



- ❖ Alumno: Nicolas Ignacio Martedi Badano.
- ❖ Numero de Matricula: Matriculada/o bajo el N.o 1507 – 00317.
- ❖ Título del Trabajo: La imputación del resultado en casos de mala praxis médica: El problema de la conducta alternativa conforme a derecho.
- ❖ Universidad: Universidad de Belgrano.
- ❖ Programa: Especialización de Derecho Penal.
- ❖ Profesor Tutor: Javier Esteban de la Fuente.
- ❖ Fecha de presentación: 20 de mayo del 2026.



Dr. Nicolas Martedi Badano
Abogado
Mat. 12256

PROLOGO:

La actividad médica es una actividad de medios en la que la actuación profesional, lejos de operar sobre una materia estática e inerte, se convierte en un ejercicio técnico y científico de administración de riesgos vitales¹. Por su complejidad —especialmente en casos de patologías graves— se presenta una concurrencia de riesgos que pueden conducir al mismo resultado. Dichos riesgos derivan tanto de la propia patología del paciente, como de la intervención o tratamiento médico, del lugar donde se realiza la atención y de las condiciones biológicas del propio paciente (edad, sexo, peso, altura, etc.).

El presente trabajo busca dar respuesta a una problemática específica que se plantea cuando, tras producirse un resultado lesivo a causa de una conducta imprudente del profesional, surge el siguiente interrogante: ¿si la conducta correcta hubiera producido el mismo resultado, corresponde igualmente una condena?

Mediante un abordaje dogmático centrado en la teoría de la imputación objetiva, se desarrollarán las distintas posturas doctrinarias sobre la cuestión, el modo en que ha reaccionado la jurisprudencia argentina y, finalmente, se asumirá una posición fundada. Al mismo tiempo, esta investigación procura brindar herramientas prácticas a los diversos operadores jurídicos — jueces, fiscales y defensores— que deban enfrentar casos de esta naturaleza.

El denominador común de la problemática es, por un lado, la existencia de una acción imprudente y, por el otro, la producción del resultado típico. Entre ambos hay una relación de causalidad material, pero la cuestión central no radica en dicha causalidad, sino en una valoración normativa-jurídica.

Este trabajo se centra en el ámbito específico de la mala praxis médica, que —como se ha señalado— presenta una especial concurrencia de riesgos al tratarse de una actividad compleja y plagada de peligros.

Además del tratamiento dogmático, se abordará el conflicto entre el principio *in dubio pro reo* y la necesidad de protección de los bienes jurídicos, siendo esta última una de las finalidades esenciales del Derecho penal.

En definitiva, el presente trabajo se propone investigar si, en los casos de mala praxis médica, un resultado debe ser imputado a la conducta imprudente del galeno, cuando surge la posibilidad de que ese mismo resultado se habría producido con la conducta conforme a derecho. Se

¹ Paula Inés Argnani, *Responsabilidad penal del médico* (Buenos Aires: Astrea, 2017), pag. 4.

intentará realizar un análisis de la teoría de la imputación objetiva con una mirada proyectada hacia temáticas propias del Derecho penal constitucional.

❖ ÍNDICE

1. Planteamiento de la problemática

2. El delito imprudente y su estructura típica

2.1. Introducción general al delito culposo.

2.2. Abordaje desde la teoría de la imputación objetiva.

- **2.2.1.** Teoría de la evitabilidad.
- **2.2.2.** Teoría del incremento del riesgo.
- **2.2.3.** Ámbito de protección de la norma de cuidado.
- **2.2.4.** Críticas a las teorías.

3. Aspectos constitucionales y teleológicos en juego - Tensiones entre in dubio pro reo y la necesidad de protección del bien jurídico.

4. La jurisprudencia.

4.1. La jurisprudencia argentina.

5. Toma de posición

5.1. Propuesta de Análisis.

6. Que postura adoptar dependiendo los fines que se persiguen en el proceso

7. Conclusión

8. Bibliografía

1. Planteamiento de la problemática:

Durante la actividad médica, especialmente en los turnos de guardia, es muy frecuente que al profesional se le presenten pacientes con síntomas que pueden responder a múltiples diagnósticos posibles. Ante esta incertidumbre, y teniendo que actuar con premura, al médico le corresponde indicar un tratamiento que se encuentre amparado por la *lex artis*. Este tratamiento, constituye la conducta permitida dentro del marco del riesgo autorizado.

La determinación de dicha conducta surge de una ponderación entre el beneficio que puede derivarse de la acción riesgosa y la reducción al mínimo de la posibilidad de lesión al paciente; de ese equilibrio surge lo que se denomina riesgo permitido.

Ahora bien, el médico puede equivocarse. Puede adoptar una conducta que no esté cubierta por la *lex artis*, y esto es especialmente frecuente durante las guardias. ¿Por qué es tan común el error médico en la aplicación de un tratamiento? Las razones son múltiples:

En primer lugar, la medicina es una ciencia sumamente compleja que exige actualización constante. Además, interviene el factor humano: los médicos de guardia suelen trabajar entre 24 y 36 horas seguidas, atendiendo a cientos de pacientes por turno. Esta sobrecarga puede afectar su capacidad para reaccionar con lucidez, incluso cuando conocen cuál sería la conducta correcta. También puede suceder que un error en la captación o en la transmisión de la información por parte del paciente lleve al médico a adoptar una conducta equivocada. Es decir que estamos tratando una problemática que se da con **gran frecuencia** y puede ser muy común que el profesional de la salud no cumpla con el deber objetivo de cuidado que se exija en el caso concreto y ello puede derivar causalmente en una lesión al paciente o incluso su muerte.

Al ser la medicina una actividad extremadamente compleja suele plantearse la duda de que el desenlace —la lesión o la muerte— quizás **hubiera ocurrido de todas formas, incluso si el médico hubiera actuado correctamente**. Y es justamente en este punto donde centraremos este trabajo.

Para dar mayor claridad a esta problemática, se presentarán cuatro casos que serán abordados a lo largo de toda esta investigación. Se trata de casos con los que se pretende abarcar la mayor cantidad de situaciones posibles.

CASO 1

Paciente de 2 años, sin antecedentes patológicos de relevancia, ingresa a la guardia a las 3:00 a.m. acompañado por sus padres, presentando una convulsión febril. Se constata una temperatura corporal de 38,7 °C. Ante el cuadro, se realizan maniobras vitales básicas, se

administra oxígeno mediante máscara con reservorio, y se coloca una sonda nasogástrica debido a que el niño presentaba vómitos, con el objetivo de evitar una posible broncoaspiración.

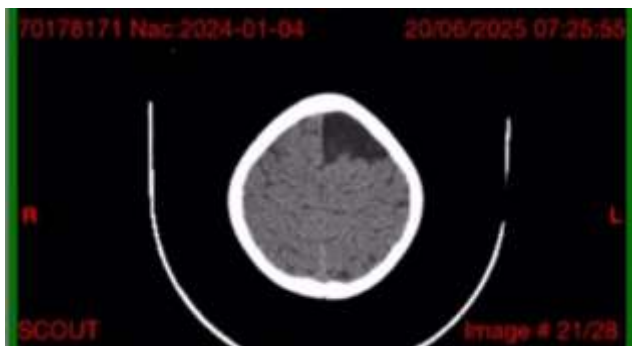
Dado que la convulsión se prolongaba, el médico inicia el protocolo para el manejo del status convulsivo. Se administra en primer lugar midazolam, luego una segunda dosis de midazolam con una concentración mayor, y finalmente se suministran difenilhidantoína y anticonvulsivantes adicionales, sin obtener respuesta clínica. Transcurridos más de 45 minutos desde el inicio de la convulsión, se da aviso al servicio de terapia intensiva para su intervención.

Cabe señalar que, según el protocolo médico correspondiente, el niño debió haber sido derivado a terapia intensiva a los 35 minutos de convulsión ininterrumpida.

Los profesionales de terapia informan al padre que, debido a la demora en la derivación y a la persistencia de la convulsión, el niño desarrolló una encefalopatía hipóxico-isquémica, es decir, una lesión cerebral grave provocada por la falta prolongada de oxígeno en el tejido encefálico. En consecuencia, se ordena una tomografía computada para evaluar la magnitud del daño.

Sin embargo, los resultados del estudio arrojan un hallazgo inesperado: el niño presentaba una malformación congénita consistente en una falta de masa encefálica frontal. Este dato permite concluir con alto grado de casi de certeza que la encefalopatía hipóxico-isquémica se habría producido igualmente, como consecuencia de dicha malformación.

La particularidad aquí radica en la existencia de una circunstancia especial que altera por completo la atribución del resultado: una malformación encefálica preexistente y desconocida por los progenitores, que habría producido el mismo desenlace más allá de la conducta médica adoptada.



Falta de masa encefálica frontal.

CASO 2

Adolescente de 14 años con diagnóstico de taquicardia supraventricular de alto riesgo. Desde la detección de la patología, la médica cardióloga tratante le prescribió propranolol, que venía tomando de forma regular durante los últimos 10 años. Un mes antes del fallecimiento, la profesional decidió suspender de manera abrupta dicha medicación. El adolescente falleció posteriormente como consecuencia de un paro cardiorrespiratorio.

Si bien la patología cardíaca que padecía implicaba por sí sola el riesgo de muerte súbita por paro cardiorrespiratorio, los informes periciales concluyen que la suspensión repentina del tratamiento, luego de una administración prolongada, también constituye un factor que pudo haber desencadenado el mismo desenlace fatal.

La particularidad de este caso radica en que se genera un estado de duda acerca de que hubiera pasado si el médico realizaba la acción correcta, es decir, si no suspendía la medicación.

CASO 3

En el marco de una cesárea, el médico obstetra (jefe de equipo) no indicó la administración de profilaxis antibiótica a la paciente luego de practicar la intervención, incumpliendo lo establecido en el protocolo para profilaxis antibiótica prequirúrgica en cirugías ginecológicas y obstétricas. Como consecuencia, la paciente sufrió complicaciones relacionadas con infecciones puerperales que la llevaron a reingresar al nosocomio por una infección en el sitio quirúrgico, donde debió practicársele la extirpación del útero (lesiones gravísimas).

Los peritos determinaron que la utilización de profilaxis reduce, aunque no elimina, la posibilidad de infección. Más precisamente, señalaron que disminuye de forma significativa el porcentaje de infección (en más de un 50%).

CASO 4

La paciente, luego de dar a luz a una niña de 2680 gramos de peso, presentó un cuadro de hemorragia interna. El médico tratante no jerarquizó correctamente los síntomas que percibió, no dispuso estudios para arribar a un diagnóstico de certeza (hemorragia interna) ni realizó una laparotomía exploradora de urgencia. Se generó una hemorragia masiva a nivel abdominal que derivó en un shock hipovolémico provocando la muerte.

Los peritos no pudieron precisar el origen del proceso hemorrágico. Existen indicadores importantes que permiten considerar que pudo haberse generado por la ruptura de la arteria pudenda interna izquierda, lo que, de haber sido así, implica la inutilidad de la maniobra que se exigía al médico (la laparotomía exploradora).

De esta manera, **en el primer caso** se presenta una circunstancia especial que permite afirmar con seguridad rayana en la certeza que el resultado igualmente se hubiera producido, aun si el galeno hubiera actuado conforme a la lex artis. **En el segundo caso**, en cambio, se genera un estado de duda: no puede asegurarse ni descartarse que, de haberse adoptado la conducta médica adecuada (la no suspensión del tratamiento), el resultado (la muerte) podría haberse evitado. **En el tercer caso** también se presenta una duda sobre si la conducta correcta habría evitado el resultado, pero existen más elementos que hacen probable que así fuera. Es decir, la conducta debida habría reducido considerablemente la posibilidad del resultado (en un 50%). En cambio, **en el cuarto caso**, aunque persiste la duda, los elementos disponibles indican que hay una mayor probabilidad de que el resultado no se hubiera evitado, antes que de que sí se hubiera evitado.

A lo largo del presente trabajo se analizarán estos supuestos con el objetivo de abordar las siguientes problemáticas:

- ¿Debe imputarse el resultado lesivo a la conducta del galeno?
- ¿Es correcto otorgar valor jurídico a situaciones hipotéticas que no han existido en la realidad?
- ¿Qué postura han adoptado la jurisprudencia y la doctrina frente a estas situaciones?
- ¿Qué posición resulta más adecuada dependiendo del rol que se ocupe en un proceso judicial (defensor, fiscal, querellante, juez)?
- ¿Cómo se resuelve esta problemática desde un enfoque constitucional?

Finalmente, se adoptará una postura propia y se elaborarán las conclusiones correspondientes.

2. El delito imprudente y su estructura típica:

2.1 Introducción general al delito culposo:

El presente trabajo será abordado mediante un método deductivo, es decir, partiendo de lo general hacia lo particular. En tal sentido, resulta fundamental comenzar con las concepciones básicas del delito culposo. Nos encontramos ante un problema que se manifiesta en el ámbito

de la mala praxis médica, donde, por regla general, no existe dolo, sino culpa. Por ello, es imprescindible tener en cuenta las nociones fundamentales de la imprudencia penal.

En primer lugar, debe señalarse que la imprudencia se caracteriza por el descuido: no se persigue un resultado lesivo de manera intencional, sino que se arriba a él como consecuencia de la violación al deber de diligencia. En este sentido mientras que el delito doloso supone la realización del tipo de injusto respectivo con conocimiento y voluntad, en el delito imprudente el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado (es decir: por inobservancia del cuidado debido)². Muchos autores prescinden del término “culposo” y utilizan directamente la palabra «*imprudencia*» que tiene ventajas como la de resultar más fácilmente comprensible al profano y la de facilitar la distinción respecto al término «culpabilidad».

De cierta manera, puede decirse que en el delito imprudente se toma en cuenta, no tanto el fin perseguido por la conducta sino más bien, el modo o la forma en que esa conducta se desarrolla, en este sentido Zaffaroni entiende que en tanto que el tipo doloso individualiza la acción prohibida por el fin perseguido por ella, el tipo culposo lo hace en razón de que la **programación de la causalidad**, por violar un deber de cuidado, produce el resultado típico. Esto no significa que la acción imprudente no tenga finalidad: simplemente, no individualiza la conducta prohibida en razón de esa finalidad, sino en razón de la falta de cuidado con que se la persigue³.

En nuestro país, para regular el delito imprudente se utiliza el sistema de “*numerus clausus*” consistente en la tipificación cerrada y excepcional de la imprudencia, siendo este método mucho más acorde a los principios de legalidad y última ratio del derecho penal.

Santiago Mir Puig explica que todo delito imprudente ofrece la siguiente estructura: 1) La parte objetiva del tipo supone la infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción) y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal (desvalor del resultado). 2) La parte subjetiva del tipo requiere el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante⁴.

La violación al deber de cuidado consiste en la inobservancia del cuidado que es exigible en concreto. Existe acuerdo en la doctrina, en que el primer elemento de los delitos de acción imprudentes es la inobservancia del cuidado objetivamente debido. En la infracción de la norma

² Santiago Mir Puig, DERECHO PENAL PARTE GENERAL, 8ª edición, Editorial Reppertor Barcelona 2006, Pag. 284.

³ Eugenio Raúl Zaffaroni Alejandro Alagia Alejandro Slokar, MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL- SEGUNDA EDICION - Actualizado a diciembre 2006. Buenos Aires. Pag 427.

⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., Pag. 289.

de cuidado debe distinguirse un deber de cuidado interno que obliga a advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada, como presupuesto de toda acción prudente, siendo un deber de examen previo, y un deber de cuidado externo que consiste en comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida.

Mucho se ha discutido acerca del baremo a utilizar para decidir la prudencia o impudencia de una acción en el caso concreto, especialmente cuando se trata de actividades no regladas. Ello depende de lo exigible a un hombre diligente en la situación concreta del autor, a partir de un juicio «ex ante» que tome en cuenta los conocimientos especiales de la situación del autor al actuar. La infracción al cuidado debido se producirá cuando hay una contradicción entre la conducta cometida y la que debería haberse llevado a cabo según el cuidado debido. En la medicina existen un conjunto de reglas técnicas o procedimientos que son aplicables al caso concreto. Estas reglas se las denomina *lex artis* que no son rígidas e inmutables, sino que la cuestión es más dinámica y debe ser interpretada según el principio de libertad de método y su apertura a nuevas técnicas o procedimientos.

La violación al deber de cuidado debe tener como resultado la lesión al bien jurídico-penal. Es fundamental que esa lesión sea causada por la infracción al deber de diligencia y pueda imputarse objetivamente a la misma. Con relación al resultado la doctrina discute si el mismo es un elemento del tipo o una condición objetiva de punibilidad. Mas precisamente, Mir Puig explica esta discusión con el siguiente interrogante: **Si el delito imprudente es esencialmente infracción de la norma de cuidado, ¿por qué ha de depender el injusto de la imprudencia de la circunstancia, a menudo fortuita, de que tal infracción cause un resultado?** Tan imprudente es la acción de quien pasa a gran velocidad con semáforo en rojo un cruce concurrido si causa un resultado, como si tiene la suerte de no causarlo. Y más imprudente es esta conducta no seguida de resultado en una hora pico de máximo tráfico que por la noche, cuando no hay apenas circulación de vehículos, aunque se siga algún resultado lesivo. Por ello ha destacado ... cómo en toda causación imprudente de resultado hay un «momento de azar». Ello ha llevado a un sector doctrinal a considerar el resultado en la imprudencia una pura «condición objetiva de punibilidad» —fuera, por tanto, de injusto y culpabilidad—.⁵

Por su parte con relación a esto Zaffaroni razona que *“si bien el tipo objetivo culposo no puede explicarse desde el resultado, tampoco es correcta la posición opuesta extrema o radical que pretende que pretende eliminar el resultado, considerándolo fuera del tipo, como condición objetiva de punibilidad, se olvida con ello que el resultado es decisivo para distinguir un injusto administrativo (con decir a contramano) de un delito de lesiones culposas. Y finalmente el doctrinario agrega que en la tipicidad culposa el resultado es un componente de azar, pero del*

⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., Pag. 294

que no se puede prescindir. Puedo realizar la misma acción imprudente todos los días, pero solo será típica cuando lesione a alguien, aunque esto se produzca en la reiteración número 3.651".⁶

Entonces, además de la infracción al deber objetivo de cuidado se precisa que exista una relación o nexo que vincule la conducta imprudente del autor con el resultado producido. Es decir que la tipicidad, en los delitos imprudentes de resultado, está integrada por tres elementos fundamentales: la infracción al deber objetivo de cuidado, el resultado previsto por el tipo y la relación que debe existir entre ambos elementos, en el sentido de que el resultado haya sido una consecuencia precisa de la acción u omisión imprudente llevada a cabo por el autor.⁷ Con relación a este último elemento, no basta con una mera relación de causalidad, sino que debe haber un nexo de imputación conforme a criterios normativos.

