

DEBERES, EXENCIONES Y RESPONSABILIDADES EN LA PRÁCTICA MÉDICA SEGÚN LA BIOÉTICA JUDÍA

Fecha de recepción: 09/11/2021

Fecha de aceptación: 17/12/2021

Rab. Dr. Fishel Szlajen

Contacto: fszlajen@gmail.com

- Miembro titular de la Pontificia Academia para la Vida.



Palabras clave

- Bioética
- Riesgo Médico
- Deontología Médica
- Mala Praxis
- Responsabilidad Médica
- Iatrogenia Clínica
- Judaísmo

Key words

- Bioethics
- Medical Risk
- Medical Ethics
- Malpractice
- Medical Liability
- Clinical Iatrogenic
- Judaism

RESUMEN

Este trabajo aborda desde la bioética judía los deberes, exenciones y responsabilidades en la práctica médica ante situaciones donde existen graves y disyuntivos conflictos entre la salud del profesional y la del paciente, así como en caso de daños o lesiones ocasionadas dolosa o culposamente, por el profesional de la salud a pacientes, familias o terceros. Basado en el pormenorizado estudio del corpus legal judío, desde la Biblia, pasando por el Talmud y los diferentes códigos legales llegando hasta las más contemporáneas respuestas, y en comparativa con otros ámbitos de Ley como el penal criminal y el civil-monetario, se exponen y analizan los criterios elaborados y vigentes que aporta la bioética judía, para establecer el grado de riesgo que debe o no asumir un médico o personal de salud en favor de cumplir con su deber y la responsabilidad que le compete ante los resultados de su intervención u omisión. De esta forma, se exponen los aportes de la bioética judía respecto de las obligaciones, permisiones y límites en el accionar del personal de salud respecto de sus pacientes, así como también en qué medida y cuándo se considera iatrogenia clínica y cuáles sus consecuencias.

ABSTRACT

From the outlook of Jewish bioethics, this paper addresses the duties, exemptions and responsibilities that pertain to medical practice both when there are serious and disjunctive conflicts between the professional's and the patient's health, and when the health professional willfully or maliciously causes damages or injuries to a patient, a member of their family or a third-party. In order to determine the level of risk that doctors or health professionals must take so as to carry out their duties and assume responsibility for the consequences of their interventions or omissions, the intricate and current criteria provided by Jewish bioethics are presented and analyzed. This work is grounded on a thorough study of the Jewish legal corpus, which includes the Bible, the Talmud, different legal codes and more contemporary responses, and is compared to other fields of Law, such as criminal, civil and financial Law. In this manner, the way Jewish bioethics has contributed to determine the obligations, permissions and limits that regulate health professional's doings towards their patients are explained, as well as to what extent and when something is considered clinical iatrogenesis and which are its consequences.

En la bioética judía es posible observar no sólo la ausencia en términos generales del deber de poner en serio riesgo la propia vida en pos de salvar otra ya en certero peligro mortal, sino también las ponderaciones que definen el grado de riesgo y su extensión para que éste sea considerado de dudoso peligro mortal. En función de ello, se establece el límite de la aplicación de la bíblica proscripción de deponer contra la vida del prójimo sin transgredir la otra que prohíbe suplir una vida por otra y en coherencia con el principio de la prioridad de la propia vida, aunque sin accionar contra la del otro, también dictaminado así por los más destacados legistas contemporáneos que abordan dicha temática. Incluso y con las modificaciones circunstanciales del caso, estos criterios permanecen vigentes para la profesión médica así como bajo circunstancias bélicas.¹ Cabe aclarar que en situación de guerra y en ocasión de combate, tanto entre soldados como para el enfermero de combate, esta ausencia del deber de arriesgar la propia vida en favor de salvar otra ya en certero peligro, así como el principio de la prioridad de la vida de uno respecto de la del prójimo, tienen otras implicancias debido a las específicas leyes (*halajot*) que rigen en dichas coyunturas tanto en lo colectivo y a favor del pueblo, como en lo que respecta al Estado. No obstante, manteniendo el criterio establecido por el Rab David ben Zimra (1479-1573), de forma tal que si bien en términos generales aquellos principios no se aplican tal como en los casos analizados, por cuanto en batalla todos y cada uno deben arriesgar sus vidas para salvar al prójimo, de todas formas se mantiene el no suplir una vida por otra así como la prohibición que ante un certero peligro de muerte del sujeto y sin posibilidad de salvataje, otro se coloque en similar coyuntura muriendo ambos.²

1 Ver entre otros Mordejai Breish (1895-1976), *ShU"t Jelkat laakov* (Tel Aviv, 1992), vol. "Joshén Mishpat" 33:4, pp. 313-314. Moshé Feinstein, *Iguerot Moshé* (New York, 1973), vol. V "loré Deá II" 174, pp. 286-294. Eliézer Waldenberg, *Tzitz Eliézer* (Jerusalem, 1985, 1990), vol. VIII:15; IX:45; XIII:101; XVI:70, pp. 57-171; 179-185; 207; 179-182. Meshulam Rath (1875-1963), *Kol Mevaser* (Jerusalem, 1955), vol. I:47, pp. 124-125. Ver también el erudito análisis de Ikutiel Halberstam (1905-1994), *ShU"t Divrei Iatziv* (Jerusalem, 2005), vol. VI "Joshén Mishpat" 79, pp. 186-199. Ver también Shabetai ben Meir HaKohén en su *Sifteí Kohén* "loré Deá" 157:3. Moisés Sofer, *Jidushei Jatam Sofer* (Jerusalem, 2003), vol. "Ketubot II" 61b, pp. 99-100. Ver también Ovadia Iosef, *labiá Omer* (Jerusalem, 2002), vol. IX "Joshén Mishpat" 12, pp. 445-450. Itzjak Weiss (1902-1989), *Minjat Itzjak* (Jerusalem, 1993), vol. V:7, 11-24, pp. 29-31.

2 Ver Eliézer Waldenberg, *Tzitz Eliézer* (Jerusalem, 1985), vol. IX:17 por sobretodo en inc. (5); XII:57; XIII:100, pp. 85-87; 157-159; 203-207. Ver también laakov Nabón, "Hatzalat Iajid uRabim BiJlal uBeMiljamá BiFrat (Salvataje del Individuo y del Colectivo en Situaciones Generales y en la Guerra en Particular)". En *Tejumin* IV (1983), pp. 153-172 y Nahum Rakover, *Mesirut Néfesh: Hakravat Halajid LeHatzalat HaRabim* (Jerusalem, 2000).

Respecto a los diversos riesgos de contagio u otros que corre un médico en su profesión, se implementa este mismo criterio³ por cuanto en la profesión médica hay ciertos riesgos que inherentemente son aceptados por la obligación preceptual de sanar o de salvar la vida del prójimo.⁴ Similarmente a los razonables riesgos inherentes de otras profesiones u oficios cuyos titulares que los ejercen están adecuadamente entrenados para ello, también hay otros riesgos que serían virtualmente suicidas sin que nadie espere que el médico arriesgue su vida y que de hecho eventualmente tampoco sería permitido. Pero en las situaciones intermedias en las cuales el médico debe decidir asumir o no un riesgo por sobre el promedio relativo a los de su profesión, como por ejemplo el contagio de una patología mortal o terminal como el caso del virus que provoca el SARS (síndrome agudo respiratorio severo) o del VIH (virus de inmunodeficiencia humana), entre otros, debería preguntarse si asumiría dicho riesgo para tratar al paciente por alguna suma determinada de dinero, y en caso de ser afirmativa debería entonces y anticipadamente correr riesgos semejantes en favor de tratar al paciente, más allá que reciba o no dicha suma. Estas consideraciones basadas fundamentalmente en el criterio del Rab David ben Zimra son aplicadas en los dictámenes de los actuales legistas quienes, en términos generales, por ejemplo, el Rab Isser Unterman (1886-1976) determinó que cuando la seguridad e integridad física de uno y otro individuo entran en conflicto, debe tomarse en cuenta que no todo mismo riesgo se define como mortal para toda persona en la misma circunstancia. De hecho, para salvar a un sujeto ahogándose en un río turbulento, así como no es el mismo riesgo que tomará un potencial salvador que fuera nadador profesional que quien no lo sea, también habría que considerar si el primero cuestionase salvar al sujeto por temor al riesgo debido a la muy baja temperatura del agua. Es por ello que Unterman establece *que estimemos la medida del peligro por la disposición del hombre a salvar sus bienes de su destrucción [o pérdida]. La evaluación requiere entonces ser la siguiente: si [el sujeto] se abstuviera de tirarse al río para salvar sus bienes que fueron arrastrados por éste, debido al temor por el peligro de la baja temperatura del agua, parece que hay en esto [puede categorizarse como] un "dudoso peligro" [para la vida del sujeto]; o que [el sujeto] estuviese dispuesto a abandonar sus bienes y pertenencias con tal que no necesite ir a un lugar de ataques [agresiones], y [todo otro caso] similar. Sin embargo, si ante una grave destrucción [o pérdida] [de sus bienes o pertenencias], [el sujeto] no se abstuviese*

