

Homicidio Culposo Mala Praxis Medica Error De Diagnostico Encefalitis

JURISPRUDENCIA

Homicidio culposo. Mala praxis médica. Error de diagnóstico.

Encefalitis Se confirma la condena por homicidio culposo a los médicos que atendieron a la actora y que, en virtud de un error de diagnóstico, no detectaron las afecciones neurológicas que padecía, las que al no ser atendidas terminaron provocando la muerte de la paciente. Salta, 16 de abril de 2018. Y VISTO: Estos Autos caratulados: ?S., P., F., L. A., B., E. R., B., J. E., D., A. J., R., POR HOMICIDIO CULPOSO A N., J. A., N., M. S. - RECURSO DE CASACION SIN PRESO N. M. S.?, Expte. N° C01 93984/10 del Tribunal de Juicio Sala V, del Distrito Judicial del Centro, causa N° C01 93984/10 de la Sala II del Tribunal de Impugnación y, CONSIDERANDO: El Dr. Pablo D. Arancibia dijo: I. Que vienen los obrados a consideración de este Alzada en virtud del recurso de casación interpuesto a fs. 1039/1064 vta. por el Dr. Nicolás Ortiz, abogado defensor del imputado P. S., quien resultara condenado a fs. 1016/1017, cuyos fundamentos obran a fs. 1018/1032 vta., a la pena de (Pto. I) dos años de prisión condicional, cinco años de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina, accesorios legales y costas, por resultar penalmente responsable del delito de Homicidio Culposo (art. 84 del C.P.). II. Así también, por el recurso de casación interpuesto a fs. 1065/1090 vta., por el Dr. José Bejarano, abogado defensor del imputado L. A. F., quien resultara condenado a fs. 1016/1017, cuyos fundamentos obran a fs. 1018/1032 vta., a la pena de (Pto. II) un año de prisión condicional, cinco años de inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina, accesorios legales y costas, por resultar penalmente responsable del delito de Homicidio Culposo (art. 84 del C.P.). El Juez del Tribunal interviniente acreditó que la tarde del día viernes 16/04/2010 S. revisó a la señorita M. N., con antecedentes de convulsiones, fiebre y cefalea, diagnosticándole fuerte estrés y ordenándole reposo con tratamiento de Tafirol y Novalgina, conociendo al día siguiente por el padre de la víctima que presentaba dificultades en el habla. Sostuvo que el cuadro del día viernes (16) ya revestía gravedad con signos de alarma, coincidiendo con el Dr. C., en que como el cuadro no ofrecía claridad, exigía estudios de laboratorio y tomografía, pensando en un proceso infeccioso por fiebre y que resultaba recomendable la interconsulta neurológica. Dijo que si bien S., practicó exámenes, el caso le exigía actuar con mayor diligencia, asociando los signos y síntomas significativos que se les presentaban tales como las convulsiones, omitiendo un seguimiento ambulatorio, conforme al protocolo médico específico que lo posicionaba como garante del caso, máxime aún cuando al día siguiente supo del incremento del caudal de signos. Tuvo por concluido que S. debió dudar del diagnóstico de estrés pronunciado observando la suma de evidencias, a la que calificó como ?de más que importantes? y conforme a las cuales debió tomar un curso de acción diferente al escogido mas activo y preventivo, ante un cuadro que, aunque incierto, imponía una investigación que relacionara la totalidad de los síntomas conocidos, a mas del seguimiento del paciente. Consignó que no se hubo iniciado el tratamiento por infección, habida cuenta de la información de alerta proporcionada, teniendo en cuenta las capacidades especiales y la experiencia reconocida en S., que le imponía el conocimiento de las consecuencias posibles. Imputó la muerte de N. objetivamente a la conducta de S., pues dijo el acusado tenía el deber profesional para eliminar la amenaza, dejando a salvo que el virus que afectó el sistema nervioso de la víctima fue el que causó su fallecimiento. Dijo que en el caso se trata de una omisión de iniciar y profundizar la búsqueda de las causas de enfermedad que cobró entidad, aumentando los riesgos propios al no detectarlos y actuar con la urgencia debida. Que las convulsiones como la dificultad en el habla resultaban datos de alerta grave incluso para el neófito, y que, pese a la alta mortalidad de la enfermedad determinada, la culpa reside en que no comenzó la búsqueda de la causa de los signos y síntomas exhibidos, perdiéndose la posibilidad de detectar y frenar ese padecimiento, incluso con la administración de Acyclovir. Respecto al facultativo F., el mismo Tribunal tuvo por probado que el día sábado 17/04/2010 por la tarde decidió atender a N. y conoció los síntomas de las convulsiones, la fiebre, la cefalea así como los cambios de conducta experimentados, diagnosticando sin embargo estrés y ordenando continuar con el reposo prescripto por S. y paños de agua fría para la fiebre en sustitución de los medicamentos indicados por éste último, indicando que había sido el médico de confianza y el pediatra de N. de toda la vida. Afirmó que F. tomó el caso observando los estudios y dando su propio diagnóstico donde confirmó lo que había dicho S., mutando el tratamiento a paños fríos y descanso, sosteniendo que era garante de su salud, lo que generaba obligaciones a su cargo. Añadió que paso groseramente por alto que M. S. nunca había tenido episodios de convulsiones, problemas en el habla o de entendimiento, sumado a ello que la fiebre debió hacerle pensar que un cuadro peor que una surmenage se desarrollaba y que era necesario aplicar una terapéutica mas apropiada, máxime cuando M. S. mostró síntomas ante su vista. Dijo que no todo error de diagnóstico hace incurrir al médico en responsabilidad penal sino sólo aquellos que revisten gran entidad y una probabilidad rayana a la seguridad, dado que una afección muchísimo mas grave se estaba gestando, teniendo en cuenta además que el estrés no genera en general fiebre. Concluyó que al dar un diagnóstico tan errado, desprovisto de todas las evidencias, el Dr. F. incurrió en

