

Autoría e intervención de terceros en el delito culposo*

Por Marco A. Terragni

1. Notas sobre la estructura del delito culposo

En el tipo del delito culposo se distinguen un aspecto objetivo y otro subjetivo. El primero abarca la conducta descuidada, el resultado y el nexo entre ambos, que permite formular la imputación objetiva al autor. El segundo comprende todos los datos provenientes de la psiquis del sujeto relacionados con la exigencia de un desempeño cuidadoso.

Cuando la conducta de varias personas concurren en el hecho es preciso hallar criterios que permitan diferenciar entre las distintas formas de intervención y la autoría, propiamente dicha. Ello para confrontar la tesis según la cual toda contribución al suceso originado por imprudencia conlleva la imputación a título de autor.

Sin perjuicio de los esfuerzos que puedan realizarse desde una perspectiva puramente teórica, es evidente que en este tema, como en otros (a semejanza de lo que ocurre con el distingo entre actos preparatorios y ejecutivos, así como con las diversas clases de concursos), la doctrina sólo puede aportar parámetros muy genéricos, porque en sustancia lo que interesa es como se han desarrollado los hechos que dan lugar al proceso.

Es posible proponer un análisis esquemático del delito imprudente partiendo de la caracterización legal del homicidio culposo (art. 84, Cód. Penal). La conducta incriminada es el actuar imprudente, negligente, imperito o violatorio de reglamentos y deberes, del cual deriva la muerte de un tercero.

Como se puede apreciar, prescindimos de identificar la acción con el verbo *causar*—que usa el precepto— porque en este caso el verbo no es el núcleo del tipo, ya que el resultado de muerte no es parte de la conducta, sino la consecuencia de que ella haya sido imprudente.

Separar la acción (que no es *causar*) del resultado que el comportamiento provoca, tiene importancia pues permite, a su vez, emplear criterios de imputación objetiva, separados de las consideraciones relativas a la causalidad, fenomenológicamente entendida. Por el contrario, si se entiende—como habitualmente hacen la doctrina y la jurisprudencia— que el delito consiste en *causar*, ello habilitaría tanto una interpretación restrictiva como otra extensiva del concepto *autor*.

Desde ya conviene señalar que esta última, cuenta con amplia adhesión, aunque las consecuencias que produce no concuerden con los principios de intervención mínima del derecho penal y de la seguridad jurídica, así pasa con alguna doctrina y cierta jurisprudencia alemanas que, partiendo de la descripción legal del homicidio imprudente como causar la muerte, argumentan a favor del concepto de autor extensivo-causal.

* Artículo publicado en el sitio web del doctor Marco A. Terragni.

No puede dejar de llamar la atención que en ese ámbito, en el que actualmente se pone el acento en los aspectos valorativos, con la intención de superar lo que es meramente causal (entendida esta palabra como refiriendo al origen físico-natural del hecho) se siga mayoritariamente el concepto de autor extensivo-causal.

Quizás influya la convicción de que la teoría del injusto personal, teniendo en cuenta la tipificación autónoma de los delitos dolosos y culposos, avale la posibilidad de una concepción distinta de autor para ambas clases de delitos. Así, podría argumentarse que si los tipos son distintos nada obsta para que en los delitos dolosos el concepto de autor sea restrictivo, en tanto que en los culposos funcione uno extensivo. Sin embargo esto constituye un error, ya que la consideración de los factores subjetivos en el ámbito del tipo no puede determinar esa consecuencia; por el contrario, entender que solamente es autor quien ha materializado con su conducta todos los elementos del tipo penal, y que los demás son partícipes, es un principio común a todos los delitos. El concepto de autor es idéntico, tanto para los dolosos, como para los culposos, porque siempre presupone la realización del hecho típico, teniendo a la autoría como un elemento del tipo objetivo.

En nuestro derecho penal argentino existe una diferencia entre los hechos dolosos y los culposos, no en cuanto a la idea de autor sino en orden a la punibilidad de la intervención accesoría en la obra de aquél, porque con referencia a los primeros ella es castigable, y en los culposos no. Empero es cierto que, si dejamos el ámbito de los delitos culposos contra la vida (art. 84, Cód. Penal), contra la integridad física (art. 94), contra la seguridad pública (art. 189), contra la seguridad de los medios de transporte (art. 196) el panorama se acota, pues hay otras figuras respecto de las cuales quedan menos dudas en cuanto a que lo tipificado son supuestos de autoría imprudente en sentido estricto (arts. 136, párrs. 2° y 3°, 144 *quinto*, 177, 204 *bis*, 223, 254, 255, párr. último, 262 y 281, párr. último, Cód. Penal).