3 Lehuda David Bleich (1936-), "AIDS: Jewish Concerns". En *Bioethical Dilemmas: A Jewish perspective* (New Jersey, 1998), pp. 161-169,

4 Éxodo 21:19 y TB, *Babá Kamá* 85a

[del accionar indicado para su salvataje o recuperación], *esto prueba que en verdad no hay aquí un "peligro mortal", y por supuesto recae sobre él el deber de ir y ayudar a su prójimo, como está escrito "no depondrás contra la sangre [vida] de tu prójimo"* [Levítico 19:16]; y esto es simple.⁵ Queda claro con esto además la diferencia entre el criterio del peligro o dudoso peligro de muerte que posibilita transgredir los preceptos del *Shabat*, basado en el precepto del Levítico 18:5 "y vivirán en [por] ellos" y donde un mínimo peligro de muerte permite la transgresión necesaria para la atención por ejemplo de una parturienta,⁶ y el criterio para salvar una vida en certero peligro de muerte, basado en el precepto del Levítico 19:16 "no depondrás contra la sangre [vida] de tu prójimo", donde el mínimo peligro no exceptúa al potencial salvador de intentar rescatar a quien se encuentre en certero peligro de muerte. Por ello, no pudiendo establecer como criterio de peligro para la exención o no de dicho precepto el criterio que posibilita transgredir o no el *Shabat*, y por extensión tampoco el criterio de peligro que exige coyunturalmente al sujeto de cumplir preceptos, establecido por el Levítico 18:5 que comanda que *el hombre hará y vivirá [en] por ellos*. Y con base en los comentarios de RaShí (Rab Shlomo Itzjaki, 1040-1105) al TB (Talmud Babilónico), *Pesajim* 25b, al tratar la ley que prohíbe salvarse matando a otro, dado que la sangre de uno no es más roja que la del otro y por cuanto *¿quién dirá que tu vida es más estimada ante Dios que la del otro?, ¿tal vez la del otro sea más estimada?*, es posible colegir que en el caso de quien se exponga a un peligro certero o dudoso peligro mortal para salvar a otro quien se encuentra en dicha situación, también la vida del potencial salvador es estimada por Dios. Con esto en mente, por un lado el Rab Waldenberg (1915-2006) establece que al médico por su obligación preceptual extra, debiendo rezar por la protección divina y el éxito en su práctica médica y sanación del paciente además de que no se le considere como transgresión el exponerse al peligro, le está permitido exponerse a riesgos para atender a pacientes aunque debe considerar el grado de peligrosidad que esto representase ante quien padece de una peligrosa enfermedad contagiosa y la inexistencia de los adecuados medios para evitar el contagio poniéndose a sí mismo en "dudoso peligro".⁷ Por otro lado, aunque sin contradicción, el Rab Shmuel Vosner (1913-

5 Isser Untermann, *ShU"T Shévet Milehudá* (Jerusalem, 1955), vol. I, I:9, p 23.

6 Iosef Karo, *Shulján Aruj "Oraj Jaim"* 330.

7 Eliézer Waldenberg, *Tzitz Eliézer* (Jerusalem, 1985), vol. VIII:15, "Kuntrás Meshivat Néfesh" 10:13, pp. 116-117; IX:17 "Kuntrás BeDinei Refuá BeShabat" 5:10-12, p. 87.

2015)⁸ dictamina la prohibición por parte del médico de evadir su obligación desatendiendo a quien padece de una peligrosa enfermedad contagiosa, pero debiendo con la misma intensidad obligatoria tomar todos y cada uno de los recaudos con la mayor rigurosidad posible y disponible para no ser infectado. Similarmente el Rab Itzjak Zylberstein (1934-),⁹ quien bajo el criterio mencionado por el cual si el sujeto no está dispuesto a aceptar el riesgo que conlleva determinada acción para beneficio propio, tampoco tiene la obligación ni puede obligársele a la misma acción para salvar a otro; determina la no obligación por parte de una médica embarazada para tratar a un paciente afectado de rubéola, por el riesgo de contagio y su asociada alta probabilidad de mortalidad fetal o defectos congénitos fatales. Y sin poder abortar en este último caso, salvo que dichas circunstancias devengan en una patológica depresión de la mujer u otro estado que ponga en riesgo su vida y salud, representando en definitiva dicho riesgo de contagio una amenaza significativa para la vida de la profesional y donde el común de las mujeres no aceptaría someterse a tal riesgo.

Bajo estas consideraciones, cabe aquí exponer lo relativo a la obligación y los límites de salvar a quien intenta suicidarse cuando dicha acción conlleva significativo peligro para el potencial salvador, por cuanto se condice con lo ya analizado respecto de la extensión del precepto de no deponer ante la vida del prójimo y los criterios para establecer hasta qué punto el potencial salvador debe arriesgarse para salvar la vida de otro en certero peligro. En este sentido, desde ya que bajo el precepto mencionado del Levítico 19:16 *no depondrás contra [no te quedarás quieto ante] la sangre [vida] de tu prójimo*, el cual se codifica en el *Shulján Aruj* al legislar estableciendo que *quien observe a su prójimo ahogarse en el mar, o bandidos que se allegan a él, o un animal salvaje que va hacia él, y puede salvarlo por sí mismo o pagar a otros para que lo salven, y no lo salva; o bien escuchó a los paganos o entregadores que piensan maliciosamente sobre él o le ocultan una emboscada [trampa] y no le advirtió a su prójimo anoticiándolo;... [...] y en todos los casos análogos a estos, transgrede el precepto de no deponer contra la sangre [vida] de tu prójimo;*¹⁰ además de la ley respecto del *rodef* o "persecutor", reglada en la Mishná, *Sanhedrín VIII:7* y TB, *Sanhedrín 73a-b*, así como en TB, *Pesajim 25b*, según la cual está permitido y hasta resulta un deber matar al persecutor en pos

8 Shmuel Wosner, *Shévet HaLevi* (Bnei Brak, 2002), vol. VIII:251, 7, p. 219.

9 Itzjak Zylberstein, "¿Ad Kama Jaiav Rofé Leistajen Kedei Lehatzil Ajerim? (¿Cuánto Debe el Médico Arriesgarse para Salvar a Otros?)". En *Assia* 41 (1986), pp. 5-11.