negligencia médica, y que si su especialización de pediatra le impedía conocer el caso debería haberlo derivado, facilitar estudios o avisar al que lo había tratado anteriormente. Valoró que conocía que S., especialista en neurología, había dado su opinión inicialmente, pero esto no le impidió que diera la suya, pues incluso modificó el tratamiento. Sostuvo que el actuar incrementó considerablemente el avance de la enfermedad perdiendo tiempo esencial para descubrir y frenar el mal. Se agravia la defensa de S. recurriendo el fallo condenatorio, al postular que la sentencia no respeta las pautas de razonabilidad en la formación de convicción donde el magistrado efectuó una equivocada y condicionada valoración del hecho y del plexo probatorio, al omitir prueba concluyente en apoyo de la inexistencia del delito y la absolución de su defendido. Resume sus agravios en el análisis errado de los síntomas y conducta médica por estar condicionado por el resultado objetando que se parte desde la concreción del diagnóstico y no de los síntomas, siendo que en el caso la paciente fue examinada por interconsulta, para descartar un cuadro de epilepsia y traumatismo encéfalo craneano, cuestión no controvertida en juicio. Consigna que no habiendo síntomas específicos, estaban pendientes el examen del médico clínico al que el Dr. S. instruyó consultar en dos oportunidades, sin embargo fue conducido al Dr. F., pediatra. S. no se encontraba en condiciones de diagnosticar la patología, sobre todo cuando existe un origen común con otras patologías, habiendo indicado especialmente a los familiares que siguieran el control médico con su clínico de cabecera, indicación médica que fuera realizada tanto el día viernes 16 de abril como al día siguiente en oportunidad de entrevistarse con el padre de la víctima, después de lo cual no se lo volvió a consultar, afirmando la valoración parcializada y fragmentada de los testimonios, para intentar fundar una postura inculpativa, omitiéndose la valoración de prueba relevante, evitando pronunciarse sobre las apreciaciones periciales. Postula la atipicidad e inexistencia de nexo dado que el curso causal no hubiese podido revertirse, aún de haberse diagnosticado temprana y anticipadamente, conforme la opinión expuesta por los peritos médicos convocados, por lo que podría inferirse que el virus era del tipo no respondedor al tratamiento, con base también en las declaraciones, por lo que si el resultado muerte no hubiera sido posible revertir, no puede serle endilgado al imputado. III. La defensa de F., por su parte, considera arbitraria la fundamentación en cuanto a la participación en el debate de personal médico idóneo, que su representado haya tenido culpa en el evento que se le endilga o que haya cometido el ilícito. Tan sólo se infiere, dice, que F. haya tenido conocimiento de los antecedentes del caso transmitidos por los padres de la víctima, ni se acreditó médicamente que la paciente haya tenido convulsiones, si bien reconoce que la paciente frente a F. mostró trastornos. Agrega, contradiciendo al juez, que la víctima tenía a su disposición otros médicos a quien recurrir, sumando quejas relativas a la proporcionalidad de los montos indemnizatorios y cuestionando la distribución inequitativa del régimen de solidaridad, habida cuenta que el mismo juzgador reconoce la menor contribución al resultado de lo actuado por F., lo que no se reflejó en la condena pecuniaria, ampliando consideraciones en relación a la inexistente imputación objetiva del hecho por el que se lo sanciona. A ese respecto, agrega que no cabe endilgar responsabilidad médica por diagnóstico equivocado, siendo que los padres de la víctima se fueron a su casa sin consultar a otro facultativo, la dolencia era excepcional y que su diagnóstico revestía cierta complejidad. Niega que el actuar de F. haya incrementado considerablemente el avance de la enfermedad puesto que ésta se diagnostica tardíamente (el 7/05/10) por el instituto Carlos Malbrán de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mientras que en la pericial no se dio certeza sobre la causa de la muerte, entre otros consideraciones a las que remitimos por razones de brevedad. IV) Que a fs. 1103 y vta. contesta el traslado casatorio Santiago López Soto, Fiscal Penal N° 4 por el Ministerio Público Fiscal. Se expiden por la admisibilidad de los recursos los cuales fueron presentados en término concurriendo los requisitos formales para concederlos. En distinto sentido, Pablo A Tobio, apoderado de la parte constituida en Actor Civil y Querellante Conjunto, contesta los medios de impugnación intentados a fs. 1105/1109 y solicita se rechacen los mismos. V) Que el Fiscal de Impugnación emite su informe en el marco del art. 546 del C.P.P. a fs. 1165/1171 y, por los fundamentos allí expuestos, se pronuncia por el rechazo de los recursos de casación intentados, a los que nos remitimos por razones de brevedad. VI) Que otorgada la correspondiente intervención a todos los interesados, en tanto los recursos fueron oportunamente concedidos (v. fs. 1104 y vta.), previo a expedirse sobre los motivos invocados por los recurrentes incumbe a este Tribunal de Impugnación -en la presente instancia - efectuar un nuevo control de los recaudos de orden formal a los que la ley subordina su admisibilidad. Así el fallo recurrible por esta vía que cierra el proceso ha sido interpuesto en tiempo y forma (conf. Fs. 1064 vta. y 1090) por los abogados defensores de los imputados. VII) Viniendo cuestionada en ambos casos la omisión culposa de los cuidados debidos a una paciente en el ámbito médico, conviene precisar algunas nociones generales sobre este modo de culpabilidad que se reprocha a los profesionales que intervinieron en la etapa terapéutica previa a la muerte de la víctima. Así, debemos decir como bien lo señala el Fiscal de Impugnación (fs.1770) que como todos los tipos culposos la figura penal del homicidio imprudente, consiste en un tipo penal abierto que requiere de una norma de cuidado para ser cerrado, de lo que se deduce que su contenido se construye en base a reglas dogmáticas y lógicas previamente establecidas en el caso concreto (conf. Aboso, Gustavo Eduardo Código Penal, Comentado, B y F 2012, Pág. 486; y C. Nac. Crim. y Corr. Sala 5ta., 2/06/2006, Risk, Néstor y otro, citado por el Fiscal). Debe precisarse que las acciones no dolosas, son aquellas en las cuales la voluntad de acción no está

orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la mayoría de las acciones de la vida cotidiana. También pertenecen a ellas las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico realizado (conf. Welzel, Hanz Derecho Penal Alemán Parte General 4ta. Edición en Español, Traducida del alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Pág. 111). Conforme a Núñez, podemos sostener que así como el dolo es una volición delictiva, la culpa es la omisión de cuidado. El deber de cuidado, entonces, constituye la base sobre la cual se estructura la omisión culpable, y se fundamenta en la previsibilidad de que de la propia conducta derive un daño para terceros. Incurre en culpa por lo tanto aquel que no prevé lo que debió prever (Baldo). Nuestros tribunales así como nuestros autores también hacen residir la culpa en la falta de previsión de lo previsible. Así se ha determinado un deber objetivo de previsión, cuando excede el riesgo permitido, diciendo p. e. que no hay culpa cuando la previsibilidad del evento escapa a una prudencia común o cuando proviene de un acontecimiento insospechado o excepcional que no ha podido entrar en el cálculo humano -que no constituye el supuesto de autos, donde el hecho se muestra claramente previsible- y que también deben tomarse en consideración las circunstancias particulares de previsión del autor, vale decir su poder particular de previsión (Conf. Núñez, R. C. Tratado T. II pag. 74 y sgts.). De allí que la mayor capacidad o el mayor saber del individuo, en el caso de médicos diplomados, funda la exigencia de mayor previsibilidad en el asunto en el que intervinieron. Dicha previsibilidad, de acuerdo a la terminología de la culpa civil es análoga a la culpa penal en la circunstancia que ambas apuntan a la omisión de resguardo, variable por las circunstancias de personas, tiempo y lugar. En el particular, el ejercicio de la medicina en Salta resulta reglado por el Decreto 8984/65 (v. <http://www.colmedsa.com.ar/files/Leyes-y-Decretos-Reglamentarios.pdf>, pagina del Colegio Médico) conforme al cual la medida del esfuerzo médico, se encuentra enderezada a la vigilancia, prevención y protección de la salud (art. 6). Se regula tomando como parámetro las dificultades y exigencias de la enfermedad (art. 3), en un ámbito de deberes principalmente de origen contractual por la elección del profesional por el enfermo (art. 8) o por el requerimiento espontáneo de un colega. En lo que concierne a la modalidad de visitas pautadas refiere que ellas serán las necesarias para realizar un seguimiento debido proporcionado por el curso de la enfermedad (art. 12) y en lo que atañe a la actuación del especialista, ésta se determina cuando la naturaleza de la afección hace que sea el especialista quien debe hacerse cargo de la atención (art. 28 inc. b). Las consultas o juntas médicas tienen carácter obligatorio, en defecto del pedido médico del enfermo, cuando no logre hacer diagnóstico (art. 48 inc. a), mientras que, por un lado, la cronicidad o incurabilidad no constituye un motivo para privar de asistencia al enfermo, existiendo en la reglamentación un deber de comunicación entre un profesional y cuando haya ingresado al caso un especialista (art. 82). Hasta aquí el marco normativo que integra el deber ser reglado del comportamiento médico, en relación al caso. VIII) Confirmación de la responsabilidad penal. Sentado ese marco legal genérico, estimo que la sentencia de fs. 1018/1032 y vta. por la que se condena a los médicos S. y F., resulta arreglada a derecho en tanto la certeza necesaria para su dictado fue adquirida en lo sustancial a partir de una correcta valoración del plexo probatorio, lográndose comprobar la conducta imputada a éstos. Que en el sub iudice se da cuenta de la intervención de médicos diplomados que incurren en un doble acto negligente, respecto de la misma paciente, en un primer momento, y si bien el caso presentaba síntomas que en un análisis particular eran comunes a otras afecciones, desconsiderando una lectura conjunta hacen ostensible el yerro sobre el diagnóstico y, en un segundo, omitiendo exámenes recomendados de seguimiento, cierran los métodos de auscultación subsiguiente que el caso demandaba, posibilitando la instalación y progreso de una enfermedad que conduce a la víctima N. a la muerte, por falta de utilización de alternativas curativas, eficaces en una gran mayoría de casos de detección temprana. Que el primero de los profesionales revestía la especialización en neurología, capacitación que importa el dominio de los saberes correspondientes a la detección del mal que concluye con la vida de la damnificada, mientras el segundo, que la conocía por su atención pediátrica previa, al margen de su incumbencia profesional, mantuvo el diagnóstico errado antes pronunciado que en conjunción con el primero, le quita posibilidades terapéuticas diseccionándola al óbito. IX) Responsabilidad penal de S. P.: a) El Juez predecesor imputó correctamente responsabilidad a S. porque la tarde del día viernes (16/04/2010) revisó a la señorita M. N., con antecedentes de convulsiones, fiebre y cefalea, diagnosticándole estrés y ordenándole reposo con tratamiento medicamentoso, conociendo al día siguiente por el padre de la víctima que presentaba mutismo. Como el cuadro no ofrecía claridad, exigía estudios de laboratorio y tomografía, pensando en un proceso infeccioso por fiebre y que resultaba recomendable la interconsulta neurológica. Postuló con acierto que si bien S., practicó exámenes, el caso le exigía actuar con mayor diligencia y prevención, asociando los signos y síntomas significativos que se les presentaban, con la relevancia de una convulsión, sin omitir un seguimiento ambulatorio, conforme al protocolo médico específico, máxime aún con el incremento del caudal de signos, teniendo en cuenta las capacidades especiales y la experiencia reconocida en S., que le imponía un mayor conocimiento de las consecuencias luego derivadas. Puede señalarse que S. realizó aportes de significancia al resultado desaprobado por el derecho, pues tenía el deber de examinación y neutralización de la amenaza, en la medida del caso, dejando a salvo que el virus que afectó el sistema nervioso de la víctima, no detectado en tiempo, es el que finalmente causó el resultado típico. En el caso se trata de una omisión de iniciar y profundizar la