Las reglas que establecen este deber de cuidado buscan garantizar tanto la viabilidad de la actividad médica como la protección de bienes jurídicos esenciales, tales como la vida o la integridad corporal. En este sentido, **el fundamento central de la punición de la imprudencia reside en la necesidad del Derecho Penal de proteger los bienes jurídicos y de garantizar, fomentar y asegurar la convivencia social, permitiendo así el desarrollo de actividades que aportan beneficios a la comunidad.** Con respecto a ello se ha señalado que *"...el fundamento de punición del delito imprudente, doctrinariamente reconocido como el desprecio demostrado por el autor respecto de bienes jurídicos ajenos, tanto por no haber pensado en la lesión causada como por la falsa suposición de que la acción no causaría lesión alguna. Lo injusto encuentra su contenido en aquellas acciones u omisiones impregnadas de un nivel de desaprensión o desidia, consciente o inconsciente, constitutivas de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos o intereses estimados socialmente importantes. La irreverencia por los bienes jurídicos ajenos tiene su génesis no ya en la decisión consciente de vulneración sino en el instante en el que el agente evidencia tan poca deferencia por ellos que ni siquiera se esfuerza por pensar en los peligros acarreados por su conducta para otros, o cuando a pesar de haber reconocido la existencia del peligro se sigue adelante con el comportamiento, descuidadamente".⁸*

En definitiva, delito culposo se caracteriza por la concurrencia de dos elementos básicos: un disvalor de acto y un disvalor de resultado. El primero implica la infracción al deber objetivo de

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit.. Pag 431

⁷ De la Fuente, Javier Esteban Dettano, Cyntia Soledad, LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LOS CASOS DE MALA PRAXIS MÉDICA. Autor.:Tomo: 2015 2 Problemas fundamentales de la imputación objetiva - II Revista de Derecho Penal. Pag. 22

⁸ Abraldes, Sandro F., La acción finalista: base insustituible del cuidado objetivamente debido, en Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidad, Rubinzal-Culzoni, 2005, p. 330. Citado por De la Fuente, Javier Esteban Dettano, Cyntia Soledad, LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LOS CASOS DE MALA PRAXIS MÉDICA. Autor.:Tomo: 2015 2 Problemas fundamentales de la imputación objetiva - II Revista de Derecho Penal.

cuidado, con relación a ello se ha dicho que “*La acción que infringe el cuidado objetivamente debido es el primer elemento del tipo de los delitos imprudentes, y se identifica con el riesgo no permitido. La norma prohíbe realizar acciones fuera del riesgo permitido. La acción típica es la que supone la infracción de la norma que prohíbe actuar descuidadamente*”.⁹

Mientras que el segundo se refiere al efectivo menoscabo de un bien jurídico, el desvalor del resultado pertenece por tanto a lo injusto como cofundamentador del mismo, pero no a la materia de la prohibición. El desvalor del resultado tiene la función de conectar la conducta contraria a la norma con la función de dicha norma: la protección de bienes jurídicos.¹⁰

En los casos problemáticos que estamos planteando en esta investigación, el resultado (lesión o muerte del paciente) debe estar normativamente conectado a la conducta imprudente del médico y el análisis de esta cuestión será tratada a continuación.

2.2 Abordaje desde la teoría de la imputación objetiva:

Como es sabido el **tipo objetivo** constituye la dimensión externa de la tipicidad y comprende los elementos fácticos que permiten verificar si una conducta encuadra en la descripción legal del delito. Se centra en la constatación de hechos exteriores sin atender aún al aspecto volitivo del autor. Los elementos del tipo objetivo comprenden la acción típica, es decir, el comportamiento humano exteriorizado que encuadra en la descripción legal; la afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido; la determinación del sujeto activo y del sujeto pasivo previstos por la figura penal; la presencia de elementos descriptivos y normativos que completan el significado del tipo; y el resultado típico, cuando el delito lo requiere. En los delitos de resultado, además, debe verificarse una relación de causalidad entre la conducta y ese resultado, sin la cual no puede afirmarse la tipicidad objetiva.

Entonces se requiere que, en los delitos de acción – no así en los de omisión -, el resultado haya sido causado por la conducta (**relación de causalidad**), pero añada, además, la exigencia de una determinada **relación de riesgo** entre el resultado y una conducta peligrosa.¹¹ Es decir que primero se debe empezar a examinar la existencia de relación de causalidad que es fundamental, en los delitos de acción pero no así en los de omisión, en otras palabras, en los delitos de acción la relación de causalidad, es, pues, necesaria pero no suficiente para la imputación objetiva del resultado. En los delitos de comisión por omisión, la imputación objetiva no requiere una propia relación de causalidad, sino sólo que el sujeto no hubiese impedido el resultado cuando debió hacerlo en virtud de su posición de garante. La relación de causalidad ni es suficiente (en los

⁹ Alicia Gil Gil ACCIÓN, NORMA, INJUSTO Y DELITO IMPRUDENTE.. Madrid. España. P. 20.

¹⁰ GIL GIL, Alicia, *Acción, norma, injusto y delito imprudente*, ob. cit.. P. 9

¹¹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., Pag. 237

delitos de acción) ni es siempre necesaria (en los delitos de omisión): lo único común a todo tipo de resultado es la necesidad de su **imputación objetiva**, de la cual la causalidad no es más que un momento parcial y contingente.¹²

Tal como se adelantó al principio de este trabajo, esta investigación se centrará en ese **enlace** que debe existir entre la conducta imprudente del galeno y el resultado lesivo al bien jurídico tutelado. En los delitos de resultado la aceptación de un delito consumado depende del acaecimiento del resultado típico. Sin embargo, la acción y el resultado no están desconectados entre sí, sino que deben mostrar entre ellos una relación suficiente que permita poder imputar al autor el resultado como una consecuencia de su acción.¹³

Sin perjuicio de la aclaración efectuada con relación a los delitos de comisión por omisión, en los delitos de resultado, el primer presupuesto para la realización del tipo es que el autor **haya causado efectivamente el resultado** exigido por la figura penal; solo a partir de esa constatación fáctica puede examinarse el segundo requisito, consistente en la existencia de una **relación de carácter normativo entre la conducta y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico**. De este modo, la tipicidad objetiva requiere la concurrencia de **dos condiciones**: por un lado, la producción causal del resultado y, por otro, su **imputación normativa** al autor. En este sentido Mir Puig señala que el resultado debe poderse imputar precisamente a la imprudencia de la acción. Ello supone una doble exigencia: a') La relación de causalidad entre acción y resultado; b') Que la causación del resultado no sea ajena a la finalidad de protección de la norma de cuidado infringida.¹⁴

Para poder tratar el problema de la causalidad, a lo largo de los años se impuso **la teoría de la equivalencia de las condiciones** ideada por Julius Glasser y adoptada por el magistrado de Tribunal Supremo Alemán de ese momento Reich von Buri. Esta tesis sostiene que debe considerarse causa toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto; es decir, que es válida como causa toda *conditio sine qua non*, ó sea, toda condición sin la cual no se habría producido el resultado.¹⁵

La crítica principal que se le hace a esta tesis radica en que lleva a una amplitud infinita en el marco de la responsabilidad, de manera que los padres o abuelos del autor son también causa de los hechos que este comenta, es por eso que la teoría de la equivalencia dejó de ser suficiente, Roxin explica que esta teoría ha perdido peso sustancialmente desde que se ha reconocido que

¹² MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., Pag. 238

¹³ Hane-Hcinrich feschek Thomas Weigend - TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL Volumen I -Duncker u. Humblot, 1996 -Traducción de la 5.a edición alemana- Pag. 408

¹⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., Pag. 296

¹⁵ Claus Roxin-DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO -Primera edición (en Civitas), Madrid 1997- Pag. 347

la causalidad no es la única que decide sobre el cumplimiento del tipo objetivo, sino que han de añadirse otros criterios de imputación. La causalidad en los delitos comisivos sólo es el límite máximo de la responsabilidad penal, pero también imprescindible como tal.¹⁶

De esta manera, debido a la amplitud de la teoría de las equivalencias, surgió la necesidad de delimitar el concepto de causa. En este sentido Mir Puig explica que para restringir los resultados de la teoría de la equivalencia de las condiciones hay dos posibilidades: o bien rechazar el concepto de causa de la teoría de la condición y mantener otra concepción más restringida de la causalidad, o bien aceptar el concepto de causa de la teoría de la condición pero considerando insuficiente la relación de causalidad para permitir la imputación objetiva del resultado. El primero ha sido el camino tradicional. Mas por dicha vía la doctrina formuló una teoría, llamada de la adecuación, que, pese a presentarse originariamente como una teoría de la causalidad, hoy se admite como una doctrina que no afecta al concepto de causa, sino que debe operar después de constatada la causalidad, para seguir comprobando la imputación objetiva del resultado. Sobre la base de la teoría de la adecuación se halla en proceso de elaboración la actual teoría de la imputación objetiva.¹⁷

La teoría de la adecuación, cuyo fundador es el lógico y médico friburgués Johannes v. Kries (1853-1928). Según su teoría, en sentido jurídico penal sólo es causal una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que sólo por casualidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes, permite la deseada eliminación de nexos causales totalmente inusuales: la misma evita el regressus ad infinitum de la teoría de la equivalencia.¹⁸

En base a esta teoría una condición es adecuada cuando la misma aumenta la posibilidad de resultado de forma no irrelevante, es decir que no es absolutamente improbable de que la conducta de lugar a un resultado como el que efectivamente ocurrió, esto se determina en base a una prognosis objetivo-posterior (colocándonos en el lugar de un observador objetivo antes del hecho con conocimiento del hombre inteligente-prudente y saber especial del autor). Roxin explica con contundencia que la teoría de la adecuación no es, como opinaban originariamente sus defensores, una teoría causal, sino una teoría de la imputación. Es decir, que no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente. Pero entendemos que el punto débil de la teoría de la adecuación se produce en el terreno de cursos causales anómalos o inusuales, algunos concretos cursos causales rarísimos pueden ser normativamente relevantes sin corresponder a una forma de aparición usual. Por

¹⁶ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit.- Pag. 350

¹⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., Pag. 246

¹⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit.- Pag. 359

expresarlo con un ejemplo: Si un veneno causa de su constitución modificada a través de esa adicción, no surte efecto en el estómago —como suele— sino en el esófago (o no antes de los intestinos), a pesar de la extrema improbabilidad del curso causal concreto no cabe aportar ninguna razón para no imputar el resultado; pues la consecuencia constituye la realización del peligro causado por el autor en las condiciones del caso concreto.¹⁹ Otra de las teorías que intento imponerse fue la tesis de la relevancia jurídica de Mezger, sin embargo, el jurista descuido la tarea de elaborar un método o teoría para que esta teoría resulte aplicable.

Los puntos de vista desarrollados por las teorías de la adecuación y de la relevancia para la restricción de la responsabilidad penal, son asumidos por la Dogmática más reciente y han sido enlazados con argumentos adicionales que caminan hacia una teoría de la imputación objetiva.

²⁰ El resurgimiento de la teoría de la imputación, que había entrado en decadencia en la segunda mitad del siglo XIX por la fascinación que existía con el pensamiento causal orientado a las Ciencias Naturales, se produjo recién en los años 60'. Roxin explica que "*Un resultado causado por el agente sólo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro también se ha realizado en el resultado concreto.*"²¹ Es decir que un resultado causado por una acción humana (en el sentido de la teoría de la condición) sólo puede serle imputable cuando dicha acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto material protegido y el riesgo se ha realizado en el resultado típico.²²

Esta teoría se basa en diversos principios:

1. Se debe negar la imputación objetiva si no existe un riesgo jurídicamente desaprobado, porque la cuestión no se trata de imputar riesgos normales de la vida.
2. Tampoco hay imputación cuando se disminuye el riesgo, es decir que no es imputable el resultado al autor que lo causa para evitar otro de mayor gravedad. Esto no es una cuestión debatible en el terreno de la antijuridicidad sino mas bien en el ámbito de la tipicidad.
3. Aunque el autor haya creado un riesgo jurídicamente relevante, la imputación se excluye si se trata de un riesgo permitido.
4. No se puede imputar el resultado cuando el mismo esta fuera del ámbito de protección de la norma que el autor ha infringido con su acción. Es decir que hay casos en los que

¹⁹ GÜNTHER JAKOBS DERECHO PENAL PARTE GENERAL Fundamentos y teoría de la imputación - MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS, S. A. MADRID, 1997- Pag 241

²⁰ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, ob. cit.,- Pag. 422

²¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit.- Pag. 363

²² JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, ob. cit.,- Pag. 423

la superación del riesgo permitido de entrada ha aumentado claramente el peligro de un curso del hecho como el que luego se ha producido, pero pese a ello, no puede tener lugar la imputación del resultado, porque no se ha realizado el peligro que quería prevenir el precepto de cuidado infringido, y ahí fracasa la imputación del resultado. Sólo hay que ser consciente de que en la realización del riesgo no permitido se trata siempre del fin de protección de la norma de cuidado limitadora del riesgo permitido (del mandato de iluminación, del deber de consultar a un médico especialista, etc.), y no del fin de protección del tipo penal. En cambio, los casos propiamente dichos de exclusión de la imputación por el fin de protección del tipo son aquellos en que la norma típica (la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.) no abarca de antemano determinadas conductas y consecuencias.²³

5. También decae la imputación objetiva en las hipótesis del favorecimiento de la autolesión ajena que tiene lugar a través de una actuación plenamente responsable del ofendido, debido a que en este caso el resultado es imputable a la esfera de riesgo de la víctima.

²⁴

6. Tampoco es imputable el resultado producido por el comportamiento contrario a deber que, con una **probabilidad cercana a la seguridad**, también habría acaecido en el supuesto de haberse desarrollado una conducta adecuada al deber (caso del comportamiento alternativo adecuado a Derecho).²⁵ Roxin con relación a esto, exige un grado de convicción superior al afirmar que se excluye la imputación si la conducta alternativa conforme a Derecho hubiera conducido **con seguridad** al mismo resultado; pues entonces no se ha realizado la superación del riesgo permitido en el curso real del acontecimiento.

Es en este último punto donde vamos a detenernos y realizaremos un análisis más profundo en el ámbito de la mala praxis médica. El problema más discutido desde la postguerra en conexión con la idea de riesgo se refiere a la cuestión de si se debe imputar un resultado cuando mediante una conducta alternativa conforme a Derecho el mismo hubiera sido evitado, no con seguridad, sino sólo probable o posiblemente.²⁶ Como es sabido la medicina es un conjunto de conocimientos y técnicas aplicados a la predicción, prevención, diagnóstico y tratamiento de las enfermedades humanas y, en su caso, a la rehabilitación de las secuelas que puedan producir. Esta materia **no es una ciencia exacta**; es una disciplina que se fundamenta en la ciencia pero que se basa en la probabilidad y la incertidumbre. A diferencia de las ciencias exactas como las matemáticas, cada paciente es único y los tratamientos se ven influenciados por factores

²³ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit.- Pag. 378

²⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, ob. cit.- Pag. 424

²⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, vol. I, ob. cit.- Pag. 425

²⁶ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit.- Pag. 379

biológicos, personales y ambientales que no siempre son predecibles. Entonces suele ocurrir en la medicina que no podemos decir que exista seguridad, sino que la mayoría de las veces existe incertidumbre, probabilidad o meras posibilidades. En otras palabras, cuando un profesional de la salud incurre en una violación al deber de cuidado y, posteriormente, el paciente fallece o resulta lesionado, es casi imposible tener la seguridad de lo que hubiera ocurrido con la conducta adecuada a derecho. Y es en ese plano de incertidumbres en el que existen posturas encontradas que realizan diferentes interpretaciones sobre cada caso.

Se genera entonces una fuerte tensión: ¿es justo que ese fallecimiento o lesión quede sin reproche penal por el solo hecho de que, hipotéticamente, el resultado también podría haberse producido aun con una actuación correcta?

Desde una postura, esto parece inadmisibles, ya que se trataría de eximir de responsabilidad a quien actuó de manera imprudente, basándose en una conjetura que nunca ocurrió. Sin embargo, desde otra perspectiva, el principio *in dubio pro reo* empuja las conclusiones hacia la absolució.

Es justamente por esta tensión —entre la necesidad de protección de bienes jurídicos y el menester de asegurar el principio *in dubio pro reo*— que se generan distintos criterios y posturas doctrinarias y jurisprudenciales sobre cómo resolver estos casos en el campo de la mala praxis médica.

El problema de la conducta alternativa conforme a derecho ha sido abordado por distintas teorías, las principales fueron: la teoría de la evitabilidad, la teoría del incremento del riesgo y el ámbito de protección de la norma de cuidado. A continuación, analizaremos cada una de ellas:

2.2.1 Teoría de la evitabilidad:

Para la teoría de la evitabilidad que es, con mucho, la mayoritaria, el resultado no se le puede imputar objetivamente al causante imprudente del resultado cuando éste se hubiera producido también si el autor hubiera ejecutado la acción correcta²⁷. En estos casos se afirma que falta la “*conexión de riesgo*” o “*conexión de antijuridicidad*”.

A su vez, la teoría de la evitabilidad se divide en distintas posiciones según el grado de probabilidad que debe existir para excluir la imputación objetiva del resultado:

- **Tesis restrictiva:** Sostiene que la imputación objetiva debe excluirse —y, en consecuencia, corresponde la absolució— cuando pueda acreditarse, con una

²⁷ Gimbernat Ordeig, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, Madrid, 2015, p. 26

probabilidad cercana a la certeza, que el resultado igualmente se habría producido, aunque se hubiera actuado conforme a derecho. Esta postura se encuentra prácticamente abandonada dentro del marco de la teoría de la evitabilidad. Esta fue la posición que siguió en un inicio la jurisprudencia del Reichsgericht (tribunal supremo alemán)²⁸

- **Tesis intermedia:** Postula que, para excluir la responsabilidad penal por ausencia de conexión de riesgo, es necesario acreditar con una probabilidad relativamente elevada que la conducta correcta habría producido el mismo resultado lesivo sobre el bien jurídico. En Alemania esta postura empezó a imponerse frente a la tesis restrictiva, el giro inicio con el Tribunal Supremo Federal alemán (“BGH”) frente a las opiniones del Tribunal Superior Regional alemán (“OLG”)²⁹
- **Tesis amplia:** Exige, para fundar una condena, un grado de certeza —o al menos una probabilidad rayana en la certeza— de que la conducta correcta habría evitado el resultado. Es decir, se requiere seguridad de que, de haberse actuado conforme a derecho, el resultado no se habría producido. La tesis amplia constituye la posición que se ha impuesto dentro de la teoría de la evitabilidad. Teoría seguida por autores como Hans-Heinrich Jescheck.