10 Iosef Karo, *Shulján Aruj* "Joshen Mishpat" 426:1.

de salvar a la inminente víctima, se infiere el deber de salvar a quien está a punto de cometer suicidio. Sin embargo, y a partir del Deuteronomio 22:3 *Así harás [has de regresarlo] con su asno, así harás con su vestimenta y así harás con cualquier pérdida de tu hermano que se pierda de él,...* la exegética entiende que la redundancia del verbo "perder" es indicativa de su referencia específica a un extravío u olvido accidental o fortuito de las posesiones y como tal no intencional sino por lo contrario contra su voluntad, diferente al caso del abandono intencional del bien. Se tiene entonces el principio legal (*halájico*) extraído principalmente del TB, *Babá Matziá* 23b-25b, 31a y TB, *Babá Batrá* 87b el cual indica que "lo perdido conscientemente [voluntariamente y por propia iniciativa] está exento de ser devuelto", en el sentido que no hay al menos obligación alguna de reintegrar aquello encontrado y que el poseedor lo dejó o abandonó intencionalmente, codificado así por Maimónides y luego por el *Shulján Aruj* diciendo idénticamente que *A quien pierde su propiedad conscientemente [voluntariamente y por propia iniciativa] no hay necesidad de ayudarlo a recuperarlo, aclarando luego que y aun cuando a quien vio esto [la acción por la cual intencionalmente la persona abandonó su propiedad] se le esté prohibido tomar [dicha propiedad] para sí, no está obligado a retornarla.*¹¹ De este principio se colige por analogía la obligación de salvar la vida o retronarle la salud perdida a quien enfermó, aunque la fuente preceptual del médico para curar reside principalmente en Éxodo 21:19 donde indica que y *curar curará* -cuyo desarrollo exegético determina las permisiones y puniciones al profesional en función de su práctica médica. No obstante, también se infiere¹² su aplicación análoga para determinar la exención de la obligación de salvar a quien intenta suicidarse dado que éste intencionalmente desea abandonar aquello que le pertenece, su vida o su cuerpo, pudiendo por ello deducir que en dicho caso no se transgrede la prohibición de deponer contra la vida del prójimo, presuponiendo que dicho precepto se aplica sólo para quien está en riesgo accidental o fortuitamente en analogía al precepto de devolución del bien perdido a quien lo extravía de la misma forma, pero no intencionalmente abandonado. Sin embargo, ante la prohibición de dañarse y del arbitrario uso del cuerpo dado que éste no es propiedad de su portador, sino más bien es un habiente en usufructo, es decir, con carácter fiduciario, tal como lo explicita el Rab David ben Zimra cuando ante el análisis sobre la ley que sentencia Maimónides y por la cual la corte de justicia

11 Maimónides, *Mishné Torá "Ilijot Guezelá VeAvedá"* XI:11. Iosef Karo, *Shulján Aruj "Joshen Mishpat"* 261:4. Ver también Moisés Isserles, *Mapá* a la cita del *Shulján Aruj*, quien equipara la pérdida intencional al abandono.

12 Ver Iosef Babad (1801-1874), *Minjat Jinuj* (New York, 1966), vol. I:34, pp. 53b-54a (106-107); vol. II:237, p. 58b (116).

no sentencia a azotes o pena capital a un sujeto por su sólo testimonio oral o confesión a modo de evidencia auto-incriminatoria, sino mediante dos testigos que acrediten aquello por lo cual dicho sujeto sea pasible de aquella pena, y ello acorde al principio legal (*halájico*) "el hombre no se coloca a sí mismo como malvado", Zimra comenta que el sentido de este principio bien puede ser *acorde a que la vida del hombre no es su propiedad sino la propiedad del Santo, Bendito Es Él, por cuanto está dicho "He aquí todas las almas, mías son ellas (Ezequiel 18[:4])"...*¹³ Y por ello, no admitiendo como prueba la confesión sobre aquello que no le pertenece, a diferencia de la validez de la confesión de los cargos para cuestiones económicas dado que su patrimonio sí le pertenece. Y así según Zimra, hay una coherencia manifiesta entre el hecho de prohibir el suicidio y la testificación en contra de sí mismo cuando la transgresión en cuestión es penada capitalmente, pudiendo esto asemejarse a la moderna figura denominada *suicide by cop*; y todo ello por cuanto la vida no es propiedad del sujeto que la usufructúa. En este sentido el mismo Maimónides basado en Números 35:31-33 donde se prohíbe aceptar rescate monetario como fianza para liberar de sus respectivas puniciones a quienes son condenados por homicidio doloso o culposo, al abordar la ley por la cual la corte de justicia no puede aceptar dicha fianza en estos casos y sin importar el monto que se esté dispuesto a pagar y ni siquiera si los familiares de la víctima están dispuestos a perdonar al victimario, explica que el motivo de la irrevocable ejecución de la sentencia para aquel condenado por homicidio es por cuanto *el alma de éste [de la víctima] no es propiedad del redentor de la sangre [del familiar de la víctima quien estuviese dispuesto a perdonar al asesino], sino propiedad del Santo, Bendito Es Él.*¹⁴ Es por ello que la analogía antes mencionada no es válida para determinar la exención del deber de salvar a quien intenta suicidarse. Suicidio definido originalmente como quien consciente, intencional y por propia iniciativa abandona su vida,¹⁵ dado que siempre la ley para la respectiva obligación o exención de devolución refiere a la pérdida accidental, así como al abandono intencional por parte del sujeto de su misma propiedad, pero la vida no es por definición propiedad del sujeto. Este es el factor por el cual, aun cuando existe cierta facultad del sujeto para con su cuerpo en carácter de tenedor en usufructo, resultando en la capacidad para determinar la omisión de ciertas acciones sobre éste, la mayoría de los legistas sentencia la no distinción entre el deber de

13 Comentario de David ben Zimra a Maimónides, *Mishné Torá "Iljot Sanhedrin"* XVIII:6.

14 Maimónides, *Mishné Torá "Iljot Rotzeaj uShmirat HaNéfesh"* I:4.

15 *Masejtot Ketanot*, "Semajot" II:2; Iosef Karo, *Shulján Aruj "loré Deá"* 345:2-3.

salvar la vida de quien intenta suicidarse así como la de otro en peligro de muerte por otras circunstancias,¹⁶ manteniendo similares criterios en cuanto al límite en la exposición al riesgo por parte del potencial salvador respecto del peligro de muerte del potencial salvado.

Resulta importante considerar que la aplicación de estas medidas para con el moribundo recaen también para el profesional médico. Tal como se mencionó y si bien la fuente para la preceptual obligación médica radica en el Éxodo 21:19 donde indica que *y curar curará*, este versículo es entendido en el contexto bíblico donde se encuentra y por el TB, *Babá Kamá* 85a, como uno de los ya mencionados deberes indemnizatorios de quien lesione culposamente a su prójimo, en este caso solventar los costos médicos, y por ello es normalmente traducido como y "su curación costeará" o "hará que se cure".¹⁷ Más específicamente el *tanaíta* Rabi Íshmael (90-135 e.c.), establece en la misma cita talmúdica que *de aquí es que se le da permiso al médico para curar*, pudiendo observar también en el TB, *Berajot* 60a, aquello relativo a la plegaria hacia Dios tanto del paciente para que el tratamiento lo cure, así como del médico para que su práctica sea efectiva. No obstante, en relación a dicho precepto cabe mencionar que en el marco de los homicidios culposos cuya pena es el exilio a las bíblicas ciudades de refugio,¹⁸