búsqueda de las causas de enfermedad presente, aumentando los riesgos propios al no detectarlos y actuar con la urgencia que el caso demandaba. Que las convulsiones así como la dificultad en la palabra resultaban datos de alerta grave incluso para un no experto, y que, pese a la alta mortalidad de la enfermedad determinada, no imputable a S., la culpa reside en que no inició la búsqueda de la causa de los signos y síntomas exhibidos, perdiéndose la posibilidad de detectar y frenar el padecimiento. b) En esta alzada debemos señalar que cuando S. devuelve a la paciente a la esfera del tratamiento clínico (lo que éste llama derivación), conforme los dichos expresados en juicio, olvida por un lado comunicar previamente a éste (que se supone escogido por los familiares), el extremo de su derivación (deber de comunicación, art. 82, Dec. 8984), a fin de imponerle personalmente del resultado de su auscultación y, por otro lado, desconsiderando el aporte de otro profesional, se abstiene de realizar la necesaria inter consulta con un par o inclusive de una junta médica (art. 48 inc. a), ante un caso con un diagnóstico presuntivo inicial precario. La derivación mentada por el condenado S. al clínico, no comunicada ni interconsultada con éste, como se ha dicho, representó en los hechos la definitiva conclusión de su intervención que no deja abierta ni como caso neurológico ni de otro tipo. Este primer acto negligente cuya entidad se patentiza con el agravamiento de los síntomas (mutismo), en el segundo día de la enfermedad, se conjuga con el extremo de que la impasividad médica discontinúa las indagaciones sobre la etiología de los signos, por lo que desproveen a éstos de la posibilidad de la ampliación diagnóstica y asertiva del caso, aumentando drásticamente la puesta en peligro de la víctima.

Tales omisiones, representaron la deserción funcional o renuncia a la indagación mas profunda en el derrotero indicado por los síntomas, por un experto reconocido, significó a los familiares la angustiada perdida o clausura de la búsqueda de una causa de origen neurológico y la absoluta neutralización de la posibilidad de curación de la paciente, devenida en muerte. La definición de S. de la enfermedad como una afectación inespecífica que no pertenecía a la rama de su especialidad, en una evaluación ex ante ya aparecía alejada de la perspectiva de un obrar preventivo y cuidadoso (deber de garante: vigilancia-prevención-protección, art. 6, Dcto. 8984/65) que conformara las expectativas del paciente, pues sólo podría haberse revelado el mal en su verdadera amplitud con el transcurso del tiempo, y de la inmediata ampliación exploratoria, como bien lo señala el juez A quo, así como de su seguimiento continuado, de acuerdo a lo expresado por la Dra. A. M. V., cuya ausencia resultó detectada durante la intervención en el juicio. Pero si la naturaleza misma de la afectación (convulsiones, cefalea, fiebre, mutismo) conocida por el condenado conforme al señalamiento del juez demandaba la intervención de la especialidad neurológica, el caso no autorizaba a eximirse de su intervención tras el cumplimiento de exámenes de indagación física, sin poner al alcance del paciente, a quien debe ante todo cuidar de una opinión en solitario, la marcha de alguna otra intervención de exploración o seguimiento que pudiera haber conducido a las sospecha clínica de encefalitis, tales como nuevos análisis de sangre, la tomografía axial computada (TAC), el electrocardiograma (EEG), los exámenes de laboratorio del líquido cefalorraquídeo (LCR) o la resonancia magnética nuclear (RMN), herramientas que combinaban la examinación física, química y citológica, orientativas del diagnóstico cuya disponibilidad en el caso quedó expuesta en el contradictorio (conf. Pericial de fs. 3998/399, donde se puntualizó que los síntomas de la encefalitis son la fiebre, la alteración de la personalidad, la cefalea y las convulsiones -vale decir, la totalidad de los datos que los condenados conocieron previo a su diagnóstico de estrés). X) Responsabilidad Penal de F. El Tribunal imputo responsabilidad a F. razonablemente en tanto conoció un cuadro sintomático del que dedujo un diagnóstico errado. Las convulsiones, la fiebre, la cefalea, así como los cambios de conducta conocidos en N., excedieron el cuadro representativo de estrés y la continuación del reposo prescripto por S., así como la aplicación de paños fríos para neutralizar la fiebre en sustitución de los medicamentos indicados por éste último, debemos señalar con independencia que haya sido o no el médico de confianza y el pediatra en la niñez de la víctima. F. cuando diagnostica y prescribe un tratamiento a la paciente de hecho asume el control del caso, como garante de su salud, lo que bien se ha dicho generando obligaciones a su cargo. Este excede su habilitación pediátrica, por los comprensibles vínculos que registraba con la familia de la paciente, observa los estudios y aporta su propio diagnóstico a la sazón análogo al señalado por S., mutando el tratamiento químico a paños fríos y descanso,. Se extrajo del plenario que M. S. N. en su historial que el médico naturalmente conocía, no había experimentado episodios de convulsiones, problemas en el habla o de entendimiento, sumado a ello que la fiebre se presentaba como un indicador de un fenómeno de mayor complejidad a la diagnosticada y merecedor de una terapéutica acorde, máxime cuando M. S. mostró síntomas ante su vista. Podemos coincidir con el Juez A quo en que un diagnóstico tan errado, que ha desoído la totalidad de las evidencias, hace incurrir al Dr. F. en negligencia médica, y que si su especialización de pediatra le impedía conocer acabadamente el caso debería haberlo derivado, facilitar estudios o avisar al que lo había tratado anteriormente. Puede insistirse que del debate emerge claramente, asimismo, la trasgresión al deber de consulta previa (o junta médica, art. 48 inc. a), indicado por la norma de cuidado de referencia (Dec. 8984): conforme a la cual resulta decisivo que la confrontación de opiniones (presente en Chirilo), y claramente ausente en F., se hubiese hecho en el momento oportuno y con los profesionales aptos para emitir un juicio fundado en la ciencia médica. La doctrina expone acerca de la posición de monopolio de ayuda que convierte al médico en dueño absoluto del proceso que ha de llevar o no al resultado. Esa exacerbación de las facultades del médico que tiene