Entonces, la doctrina dominante exige aquí, para la imputación del resultado, que hubiese sido seguro o prácticamente seguro («probabilidad rayana en la seguridad») que si la acción no hubiese sido imprudente no se hubiera producido el resultado (in dubio pro reo).³⁰ Los autores que siguen esta teoría mencionan que este requisito —de que debe haber seguridad rayana en la certeza de que el resultado se habría evitado con la conducta correcta para condenar— se denomina conexión de riesgo o conexión de antijuridicidad. Asimismo, consideran la “conexión de riesgo” como un elemento del tipo objetivo, en el marco de la tipicidad. En consecuencia, así como el juez debe alcanzar certeza respecto de los demás elementos del tipo, también debe contar con un grado equivalente de convicción en cuanto a esta conexión: que el resultado no se habría producido si el agente hubiera actuado conforme al deber. Esta concepción, al imponer un estándar probatorio tan estricto, conlleva en la práctica la absolución en la mayoría de los casos de actuación imprudente en el marco del ejercicio de la medicina. En otras palabras, **para condenar se requiere como necesario demostrar que la acción adecuada hubiera servido para evitar el evento dañoso y dicha evitabilidad debe acreditarse con una probabilidad rayana en la certeza.**

²⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, ob. cit., pag 26

²⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, ob. cit., pag 27

³⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., Pag. 298

Ahora bien, corresponde resolver los casos planteados al inicio de esta investigación a la luz de la tesis amplia de la teoría de la evitabilidad:

CASO 1:

En el caso del niño que, sorpresivamente, reveló una falta de masa encefálica frontal —lo que generaba una probabilidad rayana en la certeza de que desarrollara una encefalopatía hipóxico-isquémica—, la aplicación de la teoría de la evitabilidad conduce a la absolución del médico por el delito de lesiones culposas (art. 94 del Código Penal). En efecto, existe en este caso una certeza prácticamente plena de que el resultado se habría producido igualmente, como consecuencia de una circunstancia especial e imprevisible que permite alcanzar ese grado de convicción. Recordemos que, según esta teoría, para condenar se requiere certeza (o al menos una probabilidad muy cercana a la certeza) de que la conducta correcta habría evitado el resultado. El hecho de que el médico no haya derivado al niño a terapia intensiva antes de cumplirse los 35 minutos no modifica el desenlace, al menos no con el grado de certeza requerido para una condena.

CASO 2:

En el caso del adolescente de 14 años con diagnóstico de taquicardia supraventricular de alto riesgo, cuya médica cardióloga suspendió abruptamente el tratamiento, la aplicación de la teoría también lleva a la absolución por el delito de homicidio culposo (art. 84 del Código Penal). La propia patología del paciente conlleva un riesgo inherente de muerte súbita por paro cardiorrespiratorio, lo cual impide alcanzar la certeza exigida por esta tesis para afirmar que el resultado habría podido evitarse. No existe, en definitiva, una seguridad rayana en la certeza de que la suspensión del medicamento haya sido la causa necesaria del fallecimiento, o mejor dicho no existe seguridad rayana en la certeza de que la no suspensión del medicamento hubiera evitado el resultado.

CASO 3:

En el caso del médico obstetra que omitió la indicación de profilaxis antibiótica luego de practicar una cesárea, y cuya paciente regresó posteriormente al nosocomio con una infección que motivó la extirpación del útero, también corresponde —a la luz de la tesis amplia de la teoría de la evitabilidad— absolver al médico por el delito de lesiones culposas. Si bien es cierto que la administración de profilaxis habría reducido significativamente el riesgo de infección, no puede afirmarse con seguridad rayana en la certeza que el resultado se habría evitado, ya que la profilaxis no elimina totalmente ese riesgo. Esa duda impide alcanzar el estándar probatorio requerido para la condena.

CASO 4:

En el caso de la paciente que, luego de dar a luz una niña de 2680 gramos, presentó un cuadro de hemorragia interna que el médico tratante no diagnosticó adecuadamente —al no jerarquizar

los síntomas, omitir estudios diagnósticos ni ordenar una laparotomía exploradora de urgencia—, la aplicación de la teoría de la evitabilidad también conduce a la absolución. Las pericias no lograron establecer con certeza la causa de la hemorragia y se barajó la posibilidad de una ruptura de la arteria pudenda interna izquierda, lo cual habría tornado ineficaz cualquier conducta médica diligente. Si en el caso anterior se absolvió pese a la alta probabilidad de evitación, en este caso —donde dicha probabilidad es aún menor—, con mayor razón corresponde la absolución.

En definitiva, cuando en un proceso judicial la discusión gira en torno a la conducta alternativa conforme a derecho en supuestos de presunta mala praxis médica, la aplicación de la teoría de la evitabilidad —en su versión amplia que es la mayoritaria— conduce a la absolución en la mayoría de los casos, salvo cuando se acredita, con un grado de certeza elevado, que el resultado se habría evitado. Debido a las particularidades que presentan las ciencias médicas, es casi imposible llegar a ese grado de convicción en esa materia

2.2.2 Teoría del incremento del riesgo:

Roxin explica que *“Si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que no hay campo de aplicación para el principio in dubio pro reo.”* El autor entiende que *“no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro”*.³¹

En 1962, en un artículo publicado en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), **Claus Roxin**, tras reconocer que en la consideración de los procesos causales hipotéticos “se encierra algo correcto”, escribió:

*“La primera dificultad práctica [que presenta este grupo de casos] reside en la circunstancia de que casi nunca es seguro que el resultado no se habría producido con el comportamiento correcto. Por lo general, sólo puede precisarse una mayor o menor probabilidad de que ello hubiera sido así. Y cuanto menos probable sea que el resultado también se habría producido con un actuar inobjetable, menos evidente le parecerá una absolución al sentido jurídico...”*³²

La cuestión de si concurre un incremento del riesgo debe juzgarse, como también en general la realización del peligro, **ex post**. Es decir, que han de considerarse todas las circunstancias que

³¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit.- Pag. 380

³² Claus Roxin. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Año 1962. P.421. Citado por Gimbernat Ordeig, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, 2015, p. 28

posteriormente resulten conocidas (el paciente era alérgico a un determinado medicamento o presentaba una malformación en sus órganos vitales). A continuación, hay que examinar si la observancia del riesgo permitido habría disminuido el peligro para el paciente, o sea si habría incrementado sus posibilidades de salvar la vida. Para ello hay que enjuiciar el incremento del riesgo conforme a **criterios normativos**, es decir que hay que "examinar si la norma formulada ex ante, operando también sobre la base del conocimiento ex post, puede seguir siendo reconocida como una prohibición con sentido y que reduce el riesgo del resultado (y en ese caso, imputación del resultado), o si, partiendo del nuevo estado de los conocimientos, la misma parece **in concreto** inidónea o al menos impracticable (y en tal caso no habrá imputación del resultado)".³³

La teoría del incremento del riesgo sostiene que un resultado es objetivamente imputable cuando la conducta del autor ha generado un aumento relevante del riesgo de producción de ese resultado y este aparece como concreción de dicho riesgo **en el caso concreto**. Desde esta perspectiva, la imputación no depende de la certeza de que una conducta alternativa conforme a derecho habría evitado el resultado, sino de la comprobación de que el resultado expresa la realización del riesgo adicional introducido por la conducta antijurídica.

El problema o la controversia se genera cuando no se puede comprobar con seguridad si la conducta prohibida ha creado un peligro mayor que el que hubiera supuesto la observancia del riesgo permitido. En este punto muchos autores aplican el principio in dubio pro reo, concluyendo que no se incrementa el riesgo y que no debe imputarse el resultado, sin embargo, frente a ello Roxin considera lo siguiente:

*"...el ordenamiento jurídico no tiene ningún motivo para tolerar siquiera una conducta que posiblemente rebase los riesgos dados en caso de observar las normas de cuidado. ¡Piénsese en el caso de que un médico, despreciando la lex artis, aplique un procedimiento curativo no ortodoxo que provoca la muerte del paciente! ¿Por qué no se le va a imputar el resultado si posteriormente resulta que la observancia de la lex artis probablemente habría disminuido considerablemente el riesgo para el paciente, pero que la disminución del riesgo en caso de cumplimiento de la lex artis no se puede comprobar con seguridad? ¡Las reglas de cuidado exigen su observancia incluso cuando su incumplimiento, no con seguridad, pero sí probable o posiblemente aumenta los peligros para la víctima..."*³⁴

En otras palabras, los autores que adhieren a la postura de Roxin y a la denominada teoría del incremento del riesgo suelen ejemplificar su posición con el supuesto, de indudable relevancia práctica, en el que un médico ocasiona la muerte del paciente durante una intervención quirúrgica

³³ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit.- Pag. 381

³⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit.- Pag. 382

como consecuencia de una infracción grave a la *lex artis*. Según estos autores, no resultaría defendible que el profesional quede eximido de responsabilidad bajo el argumento de que, atendiendo a la complejidad del caso, aun una operación realizada correctamente podría haber desembocado en el mismo resultado fatal. Sostienen que aceptar tal razonamiento implicaría, en los hechos, vaciar de contenido las exigencias de cuidado, pues dado que toda intervención médica conlleva riesgos inherentes, se terminaría justificando la omisión de las medidas debidas con la simple alegación de que el desenlace adverso podría haberse producido de todos modos.

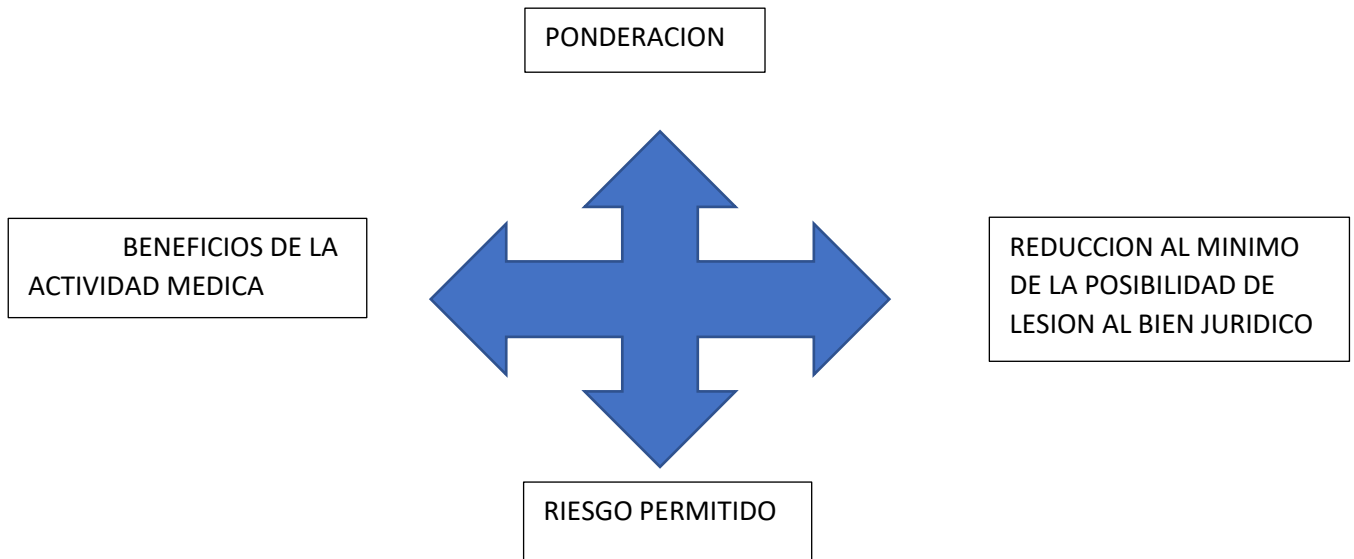
En línea con esta argumentación, Roxin **rechaza** la posibilidad de que:

*“...la probabilidad o posibilidad de que el resultado también se habría producido con el comportamiento alternativo conforme a Derecho pueda fundamentar una absolución: por el contrario, si sólo es probable –pero no seguro– que la acción correcta habría causado el mismo resultado, ello significa que el comportamiento imprudente causante efectivo del resultado era al menos algo más peligroso que aquella, que, por consiguiente, ha elevado el riesgo (permitido) de producción del resultado, y que, por ello, debe fundamentar un homicidio imprudente: si el médico, en una intervención de alto riesgo, actúa contra la *lex artis*, muriendo el paciente, el que éste hubiera podido fallecer también en una operación ejecutada conforme a las reglas de la medicina, no anula la responsabilidad por homicidio imprudente, porque con su actuación concreta –y frente a la correcta– el cirujano ha «incrementado el riesgo» (permitido) de producción del resultado...”³⁵*

Debe tenerse especialmente en cuenta que, en el ámbito médico, el **riesgo permitido** se establece a través de una **ponderación** entre los beneficios que puede reportar la acción riesgosa (como una intervención quirúrgica o un tratamiento complejo) y la **minimización de las lesiones previsibles** a los bienes jurídicos que puedan derivarse de esa intervención. Es decir, el riesgo permitido se construye como un equilibrio entre:

- el **potencial beneficio** del procedimiento médico para el paciente, y
- la **reducción al mínimo posible** de los riesgos o daños previsibles que, aunque inevitables en cierta medida, deben ser controlados y prevenidos en la mayor medida posible.

³⁵ Cfr. Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, Honig-FS, 1970, p. 139. Doctrina unánime entre los partidarios de la teoría del aumento del riesgo: v. sólo Stratenwerth, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-FS 1973, pp. 229 ss. Citado por Gimbernat Ordeig, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, 2015, p. 29



Ahora bien, corresponde aplicar la teoría del incremento del riesgo a los casos que fueron presentados al principio de esta investigación:

CASO 1:

En el caso del niño que, sorpresivamente, reveló una falta de masa encefálica frontal —lo que generaba una probabilidad rayana en la certeza de que por ello desarrollara una encefalopatía hipóxico-isquémica—, la aplicación de la teoría del incremento del riesgo, al igual que la teoría de la evitabilidad, conduce a la absolución del médico por el delito de lesiones culposas (art. 94 del Código Penal).

Es que, si bien en abstracto puede establecerse el límite entre el riesgo permitido y el no permitido, distinguiendo la acción que respeta ese umbral de la que lo infringe, ese criterio se quiebra en el caso concreto al aparecer una circunstancia especial no prevista. En este contexto, se arriba a la indubitada conclusión de que la acción imprudente no superó el riesgo permitido. En otras palabras, el incremento del riesgo existió en abstracto, pero no en concreto, que es lo que finalmente importa.

CASO 2:

En el caso del adolescente de 14 años con diagnóstico de taquicardia supraventricular de alto riesgo, cuya médica cardióloga suspendió abruptamente el tratamiento, la aplicación de la teoría del incremento del riesgo —a diferencia de la teoría de la evitabilidad— conduce a la condena de la médica por el delito de homicidio culposo (art. 84 del Código Penal).

En efecto, más allá de que la patología del paciente podía llevar al mismo resultado, la médica aumentó **en concreto** el riesgo por encima del permitido al suspender el tratamiento, y ello basta para fundar la atribución del resultado.

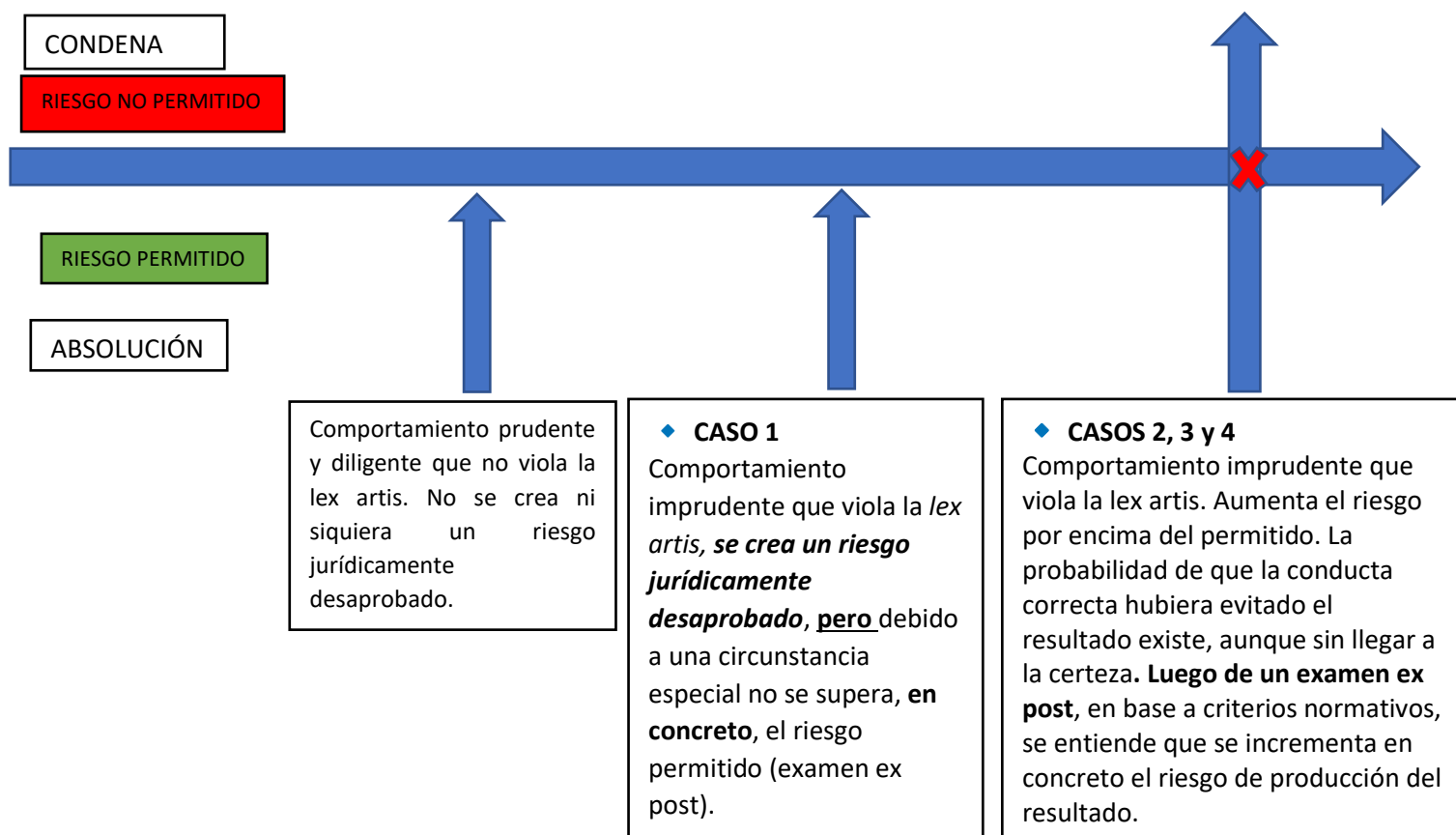
CASO 3:

En el caso del médico obstetra que omitió indicar profilaxis antibiótica luego de practicar una cesárea, y cuya paciente regresó posteriormente al nosocomio con una infección que motivó la extirpación del útero, también corresponde —a la luz de la teoría del incremento del riesgo— condenar al médico por el delito de lesiones culposas. Es que la falta de administración del tratamiento antibiótico incrementó la posibilidad de infección más allá del riesgo permitido. Es decir que luego de un análisis ex post, se entiende que el comportamiento incorrecto (la no aplicación de antibióticos) ha incrementado la probabilidad de producción del resultado en comparación con el riesgo permitido, y ese riesgo fue el que precisamente se realizó en el resultado.