16 Ver Menashe Klein, *Mishné Halajot* (New York, 2009), vol. VIII:56; IX:399, pp. 84; 403-404. Otro argumento, entre varios, por parte de quienes sostienen la exención del "no depondrás contra la vida de tu prójimo" en caso de no salvar a quien intente suicidarse, se basa en el principio *halájico* tratado en TB, *Babá Matziá* 30a-b, denominado "sabio [anciano] y [cuya acción a realizar por un deber general] es inconsistente con su dignidad", según el cual un hombre respetado, anciano o sabio está exento de ocuparse en ciertas acciones cuando las condiciones de éstas lesionan su dignidad. Este concepto está relacionado con la ley la cual demanda el deber de regresar el artículo perdido a su dueño, pero que en el caso de un sabio o anciano respetado que encontrase alguna propiedad suya perdida no la levantaría recuperándola dado que las circunstancias dañarían su reputación, está también exento de tomarlo y devolverlo a su dueño bajo las mismas circunstancias. Ver Iosef Karo, *Shulján Aruj "Joshen Mishpat"* 263:1. Y así, algunos extienden esta excepción también para el caso que el salvar al prójimo implique la humillación de uno mismo, cuando es un sabio o anciano respetado. No obstante, este argumento no sólo es también refutado debido a que la vida no es considerada como propiedad y por ello rompiendo la naturaleza de dicha analogía establecida, sino además y por la mayoría de los legistas este argumento es refutado de hecho por la casuística legal ya que, en el mismo Talmud, numerosos sabios y grandes de Israel han salvado vidas de sus prójimos demostrando lo contrario. Ver Moshé Feinstein, *Iguerot Moshé* (New York, 1973), vol. V "*Ioré Deá II*" 174, pp. 186-194. Ver también respecto del deber de profanar el Shabat para salvar la vida de quien intenta suicidarse tipificado como *pikúaj néfesh*, Eliézer Waldenberg, *Tzitz Eliézer* (Jerusalem, 1985), vol. VIII:15, 4, pp. 73-79. Moshé Feinstein, *Iguerot Moshé* (New York, 1973), vol. VI "*Ioré Deá III*" 90, p. 334. Ver también *in extensu* Ovadia Iosef, *Iabíá Omer* (Jerusalem, 1995), vol. VIII, "*Oraj Jaim*" 37:5, pp. 166-167. Mordejai Breish, *ShU" T Jeikav laakov* (Tel Aviv, 1992), vol. I, "*Oraj Jaim*" 155 pp. 239-241.

17 Ver comentarios de RaShÍ a la cita bíblica y Targum Onkelós.

18 Ver Números 35:6,11-15. Ieoshúa 20:2-3; 21:13,21,27,32,36. Crónicas I, 6:42,52.

tal como para el caso de quien por arrojar una piedra al dominio público mata a una persona pero quedando exento de pena si aquel extraño se encontraba sin autorización dentro de la propiedad de quien arrojó la piedra,¹⁹ la Tosefta, fuente legal complementaria a la Mishná, dictamina en comparación con el verdugo que *un enviado* [verdugo] *por la corte rabínica de justicia que flageló* [al reo penalizado con azotes o a quien evitó apersonarse ante la corte a demanda de ésta] *con la autorización de aquella corte* [y aquel sujeto murió por error del verdugo], *ciertamente* [éste] *es exilado* [a la ciudad de refugio destinada a los homicidas culposos]; *un médico práctico* [que cura mediante actividad manual en lugar de sólo diagnosticar y recetar (por ejemplo un cirujano)] *que curó bajo autorización de la corte rabínica de justicia* [y dicho paciente murió por error en la práctica médica o tratamiento instrumentado por aquel profesional] *es exilado*; *quien con autorización de la corte rabínica de justicia practicare un aborto a una mujer* [para salvar la vida de ésta, (ver Mishná, *Oholot* VII:6)] *y la matare* [por error en la práctica médica] *es exilado*.²⁰

Por otro lado, otra Tosefta bajo la misma comparativa pero ahora en relación a los daños provocados determina que *un enviado* [verdugo] *por la corte rabínica de justicia que flageló* [al reo] *con autorización de aquella corte y daño* [en demasía o provocando algo no esperado aunque sin poder saber si esta fue su intención] *está exento* [de retribución monetaria por parte] *de una corte de justicia humana y su juicio se entrega a los cielos* [dado que Dios sí sabe cuál fue la intención]; *quien con autorización de la corte rabínica de justicia practicare un aborto a una mujer* [para salvar la vida de ésta (ver Mishná, *Oholot* VII:6)] *y la dañare* [por error provocando una lesión adicional por dicha intervención] *está exento* [de retribución monetaria por parte] *de una corte de justicia humana y su juicio se entrega a los cielos*; *el médico práctico* [que cura mediante actividad manual en lugar de sólo diagnosticar y recetar (por ejemplo un cirujano)] *que curó autorizado por la corte rabínica de justicia y daño* [por error provocando una lesión adicional por dicha intervención] *está exento* [de retribución monetaria por parte] *de la corte de justicia humana pero culpable en el juicio celestial* [y en caso que haya ocurrido sin dicha autorización es culpable debiendo retribuir monetariamente] [...] *un enviado* [verdugo] *por la corte rabínica de justicia que flageló* [al reo] *con la autorización de aquella corte y daño* [lesionó más por error] *está exento* [de re-

19 Mishná, "Makot" II:2.

20 Tosefta (ed. Zuckerman-Liebermann), "Makot" II:5. Ver también comentarios a la cita por parte de Itzjak HaKohén Schwadron en su *Minjat Itzjak*.

tribución monetaria], *pero si laceró en mayor medida a lo considerado adecuado* [de forma innecesaria, indebida o fuera de lo comandado], *entonces es culpable* [retribuyendo monetariamente]; *un médico práctico* [que cura mediante actividad manual en lugar de sólo diagnosticar y recetar (por ejemplo un cirujano)] *que curó autorizado por la corte rabínica de justicia y dañó* [lesionó más por error] *está exento* [de retribución monetaria], *pero si dañó en mayor medida a lo considerado adecuado* [de forma innecesaria, indebida o fuera de la apropiada práctica médica], *entonces es culpable* [retribuyendo monetariamente].²¹ Y en este mismo sentido un tercera Tosefta establece también que *un enviado* [verdugo] *por la corte rabínica de justicia que flageló* [al reo] *con la autorización de aquella corte y lesionó* [más de lo previsto] *por error está exento* [de retribución monetaria], *si lo hizo dolosamente es culpable* [y retribuye monetariamente], *y esto es para la enmienda del mundo* [debido a la necesidad social y en beneficio de la gente]; *un médico práctico* [que cura mediante actividad manual en lugar de sólo diagnosticar y recetar (por ejemplo un cirujano)] *que curó con autorización de la corte rabínica de justicia y lesionó* [más de lo previsto] *por error está exento* [de retribución monetaria]; *si lo hizo dolosamente es culpable* [y retribuye monetariamente], *y esto es para la enmienda del mundo* [debido a la necesidad social y en beneficio de la gente]. *Quién practicar un aborto a una mujer* [para salvar la vida de ésta (ver Mishná, *Oholot* VII:6)] *con la autorización de la corte rabínica de justicia, y lesione* [a la mujer] *por error está exento* [de retribución monetaria], *si lo hizo dolosamente es culpable* [y retribuye monetariamente], *y esto es para la enmienda del mundo* [debido a la necesidad social y en beneficio de la gente].²²

Para abreviar y a los efectos de la obligación del médico para curar y la prohibición para abstenerse de ello, cabe resaltar que el Rab Iosef Karo codifica en su *Shulján Aruj* que *La Torá le dio la autorización al médico para curar. Y esto es un precepto. Y está incluido en el principio* [legal] *de salvar la vida* [pikúaj néfesh]. *Y quien se abstiene de curar es un derramador de sangre, incluso cuando haya quien lo cure* [al paciente], *por cuanto no todo hombre tiene el mérito de curar. Y quien no sea su oficio el curar pero que sea un diestro en ello, siempre que no haya alguien más grande* [apto o experimentado] *que él, si no lo hace, es un*

21 Tosefta (ed. Zuckerman-Liebermann), "Babá Kamá" VI:17 y IX:11. Ver también comentarios a la cita por parte de Itzjak HaKohén Schwadron en su *Minjat Itzjak*, donde la numeración de la cita cambia por VI:5-6 y IX:3 respectivamente, y donde respecto de la primera es posible observar algunos pequeños cambios terminológicos obedeciendo a otra versión.

22 Tosefta (ed. Zuckerman-Liebermann), "Guitín" IV:6. Ver también comentarios a la cita por parte de Itzjak HaKohén Schwadron en su *Minjat Itzjak*, donde la numeración de la cita cambia por III:13.

derramador de sangre. Y si curó sin autorización de la corte rabínica de justicia [y daño por error], es culpable penalizado con retribución monetaria, incluso si es alguien experimentado. Y si curó con la autorización de la corte rabínica de justicia y se equivocó y lesionó al paciente, está exento [de retribución monetaria por parte] de la corte de justicia humana pero culpable en el juicio celestial. Y si mata [al paciente], entendiéndolo que es por error, debe exilarse por aquél [a la ciudad de refugio destinada a los homicidas culpables].²³ En la actualidad, el diploma de médico y su correspondiente matrícula profesional emitida por una institución reconocida por la entidad nacional competente es considerado como la autorización de la corte rabínica de justicia.