como contrapartida una obligación de garante, asimismo reforzada, tiene que ser equilibrada con el principio de confrontación o de comparación. De manera que, ante las dificultades que puedan surgir, exista la posibilidad de conocer los demás cursos de acción posibles (conf. Terragni, Marcos Antonio, *El Delito Culposo en la praxis médica*, Rubinzal Culzoni, Ed. Pag. 119). Si bien se ha dicho lo que constituye una afirmación genérica, que el médico que se equivoca no es responsable de su error, como se ha sostenido en el decisorio, salvo que sea éste craso o inexcusable, le es imputable a los facultativos como en el sub iudice, en tanto haya mediado negligencia o impericia en la averiguación de las causas motivadoras de la enfermedad, y sabemos que, tampoco es posible exigirle al médico mas que a los que ejercen la misma profesión y especialidad, sin embargo el diagnóstico fallido le es imputable cuando no se tomaron las precauciones necesarias para evitarlo y no se puso de relieve la ignorancia posible en el caso a través de interconsultas médicas necesarias. (conf. Bueres, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*, Ed. Abaco, pag. 235 y sgts.). En este caso tenemos que F. omite deberes de actuación pues, al margen del criterio sentado por su predecesor, cuyo error parece inducido, se hallaba en la damnificada presente la sintomatología concreta puesta a su alcance, dado que la cefalea no era compatible con los simples síntomas de estrés diagnosticado. Basta señalar para asegurar que no se previó lo previsible, la existencia de síntomas indicativos de posible afectación neurológica, aun para el neófito (fiebre, convulsiones y mutismo con escrituración fallida). Ello, permite asegurar que el aquí condenado, pudo prever un desenlace dañoso para la persona de la víctima, pues lejos de haber desenvuelto las precauciones debidas, aun advertido por el entorno de la víctima, que aquí se le reprocha no han realizado, falta a su deber de actuar el protocolo necesario para prever el desencadenamiento del hecho producido, encargándose de aumentar las condiciones de peligro. En lo que concierne al agravio que busca modificar la proporcionalidad en la solidaridad pasiva de la deuda por la que resulta condenado el Dr. F., considero que, a mas que ésta en realidad hace mención a la exigibilidad a ambos deudores por el todo (art. 827 C.C.), no le asiste tampoco razón en el sentido que el juez de juicio sostuvo la menor incidencia de la contribución al resultado del nombrado, pues aunque ello así quedara dicho en la literalidad, debe interpretarse dentro de los parámetro del contexto del fallo en donde también quedó explicitado, con no menos elocuencia, que se conoció de la víctima idéntico espectro sintomatológico, siendo que ambos operaban como garantes de la paciente, poseyendo el segundo el poder de reexaminarla, pudiendo auscultar por sí o incidir positivamente en la ampliación de la examinación diagnóstica, por los medios técnicos que señalaban los síntomas a su alcance. F., asimismo debía cumplir con sus deber de comunicación con otros profesionales (art. 82, Dec. 8984), a fin de imponerle personalmente del resultado de su auscultación así como se abstiene de realizar la necesaria inter consulta con un par o inclusive de una junta médica (art. 48 inc. a), ante un supuesto con un diagnostico presuntivo inicial indefinido, lo que cerrando el caso suspende las indagaciones sobre el origen de la enfermedad, cerrando la determinación diagnóstica y asertiva del caso, aumentando con ello las condiciones de riesgo. Resulta atribuible a F. no haber puesto en marcha, por ende, una o alguna de las otras exploraciones que pudiera haber develado la sospecha de la grave enfermedad, herramientas que, como en el caso del juicio de responsabilidad previamente analizado, fueron expuesta en el contradictorio (conf. Pericial de fs. 3998/399), donde devino determinado que los síntomas de la encefalitis son tanto como las convulsiones, denunciadas en la primera encuesta médica, la cefalea y la fiebre, así como algunas señales de alteración de la personalidad, conocidas con anterioridad a su errado diagnóstico de estrés. XI) Es dable agregar, lo que concierne a la responsabilidad penal de ambos condenados, que J. distinguió dos aspectos en la infracción de la norma de cuidado, el deber de cuidado interno que obliga a advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada, como presupuesto de toda acción prudente, mientras que el deber de cuidado externo consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida. Ello importa a) el deber de omitir acciones peligrosas; b) el deber de preparación e información previa, antes de emprender ciertas acciones; y c) deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas (Conf. Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte General 5ta. Ed. 2da. reimpresión*, Barcelona, 1999, pag 268 a 289). Efectivamente, la forma de culpa por imprudencia -en el caso de diagnóstico fallido-, consiste en que la omisión de los cuidados por el autor se manifiesta en una conducta cuya peligrosidad para las personas bienes o intereses ajenos reside en sí misma, la ligereza del autor no es como en la negligencia, inofensiva en si, sino que es la causa activa del peligro. También tiene razón R. al decir que ¿la imprudencia indica con mayor exactitud la acción positiva, contraria a la buena previsión, y de la cual debe uno abstenerse? (R.C. Núñez op. cit. Pág. 81). Por lo demás, la negligencia -en el caso el cese de la continuidad exploratoria- está constituida por la omisión por el autor, al obrar u omitir, de los cuidados debidos que no le permitieron tener conciencia de la peligrosidad de su conducta para la persona, bienes o intereses de terceros. (RC. Núñez, *La culpabilidad*, Pág. 133; Jiménez de Asúa, v. pags. 911 y 912, Núñez op. Cit. Pág. 78/79). En orden a la imputación objetiva del resultado o la relación de causalidad debemos decir que el vínculo causal existe cuando han mediado actos positivos o negativos del médico, que provocaron daños al paciente. Para algunos autores, como para nosotros dadas las circunstancias del caso, se encuentra incluido en este concepto asimismo el supuesto de que la omisión del profesional o su contribución a la no aplicación del tratamiento debido prive al enfermo de su posibilidad de curación (conf. Enrique Sosa Ardite, *Incrimination penal por omisión paterna de vacunar a sus hijos, ?J.A. del*