CASO 4:

En el caso de la paciente que, luego de dar a luz una niña de 2680 gramos, presentó un cuadro de hemorragia interna que el médico tratante no diagnosticó adecuadamente —al no jerarquizar los síntomas, omitir estudios diagnósticos y no indicar una laparotomía exploradora de urgencia—, la aplicación de la teoría del incremento del riesgo también conduce a la condena. Más allá de que las pericias no pudieron determinar con seguridad cuál fue el origen de la hemorragia (si se produjo en el útero o en la arteria pudenda), lo cierto es que, aunque existe la posibilidad de que el resultado se hubiera producido igualmente ante una conducta correcta, esa posibilidad —que no alcanza certeza— implica que el comportamiento imprudente era al menos algo más peligroso que el debido, y por consiguiente, elevó el riesgo de producción del resultado por encima del permitido y ese riesgo en concreto se realizó en el resultado. En otras palabras, ante la imposibilidad de reconstruir con seguridad el curso causal hipotético, debe considerarse que la conducta correcta (jerarquizar síntomas, realizar estudios, efectuar laparotomía) implicaba un riesgo menor que el generado por la omisión médica. A diferencia del caso 1, donde existía casi certeza de que el daño se habría producido igual, en este caso sólo existe una posibilidad (aunque alta) de que así fuera, lo que no impide concluir que hubo un incremento mínimo, pero efectivo, en comparación con el riesgo permitido.

En conclusión, la teoría del incremento del riesgo lleva a las siguientes soluciones:



2.2.3. Ámbito de protección de la norma:

De acuerdo con el criterio del fin de protección de las normas, una consecuencia sólo puede ser atribuida jurídicamente al autor cuando se encuentra comprendida dentro del ámbito de tutela de la norma de cuidado vulnerada, es decir, cuando el daño producido corresponde precisamente a aquellos perjuicios que la norma pretendía evitar.

Como lo explica Martínez Escamilla, "...*Se trata, en otras palabras, de demostrar si el riesgo que se ha materializado en el resultado es de aquellos que la norma lesionada tenía por finalidad evitar*"³⁶. Según este autor, este criterio resulta especialmente valioso para resolver supuestos en los que, entre el riesgo generado por el autor y el resultado final, media la intervención de un tercero o incluso de la propia víctima, permitiendo delimitar con mayor precisión el alcance de la imputación.

³⁶ Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992, p. 264

Las normas que imponen deberes de diligencia no buscan impedir cualquier resultado en abstracto, sino prevenir un daño específico y determinado. La identificación de cuál es ese resultado protegido exige un análisis particular en cada caso concreto.

Entonces adquiere centralidad la cuestión de si el deber de diligencia estaba orientado o no a impedir un resultado como el efectivamente ocurrido. Desde esta perspectiva, un sector considerable de la doctrina ha sostenido que este criterio resulta suficiente, por sí solo, para fundamentar la imputación objetiva del resultado.

De esta manera, esta tesis sostiene que un resultado sólo puede ser imputado cuando se encuentra comprendido dentro del ámbito protector de la norma de cuidado infringida por el autor, esto es, cuando el daño efectivamente causado corresponde a aquellos que la norma buscaba evitar. En otras palabras, para que exista imputación es imprescindible que la norma transgredida esté orientada a prevenir ese tipo específico de resultado.

Ello no implica que el análisis de la evitabilidad o inevitabilidad del resultado carezca de relevancia. Por el contrario, constituye un elemento significativo para determinar si el desenlace producido se hallaba o no dentro del radio de protección de la norma. Cuando puede afirmarse con claridad que el resultado se habría verificado de todos modos, aun en ausencia de la conducta negligente, resulta evidente que dicho evento no integra aquellos que la norma de cuidado pretendía impedir.³⁷

En este punto, Alicia Gil Gil sostiene que: *"el criterio de la conducta alternativa conforme a derecho debe limitarse a un medio auxiliar en la interpretación del fin de protección de la norma, pero al mismo tiempo en dicha tarea aparece como irrenunciable. El comportamiento hipotético correcto no tiene relevancia por sí mismo, sino sólo en cuanto pueda demostrar la eficacia de la norma para la evitación del curso causal concreto pretendida por la cautela omitida. De lo que se trata no es de ver si se habría producido igual el resultado sino de si se produjo precisamente por la interacción de factores que la norma quería (y podía) evitar, donde la hipótesis sólo nos sirve para comprobar qué tipo específico de factores puede evitar una cautela que convierte a la acción en atípica, después es preciso conocer si el curso causal realizado en el caso fue ése o el que la cautela no pretende ni puede evitar".*³⁸

³⁷ ROMERO CASABONA, El médico y el Derecho Penal. Citado en LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LOS CASOS DE MALA PRAXIS MÉDICA. Autor: De la Fuente, Javier Esteban Dettano, Cyntia Soledad. Tomo: 2015 2 Problemas fundamentales de la imputación objetiva - II Revista de Derecho Penal. Pag. 24

³⁸ GIL GIL, Alicia, Acción, norma, injusto y delito imprudente, en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, vol. 20/21. Citado en LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LOS CASOS DE MALA PRAXIS MÉDICA. Autor: De la Fuente, Javier Esteban Dettano, Cyntia Soledad. Tomo: 2015 2 Problemas fundamentales de la imputación objetiva - II Revista de Derecho Penal. Pag. 24

Roxin por su parte considera esta teoría como un tercer partido que se centra, no a la conducta alternativa conforme a Derecho, sino a determinar si "el autor es responsable de aquel peligro que se ha realizado en el resultado concreto".³⁹ Sin embargo, según Roxin, esta teoría no la sustituye a la teoría del incremento del riesgo, sino que la complementa, de manera que luego de comprobar previamente el incremento del riesgo, debe seguir siendo el presupuesto de toda imputación, plantearse además la reflexión sobre si también cubre el resultado el fin de protección de la norma de cuidado.⁴⁰

CASO 1:

En el caso del niño que, sorpresivamente, reveló una falta de masa encefálica frontal —lo que generaba una probabilidad rayana en la certeza de que desarrollara una encefalopatía hipóxico-isquémica—, la aplicación de la teoría del ámbito de protección deriva en la absolución del médico. En este caso, la norma de cuidado consistía en derivar a terapia intensiva luego de pasadas los 35 minutos de convulsión ininterrumpida. Dicho deber de diligencia, lo que pretende o busca evitar son daños neuronales derivados de la convulsión ininterrumpida. Sin embargo, el resultado consistió, en concreto, en una encefalopatía hipóxico-isquémica producida por parte de la masa encefálica frontal. La norma de cuidado no busca o no pretende evitar este tipo de resultados.

CASO 2:

En el caso del adolescente de 14 años con diagnóstico de taquicardia supraventricular de alto riesgo, cuya médica cardióloga suspendió abruptamente el tratamiento, la aplicación de la teoría también lleva a la condena por el delito de homicidio culposo (art. 84 del Código Penal). La norma de cuidado vulnerada consistió en la suspensión del suministro del medicamento indicado para este tipo de patologías. El resultado final (muerte por paro cardio-respiratorio) es precisamente el resultado que dicho deber de diligencia busca evitar.

CASO 3:

En el caso del médico obstetra que omitió la indicación de profilaxis antibiótica luego de practicar una cesárea, y cuya paciente regresó posteriormente al nosocomio con una infección que motivó la extirpación del útero, también corresponde —a la luz de la teoría del ámbito de protección— condenar al médico por el delito de lesiones culposas. La profilaxis antibiótica pretende evitar precisamente el resultado que finalmente se generó.

³⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit.- Pag. 385

⁴⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit.- Pag. 386

CASO 4:

En el caso de la paciente que, luego de dar a luz una niña de 2680 gramos, presentó un cuadro de hemorragia interna que el médico tratante no diagnosticó adecuadamente —al no jerarquizar los síntomas, omitir estudios diagnósticos ni ordenar una laparotomía exploradora de urgencia—, la aplicación de esta teoría entiendo que conduce a la absolución. Las pericias no lograron establecer con certeza la causa de la hemorragia, se barajó la posibilidad de una ruptura de la arteria pudenda interna izquierda, lo cual habría tornado ineficaz cualquier conducta médica diligente. La norma de cuidado en este caso no pretendía evitar un resultado provocado por la ruptura de la arteria pudenda.

2.2.4. Criticas a las teorías:

Las teorías expuestas han sido cuestionadas y criticadas por diversos autores, las principales objeciones versan en las siguientes cuestiones:

A. Críticas a la teoría de la evitabilidad:

Contra la teoría de la evitabilidad se han formulado los siguientes cuestionamientos:

1. No se comprende por qué los partidarios de esta teoría introducen un nuevo elemento en la estructura de la tipicidad objetiva: la llamada “conexión de riesgo o de antijuridicidad”. Ni siquiera existe un acuerdo terminológico entre los autores respecto de cómo denominar este elemento. Al respecto, Gimbernart señalaba: *“Pero estas denominaciones no fundamentan nada, sino que se agotan en constituir una mera descripción ...: que la acción correcta podría haber producido el mismo resultado que efectivamente causó la imprudente. Pero por qué en tales casos debe desempeñar un papel un proceso causal hipotético (del que, además, sólo se ha podido constatar que probablemente o tal vez habría llevado al mismo resultado) y, encima, hasta el punto de que debería anular la punibilidad de un autor que imprudentemente ha provocado un resultado lesivo, es algo para lo que la teoría de la evitabilidad nunca ha proporcionado una explicación razonable: esta teoría se limita a formular la afirmación apodíctica de que la «conexión de la infracción del deber» es un (nuevo) elemento del tipo, sin que proporcione la razón última de por qué ello es así”*.⁴¹

Es decir, para la teoría de la evitabilidad, además de los elementos tradicionales del tipo imprudente —el comportamiento objetivamente descuidado y la relación de causalidad entre este y el resultado—, se exige un tercer elemento: que exista una “conexión de

⁴¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, ob. cit., p. 33.

infracción o de antijuridicidad” entre la conducta y el resultado lesivo. Esto significa que no se habría producido el resultado por imprudencia si también se hubiese producido con la conducta correcta. Entonces, si con el comportamiento conforme a derecho habría sucedido lo mismo, se configura una atipicidad por ausencia de imputación objetiva, al demostrarse que dicha conducta habría generado, con igual o incluso mayor probabilidad, el mismo resultado lesivo que el comportamiento imprudente.

2. El segundo cuestionamiento, vinculado con el anterior, se refiere a que existen casos donde el juicio sobre el comportamiento alternativo se mueve en una escala que va desde una altísima probabilidad hasta una mera posibilidad. En este contexto, “no se puede descartar que la acción conforme a derecho también podría haber producido el resultado”⁴². Si se acepta que esta conexión de antijuridicidad o de riesgo es tan parte del tipo como lo es la conexión causal física, entonces debe aplicarse también en este punto el principio del *in dubio pro reo*. Esto implica que, ante la más mínima duda sobre si el comportamiento alternativo conforme a derecho habría producido el mismo resultado, debe estarse a favor del imputado, entendiéndose que efectivamente ese comportamiento habría generado el mismo desenlace, y por ende excluyendo la tipicidad. Si en todos los elementos del tipo se exige certeza, también debe exigirse certeza respecto de esta conexión.

En conclusión, no hay imputación objetiva cuando, por leve que sea la duda, no puede afirmarse con seguridad que el comportamiento correcto habría evitado el resultado. Esta lógica conduce a la absolución en la mayoría de los casos de mala praxis médica, dado que en el ámbito sanitario coexisten múltiples factores de riesgo propios de la patología del paciente, sus condiciones biológicas, las características del establecimiento asistencial, y la propia intervención médica o quirúrgica. Estas variables hacen que casi siempre exista, al menos, una posibilidad razonable de que el resultado se hubiera producido igualmente. Esta incertidumbre técnica y fáctica termina generando un margen de duda que, al ingresar en el terreno de la conducta alternativa conforme a derecho, favorece al imputado y conduce, en no pocos casos, a la impunidad en situaciones donde, sin esa exigencia, la responsabilidad penal habría sido posible.

Roxin expone la teoría de la evitabilidad explicando que la misma dice que sólo se puede aceptar que una conducta infractora de las reglas de tráfico es causal respecto de un resultado dañoso si es seguro que con una conducta correcta en el tráfico no se habría producido el resultado. En caso contrario, se argumenta también en la doctrina, no es seguro que se haya realizado el peligro no permitido y en virtud del principio “*in dubio*

⁴² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, ob. cit., p. 34

pro reo" el autor debe ser absuelto. Roxin considera esto equivocado ya que no es lícito dividir un riesgo en una parte permitida y otra no permitida y averiguar separadamente para cada una la realización del peligro. Si el autor rebasa el riesgo permitido y con ello sigue incrementando el riesgo que precisamente aún era tolerable, crea un riesgo en conjunto sencillamente prohibido. Y ese riesgo prohibido en su totalidad también se realiza si se produce el resultado; de ello no cabe la menor duda, por lo que **no hay campo de aplicación para el principio in dubio pro reo**.⁴³

En base a ello, el jurista da un ejemplo para explicar lo equivocado de la teoría de la evitabilidad, nos dice que, si en una operación arriesgada pero médicamente indicada el cirujano provoca la muerte del paciente por burdos errores técnicos, según la opinión contraria (teoría de la evitabilidad) tendría que quedar impune porque, aunque se hubiera llevado a cabo una operación *lege artis*, tampoco se podría excluir la posibilidad de un desenlace mortal. Y eso significaría renunciar a toda exigencia de cuidado precisamente en los supuestos en que se requiere un cuidado especialmente grande.

3. La crítica más importante que se le formula a la teoría de la evitabilidad radica en que *"desconoce cuál es el sentido del riesgo permitido, entendido como la puesta en peligro del bien jurídico"*⁴⁴. El derecho penal médico, a través de la *lex artis*, delimita la frontera entre las acciones permitidas y aquellas prohibidas por imprudentes, ponderando los bienes jurídicos en juego: por un lado, la existencia de una enfermedad o patología grave y, por el otro, los riesgos inherentes a la terapia médica aplicable. La *lex artis* establece pautas que buscan reducir al mínimo esos riesgos, fijando así el concepto de riesgo permitido dentro del ámbito de la medicina.

Ahora bien, *"Para la teoría de la evitabilidad, la probabilidad o posibilidad de que la acción que, manteniéndose dentro del riesgo permitido, hubiera podido causar el mismo resultado, excluye la imputación objetiva del resultado al autor que lo ha causado con una acción que ha sobrepasado dicho riesgo permitido. Pero es obvio que este entendimiento del delito imprudente no puede ser correcto, porque entonces, y por así decirlo, sería el autor imprudente quien, al margen del Derecho, fijaría su propio riesgo permitido, derogando el riesgo permitido establecido por la lex artis... , frente a esta concepción de la teoría de la evitabilidad, hay que oponer que, en tal caso, la prohibición de exceder del riesgo permitido se convertiría en papel mojado, ya que, por definición, y*

⁴³ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit.- Pag. 380

⁴⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, ob. cit., p. 35

*porque encierra también un (aunque mucho menor) peligro de lesión, la acción correcta siempre puede causar el mismo resultado*⁴⁵.

En otras palabras, si bien es cierto que la conducta médica ajustada a derecho puede eventualmente causar el mismo resultado lesivo —como consecuencia de los riesgos que conlleva toda intervención médica—, ello no significa que deba equipararse con la conducta imprudente. **Se desconoce así que la finalidad del obrar conforme a *lex artis* no es eliminar todo riesgo (lo cual sería utópico en medicina), sino reducirlo al mínimo aceptable conforme al conocimiento científico y técnico del momento.**

Frente a esta problemática, Gimbernat advierte: *“Para la teoría de la evitabilidad, la mera posibilidad de que el comportamiento correcto pudiera haber causado el mismo resultado que provocó el comportamiento imprudente excluye la imputación objetiva del resultado al causante negligente del mismo. Pero esta concepción no puede ser correcta, porque entonces, y como con el riesgo permitido siempre se puede producir el mismo resultado que con el prohibido (por definición, ambos encierran un riesgo –si bien de diversa magnitud– de lesión), nunca se podrá castigar la acción imprudente que, por encima del riesgo permitido, causa un resultado típico... Si la finalidad del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, no se entiende qué razón puede existir para no castigar las acciones imprudentes cuando su mayor peligrosidad se materializa en las causaciones de resultados típicos, ni cómo puede servir como coartada para no hacerlo la indemostrable especulación de que también una que se hubiera mantenido dentro del riesgo permitido podría haber causado esa lesión, que, ciertamente, también podría haberla causado, pero sometiendo al bien jurídico a una probabilidad mucho menor de menoscabo”*.⁴⁶

En conclusión, todas estas críticas están interrelacionadas y parten de la idea de que la teoría de la evitabilidad resulta inaplicable a los casos de mala praxis médica, ya que su principal falencia radica en generar escenarios de desprotección de bienes jurídicos. No corresponde exigir, para atribuir responsabilidad penal, una certeza casi absoluta de que la conducta correcta habría evitado el resultado, ya que en el ámbito médico es prácticamente imposible alcanzar ese grado de convicción. La aplicación rígida del principio *in dubio pro reo* en este contexto termina perjudicando la eficacia del derecho penal para corregir la actividad médica negligente, precariza las prácticas profesionales y obstaculiza el control de la imprudencia. En lugar de actuar como límite, esta interpretación permite que los profesionales de la salud relativicen su deber de

⁴⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, ob. cit., p. 37

⁴⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, ob. cit., p. 38

cuidado, amparándose en la posibilidad —siempre presente en medicina— de que el resultado igualmente se habría producido, aun actuando correctamente.

B. Críticas a la teoría del incremento riesgo:

Por su parte, la teoría del incremento del riesgo ha recibido los siguientes cuestionamientos:

1. **La conversión de delitos de resultado en delitos de peligro:** Una de las críticas apunta a que, en la teoría del incremento del riesgo, el concepto central no es la lesión, sino la puesta en peligro de la víctima. De esta manera, *“la esencia del delito no reside en la producción de un resultado jurídicamente desaprobado, sino en la infracción de una norma de comportamiento que regula el curso social”*, con lo cual se desplaza el foco del resultado hacia el peligro creado. En otras palabras, se termina penalizando la mera infracción de deberes de diligencia. Es por ello que *“la objeción más importante contra la teoría del aumento del riesgo es la de que, contra legem, convierte a los delitos de lesión en delitos de peligro”*⁴⁷. Así, se termina equiparando el aumento del riesgo con la producción del resultado.