Ahora bien, a partir de estas tres fuentes citadas surgió entre los exégetas y legistas una serie de interrogantes. En primer lugar, la aparente incongruencia en la afirmación del permiso conferido por la Torá al médico para curar respecto de la postulación del curar como precepto prescriptivo, ya que, de ser una obligación, ésta cancela el permiso como facultad electiva del médico para actuar o rehusar atender al paciente. Una de las explicaciones que resuelve dicha aparente incongruencia, es que la verdadera sanación la otorga Dios como único y verdadero depositario de dicha facultad *per se*, tal como indica reiteradamente la casuística bíblica y hasta de hecho pronunciado por Dios mismo,²⁴ y por ello el permiso es el otorgado por Él al médico para ocuparse en el ámbito de la curación pero instrumentado y limitado a la práctica médica dentro de las variables naturales dadas también por Dios, sin que por ello se obstruya el designio divino sino más bien como un gran servicio a Él.²⁵ Y esto es debido a que dicho permiso se observa en el contexto bíblico y en formato preceptual no sólo en el Éxodo 21:19, sino también ya desde el Génesis 2:7 donde Dios crea al hombre como un ser o alma viviente y cuyo tratamiento en TB, *Taanit* 22b, indica por boca de Rab Iosi la interpretación de la obligación por parte del hombre de sustentar el ser o alma que Dios le otorgó. Así también en el Levítico 18:5 donde comanda el vivir en/por los preceptos incluyente del correspondiente al médico para curar al individuo; y en el Levítico 19:16-18 donde el no deponer ante la vida del prójimo y amar a éste como a uno

23 Josef Karo, *Shulján Aruj* "loré Deá" 336:1. Ver también Iaakov ben A(O)sher, *Arbaá Turim* "loré Deá" 336.

24 Ver Génesis 20:17. Éxodo 15:26; 23:25. Números 12:13. Deuteronomio 32:39. Jeremías 17:14; 30:17. Salmos 6:3; 30:3; 103:3; 107:20; 147:3. Iov 5:18.

25 Ver Mishná, "Nedarim" IV:4 y los comentarios de Maimónides en su *Pirush HaMishná* al "Nedarim" IV. Maimónides, *Shmoná Prakim* (Jerusalem, 2004) V, pp. 62-72. Ver también Shlomo ben Adret (c.1235-c.1310), *ShU" T HaRaShbA* (Bnei Brak, 1958), vol. I: 413, pp. 144-150.

mismo, es citado por el Rab Eliézer Waldenberg para demandar del médico su deber para la asistencia en pos de salvar al paciente o bien disminuirle los sufrimientos.²⁶ Mismas consideraciones son aplicadas respecto del Levítico 25:36 donde comanda la obligación de asistir al prójimo para que pueda vivir contigo, y del Deuteronomio 4:15 al preceptuar a todo individuo que cuide su ser o alma, los cuales son también interpretados por diversos legistas como incluyentes de la obligación del médico para con quien requiriese de sus servicios. Por ello, una vez permitido incursionar en este ámbito surge entonces la obligación del hombre para sanar a su prójimo en la medida de sus posibilidades y conocimientos, penalizándolo en caso de abstinencia, dado que en términos de causas medias la vida del paciente ahora depende del médico, aunque por su primera causa siempre de Dios.²⁷

Por otro lado y respecto de la obligación de atender, curar o paliar sufrimientos por parte del profesional médico al paciente, en aquellas citas de la Tosefta si bien se analogan respectivamente y en los mismos términos el accionar del médico con el del verdugo, no obstante y dado que nunca se predica del verdugo aquel permiso que la Torá confiere al médico –más allá de la autorización de la corte para sus respectivas labores–, la analogía entre la obligación del médico de curar y la del verdugo para cumplir lo decretado por la corte rabínica de justicia, y entre el error del médico que causare la muerte del paciente con el error del verdugo que causare la muerte del penalizado existe una diferencia específica entre ambos la cual radica en aquel permiso otorgado al médico para curar deviniendo luego en dicha obligación, entendido como una mayor contemplación hacia el médico por algún error que causare la muerte no intencionada de su paciente. Pero, por otro lado, las ya mencionadas citas de la Tosefta no especifican exactamente a qué tipo de error refieren tanto en la práctica médica como en la ejecución de la pena por parte del verdugo. Y más aún, la Mishná, *Makot* II:2 en nombre del *tanaita* Aba Shaúl (s. I e.c.) indica que el verdugo enviado y autorizado por la corte rabínica de justicia que azota al sujeto así penalizado y éste muere, no es exilado a la ciudad de refugio destinada a los homicidas culposos, y por ende también en dicha asociación comparativa el médico tampoco lo sería, contrariando de hecho la citada primera Tosefta. Es por ello que, esta falta de especificidad respecto del error del médico más la obviedad de referir aquellas citas a errores distintos, produjo ciertas discusiones sobre la pena de exilio ante la muerte del paciente a manos del médico, pudiendo observar, aunque ciertamente en menor grado la misma dinámica

26 Eliézer Waldenberg, *Tzitz Eliézer* (Jerusalem, 1985), vol. XV:38, pp. 99-101.

27 Ver comentarios de RaShí al TB, *Babá Kamá* 85a. Ver también David Halevi, *Turei Zaav* "loré Deá" 336:1.

respecto del error que obliga o exime al médico de indemnización económica al paciente por lesiones. No obstante y de todas formas los ulteriores legistas han podido resolver dicha disputa estableciendo el siguiente criterio que permite comprender la racionalidad y las consideraciones implícitas en la formalización de la Ley.

Sistematizando lo declarado por las citas de la Tosefta más la citada última Mishná, *Makot* II:2, es posible observar que en el caso del verdugo el error que causare la muerte del sujeto de punición y descartando la acción dolosa, pudo ser por dos motivos. Por haber errado la corte rabínica de justicia en la cantidad de azotes considerando que estos no matarían al sujeto estando el verdugo obligado a acatar exactamente lo dictaminado por aquella corte, caso en el cual éste queda exento de exilio debido a que su accionar fue en favor del cumplimiento preceptual.²⁸ O bien por haber el verdugo obrado negligente o culposamente aplicando más azotes que los dictaminados por la corte o de forma innecesaria o indebida, donde ciertamente el verdugo es penalizado con exilio por homicidio culposo.²⁹ Similarmente y sin provocar la muerte en el sujeto de punición, cuando el verdugo accidentalmente dañe en demasía o provoque una lesión no prevista en aquel sujeto está exento de pago indemnizatorio, incluso en caso de no poder determinar si efectivamente no hubo dolo. Contrariamente, el verdugo deberá resarcir económicamente al sujeto de punición en caso que, aquellas lesiones adicionales hayan sido provocadas dolosamente o con saña incluso de haber obrado dentro de los límites técnicos conforme a los dictaminado por la corte. Y más aún si aquel incremento en las lesiones obedece a un obrar punitivo innecesario, indebido o fuera de lo comandado.

No obstante, y para el caso del médico -aclarando que se trata del profesional que instrumenta la cura o tratamiento con acciones físico químicas directas por propia mano sobre el cuerpo del paciente-, y descartando los casos donde existe el dolo, la única cita de la Tosefta que refiere a la muerte del paciente a manos del médico indica básicamente que por todo error de éste que provocare la muerte de aquél deberá exilarse. Aunque en la inferencia a partir de la citada Mishná habría errores por parte del profesional médico que lo eximirían del exilio ante la muerte de su paciente. Sin embargo, aun cuando dentro de las citas de la Tosefta subsiste cierto grado de indefinición respecto del tipo de error del médico que provocare

28 TB, *Makot* 8a. Maimónides, *Mishné Torá* "Ilijot Rotzeaj uShmirat HaNéfesh" V:5-6. Najmánides, *Jidushei HaRaMbaN al HaSha"S* (Jerusalem, 1970), vol. "Makot" 8a, pp. 56-60.