30/10/73; Ricardo C. Núñez, Derecho Penal, cit. T. I, p. 259, citado por López Bolado, Ed.U. 1987 Los médicos y el Código Penal, Pág. 97?), ello al margen de las dificultades de curación de la enfermedad propiamente dicha, mientras existan chances relevantes de sobrevivida. Los delitos de omisión en la leyes penales, no sólo se establecen a) expresamente por la ley ante el incumplimiento de un determinado mandato de acción (p.e. art. 108 C.P.) o b) admitiendo la realización de una acción tanto positiva como la omisión de una acción determinada (art. 248 C.P.), sino c) los delitos impropios de omisión que consisten, por tanto, en supuestos en los que mediante una cláusula general se determina que, bajo ciertas condiciones, no evitar un resultado que se estaba obligado a evitar es equivalente a la realización activa del tipo penal que prohíbe la producción activa del mismo resultado (ejemplo: el guardavidas, al que le incumbe salvar a un bañista en peligro de ahogarse, responderá de la misma manera que si hubiese causado la muerte de éste, si el bañista muere ahogado sin que él pudiendo, no hubiera intentado, por lo menos, el salvamento). Es decir, habrá cometido un homicidio por omisión (conf. Bacigalupo, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, 3era. Ed. Editorial Hammurabi, José Luís Desalma, 1994, Pág. 201). Así también se lo ha encuadrado dentro de la comisión por omisión - explica Núñez donde el resultado se produce porque el agente se abstiene de actuar de un modo determinado. Quien omite puede causar resultados en el mundo externo porque en relación al hombre, estos se condicionan no sólo por lo que él haya hecho para producirlo sino por lo que no haya hecho para evitarlo. Al obligado a actuar se le puede imputar, en tales casos, la causación del resultado, porque al omitir el acto que le era exigible desarrolló el curso causal que lo produjo (ver mas arriba tit. III, num III a, b y c -, Núñez R.C. Tomo I Pág. 276). En igual sentido lo formulaba el art. 1073 del Código Civil de Vélez, conforme al cual los actos ilícitos se consuman por actos positivos o negativos. Si bien conforme a López Mena "...La chance más compleja de evaluar es, justamente, la de pérdida de chance de curación o mejoría?", lo que obliga a tomar prevenciones de no usar esta categoría como una forma para afirmar daños no plenamente acreditados, en el caso en análisis aparecen de suma relevancia los importantes signos desconsiderados por ambos profesionales como para que corresponda hacerlos cargar con la pérdida concreta de la posibilidad de curación, atento a la relevancia vital de la chance perdida. Debemos reconocer con el autor citado que el problema de la evaluación de la chance perdida, es de dificultosa solución en cualquier supuesto, sin embargo debe ponerse a salvo el caso en que encuentre basamento en una estimación científica y, luego, en base a ella, en una apreciación prudencial sobre probabilidades en el caso concreto (conf. López Mena, "Chances?", Ed. Rubinzal Culzoni, pag. 25). El Tribunal A quo, como asidero científico, a nuestro juicio suficiente, citó a más de lo manifestado por los médicos en el debate, egresados de universidades autorizadas, las pericias de fs. 377/397 y 398/399, así como al trabajo científico: Encefalitis Herpética de los Dres. Patricio Mellado y Mirta López, vol. XXVI, 2002 (conf. pag. 1024) según el cual en la encefalitis herpética sin tratamiento, el resultado de muerte (rápida, de 7 a 14 días) es aproximadamente del 70% de casos, revirtiéndose en el supuesto de diagnosticación oportuna, y con una alta tasa de secuelas neurológicas graves. (Conf. también: Rev. chil. Infectol v. 22 n.1 Santiago mar. 2005. Revista Chilena de Infectología. Universidad Católica de Chile. Versión impresa ISSN 0716-1018). Como bien lo señala el Juez interviniente, si bien el simple error de diagnóstico no es suficiente para responsabilizar al médico, por tratarse de una rama del saber en la que predomina la materia opinable, resultando difícil fijar límites exactos entre lo correcto y lo que no lo es, el error de diagnóstico debe estar determinado por la culpa para que origine responsabilidad del médico. La equivocación diagnóstica de los médicos sólo es penalmente injustificable si se asienta, como en este caso, en un error grosero (Conf. Sosa, Susana, Mala Praxis Médica, Jurisprudencia Temática, Ed. Juris, pag. 59/60 y 137/38: CNCrim. Y Correc., sala 4ª, 29-10-91, M., R.E., LL, 1992-D.283, ídem, CNCrim. Y Corr., Sala 7ª, 26-5-92, B., M.C., LL, 1993-A-305; C.N.Civ., sala H, 12-3-93, Kohan c. Amsa, Ed, 143-493). Es cierto que en la imputación al tipo objetivo en los delitos de resultado hay que decidir si la lesión del objeto de la acción se le puede imputar como obra suya al inculpado. Desde que la física cuántica admite de un modo dominante que los procesos no están determinados causalmente sino que obedecen a estadísticas que sólo permiten predicciones de probabilidad (siendo que por razones convergentes Kant evita los conceptos de causa efecto y entiende la causalidad como predecibilidad o explicabilidad de acontecimientos sucesivos), sin embargo se vislumbra que, vencidas las objeciones a las diversas teorías explicativas de la causalidad (de la equivalencia, de la adecuación, de la relevancia), es claro que la imputación del hecho lo es al creador de un riesgo no permitido materializado en el tipo penal, vale decir, a aquel que realiza el peligro, no habiendo exclusión de la imputación por riesgo permitido si por ejemplo en las intervenciones médicas curativas se efectuaron fuera del marco de la lex artis (conf. Claus Roxin, Derecho Penal Parte General, tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito, pag 345, 371 y sgts.), conforme se ha señalado en este decisorio. En orden a la imputación objetiva en el caso en concreto atento al sostenimiento que aún suministrando el medicamento apropiado mantenía chances de morir, baste decir que la gravedad de la encefalitis viral depende no sólo del vigor del virus sino con qué rapidez se le dio tratamiento. Éste realizado de manera temprana mejoraba ostensiblemente las posibilidades de una buena recuperación, tal cual se informa en el fallo, pues la ciencia médica pronostica chances altas de sobrevivencia si el tratamiento se suministraba a tiempo, por lo que cabe consignar que en el delito imprudente la omisión o violación al deber específico de cuidado no se vincula con la certeza -en este caso terapéutica - dogmática,

de un resultado equivalente al ciento por ciento de lo esperado, sino con la capacidad potencial de evitación del resultado, o cuando menos con la disminución sustancial del riesgo de que tal resultado se produzca (conf. CNCC, Sala VII, ?Medina, C.R.?, 11/8/06).