Gimbernat, quien se muestra más afín a la teoría del incremento del riesgo, responde a esta crítica afirmando que: *“la objeción de que la teoría del incremento del riesgo convierte los delitos de lesión en otros de peligro debe ser rechazada, porque, si una acción por encima del riesgo permitido causa efectivamente el menoscabo de un bien jurídico, entonces estamos en presencia, no de un peligro para, por ejemplo, la vida, sino de una lesión real de ese bien jurídico, es decir: de un delito de lesión: de un homicidio imprudente, cuya indubitada existencia, porque se ha producido una muerte, es imposible de poner en cuestión. Para la teoría del incremento del riesgo ciertamente que uno de los requisitos, para que se pueda imputar objetivamente un resultado, es que el bien jurídico protegido haya sido sometido a un peligro (por encima del riesgo permitido), pero también exige, además, que esa lesión del bien se haya producido efectivamente, por lo que es incomprensible que se le reproche que convierte los delitos de lesión en delitos de peligro—siendo así que éstos se caracterizan por poner en peligro, sin lesionar, el bien jurídico—, cuando, si no hay lesión real, para la teoría del aumento del riesgo tampoco hay responsabilidad por un daño no-causado”*⁴⁸.

⁴⁷ Ebert/Kühl, Kausalität und objektive Zurechnung, Jura 1979, p. 572. Citado por Gimbernat Ordeig, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, 2015, p. 39

⁴⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, ob. cit., p. 40

Roxin, quien es fundador de la teoría del incremento del riesgo, responde a este cuestionamiento afirmando que esta objeción es incorrecta, ya que la imputación de un resultado al tipo objetivo siempre se produce solamente mediante una puesta en peligro creada por el autor. La diferencia entre delitos de lesión y de peligro radica sólo en que en los delitos de lesión el peligro no permitido se realiza en un resultado lesivo típico, mientras que en los delitos de peligro el peligro sólo se realiza en un resultado de puesta en peligro que se determina según diversas exigencias. Pero ya se ha mostrado que en los casos de conducta alternativa conforme a Derecho concurriendo un incremento del riesgo se ha plasmado un riesgo prohibido en un resultado lesivo típico.⁴⁹

Jakobs ha hecho su aporte a las críticas en contra de la teoría del incremento del riesgo afirmando que la teoría del incremento del riesgo podría ser viable coherentemente: para ello habría que prescindir de la realización del riesgo y de los cursos causales hipotéticos; para responder por delito consumado sería necesario, en el tipo objetivo, que el autor haya creado un riesgo de magnitud no permitida y que el resultado se haya producido causalmente, por medio de la acción del autor, en el bien amenazado ex ante. La relación de imputación estaría referida a la acción; el resultado tendría la función de una condición exclusivamente objetiva de la tipicidad penal. Los delitos de resultado habrían de entenderse como delitos de peligro condicionados por el resultado.⁵⁰

2. La teoría del incremento del riesgo infringe el principio in dubio pro reo: Una de las principales objeciones que se le hace a la teoría del incremento del riesgo es que puede vulnerar el principio "in dubio pro reo", que exige absolver al acusado cuando hay dudas razonables. Esta crítica parte de lo siguiente: para responsabilizar penalmente a alguien bajo esta teoría, es necesario demostrar que su conducta imprudente generó un riesgo mayor de que ocurriera el resultado (por ejemplo, una muerte) en comparación con lo que habría ocurrido si hubiera actuado correctamente. Sin embargo, esta comparación se basa en una conducta hipotética —la que el acusado *debería* haber tenido— que en la realidad no existió. Por eso, muchas veces es imposible saber con certeza si esa acción correcta habría evitado el resultado o si hubiera implicado un riesgo similar. Como la carga de la prueba corresponde a la acusación, y no se puede probar con seguridad que la conducta imprudente aumentó el riesgo, debería aplicarse el principio "in dubio pro reo" y absolver al acusado. De lo contrario, se estaría condenando sin la certeza necesaria. Entonces, puede ocurrir, especialmente en casos de mala praxis médica, que

⁴⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit - Pag. 381

⁵⁰ GÜNTHER JAKOBS DERECHO PENAL PARTE GENERAL Fundamentos y teoría de la imputación -MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS, S. A. MADRID, 1997- Pag 285

aun existiendo dudas sobre si la conducta correcta habría generado un riesgo igual o incluso mayor al efectivamente creado, se termine condenando al profesional igualmente. En estos casos, se castiga la mera infracción al deber de cuidado, ignorando el principio de *in dubio pro reo*, el cual tiene jerarquía constitucional y exige absolver ante la duda razonable.

Los seguidores de la teoría del incremento del riesgo dicen que en la mayoría de los casos (especialmente en la praxis médica) surgen dudas acerca de lo que habría ocurrido con la conducta correcta y que por ello no corresponde absolver por la duda porque la mayoría de los casos quedarían impunes desprotegiendo bienes jurídicos. Sin embargo, frente a esto, Jakobs dice que eso no es motivo para hacer que una duda opere *contra reum*⁵¹, dándole solidez a este principio de rango constitucional.

Jacobs va más allá con su crítica, admite que la teoría del incremento del riesgo podría tolerarse en la práctica allí donde existen grandes diferencias de riesgo, entonces da un ejemplo: Si la administración incorrecta de un medicamento daña con seguridad, pero la correcta también lo hace muy raramente, limitar la responsabilidad al alcance de la responsabilidad por tentativa —lo que en la imprudencia supone ausencia de responsabilidad— no puede convencer. Pero el jurista aclara que la solución acertada no reside en la teoría del incremento del riesgo, sino en la ampliación de la responsabilidad por tentativas peligrosas en concreto, en supuestos de peligros masivos, entonces propone la creación de tipos especiales; tipos de este género para la protección de la vida y la integridad física en el ámbito de la circulación rodada y de la medicina privarían de toda relevancia a la teoría del incremento del riesgo, y se podrían aplicar además con seguridad jurídica, dado que a dichos ámbitos se les ha reestructurado por medio de reglas objetivadas (reglas del tráfico, *lex artis*).⁵²

Y finalmente nos dice que la teoría del incremento del riesgo constituye un instrumento imprescindible para la definición del comportamiento no permitido, pero inidóneo para aportar algo sobre la relación de finalidad de la norma entre acción y resultado. Las dudas acerca del aspecto fáctico de esta relación constituyen más bien un problema procesal y han de resolverse con arreglo al principio *in dubio pro reo*.⁵³

c. Crítica a la teoría del ámbito de protección:

⁵¹ GÜNTHER JAKOBS DERECHO PENAL PARTE GENERAL Fundamentos y teoría de la imputación - MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS, S. A. MADRID, 1997- Pag 286

⁵² Jakobs, G., *Derecho Penal...*, ob. cit., - Pag 287

⁵³ Jakobs, G., *Derecho Penal...*, ob. cit., - Pag 287

Entiendo que esta teoría presenta una de sus principales falencias en la amplitud interpretativa que puede generar la determinación de si un resultado concreto se encuentra —o no— dentro del ámbito de protección de la norma de cuidado vulnerada. Esto es así porque, en muchos casos, existe un alto grado de subjetividad, lo que habilita interpretaciones diversas y, a veces, contradictorias.

Incluso al analizar el clásico “caso del ciclista”, Roxin evidencia esta problemática. En ese supuesto, un camionero adelantó a un ciclista dejando solo 0,75 metros de distancia lateral, infringiendo la norma que exigía al menos 1,5 metros. El ciclista, que se encontraba en estado de ebriedad, cayó y fue atropellado, falleciendo. De la prueba posterior surgió que, debido a su condición, posiblemente habría caído igualmente, incluso si el adelantamiento se hubiera realizado conforme a la norma.

Al revisar cómo distintos autores resolvieron este caso desde la teoría del ámbito de protección, Roxin explica que, para algunos de ellos, la distancia mínima de separación tiene como finalidad proteger a los ciclistas frente a reacciones típicas y previsibles, pero no frente a conductas derivadas de una embriaguez no reconocible. Según esta postura, en casos de embriaguez no perceptible, la especial peligrosidad que asume el propio ciclista no se corresponde con el fin del deber de cuidado, por lo que las mayores probabilidades de supervivencia que se obtendrían respetando la distancia mínima serían un “efecto reflejo”: algo que ocurre de manera colateral, pero que no integra el fin de la norma, y que, por lo tanto, no podría fundamentar la condena del conductor. Ranft sostiene algo similar, al afirmar que lo decisivo no es analizar hipotéticamente lo que habría ocurrido con un comportamiento conforme al deber, sino cuál es la finalidad regular de la norma en situaciones típicas.⁵⁴

Frente a estas posturas, Roxin se aparta y sostiene lo contrario. Para él, sí existe un nexo con el fin de protección. Señala que, dado que en la realidad no existe un “ciclista ideal” completamente libre de defectos, la distancia de separación prescrita tiene por finalidad minimizar el riesgo de impacto para todos los ciclistas: jóvenes y ancianos, sobrios y ebrios, sanos y enfermos, seguros o temerosos. Que la medida de protección resulte más eficaz para los ciclistas “buenos” que para los “malos” o disminuidos no altera el hecho de que la norma busca brindar protección en la mayor medida posible a cualquier usuario del tipo “ciclista”. Por eso, si la norma es infringida, las reacciones de la víctima condicionadas por su estado de ebriedad también quedan abarcadas por el fin de protección de la regla que exige respetar la distancia lateral mínima.⁵⁵

⁵⁴ Ranft, Consideración de las condiciones hipotéticas en el delito de resultado imprudente (o negligente), NJW 1984, 1425 citado por Claus Roxin-DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO -Primera edición (en Civitas), 1997- Pag. 385

⁵⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general*, t. I, ob. cit - Pag. 386

En definitiva, el análisis del ámbito de protección de la norma evidencia que, pese a su potencia explicativa, se trata de un criterio que puede generar **importantes divergencias interpretativas**. La determinación de si un resultado concreto pertenece o no al fin de protección exige valorar expectativas normativas, riesgos típicos y comportamientos previsibles, lo que inevitablemente abre la puerta a lecturas distintas según la perspectiva doctrinaria adoptada. Casos como el del ciclista muestran que, ante un mismo supuesto fáctico, pueden coexistir interpretaciones opuestas sin que ninguna resulte irracional, lo que revela la **elasticidad conceptual** del criterio.

3. Aspectos constitucionales y teleológicos en juego - Tensiones entre in dubio pro reo y la necesidad de protección del bien jurídico:

Las posturas expuestas demuestran tener puntos fuertes y débiles en sus argumentos que generan una tensión en los lectores para saber cuál es la tesis correcta. Lo cierto es que la teoría de la evitabilidad se resguarda en el respeto al principio in dubio pro reo, mientras que la teoría de incremento del riesgo se ajusta de mejor manera a la necesidad de proteger el bien jurídico en juego.

El principio in dubio pro reo, consagrado en el artículo 3 del Código Procesal Penal de la Nación, tiene fundamento constitucional en la garantía de presunción de inocencia establecida en el artículo 18 de la Constitución Nacional y en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este principio establece que nadie puede ser considerado culpable hasta que se pruebe el hecho que se le atribuye mediante una sentencia firme dictada por el órgano judicial competente. Su aplicación central se da en el momento de dictar la sentencia definitiva, ya que el ordenamiento jurídico exige que el tribunal, para poder condenar, alcance certeza sobre la culpabilidad del acusado a partir de pruebas válidas y debidamente incorporadas al proceso. Así lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Mattei", dándole relevancia constitucional al principio in dubio pro reo. En este sentido, el tribunal supremo de este país viene sosteniendo que "*La condena penal exige un juicio certero de reproche, fundado en pruebas válidamente incorporadas al proceso: no puede sustentarse en una pura subjetividad, sino que habrá de derivarse racional y objetivamente de la valoración de las constancias de la causa*"⁵⁶. En definitiva, el *in dubio pro reo* opera como un límite infranqueable a la potestad punitiva del Estado, exigiendo certeza para condenar y garantizando que la duda se resuelva siempre a favor del acusado.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de Tucumán. (2022, 29 de diciembre). *Navarro, Mauro Matías y Figueroa, Gerardo Andrés s/ Homicidio agravado* [Corte Suprema – sala en lo Civil y Comercial Común, Civil en Familia y Sucesiones y Penal]

Este principio encuentra una recepción más coherente dentro de la teoría de la evitabilidad, especialmente en los casos de mala praxis médica. Esta teoría, ante la duda de si el resultado se habría producido igualmente aun mediando una conducta médica adecuada, tiende a concluir que no se configura el tipo penal y, por lo tanto, corresponde la absolución. En cambio, la teoría del incremento del riesgo permite arribar a una condena siempre que se acredite que el actuar del médico superó el riesgo permitido y en base a un examen ex post se determine que en concreto se elevó el riesgo de producción del resultado que se terminó dando, sin que resulte determinante la existencia de dudas sobre la evitabilidad concreta del resultado.

Ahora bien, no debe pasarse por alto que la conducta correcta, por definición, siempre puede llegar a causar el mismo resultado. Cuando hablamos de riesgo permitido y riesgo prohibido — especialmente en el ámbito médico— nos referimos a distintos niveles de probabilidad de que una determinada acción produzca un resultado típico: con el riesgo permitido, las posibilidades de lesión al bien jurídico se reducen al mínimo; con el prohibido, en cambio, aumentan considerablemente. La delimitación del riesgo permitido en la actividad médica no solo asegura la viabilidad del ejercicio profesional, sino que tiene como objetivo central proteger del mejor modo posible el bien jurídico tutelado, en este caso, la vida y la integridad psicofísica del paciente.

Para gran parte de la doctrina, el bien jurídico constituye el núcleo del Derecho Penal, que lo protege mediante la tipificación de conductas. En este sentido, el artículo 19 de la Constitución Nacional consagra el principio de lesividad al establecer que *“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”*. Este principio se refleja en múltiples normas penales, como ocurre con la tentativa —castigada con una pena menor por implicar una lesión o puesta en peligro menor al bien jurídico— o con los delitos cuya pena se agrava en función de la intensidad del daño causado.

Como ya se mencionó, en los casos de mala praxis médica los bienes jurídicos a proteger son la vida y la integridad psicofísica del paciente. Desde esta perspectiva, la teoría del incremento del riesgo guarda una relación más estrecha con la necesidad de proteger dichos bienes, ya que parte del concepto de riesgo permitido —cuyo fin es precisamente evitar la lesión al bien jurídico— y sostiene que lo relevante no es si la acción correcta también podría haber causado el resultado, sino si con ella se habría podido evitar. En palabras de Gimbernat: *“lo decisivo no es, en contra de lo que cree la teoría de la evitabilidad, que con la acción correcta se podría haber producido el mismo resultado, sino que éste —en cuanto que las posibilidades de causación habrían sido menores— se podría haber evitado”*⁵⁷. En definitiva, la teoría del

⁵⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, ob. cit., p. 55

incremento del riesgo se ajusta mejor a uno de los fines principales de la pena: la protección de los bienes jurídicos.

Resulta entonces evidente la tensión entre estos dos grandes principios: la necesidad de proteger eficazmente los bienes jurídicos y la garantía del principio in dubio pro reo. Surge así la pregunta: ¿cómo es posible asegurar la tutela de los bienes jurídicos sin vulnerar el mandato de absolver ante la duda? A mi entender, ninguna de las teorías analizadas ha logrado resolver adecuadamente esta tensión, ya que cada una termina relegando —en mayor o menor medida— uno de estos principios fundamentales para sostener su postura. Sin adelantar aún mi posición, que será desarrollada más adelante, cabe señalar que el principio in dubio pro reo se aplica en el momento de la valoración probatoria, es decir, cuando se analizan elementos objetivos incorporados al juicio. En este marco, un riesgo residual propio de la medicina, difícilmente puede ser considerado un elemento objetivo concreto susceptible de valoración probatoria. Por ello, resulta fundamental identificar algún elemento objetivo real y verificable sobre el cual pueda apoyarse la duda.

4. La jurisprudencia.

Corresponde ahora analizar cómo han reaccionado los tribunales al plantearse este problema y cuál ha sido la postura que se ha impuesto en mayor medida:

4.1 La jurisprudencia argentina:

Como se mencionó anteriormente, esta problemática es sumamente frecuente en el ámbito médico. El profesional de la salud, debido a múltiples factores, puede incurrir en errores que deriven en la causación de una muerte o de una lesión grave. Sin embargo, al tratarse de una actividad inherentemente riesgosa, surge inevitablemente el interrogante sobre si, aun obrando conforme a derecho, el resultado dañoso se hubiera producido igualmente o si, por el contrario, podría haberse evitado.

Factores como la edad del paciente, la patología preexistente, su estado general de salud (peso, comorbilidades), las condiciones del establecimiento asistencial, el tiempo transcurrido desde la aparición de los primeros síntomas o incluso la misma intervención médica, pueden generar dudas razonables sobre la eficacia causal de la conducta correcta en relación con el resultado producido.

Esta cuestión ha sido objeto de análisis por parte de diversos tribunales argentinos, quienes mayoritariamente han adoptado la teoría de la evitabilidad en su versión amplia. Esta postura exige, para la atribución de responsabilidad penal, que se acredite que la conducta médica

adecuada habría evitado el resultado con una probabilidad cercana a la certeza. Tal es el criterio que ha seguido, en reiteradas oportunidades, la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal. Sin embargo, otros tribunales se han apoyado en las otras teorías. Veamos a continuación algunos precedentes relevantes:

A. Causa CCC 74005/1693/2011/PL1/CNC1CNC2, caratulada “Antonio, Danilo Nicolás s/ lesiones culposas”:

El 28 de diciembre de 2018, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal abordó el caso 3 planteado en este trabajo, es decir, aquel en el que, en el contexto de una cesárea, el obstetra a cargo omitió indicar la profilaxis antibiótica posquirúrgica, contraviniendo el protocolo vigente para cirugías ginecológicas y obstétricas. Como consecuencia, la paciente desarrolló una infección puerperal que motivó su reingreso al hospital y la posterior extirpación del útero, constituyendo una lesión gravísima. Los peritos señalaron que la administración de profilaxis no elimina, pero sí reduce significativamente (en más de un 50%) el riesgo de infección. El Juzgado Nacional en lo Correccional N° 8 de Capital Federal condenó al médico obstetra, y la defensa interpuso recurso de casación.