Siguiendo siempre el texto del Código Penal argentino, es dable observar que, si bien en general no es punible la participación imprudente en la conducta dolosa de otro, puede serlo cuando la ley utiliza la fórmula *diere ocasión a que otra persona cometa el hecho*, o una expresión equivalente, como ocurre en el art. 262, Cód. Penal. En estos casos la comisión imprudente constituye una ampliación del alcance de la represión, a sucesos que, de haber sido realizados con dolo, serían punibles en concepto de participación, como cooperación necesaria o como complicidad secundaria, puesto que el tercero favorecería *ex profeso* la comisión del delito por otro, tanto activa como omisivamente.

La tipificación expresa de este hecho, previsto por el art. 262, está, desde ya, demostrando que no es posible –en términos generales y sin un precepto semejante que lo avale– castigar una intervención imprudente en cualquier suceso ajeno, porque cuando el legislador estima necesario hacerlo, lo declara de manera expresa.

2. Los modelos dogmáticos de intervención delictiva

Por lo general los tribunales argentinos castigan siempre con la misma pena a las personas que estiman han efectuado un aporte (sea cual fuese su importancia) a un suceso derivado de imprudencia, negligencia o impericia, con lo que no marcan las diferencias que pudieron existir en cuanto a la entidad de las contribuciones indi-

viduales. Ello a pesar de que la *participación*, entendida esta palabra como identificando la porción del total que cada uno ha puesto, puede haber sido diametralmente distinta, desde la más relevante hasta la carente de importancia.

Se puede afirmar que tal forma de resolver peca por exceso y por defecto. Por exceso, porque se da por sentado que las reglas del Título VII, del Libro Primero, “Participación criminal” del Código Penal solamente se aplican en los hechos dolosos. Y, dejando momentáneamente de lado la redacción que tienen los preceptos incluidos en ese Título, el interpretar el tema de esa manera parte de adoptar la acepción que se le da a la forma verbal *tomar parte*.

Entienden esos tribunales la palabra *participación*, como sinónimo de *contribuir* (ayudar y concurrir con otros al logro de algún fin), y así se imaginan que solamente es posible tomar parte en un hecho si los protagonistas persiguen un objetivo: el previsto por la ley como delito. Sin embargo, también es posible tomar parte de un suceso en que la finalidad común no sea concretar un resultado de aquéllos que la ley quiere evitar. En sentido coincidente *participar* se puede concebir como *tener una la fracción de una cosa o tocarle algo de ella*.

Algo diverso es *tomar parte*, pues en este sentido se le agrega a la palabra un componente identificador de conocimiento y de designio.

A los efectos de esta investigación nos inclinamos por una tesis omnicompreensiva. Se puede compartir un hecho en el que los intervinientes persigan un determinado propósito (concretar un acontecimiento previsto por la ley como merecedor de pena), o tener parte de un hecho en el que la finalidad no sea concretar un acontecimiento semejante.

Por eso las palabras *contribuir*, *intervenir* y *participar* pueden ser usadas como sinónimos, sin que ellas señalen, necesariamente, el aporte relativo a una conducta adecuada a un tipo doloso.

Castigar a todos los intervinientes en un hecho de imprudencia con la misma pena peca, asimismo, por defecto, ya que no siempre se pone atención en que, cuando se trata de fijar la condena en las penas divisibles por razón del tiempo o cantidad (art. 40, Cód. Penal) no solamente deben tenerse en cuenta las circunstancias personales, a las que refiere el inc. 2º del art. 41, Cód. Penal, sino también las objetivas indicadas por el inc. 1º. Aunque por supuesto, la aplicación completa de lo que dispone el art. 41, no remedia la actual carencia de un sistema que permita aplicar penas de distinta naturaleza, o en caso de tratarse de la misma sanción, de mínimos y máximos diversos según sea la menor o mayor gravedad de los aportes. Históricamente esto no fue así siempre en nuestro país, pues el Código Penal de 1886, aunque rudimentariamente redactado y sistemáticamente errático, posibilitaba asignar sanciones de distinta severidad, según la culpa fuese grave o leve.

Sobre autor e interviniente en el hecho cometido por culpa o imprudencia, la doctrina ha trazado dos líneas básicas.

a) *El concepto unitario o extensivo de autor*. Por lo general los publicistas utilizan aquí la palabra *unitario*, pero este vocablo puede provocar confusión, ya que sería válido entenderlo como identificando a un sujeto como autor único, siendo que es al revés, la aplicación de las ideas encerradas en esta variante, conduce a la posibilidad de ampliar el número de imputados. Por lo mismo, estimamos preferible

identificar este criterio mediante el uso del vocablo *extensivo*, porque en realidad el seguirlo permite expandir la atribución.

b) *El concepto restrictivo de autor*. Otra corriente lo entiende limitativamente, y rigen los mismos criterios de distinción aplicables a los delitos dolosos, con algunas particularidades. Critica la otra postura diciendo que si el derecho penal debe intervenir frente a los sucesos mas graves y, además, sancionar los acontecimientos leves en la debida proporción, aplicando el criterio extensivo se acabaría imputando como autores de delitos culposos a quienes, si realizasen el mismo hecho, pero con dolo, solamente se los consideraría partícipes.