29 Mishná, "Makot" III:14. TB, *Babá Kamá* 32b.

daños o lesiones adicionales en el paciente y por lo cual aquél estaría exento o bien obligado a indemnizar económicamente a su paciente, es posible observar al menos la incipiente diferencia entre el error accidental o la falta devenida del obrar innecesario, negligente, indebido o fuera de la apropiada práctica médica. En este sentido, es posible considerar la exención de pena indemnizatoria por parte del médico, si obrando con la suficiente escrupulosidad y profesionalismo provocara en el paciente accidentalmente y dentro de los parámetros normales de error humano, lesiones mayores a las consideradas propias de la estricta y técnica práctica médica. Aquí el médico, incurriría en lo actualmente denominado como "iatrogenia clínica" donde el paciente padece de una lesión o daño que antes no tenía y cuya causa es derivada de la propia atención médica incluyendo también el agravamiento de determinada patología o el surgimiento de otra causada por el acto médico que a pesar de haberse realizado debidamente no ha conseguido la recuperación de la salud del paciente. Pero, en caso que el médico no haya obrado con dicha debida suficiencia sino displicente y negligentemente incurriendo en errores por imprudencia, y como consecuencia el paciente padezca lesiones adicionales por dicha mala praxis ciertamente deberá el médico resarcir al paciente económicamente. No obstante y como ya se ha mencionado, esta inferencia y distinción entre error culposo o accidental no es referida en las citas para el caso de muerte del paciente dado que sólo en la primera de estas citas de la Tosefta refiere al caso de exilio del médico por el error que causó la muerte de su paciente, pudiendo considerar *prima facie* la irrelevancia entre lo culposo o accidental en caso de muerte del paciente a manos del médico debiendo éste exilarse, pero no engarzando racionalmente dicha consideración con la inferencia a partir de la Mishná citada.

En relación a la última cita de la Tosefta donde se explica que la exención o punición económica que le cupiese al verdugo así como al médico en función del carácter culposo, accidental o doloso de su obrar y por el cual provocó lesiones adicionales en sus respectivos sujetos objetos de acción, y que todo ello es en pos de la enmienda del mundo por una necesidad social y en beneficio de la gente, Najmánides (1194-1270) indica que *Quiere decir, que es posible que el médico diga [renunciando a su profesión o no deseando serlo] por qué me inmiscuiré en estos problemas, dado que posiblemente me equivoque y me encuentre con que maté a personas por error; por ello, la Torá le dio el permiso de curar.*³⁰ Aquí parece extender o ampliar aquella exención de indemnización económica por parte

30 Najmánides, *Kitvei RaMbaN* (Jerusalem, 2006), vol. II, *Torat HaAdam*, "Iníán Sacaná", pp. 41-43.

del médico hacia el paciente en caso de iatrogenia clínica, a cuando accidentalmente el médico provocare la muerte del paciente interpretando el citado permiso dado por la Torá, como aquella extensión de dicha exención no distinguida al menos en la citada Tosefta. Similar argumento analizado para el caso del verdugo se aplica también para el juez, cuando sin intención ni negligencia sino dentro de los parámetros normales considerados de error humano, se equivocan respectivamente lidiando con la vida del sujeto de punición o el procesado, así dispuesto en TB, *Sanhedrín* 6b³¹ y luego codificado en el *Shulján Aruj*.³² Donde además el Rab Moisés Ísserles (1530-1572) en sus comentarios³³ claramente declara que el juez no debe abstenerse de juzgar por temor a no encontrar la verdad, sino que debe llevar a cabo sus oficios y funciones con toda la rigurosidad metodológica del caso y con el mayor temor a Dios, examinando e investigando en detalle lo que tiene a la vista hasta obtener la mayor claridad posible respecto del episodio o caso en cuestión.

Y a esto debería agregarse el hecho que la Tosefta siempre refiere al *rofé umán*, expresión en hebreo traducida como "médico práctico" en el sentido del profesional que instrumenta la cura o tratamiento con acciones físico químicas directas por propia mano sobre el cuerpo del paciente, distinguiéndolo del otro denominado "médico que cura con brebajes y drogas", pudiendo ser éste el clínico quien ejerce su profesión más desde el diagnóstico y el tratamiento medicamentoso. Estableciendo así las diferencias del caso para el error de cada uno y en analogía con el caso del verdugo que cumple lo dictaminado por la corte rabínica de justicia, donde si ésta se equivocara en la intensidad punitiva muriendo el reo al ejecutar el verdugo aquel dictamen, éste quedará exento de exilio, tal como se infiere de la citada Mishná, *Makot* II:2.³⁴ En otras palabras, fuera del accionar doloso, por un lado es posible inferir que ante el error accidental en la práctica médica habiendo actuando con todo rigor, suficiencia e idoneidad profesional disponible, el médico estaría exento de punición económica por lesiones adicionales o de exilio por la muerte del paciente, como consecuencia de la permisión dada por la Torá y así interpretada por Najmánides. Mientras que las lesiones o muerte provocadas

31 Ver también comentarios de RaShí a la cita talmúdica.

32 Iosef Karo, *Shulján Aruj* "*Joshen Mishpat*" 15:4-5.

33 Moisés Ísserles, *Mapá* "*Joshen Mishpat*" 15:4-5. Ver TB, *Sanhedrín* 32a-b para las variables respecto de un fallo erróneo y su eventual método de rectificación tanto del fallo como de las implicancias por los daños. Ver también Najmánides, *Kitvei RaMbaN* (Jerusalem, 2006), vol. II, *Torat HaAdam*, "*Inján Sacaná*", pp. 41-42.

34 Ver Shimón ben Tzémaj Durán (1361-1444), *ShU"t HaTaShbeTz* (Lemberg, 1891), vol. III:82, p. 9a.

por negligencia o desidia en la implementación son penas económicamente o con exilio en los respectivos casos. Y a ello es posible adicionar en la asociación comparativa entre la corte rabínica de justicia y el verdugo, la distinción entre la muerte del paciente por el error del médico diagnosticador o propedéutico pero cuyo tratamiento prescripto se aplica por otro en la debida forma según aquella presunción, donde el médico instrumentador estaría exento de exilio; y la muerte del paciente debido al diagnóstico correcto pero el error en la implementación del tratamiento prescripto, donde el médico instrumentador sería penado con exilio. Resulta claro que en esta analogía el diagnóstico hace las veces de dictamen de la corte de justicia y el profesional que implemente el tratamiento acorde al diagnóstico -pudiendo ser el mismo que diagnosticó-, equivale al verdugo, siendo siempre el error del instrumentador en ambos casos más crítico por tener una acción directa sobre la muerte del sujeto en cuestión y sin dejar alternativa al paciente respecto del accionar. Dinámica o posibilidad que sí se da entre el médico diagnosticador y el propio paciente quien tiene la posibilidad de decidir si implementar o no el tratamiento medicamentoso o la intervención física indicada por aquél. Pero de todas formas si este error del médico práctico fuese accidental no resulta culpable penalizándolo con exilio, aunque en caso de error culposo se considera que el médico no está actuando cumpliendo con su precepto al igual que el verdugo quien por obrar de la misma forma su sujeto de punición muere y por ello le cabe el exilio como pena.³⁵ Así, la negligencia por la cual el verdugo se excediera en el número de azotes al que fuese el culpable sentenciado, o bien el médico lesione más de lo adecuado, provocando la muerte de los respectivos sujetos objeto de acción, sí es penada con exilio en ambos casos. Mientras que, si el diagnóstico médico o el dictamen de la corte fuesen resultado de la desidia o falta de adecuado rigor profesional, se exime por la muerte de sus respectivos sujetos objetos de acción, tanto al verdugo como al médico que instrumentare el tratamiento siempre que hayan seguido obligadamente las directivas de la corte o del diagnóstico, y que no se pueda hacer depender aquella muerte por otra causa.