La Cámara resolvió a favor de la defensa y absolvió al médico. Los primeros votos abordaron la cuestión desde la óptica del principio de confianza, argumentando que la administración de la profilaxis antibiótica correspondía a otro profesional dentro de la división del trabajo. No obstante, el último voto, del juez Mario Magariños, examinó el caso desde la perspectiva de la conducta alternativa conforme a derecho. El magistrado sostuvo que existía un punto no controvertido: que el suministro del antibiótico habría disminuido las chances de que la damnificada contrajera una infección, **aunque no eliminaba por completo el riesgo**. Los diversos peritos coincidieron en que “el uso apropiado de la profilaxis antibiótica en cirugía (PAC) disminuye **en forma significativa** el porcentaje de infección del sitio quirúrgico [...] siendo esta reducción en algunos procedimientos, mayor al 50%”. Frente a ello, el juez entendió que no se encontraba debidamente acreditada la responsabilidad del obstetra en la producción del resultado lesivo, ya que, conforme se había fijado en la sentencia impugnada, “el suministro del antibiótico sólo habría disminuido el riesgo de producción de una infección”. Es decir, la producción de la lesión no se explicaba de modo suficiente por el riesgo que se habría evitado, ya que este subsistía incluso con el uso adecuado de antibióticos.

El magistrado expresó que “*aun de encontrarse acreditada la falta de suministro de antibióticos y la existencia de un deber de cumplir con esa prestación en cabeza del acusado —tal como lo entendió el a quo—, la constatación de que la realización del procedimiento antiséptico sólo habría reducido el porcentaje de posibilidades de una infección, impide determinar si la lesión representa la realización del riesgo derivado del acreditado incumplimiento del método médico*

indicado, lo cual, a su vez, conlleva la imposibilidad de imputar el resultado lesivo a esa fracción de riesgo que se habría suprimido al proporcionar a la señora Rodríguez los antibióticos, pues aún así subsiste la posibilidad de atribuirlo al riesgo inherente a la intervención quirúrgica (riesgo no prohibido)". Es decir, la mera posibilidad de que el resultado igual se hubiera producido con la conducta correcta lo lleva a concluir que no puede imputarse objetivamente el resultado a la conducta incorrecta efectivamente ocurrida.

La Cámara entendió que desde la teoría del incremento del riesgo, este caso representa uno de aquellos supuestos en los que, ante la imposibilidad absoluta de ir más allá de estimaciones estadísticas —dada la naturaleza de las medidas de aseguramiento exigibles—, se postula que debe aplicarse un criterio orientado a determinar si una conducta alternativa conforme a derecho habría reducido el riesgo, lo que habilitaría la atribución del resultado y, por ende, la condena del médico. Sin embargo, el magistrado critica esta postura, siguiendo a Jakobs, al afirmar que *"Como se adelantó, incluso de entender que en la hipótesis bajo análisis existió un apartamiento de las expectativas propias del rol ocupado por el imputado, ello no bastaría para fundar su responsabilidad por una lesión, pues primero debe probarse que un daño tal se produjo y, con posterioridad, que ese resultado es atribuible al riesgo que introdujo el autor con su comportamiento opuesto a la norma. En concreto, lo antedicho importa que aparezca como ineludible la verificación de la relación que media, en el presente caso, entre el incumplimiento del procedimiento antiséptico que se tuvo por constatado —el no haber suministrado los antibióticos— y el resultado lesivo —la infección sufrida por la señora Rodríguez—. En consecuencia, lo determinante será, entonces, verificar si el riesgo derivado de la conducta bajo análisis resulta necesario para la aclaración del resultado. En otras palabras, si 'su evitación la hubiese conseguido el autor mediante la ejecución de la acción prescripta' (JAKOBS, Derecho Penal. Parte General, op. cit., 29/19)".*

Es decir que se constata que el cumplimiento del procedimiento indicado solo suponía una mera disminución de las posibilidades de infección, es decir que aun cumpliendo con la conducta correcta subsistía una probabilidad de lesión. El magistrado al respecto dijo *"En efecto, de haber procedido el acusado cumpliendo con aquello que el juez entendió que constituía el método indicado, ninguna certeza puede predicarse acerca de que de ese modo se habría conjurado lo sucedido; por consiguiente, ello determina que la falta de suministro del procedimiento antiséptico no puede ser considerada como condición explicativa del curso lesivo que culminó en la lesión en el cuerpo de la señora."* Es decir que claramente se sienta la postura de que para condenar se requiere como grado de convicción una casi certeza de que con la conducta correcta el resultado se hubiera evitado.

A su vez se menciona que *"Lo dirimente, pues, debe ser la existencia del grado de certeza exigido normativamente sobre cada elemento del tipo penal, y, desde esta óptica, la distinción entre un*

supuesto y otro resulta irrelevante: que el impedimento para arribar a ese grado de conocimiento sea inherente a la materia en cuestión no constituye una razón válida para prescindir de la acreditación relativa a que el resultado se explique por el riesgo no permitido que se crea o aumenta con la conducta del autor. En términos de Günther Jakobs, “la inaclarabilidad que se afirma con carácter categórico no es motivo para hacer que una duda opere contra reum” (Jakobs, Derecho Penal. Parte General, op. cit., 7/101).” Se reafirma la exigencia de certeza en cuanto a que la conducta debida hubiera evitado el resultado, configurando esta conexión de riesgo como un verdadero elemento del tipo.

En este sentido, el fallo descarta expresamente los razonamientos de tipo consecuencialistas que suelen invocarse contra la teoría del incremento del riesgo. Citando a Jakobs, se aclara que *“una evaluación desde las consecuencias no permite reescribir la ley en cuanto dispone la necesidad de ‘causación’ e incurrir, de este modo, en un ‘falseamiento de los delitos de resultado’” (Jakobs, Derecho Penal. Parte General, op. cit., 29/20)*; es decir, transformar los delitos de resultado en meros delitos de peligro. El tribunal realiza una crítica directa a la teoría del incremento del riesgo en tanto permite que la incertidumbre sobre la causalidad opere en contra del imputado. Se observó que, según esta concepción, *“las consecuencias derivadas de la falta de certeza terminan afectando negativamente al acusado, lo que implica que las dudas, en caso de aclaración insuficiente, surtan efecto también en contra de él”*. El tribunal rechaza expresamente este modo de razonar.

En línea con ello, se sostiene que la mera creación de un riesgo no permitido y la producción de un resultado dañoso no bastan para fundar la imputación, si no se demuestra con certeza el nexo causal entre ambos. Tal como lo afirma el fallo, *“en la medida en que éste [el resultado] no pueda ser atribuido con certeza a aquel [el riesgo], ninguna relevancia revestirá desde la óptica del derecho penal”*.

A partir de ese estándar, el fallo aplica esta lógica al caso concreto. Señala que la lesión sufrida por la víctima —una infección posoperatoria— no se encuentra en discusión, y que incluso puede darse por probado que el imputado omitió actuar conforme a lo esperado en función de su rol profesional, lo que habría generado un riesgo no permitido. Sin embargo, el tribunal advierte que persiste un *“obstáculo para establecer el nexo entre esos dos elementos”*. Dicho obstáculo surge del hecho de que el suministro de antibióticos, según lo probado en la causa, *“sólo habría disminuido las chances de que se produjera una infección”*, por lo que la infección efectivamente producida no logra ser explicada por la omisión del imputado.

Así, aunque haya existido una conducta negligente, el tribunal considera que no se configura el requisito de la causalidad exigida por la ley penal, porque el resultado lesivo no puede ser atribuido con el grado de certeza requerido. En definitiva, se rechaza la posibilidad de imputar el resultado con base en una probabilidad o en una mera sospecha. El juez se apoya en Jakobs,

para explicar, que ello implica una forma de falsear los delitos de resultado y transformarlos, ilegítimamente, en delitos de peligro.

El juez de segunda instancia entendió que el juez de primera instancia aplicó erróneamente el principio *in dubio pro reo*, al atribuirle el resultado lesivo al acusado sin contar con el grado de certeza exigido sobre la relación de causalidad entre su conducta y el resultado producido. Según el juez de alzada, las dudas existentes sobre si el resultado era atribuible al riesgo prohibido introducido por el imputado debían resolverse a su favor, y no en su contra, tal como impone el principio de inocencia.

Por eso citó a Jakobs, quien sostiene que “*las dudas acerca del aspecto fáctico de esta relación [la relación de finalidad de la norma entre acción y resultado] constituyen más bien un problema procesal y han de resolverse con arreglo al principio in dubio pro reo (Derecho Penal. Parte General, op. cit., 7/103)*”. A partir de esto, el juez de segunda instancia concluyó que el fallo de primera instancia vulneró garantías sustantivas, al construir una imputación del resultado sin haber alcanzado un nivel de convicción suficiente sobre la participación causal del acusado.

En esa misma línea, citó a Bacigalupo para reforzar la idea de que el *in dubio pro reo* no es una mera regla probatoria, sino una norma sustantiva que obliga al juez a absolver o a elegir la hipótesis más favorable al imputado cuando subsisten dudas sobre su culpabilidad. Por eso dijo que “*la infracción del principio in dubio pro reo debe dar lugar a la casación, pues lo contrario sólo sería posible negándole su carácter de norma sustantiva (Bacigalupo, La impugnación de los hechos probados en la casación penal y otros estudios, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1994, pp. 69-70)*”.

En consecuencia, el juez de segunda instancia entendió que correspondía revocar la condena, ya que el juez de grado había atribuido el resultado sin haber demostrado con certeza la relación exigida entre acción y resultado, vulnerando de ese modo el principio de inocencia.

**B. Causa CCC 10165/2014/TO1/CNC2, caratulada
“Turrado, Rolando Luis s/ condena”:**

En este caso, identificado como “caso 4” en la presente investigación, el juez de primera instancia condenó al médico tratante por haber actuado con negligencia e impericia frente a un cuadro de hemorragia interna sufrido por la paciente luego del parto. El fallo atribuye responsabilidad al profesional por no haber jerarquizado correctamente los síntomas, no haber dispuesto estudios diagnósticos adecuados ni haber realizado una laparotomía exploradora de urgencia, conducta que —según el tribunal— agravó el estado de la paciente y derivó en su fallecimiento.

La defensa, al impugnar la sentencia, centró su principal agravio en la ausencia de certeza respecto del origen del proceso hemorrágico que condujo a la muerte de la víctima. Señaló que ninguno de los peritos pudo determinar con claridad cuál fue el punto de inicio de la hemorragia, aspecto que —a su entender— resultaba esencial tanto para valorar la previsibilidad del evento por parte del médico como para evaluar si su conducta se mantuvo dentro del riesgo permitido según la *lex artis*.

Además, el recurrente **objetó que la condena se haya fundado en un incremento del riesgo**, sin que existiera un respaldo probatorio suficiente sobre su incidencia real en el resultado. Cuestionó que se haya considerado admisible la relajación de los márgenes de certeza requeridos respecto de la relación entre la omisión imputada y el desenlace fatal, y subrayó que los peritos solo hablaron de una “probabilidad” de evitación del resultado, pero ninguno afirmó con seguridad que la conducta omitida —la laparotomía exploradora— hubiera evitado el fallecimiento.

Sobre la base de estas premisas, la defensa solicitó la absolución del acusado en virtud del principio *in dubio pro reo*, alegando que no se había acreditado con el grado de certeza necesario la existencia del nexo de evitación exigido para imputar el resultado.

En el pronunciamiento bajo análisis, el juez de alzada comenzó examinando si, en el caso concreto, se había configurado una violación al deber objetivo de cuidado. Para ello señaló que el análisis suele efectuarse “*a partir de las reglas de la lex artis, para determinar si la actuación del médico resultó conforme a sus mandatos o, por el contrario, si obró por fuera de esos márgenes y generó un riesgo prohibido*”. Además, recordó que este examen debe realizarse “*desde una configuración ex ante, es decir, contemplando desde la perspectiva del autor, y bajo la óptica de un observador prudente y razonable, absolutamente todas las circunstancias y condiciones bajo las cuales tuvo lugar la actuación que es objeto de reproche*”, en tanto “*la objetiva norma de cuidado depende de lo exigible a un hombre diligente en la situación concreta del autor, a partir de un juicio ex ante que tome en cuenta los conocimientos especiales de la situación del autor al actuar*”.

En este sentido, el a quo consideró que la omisión de realizar una laparotomía exploradora antes del traslado de la paciente a terapia intermedia —momento en el que se produjo su primer paro cardiorrespiratorio— “puede ser considerada como una violación al deber de cuidado que imponía en esas circunstancias la buena praxis médica”.

Sin embargo, la alzada recordó que “*la sola constatación de la infracción a una norma de cuidado no basta para formular un reproche jurídico penal por el desenlace finalmente acaecido*”, siendo necesario demostrar que dicha infracción implicó la creación de un riesgo prohibido que efectivamente se materializó en el resultado. Ello requería abordar la cuestión “*desde la*

perspectiva de la conducta alternativa conforme a derecho, a fin de establecer si la realización de la acción omitida hubiera evitado la producción del resultado; o, por el contrario, si a pesar de haber realizado las maniobras que la acusación consideraba adecuadas, el desenlace se hubiera producido de igual manera”.

Sobre este punto, el tribunal diferenció dos posturas doctrinarias:

- Por un lado, quienes entienden que “*sólo es aceptable la relación de imputación [...] si es seguro o prácticamente seguro que con la conducta apropiada no se habría producido el resultado*”, pues de lo contrario debe aplicarse el *in dubio pro reo*.
- Por el otro, quienes sostienen que basta con que “*la acción imprudente elevara el riesgo de un modo considerable, para que el resultado le sea atribuible*” (teoría del incremento del riesgo), aun sin certeza plena de evitación.

El juez de alzada se inclinó por la primera postura, señalando que es necesario probar “*no con certeza, pero sí con un grado de probabilidad que se asemeje bastante a ella (probabilidad rayana en la certeza)*” que la conducta conforme a derecho hubiera evitado el resultado. En sus palabras, “*demostrado que, con la realización de la conducta ajustada a derecho, el riesgo de que se evite el resultado ostenta altas probabilidades, resulta suficiente para afirmar la imputación...*”.

No obstante, al examinar la prueba pericial, el tribunal advirtió que ninguno de los expertos afirmó con certeza que una intervención más precoz hubiera evitado el deceso, limitándose a señalar que “*probablemente o muy probablemente el resultado hubiera sido otro*” y que “*cuanto más precozmente se actúa mayores son las posibilidades de éxito*”. El perito, en particular, indicó que “*es posible y probable que el resultado hubiere sido diferente, pero no lo puedo afirmar [...]*”.

En virtud de que la hipótesis de una lesión arterial como origen del sangrado no fue descartada y que no se probó “*con un probabilidad rayana en la certeza*” que la actuación conforme a la *lex artis* hubiera evitado el deceso, la Cámara concluyó que correspondía aplicar el *in dubio pro reo*, resolviendo “*hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa, casar la sentencia recurrida y absolver al imputado [...] en virtud del **in dubio pro reo***”

c. CCC 32360/2013/TO1/CNC1. Caratulada “Lema, Diego Andrés s/recurso de casación”

En este fallo, el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N° 24 de la Ciudad de Buenos Aires, a cargo del juez Javier E. de la Fuente, condenó al imputado —médico— a la pena de dos años de prisión en suspenso y seis años de inhabilitación para ejercer la medicina, por considerarlo

autor del delito de homicidio culposo. El hecho atribuido consistió en que “el 14 de junio de 2013 Diego Andrés Lema, en su condición de médico, atendió a la menor I.V.P y, a pesar del cuadro intestinal que presentaba y de contar con una radiografía de la que surgía el ‘aumento de niveles hidroaéreos’, omitió brindarle a la niña el tratamiento médico adecuado, que era mantenerla en observación y efectuar interconsulta con cirugía”, lo que generó “una pérdida de oportunidad de instaurar un tratamiento adecuado con posibilidad para evitar el resultado mortal” que se produjo al día siguiente.

Gran parte de la sentencia se centró en una cuestión probatoria: si el médico había visto o no la radiografía, y por ende si se había violado la *lex artis*. Por otro lado, con relación a la imputación de la conducta en el resultado, en el peritaje médico forense se indicó: “De acreditarse que la radiografía de abdomen fue solicitada y evaluada por el profesional Lema, su conducta omisiva (...) bien pudo incidir en la pérdida de oportunidad (...) con **POSIBILIDADES** de evitar el desenlace fatal”. Otro médico dijo: “Es una conducta que yo no puedo decir ¿la muerte se relaciona directamente con eso? ¿hay un nexo de causalidad? Es imposible. Lo que yo sí digo es que la conducta del día 14 no fue la conducta apropiada (...)”. Además, agregó: “Acá lo que hubo fue una abrupta descompensación y esa es la excepcionalidad. Como no tenemos diagnóstico. Yo le podría decir se pudo haber perforado, pero es una suposición ¿es normal que un chiquito se perfora? No es habitual, es una excepcionalidad”. Si se trata de una excepcionalidad, más dudas existen acerca de si la conducta correcta hubiera evitado el resultado; sin embargo, aun así, se confirmó la condena.

Para el juez, no obstante, “Lema actuó comisivamente (...) Esa actuación comisiva resultó contraria a la *lex artis* (...) el actuar analizado desmejoró el estado de salud (...) y en esa medida incrementó el riesgo existente de un modo jurídicamente desaprobado”. Agregó que “el riesgo incrementado por Lema es centralmente el mismo que jurídicamente se ha realizado en el resultado muerte”. En el mismo sentido, otro juez del tribunal afirmó: “el nombrado elevó con su conducta el riesgo existente en la salud de la niña que finalmente se concretó en su deceso”, apoyándose en que la atribución era normativa y no meramente causalista.

Finalmente, la Cámara de Casación resolvió “**RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la defensa (...) y **CONFIRMAR** la decisión impugnada”.

Puede advertirse que el fallo no profundizó en el análisis de la conducta alternativa conforme a derecho ni en la cuestión de si el resultado igualmente se habría producido. El eje del razonamiento estuvo más enfocado en determinar la violación del deber de cuidado y de la *lex artis*. Aun cuando los peritos solo hablaban de POSIBILIDADES de evitar el resultado —y no de una seguridad cercana a la certeza—, y pese a que un médico remarcó el carácter excepcional del desenlace, el tribunal igualmente rechazó el recurso defensivo y confirmó la condena.

D. RC D 1590/2017 – TOC N° 29, CABA, causa N° 25.151/2011 (Reg. int. 3819), “Tejerina Ustarez, Luis Alejandro s/ homicidio culposo”

En El 21 de septiembre de 2015, el Tribunal Oral en lo Criminal N° 29 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, integrado por los Dres. R. Gustavo Goerner (Presidente), María Cristina Deluca Giacobini y Juan María Ramos Padilla, dio a conocer los fundamentos de la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2015 en la causa seguida contra Luis Alejandro Tejerina Ustarez, acusado del delito de homicidio culposo (arts. 45 y 84 CP). Intervino el fiscal Horacio Fornaciari y actuó como defensor el Dr. Mariano Edelmiro Goyeneche Argibay.

El caso se refiere a la muerte de D.L.L, de 19 años, ocurrida el 22 de junio de 2011 en el Hospital Zubizarreta (CABA). La noche previa, mientras hacía actividad física en su domicilio, D.L.L sufrió súbitamente cefalea occipital intensa y dificultad para hablar, por lo que su familia solicitó una ambulancia.