El seguir una u otra pauta trae consecuencias diametralmente distintas, pues conforme a la primera, todos quienes favoreciesen imprudentemente la realización del hecho serían autores, punibles como tales, en cambio, de acuerdo al segundo patrón, aquéllos podrían ser castigados (si la regulación legal lo permitiese) con una pena menor, conforme a las disposiciones que regulan la participación criminal. O podrían resultar impunes, si se entendiese que la sola intervención en el hecho imprudente es atípica.

Sin perjuicio de que habría que analizar con mayor profundidad estas dos ideas contrapuestas, por ahora señalamos que lo decisivo es desentrañar en qué consiste el delito culposo y quién puede ser considerado autor del mismo, ya que es la única herramienta para separar jurídicamente a éste de quien contribuye, de otra manera, para que el suceso acontezca. Así se podría resolver en nuestro país la contradicción actual entre los argumentos doctrinarios, que conducen a restringir el concepto de autor y los fallos judiciales que no se someten a los límites impuestos por esa concepción.

Como puede deducirse de lo anterior, el estudio de la cuestión se justifica por sí mismo, dada la necesidad de ajustar la práctica del derecho penal al principio de legalidad, recogido por la Constitución nacional, pues no es dado castigar a nadie si la conducta concreta de que se trate no ha sido contemplada como delito por el legislador. Este es el requisito esencial de la posibilidad de punir, si la ley no prevé pena para quien no ha realizado la conducta que describe el hecho culposo, adjudicársela a partir de una interpretación *contra legem*, o de una resolución del caso no ajustada al texto sancionado por el Congreso, es un acto jurisdiccional que viola la Constitución.

Todas las formas de *participación* presuponen la realización del hecho principal, en el cual confluyen las actuaciones individuales. Este hecho central (el suceso tipificado como delito en la parte especial) tiene a alguien como protagonista, en tanto que la conducta del partícipe no coincide con la de aquél (pues si esto ocurriese sería coautor). De manera que al partícipe no le puede ser imputado criminalmente su accionar si no existe una disposición legal expresa que permita ampliar el tipo, de forma tal que abarque acciones diferentes a los del protagonista. En el Código Penal estas disposiciones ampliatorias están contenidas en los arts. 45 y 46. Así se produce la conexión entre la parte especial, que es la concreción por antonomasia del principio de legalidad (art. 18, Const. nacional) con las normas que habilitan la punición de otras conductas conexas. Los comportamientos punibles como participación se construyen exclusivamente sobre los tipos de autoría de la parte especial, vinculados con las reglas de la parte general, que regulan la concurrencia en el delito,

pues únicamente de esa forma se puede imponer una pena a quienes no son autores.

Siendo así, y teniendo en cuenta que las reglas del Título VII, Libro Primero, “Participación criminal” del Código Penal están concebidas para los hechos dolosos, se desprende que no son sancionables aquellas conductas imprudentes que solamente facilitan o contribuyen a la del autor. Por ello la intervención de la persona que no es autor es impune por atípica, ya que la ley no ha previsto el castigo de la participación en esa clase de delitos.

Convertir a todo interviniente en autor, como lo hacen con frecuencia los tribunales argentinos, no respeta la lógica que se desprende de la regulación legal que indica, ya que no da lo mismo que quien guía un automóvil adopte la conducta imprudente provocante de la muerte del peatón, que la actitud del acompañante, quien lo hubo convencido para que imprimiese al rodado una velocidad peligrosa. Debería el magistrado reconocer que hay dos niveles distintos de intervención en un hecho de esta naturaleza: uno directo, que relaciona el guiar el coche de manera imprudente con la muerte del peatón, y otro accesorio, porque la incitación no puede provocar por sí misma el resultado fatal. Entre ambos está el chofer quien, por sí, decide cuánto presionar el acelerador, cómo accionar el volante y utilizar el freno. La conducta de él es la principal, la del acompañante, accesorio.

Recordemos que el reconocimiento del *principio de accesoriedad* es una garantía que debe proporcionar un Estado de derecho, respetuoso de la autonomía de las personas, que cada quien responda por sus acciones propias, pero no por la aspersión de conductas ajenas; esto último, a menos que consciente y voluntariamente se preste a colaborar con ellas.