XII) Reducción de la pena de Inhabilitación. Que sin embargo, corresponde introducir un asunto concerniente a la reformatio in peius (art. 529 C.P.P.), ausente en los agravios, habida cuenta que permite mejorar la situación procesal de los condenados. El monto indemnizatorio determinado carga en la capacidad patrimonial de los imputados que deberán soportar la obligación de pago durante la prohibición del desempeño de su empleo. Sin embargo, ése le es vedado por la pena accesoria de la inhabilitación para desempeñar su profesión por cinco años, lo que constituye una contradicción que se yergue como irrazonable pues al afectar sus ingresos económicos periódicos, puede incluso terminar perjudicando las expectativas de resarcimiento de la víctima. Por ello deberá reducirse la inhabilitación al término de dos años en ambos casos, con las posibilidades de rehabilitación que proporciona la ley si se comportara correctamente durante la mitad del plazo de aquella, remedia su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos, mientras repare el daño en la medida de lo posible (art. 20 ter C.P.). Medida que no importa el quebrantamiento del mínimo legal dado la accesoriedad en el caso de la pena de inhabilitación (art. 84 del C.P.).

XIII) Reducción del monto indemnizatorio. En lo concerniente al agravio sobre la proporcionalidad de los montos indemnizatorios, que trataremos en general aunque es introducida con mayor desarrollo por la defensa de F. cuestionando el régimen de solidaridad, lo es también en relación a la imputación objetiva, por lo que debemos no obstante otorgar razón al agraviado en este aspecto pues el fallo desconsidera la circunstancia que, como quedó expuesto, el virus cuya negligencia en su detección se calificó de grosera, no resulta inoculado por el obrar médico sino que proviene de una circunstancia desgraciada de curso causal independiente y que además, según la misma base científica citada, la perspectiva de dejar secuelas neurológicas graves resultaba muy alta, por lo que el monto deberá reajustarse, conforme al principio de razonabilidad y proporcionalidad con el hecho. Ello pues, la máxima de la prudencia judicial de uso en la determinación de los montos reparatorios, según la cual la indemnización ?se encuentra sujeta al prudente arbitrio judicial, de acuerdo a las constancias de cada caso concreto? (Cámara de Apelaciones Civil y Comercial- Sala V , tomo 15: 549; ídem tomo 11: 476), no puede implicar la simple empatía con la víctima ni el mero voluntarismo. Para eludir un comportamiento arbitrario resulta útil recurrir a la consulta de las decisiones recaídas en asuntos análogos, de otros tribunales locales, de otras jurisdicciones provinciales o nacionales. En ese sentido, la Corte de Justicia de Salta juzgó que debía calificarse de arbitraria la fijación de montos indemnizatorios que se apartaran irrazonablemente y sin fundamento de los importes fijados en las decisiones de los demás tribunales del medio (Vilte c. Penella, año 1.992, T. 44, págs. 313/330).

En la publicación de la página del Poder Judicial se consignan las siguientes. Sala I. (Fallo: ?Gutiérrez?, CAM 465.622/14, T. 2015-S, F 211/224), fecha de sentencia: 18/12/15, fecha del hecho: 17/12/01. Datos: Niño de 7 años fallecido en una pileta de natación, hijo único. Total a la fecha de la sentencia de segunda instancia: \$ 1.393.742 (intereses: 934.742, capital: 450.000, intereses 12, 14 y 24 %).

Sala II. (Fallo: ?Juárez?, CAM 391.931/12, t. 2013-S, F 294/303) fecha de sentencia: 03/10/13; fecha del hecho 25/06/05. Datos: joven de 17 años, buenas calificaciones, próxima a recibirse de bachiller e iniciar estudios universitarios, posibilidades de asistencia a los padres, nivel sencillo de vida. Total a la fecha de la sentencia de segunda instancia: \$ 713.221 (intereses 272.221, capital 440.000); 2) (Fallo: ?Quinteros?. CAM 457519/13, T. 2014- Sf 125/130), fecha de la sentencia: 18/09/14, fecha del hecho: 11/12/13. Datos: joven de 22 años, cursando estudios universitarios en la carrera de Ingeniería Civil y Ciencias Económicas (UNSA), edades de los padres de limitados recursos económicos, nivel sencillo de vida; ayuda material. Total a la fecha de la sentencia de segunda instancia: \$ 976.512 (intereses 436.512, capital 540.000).

Sala III. (Fallo: ?Colque?, CAM 420.891, t. 2013-S. f 645/659), fecha de la sentencia; 21/11/13; fecha del hecho: 22/10/02. Datos: Joven que cursaba el 5to. año del Bachillerato Humanista Moderno, con promedio superior a 8, con proyección de graduarse con estudios universitarios. Monto total a la fecha de la sentencia: \$ 1.377.441 (intereses: 827.441, capital 550.000).

Sala IV. (Fallo: ?Rafel?, CAM 418846/12, T. XXXVI-S, fº 198/205). Fecha de la sentencia: 23/07/14, fecha del hecho: 23/12/2006. Datos: Niño de 14 años muerto por electrocución, alumno regular del Instituto Juan C. Dávalos, posibilidad cierta que habría cursado estudios universitarios, expectativa de vida, formase una familia. Monto total a la fecha de la sentencia: \$ 465.656 (intereses: 145.656, capital: 320.000).