A las 23:19 h, acudió el médico de Emergencias S.A., Dr. Luis Alejandro Tejerina Ustarez, quien la examinó y diagnosticó erróneamente una amigdalitis, aplicó medicación, recetó antibióticos y solo indicó una “interconsulta con neurología a la brevedad”. No clasificó el cuadro como emergencia ni dispuso el traslado inmediato a un centro de mayor complejidad, pese a los signos neurológicos de alarma.

Tras su retiro, el estado de D.L.L empeoró rápidamente. Fue llevada por un particular al hospital, ingresando a la 01:40 h en paro cardiorrespiratorio; falleció a las 03:15 h.

La autopsia, el informe histopatológico y los médicos forenses establecieron que la muerte se produjo por una hemorragia intraparenquimatosa a nivel protuberancial, originada en una malformación arteriovenosa intracraneana de fosa posterior, congénita, que comprometía el tronco cerebral. Se describió que el sangrado estaba localizado en la protuberancia del tronco encefálico, y no en la corteza ni en los hemisferios cerebrales.

Los informes médicos concluyeron que Tejerina violó el deber objetivo de cuidado al subestimar el cuadro clínico —compatible con una emergencia neurológica— y no derivarla de inmediato para estudios por imágenes. Un traslado urgente hubiera permitido un diagnóstico más temprano y una posibilidad de evitar, o al menos modificar, el desarrollo del resultado fatal.

La defensa centró su argumento principal en la imputación del resultado. Sostuvo que no podía atribuirse la muerte de D.L.L al accionar del Dr. Tejerina, incluso si se aceptaba la existencia de un error diagnóstico. Explicó que la víctima padecía una malformación arteriovenosa congénita

en el tronco cerebral —una patología grave, súbita y de muy difícil reversibilidad— y que, por lo tanto, el desenlace fatal se hubiera producido de todas maneras, aun con un accionar médico diligente.

En consecuencia, para la defensa no existía nexo de evitación entre la conducta del imputado y la muerte, por lo que el resultado no era jurídicamente imputable. Bajo esa lógica, aunque se admitiera una falta médica, no correspondía atribuir a Tejerina el resultado muerte, porque —según afirmó— “la joven iba a morir igual”, sin que la conducta del profesional pudiera haber modificado el curso natural de los hechos.

La defensa centró su argumento principal en la imputación del resultado. Sostuvo que no podía atribuirse la muerte de D.L.L al accionar del Dr. Tejerina, incluso si se aceptaba la existencia de un error diagnóstico. Explicó que la víctima padecía una malformación arteriovenosa congénita en el tronco cerebral —una patología grave, súbita y de muy difícil reversibilidad— y que, por lo tanto, el desenlace fatal se hubiera producido de todas maneras, aun con un accionar médico diligente.

En consecuencia, para la defensa no existía nexo de evitación ni relación causal relevante entre la conducta del imputado y la muerte, por lo que el resultado no era jurídicamente imputable. Bajo esa lógica, aunque se admitiera una falta médica, no correspondía atribuir a Tejerina el resultado muerte, porque —según afirmó— “la joven iba a morir igual”, sin que la conducta del profesional pudiera haber modificado el curso natural de los hechos.

El Tribunal rechazó la postura defensiva y sostuvo una fundamentación anclada en la doctrina del “fin de protección de la norma de cuidado” dentro de la imputación objetiva.

El tribunal afirmó que la muerte de la joven puede ser válidamente explicada a partir de la negligencia e impericia del acusado, en tanto su conducta creó las condiciones para que el desenlace ocurriera del modo y en las circunstancias en que finalmente se produjo.

Aplicó la tesis del ámbito de protección de la norma de cuidado (“fin de protección de las normas”), según la cual una consecuencia solo es imputable cuando pertenece al grupo de daños que la norma violada busca evitar.

Citando a Martínez Escamilla, recordó que lo relevante es demostrar si el riesgo que se concretó es de aquellos que la norma tenía por finalidad impedir. Y siguiendo a Gimbernat, indicó que las normas de diligencia no buscan evitar “cualquier resultado”, sino un tipo de resultado específico, cuya identificación debe realizarse caso por caso.

El tribunal señaló que, aun en aquellos supuestos en los que se argumenta que el resultado habría ocurrido igualmente por causas naturales o por un tercero, el resultado sigue siendo imputable si se evidencia que la conducta desviada del autor se apartó de la norma de diligencia y que el daño reflejó el desvalor de esa acción.

Expresamente, sostuvo que en estos casos la fórmula de la *conditio sine qua non* no es decisiva, y que lo determinante es si el desenlace forma parte de los riesgos que la norma de cuidado buscaba evitar. Por ello, aunque la víctima tuviera una malformación congénita grave, ese dato no elimina la imputación, ya que el deber profesional exigía reconocer los signos neurológicos y proceder de inmediato a la derivación urgente.

Para los jueces, en este caso el resultado producido —la muerte— fue justamente el reflejo del desvalor de la acción imprudente del médico, quien omitió actuar conforme a la *lex artis* y al estándar de diligencia requerido. La falta de reconocimiento de una emergencia neurológica y la omisión de derivación inmediata fueron conductas que colocaron a la víctima en una posición de riesgo no permitido, dentro del ámbito que la norma intenta evitar.

Por ello, el tribunal concluyó que la conducta acreditada es típica del delito de homicidio culposo, declarando a Luis Alejandro Tejerina Ustarez autor penalmente responsable (arts. 45 y 84 del CP).

Tal como se advierte, al menos en el ámbito de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, existe una clara inclinación a considerar válida la teoría de la evitabilidad en su formulación amplia, conjugándola con el principio *in dubio pro reo*. Sin embargo, existen otros tribunales que, aunque minoritarios se inclinan por las demás teorías.

5. Toma de posición.

Habiendo planteado con anterioridad el problema que nos convoca y efectuado un análisis de las distintas posturas sostenidas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, corresponde ahora exponer mi posición personal al respecto. Adelanto que no comparto la tesis dominante, es decir, la teoría de la evitabilidad en sentido amplio, aunque tampoco adhiero a la teoría del incremento del riesgo. Más bien, considero necesario y oportuno delinear una solución que se ajuste específicamente a la problemática que plantean los casos de mala praxis médica, haciendo una corrección a la aplicación del principio *in dubio pro reo* en la teoría de la evitabilidad.

Como punto de partida, resulta indispensable recordar que el análisis de la mala praxis médica se desarrolla en el marco del **delito culposo**. La punición de la imprudencia penal descansa, como es sabido, en dos fines esenciales: en primer lugar, la protección de bienes jurídicos fundamentales, que en este ámbito son primordialmente la vida y la integridad psicofísica de las

personas; y en segundo lugar, la necesidad de asegurar la viabilidad de actividades socialmente útiles, muchas de las cuales conllevan inevitablemente la existencia de riesgos.

La aplicación de la teoría de la evitabilidad en sentido amplio contradice de manera directa los dos fundamentos mencionados. En primer lugar, en cuanto a la **protección de los bienes jurídicos**, aceptar **sin reservas** la tesis de la evitabilidad amplia implica una peligrosa desprotección. Siguiendo a Gimbernat, *lo decisivo no es –ni debería ser– que la acción correcta también habría podido producir el mismo resultado, sino que, al encerrar un menor riesgo de lesión, podría haberlo evitado*⁵⁸. La finalidad de la conducta correcta en el marco médico no es eliminar de manera absoluta el riesgo –lo cual es imposible–, sino minimizarlo hasta el punto más bajo posible. Si se absuelve al profesional únicamente porque no puede descartarse hipotéticamente que el resultado se hubiera producido igual, se está desconociendo el verdadero sentido de la conducta conforme a derecho, que es la **reducción racional y significativa del riesgo**. Esta forma de razonar conduce a una seria desprotección de los bienes jurídicos más valiosos, en tanto se deja sin tutela efectiva a la vida y la salud de los pacientes frente a conductas negligentes o imprudentes.

En segundo lugar, y no menos relevante, se compromete el otro fin esencial de la punición del delito culposo: la **viabilidad de la actividad médica**. La medicina, en cuanto ciencia compleja y en constante evolución, exige un perfeccionamiento continuo de sus estándares conforme a los avances del conocimiento y la tecnología. Sin embargo, la aplicación **indiscriminada** de la teoría de la evitabilidad amplia conduce a un efecto contrario, pues relaja los estándares de diligencia exigibles y termina permitiendo que los profesionales prescindan incluso de las reglas más elementales de la *lex artis*. La simple posibilidad de argumentar *ex post* que “el resultado igual se podría haber producido” se convierte en un justificativo que erosiona la calidad de la práctica médica y deteriora progresivamente su desarrollo. Ello no solo afecta a los pacientes, que quedan más expuestos a riesgos evitables, sino también al propio sistema sanitario, que pierde incentivos para mantener elevados niveles de responsabilidad profesional.

Wachsmuth y Schreiber critican el empleo de la fórmula de la "*probabilidad lindante con la seguridad*", pues "*Al igual que en las ciencias naturales en general, tampoco en la medicina hay seguridad absoluta. Ni un diagnóstico, ni una indicación, ni, sobre todo, un pronóstico pueden ser formulados con 'seguridad' o 'certeza' [...] Dado que, de esa forma, en la medicina no puede haber 'seguridad', tampoco se puede contestar por un médico, como regla completamente general, la pregunta dirigida al perito médico, sobre la 'probabilidad lindante con la seguridad', tal como ella es exigida...*". En su opinión, "*Más allá de las cuestiones probatorias es válido lo siguiente: si se limita la responsabilidad penal ... a aquellos casos en los cuales el resultado*

⁵⁸ Gimbernat Ordeig, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, 2015, p. 46

negativo, si se hubiera realizado la acción mandada, no se habría producido con 'probabilidad lindante con la seguridad', eso tendría consecuencias visiblemente irrazonables [...] Pues el intento de salvar un bien jurídico amenazado sólo tendría que ser emprendido en los casos en que el éxito prácticamente no se pueda poner en duda, pero no cuando la chance de supervivencia sea sólo incierta". Es decir, "no es concebible renunciar a una sanción penal en todos los casos en los cuales el perito médico no puede constatar, con probabilidad lindante con la seguridad, que el paciente habría sobrevivido, si hubiera sido tratado médicamente conforme al deber. Ello tendría la absurda consecuencia de que, como regla completamente general, un médico no podría ser penado por homicidio imprudente en caso de una enfermedad peligrosa con alta tasa de mortalidad, aun en caso de omitir un tratamiento necesario".⁵⁹

Es evidente, entonces, que asegurar la **viabilidad de una actividad tan trascendental como la medicina** constituye un imperativo social y jurídico. Sin embargo, la aplicación de la teoría de la evitabilidad en sentido amplio, **sin limitarla**, no contribuye a ese objetivo, sino que, paradójicamente, termina atentando contra ambos fines de la punición de la imprudencia penal.

Es cierto que este razonamiento posee un cariz **consecuencialista**, en tanto se centra en los efectos que produce la adopción de una u otra teoría en la práctica social y jurídica. Sin embargo, lejos de ser un defecto, constituye una fortaleza: evidencia que la teoría de la evitabilidad en sentido amplio, aplicada sin matices a los casos de mala praxis médica, resulta incompatible con los fines mismos de la punición del delito culposo. En conclusión, dicha teoría no solo atenta contra la protección eficaz de los bienes jurídicos, sino que también compromete la viabilidad de una actividad fundamental para la sociedad contemporánea, como lo es la medicina, exponiendo tanto a los pacientes como al propio sistema a mayores riesgos y deficiencias estructurales.

Ahora bien, quienes defienden la aplicación de la teoría de la evitabilidad en sentido amplio suelen recurrir como argumento central al principio **in dubio pro reo**. Sin embargo, a mi entender, su aplicación en la mayoría de los casos resulta equivocada. En efecto, dicho principio debe ser utilizado únicamente cuando surge un verdadero estado convictivo de duda en la valoración racional y objetiva de la prueba. Entiendo que el problema de la teoría de la evitabilidad se centra en la forma en que se aplica el principio in dubio pro reo y es allí donde debe ser corregida.

No resulta correcto sostener que corresponde aplicar el *in dubio pro reo* cuando, cuando frente a un dato objetivo —como lo es la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado mediante

⁵⁹ WACHSMUTH, Werner y SCHREIBER, Hans-Ludwig, Seguridad y probabilidad: aspectos jurídicos y médicos, trad. de Marcelo A. Sancinetti, revisión de Marcelo D. Lerman, en SANCINETTI (compil.), Causalidad, riesgo e imputación cit., ps. 302 y ss. Citado por LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LOS CASOS DE MALA PRAXIS MÉDICA. Autor: De la Fuente, Javier Esteban Dettano, Cyntia Soledad. Tomo: 2015 2 Problemas fundamentales de la imputación objetiva - II Revista de Derecho Penal

una conducta imprudente—, solo se opone el riesgo residual inherente a toda practica medica. Dicho de otro modo, la aplicación del principio requiere necesariamente dos condiciones:

a. En primer lugar, que efectivamente exista una duda, entendida como la indecisión del intelecto al momento de elegir entre la existencia o inexistencia del hecho sobre el cual se reflexiona. Tal indecisión deriva de un equilibrio —o mejor, de una oscilación— entre elementos que inducen a afirmarlo y otros que inducen a negarlo. El intelecto es llevado hacia el “sí” y luego hacia el “no” sin poder asentarse en ninguno de esos extremos, porque ninguno de los polos, ni el afirmativo ni el negativo, logra atraerlo con la suficiente fuerza como para generar convicción. Se trata, en suma, de una auténtica impotencia convictiva⁶⁰.

b. En segundo lugar, es indispensable que la duda surja de una oscilación intelectual entre dos polos sostenidos en elementos objetivos **de calidad** incorporados al proceso.

En muchos de los casos en los que termina imponiéndose la teoría de la evitabilidad en sentido amplio, si bien puede advertirse un estado de duda en el sentido señalado en el punto “a”, lo cierto es que no se cumple el segundo de los requisitos, y aun así se decide la absolución invocando el *in dubio pro reo*. En tales supuestos, la oscilación no se produce entre dos elementos objetivos **de calidad** contrapuestos, sino que se tiene en cuenta lo que denomino como “**riesgo residual universal propio de la medicina**”.

Recordemos, a modo de ejemplo, el caso 3 reseñado en este trabajo: en el marco de una cesárea, el médico obstetra (jefe de equipo) omitió indicar la administración de profilaxis antibiótica a la paciente luego de la intervención, incumpliendo lo establecido en el protocolo correspondiente a cirugías ginecológicas y obstétricas. Como consecuencia, la paciente sufrió complicaciones infecciosas puerperales que derivaron en su reingreso hospitalario y en la necesidad de practicarle la extirpación del útero (lesiones gravísimas).

Los peritos intervinientes concluyeron que la utilización de profilaxis antibiótica reduce significativamente —aunque no elimina por completo— la posibilidad de infección, precisando que disminuye la incidencia en más de un 50%. En este caso, de un lado tenemos un dato objetivo comprobado e incorporado válidamente al proceso: la omisión médica de indicar la profilaxis. Del otro lado, únicamente una hipótesis abstracta inherente a la actividad medica: que el resultado igualmente podría haberse producido, en razón de que el tratamiento no eliminaba de manera absoluta el riesgo.

Ahora bien, podría objetarse a mi postura que la propia pericia médica introdujo un dato objetivo al señalar que la profilaxis antibiótica solo disminuye en aproximadamente un 50% el riesgo de

⁶⁰ Jose I. Cafferata Nores. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. Quinta edición. Año 2004. Pag. 8.

infección, sin eliminarlo completamente. En este razonamiento, podría sostenerse que dicho dictamen habilitaría a afirmar que el resultado igualmente podría haberse producido aun aplicándose el tratamiento correcto, y que, por lo tanto, existiría una duda insuperable que obliga a aplicar el *in dubio pro reo*.

Sin embargo, este argumento parte de una premisa equivocada. En primer lugar, debe recordarse que **ninguna intervención médica elimina en forma absoluta el riesgo**: la medicina no ofrece certezas totales sino reducciones de probabilidad. Pretender erigir esa limitación estructural de toda práctica sanitaria como un “dato objetivo” suficiente para generar duda exculpatoria conduce a vaciar de contenido la imputación en casi todos los casos de mala praxis médica.

En segundo lugar, de allí se sigue que no estamos ante una “duda” en sentido procesal, sino ante una certeza de signo contrario: la certeza de que el resultado era evitable en una proporción significativa, aunque no absoluta. Lo que queda es un margen de riesgo residual **inherente a todo tratamiento médico**, que no puede ser considerado como fundamento idóneo de una absolución.

En otras palabras, un verdadero dato objetivo de calidad debe provenir de circunstancias especiales y concretas del caso (por ejemplo, una condición inmunológica particular de la paciente que habría hecho ineficaz la profilaxis, una resistencia bacteriana comprobada, etc.). **Lo que no puede aceptarse es transformar el riesgo residual universal, presente en toda práctica médica, en un argumento de duda suficiente para desplazar la responsabilidad penal.**

En este punto, resulta imprescindible subrayar, que, en la mala praxis médica, **no todo elemento introducido en el proceso puede ser calificado como dato objetivo de calidad**. Para que un elemento probatorio pueda cumplir tal función, debe estar directamente vinculado con circunstancias particulares y verificables del caso concreto. El **riesgo remanente de todo tratamiento médico**, en cambio, no constituye un dato objetivo de calidad, sino una característica estructural, general y abstracta de la ciencia médica, cuya invocación no aporta información específica sobre el suceso juzgado. Si se aceptara que esa inevitabilidad residual puede erigirse en fundamento de duda procesal, se llegaría al absurdo de que en ningún supuesto de mala praxis podría imputarse un resultado, puesto que en la práctica clínica nunca se alcanza la eliminación total del riesgo.

No puede admitirse la aplicación del principio *in dubio pro reo* cuando el supuesto estado de duda proviene exclusivamente del riesgo residual inevitable que acompaña a toda práctica médica. Ese margen de incertidumbre no constituye un dato objetivo de calidad, sino una

característica estructural de la medicina que no puede ser utilizada como argumento exculpatorio.

Corresponde aceptar que mi postura se adscribe de cierta manera en la teoría de la evitabilidad en lo que respecta a su arquitectura estructural, toda vez que se mantiene el análisis hipotético sobre la eficacia de la conducta debida. No obstante, se propone una corrección sustancial en cuanto a la operatividad del principio *in dubio pro reo*, redefiniendo su aplicación.

5.1 Propuesta de análisis:

Para un tratamiento correcto que garantice la protección de los bienes jurídicos en juego, resguarde la viabilidad de la actividad médica y permita una adecuada aplicación del principio *in dubio pro reo*, propongo un análisis en **dos etapas**, a fin de determinar si corresponde condenar o absolver al profesional.