Esta última observación conduce a pensar que lo que en realidad hace a la ilicitud del hecho del partícipe es, además de sus aportes objetivos, la dirección de su voluntad hacia la consecución del resultado, de manera tal que el derecho desvalora la suma de los dos factores. En cambio, si la contribución fuese sólo imprudente, el desvalor de lo objetivo es idéntico (como que los aportes pueden ser equivalentes, tanto en el hecho intencional como en el culposo) pero no tendrá el mismo grado de contrariedad con el derecho la actitud espiritual, solo descuidada, si se la compara con aquélla, continente del conocimiento y la voluntad de que el suceso tenga lugar.

Como señalamos precedentemente, el esfuerzo intelectual debe estar enderezado a suministrar pautas para diferenciar, entre las intervenciones en el hecho culposo, las que son atribuibles a título de autor y las que lo son a título de partícipe, porque si toda contribución se imputa como autoría, en nuestro país ello violenta el principio de legalidad.

La reflexión anterior obliga a pensar si no sería conveniente legislar acerca de la participación en el delito imprudente, y en las ventajas y desventajas de una iniciativa.

a) La ventaja estaría en lo dicho, restringir por vía legislativa el concepto de autor.

b) Las desventajas en que se ampliaría el campo de la punibilidad hasta límites inaceptables desde la óptica político-criminal, al menos que las sanciones que se

puedan proyectar difieran fundamentalmente de las penas a las que refiere el actual art. 5° del Cód. Penal.

No se puede dejar de advertir que, en términos generales, una ampliación de los supuestos de autoría determina una reducción de las hipótesis de participación y, a la inversa, una ampliación de las posibilidades de atrapar legalmente la participación, puede dar lugar a la reducción correlativa de la incriminación por autoría.

De todas maneras, en la medida en que el legislador tome como punto de partida el concepto restrictivo de autor, la sanción de la participación imprudente requiere su mención específica en el Código. En cambio, en un modelo unitario o extensivo la consideración de las diversas formas de intervención solamente tiene el sentido de determinar las sanciones, no de tipificar los aportes, los que quedan sumergidos dentro de la previsión legislativa global.

Optar por un sistema que habilite la punibilidad de la intervención complementaria en los hechos imprudentes, significaría aceptar que la accesoriedad del aporte no es absoluta sino relativa, que el injusto de la participación no es solamente derivado del injusto del hecho del autor, sino también contiene injusto propio, lo que justamente habilitaría la incriminación, a la luz de lo que dispone el art. 19 de la Const. nacional. Para ilustrar esta última idea puede utilizarse el siguiente ejemplo: si facilitar dolosamente un arma para que se cometa un asesinato es un comportamiento típico, también podría llegar a ser incriminada (si consideraciones de política criminal lo estimasen necesario) la conducta de quien la proporcionase como consecuencia de una imprudencia grave.

3. Dos temas relacionados con la actuación plural

El análisis de algunos aspectos penales vinculados a la actividad curativa proporciona la ocasión de ilustrar acerca de la existencia de un camino que permite delimitar las responsabilidades individuales, y descartar, en su caso, la imputación por autoría o por participación punible en aquellos hechos culposos a los que han concurrido los aportes de dos o más personas.

a) Imputación por las conductas provenientes de un equipo médico

Tradicionalmente se pensó que la responsabilidad médica era indivisible y que, ante un resultado dañoso producido por la imprudencia de uno de los participantes en una actuación plural, todos debían afrontar las consecuencias, sin reparar en la entidad de los aportes. Esto todavía es así en el terreno de la responsabilidad civil, cuando se debe afrontar el pago de las indemnizaciones correspondientes a los perjuicios causados, pero no puede mantenerse hoy día ese criterio en la órbita penal, en el que rige el principio de la imputación y de la culpabilidad individuales.

El derecho penal actual encara los problemas derivados, en parte, de la forma moderna en que está organizada la prestación médica, con especialistas y personal auxiliar calificado. Ello requiere que se repare en la división de competencias y, de esa manera delimitar la imputación que se vaya a formular a los intervinientes.

Respondiendo a esta necesidad se acude al *principio de división de trabajo* (*das prinzip der arbeitsteilung*) tratando de dilucidar las cuestiones relativas a esta problemática, qué funciones desempeña cada uno de los intervinientes, cómo es su contribución en el desarrollo y cumplimiento del trabajo en común, y de qué forma se deben tratar jurídicamente las relaciones personales organizadas en el régimen de trabajo en equipo, teniendo en cuenta que además de la labor puramente médica, también existen una cantidad de actos extramédicos y paramédicos, a veces propios de la hospitalización de los pacientes (con las consiguientes exigencias de higiene y de seguridad), así como también trabajos destinados a preparar al enfermo para que reciba el acto médico. Algunas de las tareas las realizan incluso personas ajenas a la incumbencia profesional, como pueden ser los familiares del enfermo o personas que le son directamente extrañas, pero colaboran circunstancialmente.