Es posible observar aquí que en el caso del médico instrumentador y a diferencia del verdugo, resulta relevante para el primero si el error que produjo la muerte de su paciente fue accidental o por negligencia, determinando su exención o exilio, contrariamente al verdugo donde acorde a las citas y las inferencias hasta ahora expuestas es irrelevante si su error por el cual murió su sujeto de punición fue accidental o negligente -siempre que no sea doloso o debido al error en la

35 Jaim Iosef Azulay (1724-1806), *Sefer Tov Ain* (Jerusalem, 1961) IX:8, p. 15a.

cantidad de azotes decretado por la corte rabínica de justicia-, debiendo exilarse de todas formas. Es por ello que el Rab Nisim de Gerona (1320-1376),³⁶ tomando algunas expresiones de Najmánides y bajo el mismo criterio ya expuesto, considera el error accidental del médico práctico y en cualquier caso como una situación de coacción, caratulándolo bajo la figura legal expresada en hebreo con el término *anús* "compelido", por cuanto el precepto de curar lo obliga a accionar sin tener otra alternativa ni poder abstenerse de ello, resultando entonces que el permiso conferido por la Torá al médico para curar es precisamente dicha exención de pena ante estas circunstancias donde el médico obra acorde y limitado a sus posibilidades. Exención que no se aplica al verdugo. Más aún, esta analogía médico-verdugo si bien es aplicable a las situaciones promedio trasciende, en el caso del médico, al estricto profesional de la salud ya insinuado en las citas de la Tosefta, debido a que allí no indica que necesariamente sea un médico quien practique el eventual aborto para salvar a la mujer, pudiendo inferir similares conclusiones para quien no siendo médico y que ante la situación por la cual no teniendo otra alternativa que obrar por sí mismo en pos de salvar la vida ajena dado que así se lo comandan los diversos versículos ya citados *supra*, mata accidentalmente. Y por ello hay que distinguir el obrar del verdugo cuya acción punitiva es en sí misma potencialmente letal y por ende resulta claro que cualquier error en su implementación fácilmente conduciría a la muerte del sujeto penalizado, a diferencia del actuar del médico o de quien no siéndolo se encuentra ante la situación límite mencionada pero cuya intención es salvar la vida del otro. Tal como lo dictamina el Rab Moisés Sofer (1762-1839),³⁷ cuando exime de pena de exilio, aunque no de su expiación mediante otras variables que enmienden de alguna manera su falta, a una mujer quien tratando de revivir a una niña quien se había desvanecido pensó en darle un poco de brandy o aguardiente a dichos efectos, y equivocándose en el rápido y desesperado obrar tomó la botella que contenía *keronese* matándola. En contraposición al caso de pena de exilio que le cabe a quien obrando dentro de su propiedad arrojase por error un piedra al dominio público matado allí a una persona tal como ya se mencionó. Cabe por otro lado enfatizar aquí que la no profesionalidad de la mujer y su fatal inadvertencia al intentar salvar a la niña, son diferenciadas por Sofer si esto hubiese ocurrido con un médico quien, por cuyo conocimiento y entrenamiento profesional en la advertencia y cálculo de conse-

36 Nisim de Gerona, *Jidushei HaRaN* (New York, 1946), vol. "Sanhedrin" 84b, p. 155.

37 Moisés Sofer, *ShU"t Jatam Sofer* (New York, 2008), vol. I "Oraj Jaim" 177, pp. 327-328; vol. V "Joshen Mishpat" 184, p. 364.

cuencias posibles y previsibles en cuanto a los procedimientos, no se lo exige de tal error constituyéndose aquí aquel mismo acto en negligencia.

Una vez entendido el racional devenir y engarce de aquellas fuentes en la formalización de la Ley en esta cuestión, es posible comprender en detalle el dictamen sintético y lacónico que tanto el Rab laakov ben A(O)sher (c.1270-c.1340) así como por sobre todo el Rab Iosef Karo (1488-1575), formulan en sus respectivos y pilares códigos legales tal como ya fueron mencionados y citados *supra*.

Por otro lado, también cabe notar que si bien ambos códigos fueron compuestos en función de las consideraciones legales, *halájicas*, aplicables en su contemporaneidad, esto es, excluyendo aquellas cuestiones legales instrumentadas sólo en tiempos bíblicos o durante la existencia del Templo de Jerusalem, mantienen sin embargo en sus formulaciones legales la figura del exilio como punición para el caso en cuestión del médico -por sobre todo el Rab laakov ben A(O)sher quien utiliza el mismo lenguaje que Najmánides-, a sabiendas que dicha pena está fuera de contexto dado que las ciudades de refugio otrora existentes ya no lo son, y que tampoco existe el *Kohén Gadol* "Gran Sacerdote" para determinar con su fallecimiento la liberación del culpable de la ciudad de refugio, además de la ya mencionada derogación de juicios penales por corte rabínica de justicia debido a la inexistencia del *Sanhedrín*. De hecho legalmente está prohibido establecer ciudades de refugio en otros países ni otras que aquellas explícitas mencionadas en la Torá.³⁸ Es posible entonces que en dichos códigos simplemente al proseguir con la formulación por sobre todo de Najmánides y a partir de las fuentes ya analizadas, mantengan la misma expresión lingüística pero sin necesidad de distinguir en su lacónico lenguaje entre error accidental y negligencia, ya que de hecho en ningún momento lo hacen, pudiendo esto obedecer a que ya sea una u otra, la penalización de exilio ya no es implementable. Cabe en este sentido mencionar que, si bien algunos pocos han considerado el exilio referido en estos códigos no como actual sino por juicio y mano celestial, o bien a la punición mediante la mudanza o traslado a otras localidades comenzado de nuevo con su profesión como método expiatorio, aquí se sigue la interpretación conforme a la mayoritaria exegética jurídica y acorde a lo más plausible respecto de la propia metodología y fuentes expuestas. Por otro lado y más allá de la actualización contemporánea de la pena de exilio, algunos han argumentado que estos códigos al mantener dicha

38 Ver Aharón HaLeví (1235-c. 1290), *Sefer HaJinuj* (Jerusalem, 2000) 410, pp. 557-558. Iosef Babad (1801-1974), *Minjat Jinuj* (New York, 1966), vol. II:410, pp. 36b-37b (72-74). Itzkaj ben Moisés (c.1180-c.1250), *Or Zarúa* (Zhitomir, 1862), vol. I:112, p. 20b (40).

tipificación penal para el médico por la muerte de su paciente debido a su error y sin discernir entre lo accidental y la negligencia, han considerado que ante la muerte del paciente a manos del médico por error de éste, dicho profesional debe exilarse por cuanto no cumplió su precepto de curar, contrariamente a la exención del verdugo si su sujeto de punición muere al recibir los azotes por cuanto aquél estaba cumpliendo su correspondiente precepto. Sin embargo, este argumento que pretende desvanecer la diferencia entre lo accidental y lo culposo, no es del todo certero por cuanto aun en los tiempos donde era posible dicho exilio o bien bajo la interpretación de un exilio celestial y aun bajo la consideración de la relocalización del profesional, así como el médico no sanó a su paciente el verdugo tampoco cumplió con la cantidad de azotes y por ende tampoco con el precepto en su totalidad. Y de considerar que ambos estaban en el transcurso de la implementación total del precepto, la exención del exilio para el verdugo cumpliendo exactamente lo dictaminado por la corte, es análoga al error accidental del médico o bien a la correcta implementación del tratamiento mal diagnosticado motivo de la muerte del paciente y no necesariamente por negligencia o desidia del médico práctico, lo cual constituye una diferencia específica insoslayable inferida de la Mishná, *Makot* II:2, en conjunción a la citada Tosefta más el explícito y diferencial permiso otorgado por la Torá al médico, tal como ya se analizó.³⁹ Y así lo entiende el Rab Jejiel HaLevi Epstein (1829-1908), quien en referencia a la muerte accidental distinguiéndola de la culposa explica y *si muere* [el paciente] *debido a la práctica médica y se descubre* [se encuentra que] *que se equivocó* [el médico], *ciertamente se exila por aquél cuando hay lugar para hacer depender el caso de la negligencia del médico o que no obró o consideró correctamente* [la situación acorde a la rigurosidad que tuvo que haber tenido]; *pero sin este motivo me parece que no debe exilarse [...]* en mi humilde opinión así se explica la Tosefta y lo dicho por Najmánides que es reiterado en el Arbaá Turim y el Shulján Aruj, y ver también el Beit Iosef, y si se analiza se encontrará fácilmente esta explicación como suficiente.⁴⁰