Vemos sin dificultad que la decisión de grado se ha apartado sin fundamento suficiente de la media de los montos aplicados por la jurisdicción local así como del pedido expresamente por la querrela en la demanda que luce a fs. 308 del Cuerpo II del incidente de Actoría Civil y Querellante Conjunto, que corre por cuerda, donde en un enfoque con prevalencia del principio de disposición de partes se pide una indemnización total de \$ 4.084.000 en contra de cinco médicos llevados a juicio, tres de los cuales devinieron a la postre absueltos, por lo que la responsabilidad prorrateada que indicaba un quinto de ese monto para cada médico (\$ 809.600, c/u) lo sería ahora de \$ 1.619.200, entre ambos condenados, con lo que el monto fijado por el A quo en conjunto (\$ 2.300.000) resulta determinado fuera de un fundamento razonable. Durante la vigencia del Código Civil de Vélez, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tenía dicho: ?La vida humana no tiene valor económico ?per se? sino en consideración a lo que produce o puede producir; la valoración de una vida

humana no es otra cosa que la medición de la cuantía del perjuicio que sufren aquéllos que habrían sido destinatarios de todos o parte de los bienes económicos que la extinta habría podido producir, desde el instante en que la posibilidad de esta fuente de ingresos se extingue? (fallos 316:912). La jurisprudencia sostuvo que en algunos casos habilitados a presumirse el daño, puede pretenderse un lucro cesante y en otros, la pérdida de una chance. Cuando mueren los hijos se configura un supuesto de pérdida de chance de ayuda futura (?Revista de Derecho de Daños, Cuantificación del daño en la jurisprudencia -Rubinzal Culzoni, Santa Fe, año 2014, pág. 159/162). Cabe destacar que el artículo 1745 del Código Civil y Comercial reconoce finalmente el daño elaborado por la jurisprudencia acerca del fallecimiento por la muerte de hijos menores en lo que se indemniza la pérdida de chance (?Código Civil y Comercial de la Nación Comentado?, Director Ricardo Luís Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, año 2015, tomo VIII, p. 522). Como se ha mencionado, la enfermedad que podría haberse detectado tempranamente creando una chance relevante de vida a N., resultaba, por otra parte, de alta velocidad de avance y virulencia así como de consecuencias altamente dañinas para caso de sobrevida y letal en un porcentaje sensible de casos, lo cual resultó un hecho de la naturaleza no imputable al obrar médico cuya negligencia le sucede. La indemnización fijada en referencia a los precedentes jurisdiccionales locales de indemnización de vida humana, de casos semejantes, debe ajustarse dentro de los márgenes admisibles de ponderación judicial a las características del hecho y razonablemente derivar en un monto no exorbitado de aquellos y no ostensiblemente alejado del solicitado por los interesados. Esto es, para el caso la suma de \$ 1.100.000 para la hija menor A. V. N. y \$ 309.600 para cada padre (J. A. N. y S. G. C.), arts. 1737, 1740 y 1745 del Cód. Civ. y Com. y art. 29 del C.P. Ello importa considerar que la muerte de un hijo, es quizás en el daño moral la característica más sobresaliente y la circunstancia que más afecta a sus padres. Y con la indemnización del daño moral a que se refiere el artículo 1.078 del Código de Vélez (1745 del C.C.) lo que se pretende es otorgar a su beneficiario una satisfacción que de alguna manera pueda paliar el daño sufrido, ya que es imposible hacer desaparecer el perjuicio (Mosset Iturraspe, Responsabilidad por daños, Ediar 1.973, II-B- pág. 185; Estudios sobre responsabilidad por daños, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1.980, I, Pág.153; Brebbia : Responsabilidad objetiva y daño moral, en E.D. 91:422; Orgaz : El daño moral : Pena o reparación?, E.D. 79: 855; C.N.Civ. Sala C, E.D.81:581). La Corte de Justicia de nuestra Provincia, sostuvo que la mera discrepancia personal de los recurrentes con los argumentos del fallo, no habilita el reexamen del cuadro probatorio, ya que corresponde al tribunal de juicio la apreciación del valor convictivo de los distintos elementos probatorios recolectados durante el juicio y del grado de convencimiento que aquellos puedan producir, conforme las reglas de la sana crítica (Tomo 123:55; 138:771/782). Que por lo expuesto, cabe concluir que la sentencia es válida y no presenta vicios de arbitrariedad ni defectos en los procesos de formación de la convicción toda vez que el tribunal de juicio efectuó una correcta valoración de la prueba y arribó al grado de convicción exigido para tener por ocurridos los hechos y para determinar la responsabilidad penal de los acusados (CJS, Tomo 142:141); razones por las cuales, la sentencia cuenta con debida motivación, no incurre en violación a derechos constitucionales y la condena impuesta resulta ajustada a derecho. Por consiguiente, corresponde rechazar los recursos interpuestos por la defensa de los condenados en lo que respecta a la responsabilidad de los condenados, modificándose parcialmente la inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina y el monto indemnizatorio ya especificados. El Dr. Eduardo Barrionuevo, dijo: Que se adhiere al voto del Vocal preopinante por sus fundamentos y conclusiones. En mérito a ello y el acuerdo que antecede, LA SALA II DEL TRIBUNAL DE IMPUGNACION, RESUELVE: I) NO HACER LUGAR a los recursos de casación interpuestos a fs. 1039/1064 vta. y a fs. 1065/1090, en lo que respecta a la responsabilidad de los médicos S. P. y F., L. A., en cuyo mérito: confirmar la sentencia de fs. 1018/1032 vta. en lo que fuere motivo de agravio. II) HACER LUGAR parcialmente a los recursos de casación interpuestos a fs. 1039/1064 vta. y a fs. 1065/1090, en lo que respecta: al punto I y II del resuelvo de la sentencia de fs. 1018/1032 vta., modificando la inhabilitación especial para el ejercicio de la medicina, fijándola en el término de 2 años (art. 529 del C.P.P.); y al punto VI del resuelvo de dicha sentencia, modificando el monto indemnizatorio que queda establecido en la suma de \$ 1.100.000 (pesos un millón cien mil) para la hija menor de la damnificada: A. V. N.; a la suma de \$ 309.600 (pesos trescientos nueve mil seiscientos) para J. A. N.; y \$ 309.600 (pesos trescientos nueve mil seiscientos) para S. G. C., art. 1737, 1740, 1745 y c.c. del Cód. Civ. y Com. y 29 del C.P. III) Regístrese, PROTOCOLÍCESE, NOTIFÍQUESE, y oportunamente BAJEN los autos al Juzgado de origen.

Correlaciones: D., S. F. y otros c/Municipalidad de la Ciudad de Cba. s/ordinario - daños y perjuicios - mala praxis - recurso de apelación - Cám. 4ª Civ. y Com. Córdoba - 06/06/2013 - Cita digital IUSJU209434D M., R. A. y otro c/Giacomaso, Silvia y otro s/daños y perjuicios - Cám. Cont. Adm. - Mar del Plata - 03/10/2017 - Cita digital IUSJU021643E 028000E