El principio de división del trabajo, relacionado con el *principio de la confianza*, permite deslindar los deberes que se originan en toda actuación colectiva, ya sea la de un *team* médico propiamente dicho, como cualquier otra curativa en la que tomen parte dos o más personas. En otros términos, habilita para definir en el tipo objetivo de estos delitos imprudentes, quien ha violado (con una actuación propia, no asperjada por la conducta de otros) el deber de comportarse externamente conforme a las exigencias de la norma. Los aportes de los demás, según el caso pueden ser de autoría conjunta o de simple intervención, no punible, en el hecho del autor o autores.

Con el reconocimiento de esta regla fundamental delimitatoria es posible aceptar válidamente que el médico se concentre en sus propias tareas, las que le son específicas y para las que tiene cualidades, así como que lo haga en el momento oportuno. Si no fuese así, y tuviese que estar atento a todo lo que hacen los demás, podría cometer un yerro en sus labores propias, perjudicando así al paciente.

El problema jurídico consiste en determinar hasta dónde es posible que se le pueda imputar objetivamente el resultado a uno, no enturbiándose esa imputación con atribuciones que corresponda formular a otro de los protagonistas del suceso.

La solución no puede buscarse solamente a través de la idea de *previsibilidad*, pues casi siempre es posible imaginar que un colega o un colaborador cometan errores. La cuestión radica en la magnitud de la falla previsible.

Para conseguir marcar el deslinde de las imputaciones, no ayuda recurrir a las disposiciones civiles; por el contrario, es preciso aventar las normas y criterios doctrinarios y jurisprudenciales relativos a la obligación de resarcir los daños provenientes de los actos ilícitos, para que no se filtre hacia el terreno penal ningún vestigio de responsabilidad objetiva. Por lo dicho, no es posible tomar reglas del derecho civil, pues si, por ejemplo, al jefe de un equipo médico se le exigiese una mayor concentración en lo que hacen los demás (a partir de lo que establece la parte 1ª, del art. 1113, Cód. Civil y usando la posibilidad de analogía de que trata el art. 16) quedaría desvirtuado el principio de división del trabajo, que lo habilita a centralizar su atención en las tareas que él, personalmente, debe cumplir.

Es cierto, sin embargo, que en una labor colectiva, los principales riesgos pueden derivarse de una incorrecta selección de los colaboradores o una falta de control sobre la labor de éstos, lo que originaría, respecto de quien hubiese fallado en la elección o en la supervisión, obligaciones derivadas de este deber de cuidado se-

cundario; es decir, el que no se origina en una tarea realizada por sí, sino de las hechas por una persona que él ha elegido o a las cuales no ha fiscalizado.

Sin embargo sobre este punto hay que realizar algunas precisiones para evitar que se confunda lo afirmado con la culpa *in eligendo*, o con la culpa *in vigilando*, propias del derecho civil.

Como fuente de la norma del art. 1113 del Cód. Civil, que establece la obligación del principal por el hecho de los dependientes, Vélez Sársfield cita el art. 1384 del Cód. francés, el art. 2299 del de Luisiana, y el art. 1901 del proyecto de García Goyena. Pero esta responsabilidad tiene un arraigo histórico mas remoto, ya que se ha rastreado en las leyes de Manú, en el derecho hindú y en el griego. En el derecho romano a la primacía del jefe de familia sobre ella, correspondía su obligación de responder por los actos de un miembro, o por una cosa de la familia; entendiéndose por tal a un esclavo, a un servidor, o a un animal.

El mantenimiento de la norma en el momento argentino actual obedece a una decisión de política legislativa por la que se impone la responsabilidad refleja. Sería un deber de garantía: la ley, por razones prácticas y de justicia constituye al principal en garante ante la víctima de la culpa de sus subordinados en el ejercicio de sus funciones.

Una determinación semejante no puede adoptar la ley penal, regida por la premisa de que sólo se puede formular imputación por una conducta propia, y sólo se podrá aplicar pena a un individuo respecto del cual se pueda formular el juicio de reproche (por esa acción individual) que determine la existencia de culpabilidad. La cosificación no puede darse en materia penal pues nunca considera al hombre como un simple instrumento. La ley penal sanciona, en su caso, los hechos de la persona, teniendo en consideración que cada quien es un ente autónomo.

Empero, una incorrecta selección de los colaboradores o una falta de control sobre la labor de éstos hará imputable objetivamente el resultado a quien debió atender ese deber de cuidado, si con ello aumentó el riesgo permitido y ese incremento se tradujo en el resultado, para lo cual fue necesario que tuviese en sus manos el control del suceso.

Una labor colectiva ineficiente puede serlo por una mala organización y ser ello imputable tanto a los profesionales del arte de curar como a otras personas, que desempeñan funciones directivas o administrativas en una clínica.