Luego de constatarse la violación al deber de cuidado y la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, corresponde analizar que hubiera pasado con la conducta correcta, debiendo diferenciar fuentes de riesgo capaces de generar duda en sentido estricto.

La propuesta parte de la verificación de la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado y tiene por finalidad corregir la teoría de la evitabilidad en sentido amplio, en particular en su articulación con el principio *in dubio pro reo*.

Se sitúa en la etapa final del análisis de imputación del resultado, una vez constatadas la violación del deber de cuidado y la creación o el incremento de un riesgo jurídicamente desaprobado. En ese marco, al momento de evaluar la eficacia que habría tenido la conducta conforme a derecho en un escenario hipotético, se introduce un criterio adicional de análisis: **la discriminación entre aquellas fuentes de riesgo que son idóneas para fundar una duda relevante y aquellas que no lo son.**

Esta distinción tiene por objeto evitar que cualquier incertidumbre conduzca automáticamente a la absolución, permitiendo así una adecuada armonización entre la protección de la vida o la salud del paciente y el respeto al principio de inocencia.

En función de ello, se propone estructurar esta etapa final en dos niveles diferenciados de análisis.

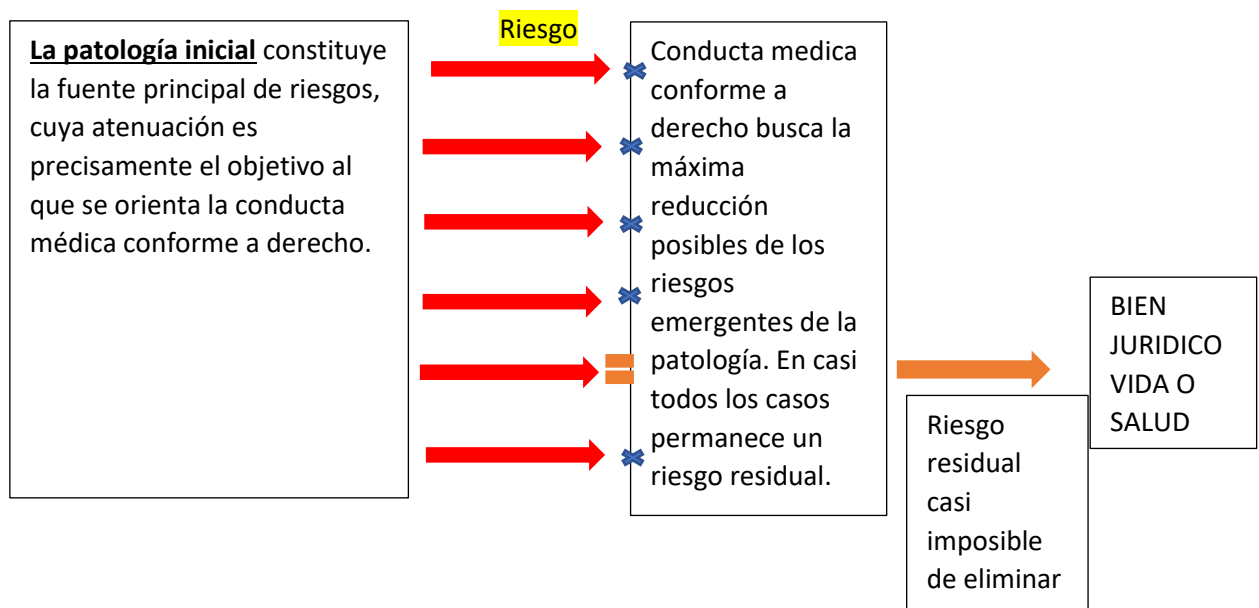
ETAPA 1

En primer lugar, corresponde identificar en el caso las dos fuentes de riesgos básicos:

1. La **patología** por la cual el paciente se presentó ante el profesional.
2. El **tratamiento o intervención médica correcta** que debió haberse llevado a cabo conforme a la *lex artis* (o que no se llevó a cabo, en el caso de conductas omisivas).

Los riesgos resultantes de estas dos fuentes los considero como riesgos residuales universales de la medicina, siendo **incapaces de fundar la existencia de duda en el examen hipotético a realizarse**.

En todos los casos, estas dos fuentes estarán siempre presentes: la patología inicial que motivó la consulta y el riesgo inherente al tratamiento correcto.



ETAPA 2:

La segunda etapa del análisis, y la más importante, consiste en la identificación de **fuentes de riesgos periféricos**, distintas del riesgo derivado del tratamiento correcto y de la patología. Estas fuentes se refieren a **circunstancias especiales**, verdaderos **datos objetivos válidamente incorporados al proceso**, que no derivan del riesgo residual que siempre acompaña a la conducta médica conforme a la *lex artis* (por ejemplo, una condición inmunológica particular de la paciente que habría hecho ineficaz la profilaxis, una resistencia bacteriana comprobada, etc.).

Cuando estas fuentes generan un estado de **impotencia convictiva o duda real**, corresponde absolver al profesional, respetando el **principio in dubio pro reo**.

A continuación, se aplica este sistema de análisis a los casos presentados (ya habiendo constatado la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado):

Caso 1:

- **Riesgos básicos:** convulsión febril de un niño de 2 años; tratamiento correcto: derivación a terapia intensiva a los 35 minutos de convulsión continua.
- **Riesgo periférico:** ausencia de masa encefálica frontal, detectada mediante tomografía. Este dato objetivo, distinto del riesgo residual inherente a la conducta correcta, genera casi certeza de que el resultado habría ocurrido igualmente. Por ello, corresponde **absolver**. Nótese que en este punto hay coincidencia con los resultados que obtienen tanto la teoría de la evitabilidad como la del incremento del riesgo: el resultado es la absolución.

Caso 2:

- **Riesgos básicos:** taquicardia supraventricular de alto riesgo en un paciente de 14 años; tratamiento correcto: continuar con propranolol, que reduce, pero no elimina el riesgo.
- **Riesgo periférico:** no se identifica ninguna circunstancia especial que aporte un dato objetivo de calidad capaz de generar duda convictiva.
- **Conclusión:** los riesgos remanentes universales del tratamiento correcto **no constituyen fundamento para aplicar el in dubio pro reo**, ya que esto desconocería la naturaleza de la práctica médica. Por lo tanto, **corresponde condenar** al médico tratante, a diferencia de lo que sostendría la teoría de la evitabilidad en sentido amplio.

Caso 3:

- **Riesgos básicos:** infección puerperal; tratamiento correcto: administración de profilaxis antibiótica postintervención, que reduce en un 50% el riesgo según los peritos.
- **Riesgo periférico:** ninguna fuente adicional de riesgo identificada.
- **Conclusión:** misma lógica que el caso 2; corresponde **condena**.

Caso 4:

- **Riesgos básicos:** hemorragia masiva abdominal; tratamiento correcto: jerarquización de síntomas y realización de laparotomía exploradora de urgencia.
- **Riesgo periférico:** los peritos no pudieron precisar el origen exacto del sangrado. Sin embargo, hay indicios de que pudo deberse a la ruptura de la arteria pudenda interna izquierda, lo que habría hecho inútil la maniobra médica exigida. Según la sentencia:

“Durante el juicio cobró fuerza otra hipótesis vinculada con la ruptura de la arteria pudenda interna izquierda, detectada mediante embolización posterior a la laparotomía exploratoria y la histerectomía subtotal, cuando el cuadro de la víctima ya era grave.”

Este elemento constituye un **dato objetivo de calidad** distinto del riesgo residual del tratamiento correcto y, por tanto, permite aplicar el **principio in dubio pro reo**. En este caso, **corresponde absolución**. Nótese que aquí mi análisis coincide con la teoría de la evitabilidad en sentido amplio, pero no con la del incremento del riesgo, lo que otorga mayor autonomía metodológica a la propuesta.

En conclusión, la propuesta aquí sostenida, que implica una corrección a la tesis dominante, busca ofrecer una alternativa superadora. Ni la evitabilidad en sentido amplio ni la teoría del incremento del riesgo, en su formulación estricta, logran dar respuestas adecuadas a los fines de la imprudencia penal. El esquema en dos etapas permite distinguir con precisión entre el riesgo residual —estructural e inevitable en toda práctica médica— y las fuentes de riesgo periféricas, que constituyen verdaderos datos objetivos de calidad. Solo en presencia de estas últimas puede operar válidamente el principio in dubio pro reo. De este modo, se evita que el riesgo remanente universal sea utilizado como un argumento exculpatorio automático, lo que conduciría a vaciar de contenido la imputación en prácticamente todos los casos.

Esta solución garantiza un equilibrio razonable entre los dos fines de la imprudencia penal: por un lado, asegura la protección efectiva de bienes jurídicos fundamentales, en tanto reconoce que la conducta médica correcta —aunque nunca ofrezca certezas absolutas— siempre implica una reducción significativa del riesgo y, por ende, un beneficio tangible para la vida y la salud. Por otro lado, preserva la viabilidad de la actividad médica, pues refuerza la necesidad de cumplir con la *lex artis* como parámetro de actuación profesional, evitando la degradación de los estándares de diligencia bajo el cómodo argumento de que “el resultado igualmente habría ocurrido”. En definitiva, este enfoque no solo resulta más fiel a la naturaleza propia de la medicina, sino también más respetuoso de los principios fundamentales del derecho penal garantizando la operatividad del principio in dubio pro reo.

6. Que postura adoptar dependiendo los fines que se persiguen en el proceso

A los fines de otorgar utilidad práctica a esta investigación, resulta importante remarcar cuál es la vía argumental a seguir según la posición procesal que se ocupe. Es evidente que la **teoría de la evitabilidad en sentido amplio** constituye la estrategia defensiva más adecuada, en tanto su aplicación rigurosa del principio *in dubio pro reo* conduce en la mayoría de los casos a la absolución del imputado.

En cambio, si se ocupa el lugar de la acusación, la estrategia más acorde podría encontrarse en la **teoría del incremento del riesgo en sentido rígido**, sobre la base de los aportes de Claus Roxin, que permite fundar la responsabilidad en el hecho de que la conducta del médico supuso un riesgo no permitido, incrementando en concreto las posibilidades de producción del resultado.

Sin embargo, dado que la teoría de la evitabilidad en sentido amplio mantiene posición mayoritaria en la jurisprudencia argentina, parece más prudente —desde la acusación— **evitar ingresar en la discusión sobre la conducta alternativa conforme a derecho**, donde los márgenes de absolución se amplían.

Un ejemplo ilustrativo es el fallo analizado en el punto 4.1.C, caratulado “**Lema, Diego Andrés s/recurso de casación**”, resuelto por el Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional N.º 24 de la Ciudad de Buenos Aires, a cargo del juez Javier E. de la Fuente. En dicho caso, el médico tratante atendió a una niña que presentaba un cuadro intestinal y contaba con una radiografía que mostraba aumento de niveles hidroaéreos. No obstante, omitió mantenerla en observación ni efectuar interconsulta con cirugía, lo que derivó en la pérdida de oportunidad de instaurar un tratamiento adecuado. Al día siguiente, la niña falleció a raíz de un cuadro de shock y fallo multisistémico provocado por abdomen agudo. El tribunal condenó al médico, y la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional confirmó la sentencia, rechazando el recurso interpuesto por la defensa.

En el peritaje médico forense se consignó que, de acreditarse que el médico evaluó la radiografía, “su conducta omisiva bien pudo incidir en la pérdida de oportunidad de instaurar un tratamiento **con posibilidades de evitar** el desenlace fatal”. Otro perito declaró en el juicio que se trataba de una abrupta descompensación, una “excepcionalidad” poco frecuente en niños. Esto evidencia que **no existía certeza de que la conducta correcta hubiera evitado el resultado**, sino apenas una posibilidad. Pese a ello, se confirmó la condena.

Lo relevante es que la controversia central giró en torno a si el médico había visto o no las radiografías. Pero si el análisis se hubiera enfocado en la **conducta alternativa conforme a derecho**, probablemente el resultado hubiera sido distinto, pues el propio peritaje reconoció que la chance de evitar el desenlace era meramente posible y no segura. Conforme al criterio mayoritario de nuestros tribunales, para condenar se exige que la conducta correcta hubiera evitado el resultado con un grado de seguridad próximo a la certeza. En este caso, esa convicción no existía.

Por lo tanto, la recomendación estratégica es clara: **si se está en la posición acusadora, conviene evitar plantear el debate en términos de la conducta alternativa conforme a derecho**, pues en ese terreno la defensa encuentra un campo fértil para invocar el principio de duda razonable.

7. Conclusión:

El presente trabajo se propuso analizar la problemática de la imputación del resultado en casos de mala praxis médica, centrando el eje en la conducta alternativa conforme a derecho y en la cuestión de si el resultado igualmente se hubiera producido.

El recorrido dogmático mostró que las tres grandes construcciones teóricas disponibles —la teoría de la evitabilidad, la teoría del incremento del riesgo y el fin de protección de las normas— ofrecen respuestas parciales e insatisfactorias. La primera, en su versión mayoritaria, exige certeza casi absoluta de que la conducta correcta hubiera evitado el resultado para poder condenar, lo que en la práctica conduce a absoluciones generalizadas en un ámbito donde el riesgo residual es inevitable. La segunda, en cambio, desplaza el estándar de certeza y habilita condenas basadas en probabilidades, lo que tensiona de manera evidente el principio *in dubio pro reo* y puede derivar en un exceso punitivo. Finalmente, la tercera posición basada en que una consecuencia sólo puede ser atribuida jurídicamente al autor cuando se encuentra comprendida dentro del ámbito de tutela de la norma de cuidado vulnerada, presenta su punto débil en la amplitud interpretativa que puede generarse al descifrar que resultado concreto busca evitar la norma de cuidado vulnerada.

El análisis jurisprudencial argentino confirmó esta oscilación entre las distintas teorías, marcando una mayor inclinación hacia la teoría de la evitabilidad. Esta falta de uniformidad genera inseguridad jurídica, en el que el resultado de un proceso depende más de la inclinación doctrinal del tribunal que de pautas normativas claras.

Desde una perspectiva constitucional, se advirtió que el dilema radica en conciliar dos exigencias fundamentales: el respeto irrestricto a la presunción de inocencia (art. 18 CN, art. 8.2 CADH) y la necesidad de proteger de modo eficaz bienes jurídicos primordiales como la vida y la integridad psicofísica de los pacientes. Ninguna de las teorías existentes logra resolver plenamente esa tensión.

Frente a este panorama, corrigiendo la teoría de la evitabilidad, se propuso un criterio de análisis en dos etapas. En primer lugar, identificar los riesgos básicos, derivados de la patología y del riesgo residual propio de la conducta correcta conforme a la *lex artis*, los cuales no pueden justificar por sí solos una absolución. En segundo lugar, examinar la existencia de riesgos periféricos, esto es, circunstancias especiales y objetivamente comprobables (condiciones inmunológicas, resistencias bacterianas, malformaciones orgánicas, etc.) que introduzcan una duda convictiva real sobre la eficacia de la conducta correcta. Solo en presencia de estos elementos corresponde aplicar el *in dubio pro reo*.

Este esquema permite compatibilizar los dos polos en tensión: respeta el principio de inocencia al exigir elementos objetivos de calidad para fundar la duda, pero al mismo tiempo evita que el riesgo residual inherente a toda práctica médica se convierta en un argumento automático de

absolución. Se trata, en definitiva, de una propuesta que equilibra garantías y protección de bienes jurídicos, reduciendo la discrecionalidad judicial y aportando criterios claros para fiscales, defensores, jueces y querellantes.

En suma, el estudio de la imputación del resultado en la mala praxis médica evidencia una carencia estructural de nuestro derecho penal: la ausencia de criterios normativos claros que permitan resolver con previsibilidad y coherencia los casos de incertidumbre causal. La propuesta aquí desarrollada no pretende clausurar el debate, sino ofrecer una herramienta concreta para orientar la práctica judicial. El desafío pendiente es construir un derecho penal médico que, lejos de oscilar entre la impunidad y el exceso punitivo, brinde respuestas justas, seguras y respetuosas de los principios constitucionales.

Lo que en definitiva motivó la profundización de este trabajo fue la convicción de que **el fin de la punición en los delitos culposos no es otro que garantizar y asegurar la viabilidad de la actividad riesgosa que se regula**. En este caso, la actividad médica, cuya importancia es incuestionable para la vida en sociedad, requiere de un marco jurídico que, lejos de obstaculizarla, establezca parámetros claros de responsabilidad que permitan su desarrollo con confianza y seguridad. El derecho penal, en este sentido, debe actuar como un instrumento de aseguramiento: limitar las conductas imprudentes que ponen en peligro bienes jurídicos esenciales y, al mismo tiempo, preservar la continuidad de una práctica profesional indispensable para la comunidad.

8. Bibliografía:

- i. Paula Inés Argnani, *Responsabilidad penal del médico* (Buenos Aires: Astrea, 2017).
- ii. DERECHO PENAL PARTE GENERAL, 8ª edición, Santiago Mir Puig, Editorial Reppertor Barcelona 2006.
- iii. MANUAL DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL- Eugenio Raúl Zaffaroni Alejandro Alagia Alejandro Slokar - SEGUNDA EDICION. Buenos Aires. Actualizado a diciembre 2006.

- iv. LA IMPUTACIÓN DEL RESULTADO EN LOS CASOS DE MALA PRAXIS MÉDICA. Autor: De la Fuente, Javier Esteban Dettano, Cyntia Soledad. Tomo: 2015
2 Problemas fundamentales de la imputación objetiva - II Revista de Derecho Penal.
- v. ACCIÓN, NORMA, INJUSTO Y DELITO IMPRUDENTE. Alicia Gil Gil. Madrid. España.
- vi. Hane-Hcinrich feschek Thomas Weigend - TRATADO DE DERECHO PENAL PARTE GENERAL Volumen I -Duncker u. Humblot, 1996 - Traducción de la 5.a edición alemana. Traducción Miguel Olmedo Cardenete. Lima Perú-
- vii. Claus Roxin-DERECHO PENAL PARTE GENERAL TOMO I FUNDAMENTOS. LA ESTRUCTURA DE LA TEORIA DEL DELITO -Primera edición (en Civitas). Madrid, 1997.
- viii. GÜNTHER JAKOBS DERECHO PENAL PARTE GENERAL Fundamentos y teoría de la imputación -MARCIAL PONS, EDICIONES JURIDICAS, S. A. MADRID, 1997
- ix. Gimbernat Ordeig, *Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo*, Universidad Complutense de Madrid. 2015.
- x. Martínez Escamilla, Margarita, La imputación objetiva del resultado, Edersa, Madrid, 1992
- xi. TERRAGNI, Marco Antonio, *Autor, partícipe y víctima en el delito culposos*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008. Jose I. Cafferata Nores. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL. Quinta edición. Año 2004. Buenos Aires.



Dr. Nicolás Marcelo Bedano
Abogado
Mat. 12256