Resulta importante enfatizar aquí que el permiso conferido por la Torá al médico y la exención diferencial respecto del verdugo cuando su sujeto objeto de

39 Ver el comentario a Maimónides por parte de Meir Simja HaKohén (1843-1926), *Or Sameaj* (Tel Aviv, 1962), vol. III "Iljot Rotzeaj uShmirat HaNéfesh" V:6, pp. 27b-28a (54-55). Ver también Jaim Azulay, *Birkei Iosef* (Jerusalem, 1990), vol. "loré Deá III" 336: 6, pp. 290-291. Rab Abraham Maskil Leitán (1788-a.1880), *Iad Abraham "loré Deá"* 336 en edición citada del *Shulján Aruj*.

40 Jejiel HaLevi Epstein, *Aro(u)j HaShulján* (Vilna, 1924), vol. "loré Deá II" 336:2, p. 1b (2).

acción muere a causa de un error accidental, no significa impunidad en la mala praxis. Más bien, la facilidad para que quien esté facultado para curar o desee ser médico no se abstenga de ello y por ello tomando en consideración su permanente y alta exposición a situaciones riesgosas, de rápidas decisiones críticas y en situaciones donde no siempre es habiente de los necesarios recursos, influyendo todo esto en el aumento de la probabilidad de error humano o imposibilidad de poder actuar tal como debiera en condiciones más favorables, y sin que por ello se lo condene como un homicida culposo en caso de muerte del paciente o debiendo indemnizar económicamente a éste por lesiones adicionales. Pero que ante la lesión o daño doloso o culposo y más aún ante el homicidio culposo, obrando de forma negligente, indebida, desidiosa o fuera de la profesionalidad que demanda la práctica médica, el profesional sea juzgado por la corte rabínica de justicia debiendo pagar indemnización o exilarse según el caso.⁴¹

Siguiendo estos criterios generales, en la actualidad, el Rab Shmuel Wosner⁴² establece que el médico quien por desidia o negligencia implementara una cirugía en un lugar que no fuese el correcto provocando daños, debería retribuir económicamente al damnificado, y que únicamente en caso de no ser posible determinar dónde hubiese tenido que operar estaría exento incluso de juicio celestial debido a que dicha circunstancia oficia de atenuante. Similarmente es la opinión del Rab Eliézer Waldenberg⁴³ quien analiza y sistematiza los detalles establecidos por diferentes legistas -la mayoría ya citados-, determinando que en caso de un diagnóstico correcto pero que el médico inyectare al paciente una sustancia incorrecta provocándole daños, debe retribuir económicamente al damnificado, así como también exilio, en caso que, el paciente muera debido al incorrecto o negligente obrar en función del profesionalismo demandado. Sin embargo, si se han tomado todas las medidas terapéuticas del caso y se las ha implementado correctamente, pero la calidad del instrumental o de los medicamentos no eran las adecuadas, el médico está exento siempre y cuando el error no haya sido intencional. Planteando también el caso donde el diagnóstico sea el correcto pero el error provenga por parte de la preparación de la sustancia inyectada por un

41 Ver Shabetai ben Meir HaKohén, *Sifté Kohén "Ioré Deá"* 336:1.

42 Shmuel Wosner, *Shévet HaLevi* (Bnei Brak, 2002), vol. IV:151, p. 198.

43 Eliézer Waldenberg, *Tzitz Eliézer* (Jerusalem, 1985), vol. IV:13, pp. 66-72; vol. V "Ramat Rajel" 23, pp. 29.-30.

enfermero.⁴⁴ En esta misma línea el Rab Shlomo Auerbach (1910-1995),⁴⁵ indica que el médico al intervenir quirúrgicamente en una operación que no siempre finaliza con éxito, y bajo el conocimiento y anuencia del paciente, está exento en caso que, aun con su obrar juicioso y prudente cometiera un error accidental que le costara la vida al paciente, no siendo pasible de pena de exilio. Caso contrario, si por negligencia de su parte, por ejemplo, de haber considerado suministrar al paciente la droga correcta para su afección pero finalmente por error suministrando otra que le causa la muerte; o bien que al intentar tomar el bisturí apto para la incisión tomare por error alguno que no estuviera en condiciones para realizar dicha intervención y causara la muerte del paciente; todo ello por razones de descuido, inescrupulosidad y falta de profesionalismo, hacen que le quepa al médico la pena de exilio o bien si no provocó la muerte del paciente pero sí daños o lesiones adicionales debe resarcirlo económicamente. De hecho, esto es compatible con la permisión establecida por el Rab Moshé Feinstein (1895-1986)⁴⁶ para intervenir quirúrgicamente a un paciente que morirá indefectiblemente sin dicha práctica médica aun cuando ésta tiene pocas posibilidades de éxito, e incluso si dicho infructuoso caso motivare su prematura muerte, en relación con el tiempo de vida que le quedaba de no intervenir. Cabe adicionar aquí que dicha permisión desde la perspectiva del paciente, es debido a que siendo este paciente configurado legalmente como un *jaié shaá*, expresión hebrea que designa a quien su esperanza de vida es acotada a días o algunos meses de no curarlo o cambiarle de situación, no se omiten variables ni se toman en cuenta los riesgos a los que quedase expuesto un *jaié shaá* bajo el accionar en favor de salvarlo o curarlo; y además debido a que quien puede salvarlo, en este caso el médico, no deviene en similar peligro permaneciendo como *jaié olam*, expresión hebrea de la figura legal que designa a quien es habiente de una vida permanente sin final prematuro por patologías o situación particular. Esto último referido a la no transgresión del Levítico 25:36 y tratado en TB, *Babá Metziá* 62a, estableciendo que, ante la disyuntiva exclusiva, la propia vida antecede a la de otro, pero no a costa de la acción contra el otro. Es decir, la prohibición de adquirir la condición de *jaié olam* por una acción directa contra otro convirtiéndolo en un *jaié shaá*.

44 En los textos de la cita anterior más *Ibid*, (Jerusalem, 1985), vol. XIV:85, pp. 153-155, el Rab Waldenberg analiza también el caso de una intervención quirúrgica, donde con el fin de enseñar a un médico novato el médico especialista prolongare el efecto de la anestesia por la demanda de mayor tiempo para dicha enseñanza, resultando en la lesión, daño o muerte del paciente.

45 Shlomo Auerbach, *Minjat Shlomó* (Jerusalem, 1999), vol. II:82 (8), p. 320.

46 Moshé Feinstein, *Iguerot Moshé* (New York, 1973), vol. II "loré Deá II" 58, pp. 77-78.

Por último, es posible decir que la exención de retribución económica así como de exilio por parte del médico en caso accidental o de iatrogenia clínica, es con el fin de evitar la no participación en esta profesión debido a que constituye una necesidad social y beneficio para la gente. No obstante y debido a las implicancias que conlleva la práctica médica, las puniciones pertinentes tienen también la función de evitar la mala praxis o la ligereza en las labores médicas castigando a quien no siga las directrices profesionales, alentando a una mejor atención médica para el paciente y a un desarrollo para el profesional sabiendo que por corte de justicia y/o celestialmente, se lo castigará acorde al caso y cuestión cuando no ejerza con el conocimiento, esfuerzo y escrupulosidad apropiada.