La coordinación defectuosa también perjudicará la tarea en su conjunto dificultando la adopción de medidas individuales armonizadas en orden al tiempo, al lugar y al objeto, de forma tal que no se transformen en fuentes de errores debidos a ausencia, tardanza, superposición o interpretaciones equivocadas.

La responsabilidad médica, proveniente de una actuación en equipo, sigue siendo personal e inescapable, pero la forma moderna de organización de la medicina, con la intervención de especialistas y de personal auxiliar, requiere investigar de manera cuidadosa la división de las competencias, para poder mantener inalterado ese requisito jurídico-penal de personalidad de la imputación, así como de la eventual responsabilidad.

Se requiere dilucidar qué funciones desempeña cada uno de los intervinientes, cuál es su contribución en el desarrollo y el cumplimiento del trabajo en común, y de qué forma se pueden tratar jurídicamente las relaciones personales organizadas en el régimen de trabajo en equipo.

Para sistematizar el análisis de las diversas situaciones, la doctrina habla de división del trabajo *horizontal* y de división del trabajo *vertical*. A la que nosotros agregamos otra categoría: la división del trabajo *sucesiva*.

La primera comprende los casos en los cuales los actuantes se encuentran equiparados, teniendo en cuenta los estudios y grados académicos, en cuanto a su formación profesional. La segunda se da entre individuos de diversas disciplinas, algunos de los cuales se hallan en grado de subordinación respecto de los demás. La tercera aparece cuando intervienen varias personas (profesionales o no) en diferentes momentos del proceso de curación del paciente.

Esto es aplicable a la actividad curativa no encarada en solitario. La efectividad y la calidad del trabajo en común dependen de que cada participante tenga suficiente tiempo para poder concentrarse en sus tareas y no lo deba dedicar a controlar que los otros hagan lo que a ellos les corresponde.

Se la denomina *horizontal* porque todos los intervinientes tienen idéntica habilitación profesional, y ninguno prevalece sobre el otro, dicho esto en el sentido de que cada uno obra autónomamente. Esta característica está indicando, de por sí, la relación con el *principio de confianza*, pues un médico descansa en la tranquilidad que el colega está haciendo bien su trabajo.

Por lo general hoy se estima que cuando se trata de profesionales con una especialidad de igual jerarquía, ante un resultado dañoso se debe determinar, independientemente y para cada uno, la posible responsabilidad.

Éste, a su vez, conectado estrechamente con el de *división del trabajo*, significaría que cada uno de ellos puede y debe confiar en que una intervención quirúrgica, por ejemplo, se desarrolle ordenadamente contando con que su colega posea la calificación requerida y cumpla sus tareas con el debido cuidado. Un deber de vigilancia contrapuesto existiría si fuese reconocible una grave deficiencia de calificación.

En un equipo quirúrgico la división del trabajo *vertical* se da entre los profesionales que dirigen el equipo (y tienen el dominio de la situación) y los auxiliares.

Así, las enfermeras forman parte de un grupo de profesionales de la salud, con responsabilidad propia, dentro de sus cometidos específicos: la limpieza del instrumental y la administración de medicamentos al paciente conforme a lo prescripto por el médico. Estas actividades complementarias son de su competencia y los errores que cometen no comprometen, en principio, a sus superiores, como autores o intervinientes en el hecho punible.

En la división del trabajo entre el médico y la enfermera hay que contraponer la necesidad de una liberación de las tareas del médico con la seguridad que hay que brindarle al paciente con respecto al cuidado de su salud, para que no sufra daño.

Para delimitar las responsabilidades del personal auxiliar es útil acudir a las normas que reglamentan su tarea, las que constituyen una objetivización del deber

de cuidado, violándose esas reglas, la conducta aparece, al menos indiciariamente, como antijurídica. Por supuesto que hay tareas que no se le podrían nunca delegar al personal auxiliar.

La excepción que impide aceptar la aplicabilidad del principio de confianza estaría dada para el caso en que la elección de los colaboradores ha sido tan deficiente (y la actuación que les ha cabido para que se produjese el resultado infausto decisiva) que no podría hablarse de acciones propias de la autodeterminación de ellos, sino que les pertenece a quien los ha elegido. En otras palabras: quien asignó tareas a terceros (totalmente incompetentes o que por alguna razón no se encuentran en condiciones psicofísicas para actuar en ese momento) no se ha desprendido del control de la situación y por ello la elevación del riesgo y la materialización de éste en el resultado, determinan la imputación objetiva en su contra. En estos casos permanecen vigentes los deberes secundarios del médico.

El principio de división del trabajo tiene aplicación también respecto de quienes actúan de forma *sucesiva*, cada uno asume responsabilidad por los actos propios y si, por ejemplo, la intervención del anterior no merece objeciones desde el punto de vista técnico, no puede ser abarcado por la imputación que se le pueda formular a quien le sigue, y que se aparta del cuidado debido, es decir, se da la prohibición de regreso.

