cuando esta pueda reclamarla personalmente la víctima o su representante legal; si se produjo la imposibilidad física aplicaría el artículo **art. 2233 Del derecho a la acción por daño moral**, donde dicha acción podrán ejercitarla su representante legal, cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad. Pero si en el hecho ilícito se produjo la muerte de la víctima, podrán intentarla sus derechohabientes.

3.5.2.- ESQUEMA REPRESENTATIVO



CONCLUSIONES

- La mala práctica médica consiste en la falta del deber de cuidado, que en materia civil es sancionada por daños y perjuicios ocasionados a la víctima o damnificados indirectos, en materia penal en cambio es sancionada por lesiones cuando se provoca un daño corporal, que puede ser leve o permanente u homicidio cuando el facultativo provoca la muerte del paciente.
- En los procesos analizados, pudimos observar la aplicación de las sanciones tanto en materia civil como penal, a la mala práctica médica, concluyendo que se busca no dejar en la impunidad estos delitos.
- La propuesta que las tesis realizaron, para la aplicación de las sanciones a la mala práctica médica en la legislación ecuatoriana, mas allá de una reforma al Código Penal, se enfoca en la aplicación de sanciones en base a los articulados ya existentes, tipificados en los delitos contra la salud pública.

RECOMENDACIONES

- La reforma al Código Penal Ecuatoriano, debería estar enfocada al incremento de la pena en los casos de homicidio y lesiones inintencionales, tutelando específicamente, en la sanción de los casos por mala práctica médica, los bienes jurídicos vida y salud.
- Además de las sanciones tipificadas en el Código Penal, en las que se enmarca la mala práctica médica, adicional se podría sancionar, con la aplicación del

art 51 numeral 6, de nuestro Código Penal, respecto de la privación del ejercicio, de profesiones artes u oficios.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

LEGISLACION.-

- ✓ Ecuador. *CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO ECUATORIANO*. Registro Oficial del Estado, 4 de Octubre de 2008, núm. 1, p. 113.
- ✓ Ecuador. *CODIGO PENAL*. Registro Oficial del Estado, 22 de enero de 1971, núm. 147, p. 132.
- ✓ Argentina, *CODIGO PENAL*.
- ✓ Argentina, *CODIGO CIVIL*.

TEXTOS:

- **BUERES, Alberto. ZAFFARONI, Raúl;** “*RESPONSABILIDAD MÉDICA. Aspectos Civiles y Penales*”; Buenos Aires; Editorial Hamurabi; 2009; Primera Edición; ISBN: 978-950-741-391-9/978-950-741-392-6.
- **DÍEZ, Luis;** “*DERECHO DE DAÑOS*”; Madrid-España; Civitas Editorial; 1999; Primera Edición; pg, 76-84; 87-96, 322-324, 327-333; ISBN: 84-470-1269-7.

- **FONTAN, Balestra Carlos;** “*DERECHO PENAL, Parte Especial*”; Buenos Aires; Editorial Abeledo Perrot; 2008; Decimo Séptima Edición; pg.61-70; 94-100; 112,113; ISBN: 978-950-20-1848-5.
- **PIZARRO, Ramón, VALLESPINOS, Carlos;** “*INTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO, Obligaciones Tomo IV*”; Buenos Aires; Editorial Hammurabi; 2008; pág. 229-237; 245-249; 270-277; ISBN: 978-950-891-201-5, ISBN: 978-950-891-202-2.
- **ZAFFARONI, Eugenio Raúl;** “*DERECHO PENAL PARTE GENERAL*”; Buenos Aires-Argentina; Editorial Ediar; 2002; actualizado a Diciembre de 2006; ISBN: 978-950-574-195-3, pg. 287-472.
- **ZAVALA, Matilde;** “*RESARCIMIENTO DE DAÑOS. Cuanto por daño moral*”; Buenos Aires; Editorial Hamurabi; 2005; Primera Edición; Tomo 5; ISBN: 950-741-202-6/ 950-741-201-8.

JURISPRUDENCIA

- Argentina, Corrientes; Sentencia N.-08; Superior Tribunal de Justicia de Corrientes; Expediente: C0221033353/1; 3 páginas.
- Argentina, Corrientes; Sentencia N.-19; Superior Tribunal de Justicia de Corrientes; Expediente: C0131028633/99; 15 páginas.
- Argentina, Corrientes; Sentencia N.-55; Superior Tribunal de Justicia de Corrientes; Expediente: C0121070578/2; 10 páginas.
- Argentina, Corrientes; Sentencia N.-97; Superior Tribunal de Justicia de Corrientes; Expediente: C065121/0; 8 páginas.

- Argentina, Buenos Aires; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala I; N.- 30/09/2005; La Ley 2005-F 743, 1 página.
- Argentina, Buenos Aires; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Sala VII; N.- 28/12/2004; La Ley Editorial, 5 páginas.

ANEXOS