Esto es por regla: la excepción estaría dada para el caso en que la derivación (si de un caso así se trata) fue hecha hacia alguien incompetente o momentáneamente inhábil; por ejemplo, un médico que por haber ingerido alcohol o por hallarse en un estado psíquico anormal, no podría normalmente haberse hecho cargo del paciente. También en este caso permanece vigente un deber de cuidado secundario.

b) Incidencia de actuaciones ajenas en el proceso de curación

Como se manifiesta en los párrafos anteriores, no siempre el resultado fatal o lesivo le puede ser imputado al médico como autor del delito imprudente. Si no se le pudiese adjudicar el hecho al médico, la conducta de éste sería atípica y el conflicto debería atribuirse –en su caso– al accionar del propio paciente, o al de un tercero. Con esta última expresión nos abstenemos de utilizar la palabra *víctima* ya que en una de sus acepciones alude a la persona que padece daño por culpa ajena, por el contrario, en las situaciones estamos considerando, no existiendo imputación objetiva para el presunto autor tampoco puede haber víctima.

Partiendo del concepto de injusto personal, el ejercicio de las facultades de autodeterminación del sujeto pasivo, en cuanto sea jurídicamente admisible, representa un límite que impide que se atribuya objetivamente el hecho a otro.

Examinando la actividad curativa, ello podrá ocurrir en determinados casos en los cuales el incremento del riesgo fuese producto del deseo o del interés del paciente, habiendo actuado a su vez el profesional conforme a la *lex artis*.

Para que se dé la imposibilidad de imputar objetivamente el hecho, una de las condiciones, es que el protagonismo del paciente al tomar sus resoluciones, obedezca a su libre autodeterminación, ello significa –entre otros requisitos– que debe

estar suficientemente advertido sobre la índole de los riesgos que afronta. El incumplimiento por parte del médico de su obligación de informar, elimina la eficacia de un eventual acuerdo e implica una violación del deber objetivo de cuidado. Además afecta la facultad del paciente de decidir qué hacer con su cuerpo o con su salud (autodeterminación).

La decisión final sobre el curso a seguir corresponderá al enfermo, porque el médico no debe tomar determinaciones basándose en la supuesta superioridad de su juicio, sino que aquél solamente está habilitado para aceptar los riesgos que está dispuesto a correr, ya sea no aceptando la ayuda médica o afrontando las alternativas propias de ella.

La cuestión relativa al ámbito de competencia del sujeto pasivo demuestra la necesidad de incluir la conducta de éste en la apreciación penal. Así, es correcto que ella tenga influencia no sólo para graduar la pena, sino para configurar el tipo, pues el sujeto no conjuga con su acción el tipo objetivo en algunos casos, en los cuales la actuación de terceros –incluido el sujeto pasivo– excluye la posibilidad de que aquél haya excedido los límites del riesgo permitido. Esa conducta ajena puede resultar relevante para constatar que ni siquiera existe una acción típica.

Se deben tener en cuenta las interesantes reflexiones de Frisch: en estos casos de autopuesta en peligro existe una razón material de fondo para excluir la tipicidad y ella se desprende del juego de los intereses. Las prohibiciones típicas reciben su justificación de determinadas posiciones de los intereses. En la medida en que falte un interés, por parte del sujeto pasivo, decae la necesidad de la protección legal de un interés que no existe.

Por supuesto que esto es así en tanto no exista un interés general en que ciertos peligros (los daños consiguientes) sean evitados, pues para algunos casos en eso consiste, precisamente, el presupuesto de la prohibición típica. Por lo mismo, y porque no es válido aceptar sin más que en todos los casos se pueda excluir la pena por la puesta en peligro de la víctima, parte de la doctrina advierte acerca del uso “desenfrenado y ecléctico” de estos conceptos.

Sostenemos que en los casos en que la conducta de quien sufre el daño elimina la imputación a quien aparece como autor, lo que ocurre no es que el decaimiento del interés del primero obre dogmáticamente como lo hace –en algunos casos– el consentimiento, sino que el hecho (considerado globalmente, incluyendo la consideración de la conducta del sujeto pasivo) se ha generado como consecuencia de ésta.

A fin de excluir la posible imputación al médico del resultado desfavorable a veces es necesario investigar el comportamiento del enfermo. Este procedimiento permite imprimir los contornos que corresponden al deber de cuidado del profesional y no cargarle las consecuencias que estén más allá de sus poderes de control, entendido éste como integrado por la previsibilidad y la evitabilidad, así como por la actuación autónoma del otro.

La norma ampara los bienes jurídicos rechazando las actuaciones descuidadas, pero el ámbito de protección que ella proporciona no llega a abarcar los casos en que el suceso se origina por la actuación propia de quien sufre el daño, resultando ella incontrolable para el médico.

Roxin cita casos en los cuales se excluye la imputación por daños producidos con posterioridad a la actuación médica por actitudes personales del paciente, como la de no tomar los medicamentos prescritos o negarse a que se le practique una nueva intervención quirúrgica, que es necesaria.

En general se debe descartar la imputación objetiva al médico si la propia víctima, por no observar el cuidado que le resulta conveniente atender, se expone a peligros que el profesional no puede prevenir ni evitar.

A la órbita de competencia del paciente hay que atribuir los casos en los cuales él provoca la equivocación del médico, ya sea porque no refiere correctamente los síntomas en el curso de la anamnesis, sea porque omite algunas referencias que pueden resultar decisivas, como podría ser el hecho que está utilizando medicamentos (que resultan contraindicados con los que el facultativo receta) o porque asegura hallarse en ayunas, antes de que se le apliquen métodos anestésicos, y resulta que no es así.

También la técnica terapéutica puede resultar desfavorable dada la conducta del enfermo, ello impide que se le puedan imputar al médico las consecuencias lesivas. Ello será así cuando al profesional no le resulta previsible o evitable (porque no puede dominar el curso de las acciones del paciente) la lesión, v.gr., en los casos en que cree que éste está siguiendo de manera fiel sus indicaciones y en realidad resulta que no es así.

Los casos más extremos se dan en las hipótesis de rechazo de los tratamientos salvadores, ya sea por voluntad de morir o por motivaciones ideológicas. Ellos son identificados doctrinariamente como *suicidio pasivo* y plantean el problema de la posible responsabilidad médica por omisión. Sin embargo, si el profesional ha hecho todo lo que está a su alcance para modificar la decisión, y no lo consigue, no puede intervenir coactivamente ni le será atribuible lo que pase. Si actúa, tampoco será responsable por interferir la voluntad del paciente, siempre que concurren los requisitos del estado de necesidad.

En los casos en los cuales el paciente, por actitudes propias, y que el médico no puede evitar, agrava su situación decae el deber de cuidado del profesional, quien deja de estar en posición de garante del bien jurídico a cuyas manos se había confiado.

En sentido inverso, la imputación objetiva se le puede formular al médico, quien entrega o receta medicamentos (peligrosos a dosis inadecuadas) a personas que no se encuentran en condiciones de controlar su uso. O no detalla con suficiente precisión como debe el enfermo comportarse en los momentos en que se encuentra fuera del alcance de la vigilancia personal del médico. Esa conducta constituye la creación de un riesgo típicamente desaprobado y esto es válido tanto si la incapacidad de la persona que los utiliza es permanente, tanto como cuando pueden sobrevenir episodios durante los cuales no es dado esperar un uso responsable.

En términos generales, actúa típicamente quien determina el uso por un tercero de objetos que son peligrosos, sin advertir acerca del potencial peligro, concretado luego en un resultado lesivo para la vida, la salud o la integridad corporal. Naturalmente todo depende del caso individual, de las características personales de uno y otro de los participantes en esta relación, pues es distinto el grado de responsabili-

dad de quien da un objeto peligroso o suministra una indicación, que también entraña sus riesgos, desde la perspectiva de una confianza generada por sus conocimientos o experiencia, que el de otro, quien sabe que el receptor no le prestará atención, o que antes de hacerlo tomará sus propias precauciones.

Con lo dicho en el párrafo anterior queda claro que los conocimientos del autor acerca de lo que está haciendo y también sobre el saber y la capacidad del sujeto pasivo, constituyen un parámetro para determinar el alcance del deber objetivo de cuidado, cuando el proveedor no sabe más y al tomador ello no le resulta importante, falta el interés para que éste sea protegido a través de una prohibición. Distinto es cuando el proveedor tiene un mayor conocimiento, pues aquí el otro está interesado en que le informe acerca de los posibles factores de riesgo. Si no esa aspiración no se ve satisfecha, también la entrega sin comentarios aparece como una conducta típica, si se traduce en uno de los resultados previstos por la ley. De una manera idéntica esto ocurre si el sujeto pasivo tuviese conocimiento de la posibilidad de la peligrosidad de la conducta subsiguiente del otro y no le formula las respectivas advertencias. Así, quien acepta determinado tratamiento con conocimiento de que puede ser riesgoso a la luz de sus antecedentes personales y no se los hace conocer al médico.

Es decir que hay ciertas situaciones en las cuales los conocimientos y la actitud consiguiente del sujeto pasivo, quien comprende claramente el peligro que lo amenaza y está capacitado para adoptar una decisión razonable, determinan que la autopuesta en peligro excluya la posible tipicidad.

© Editorial Astrea, 2002. Todos los derechos reservados.