

Universidad de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Escuela de Derecho
Depto. Cs. Penales

RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

Memoria de Prueba para optar al
Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Tomás Catalán Stevens

Profesor Guía: Eduardo Sepúlveda Crerar

2011

ÍNDICE

Introducción	1
Capítulo I : Introducción a la Responsabilidad Médica en general y a la Responsabilidad Penal Médica en particular	
A. Profesión médica y lex artis	3
B. Responsabilidad profesional y derecho penal	9
C. La culpa médica (Generalidades)	11
D. El delito médico culposo	15
E. El dolo eventual en el acto médico	31
Capítulo II : La Responsabilidad Penal Médica en el Código Penal Chileno y en el Derecho Penal Comparado	
A. Delitos médicos dolosos en el Código Penal chileno	35
B. Delitos médicos culposos en el Código Penal chileno	44
C. La responsabilidad penal médica en el derecho penal comparado	56
Capítulo III : Jurisprudencia en el antiguo Procedimiento Penal y en el actual Proceso Penal	
A. Jurisprudencia sobre el resultado en el delito médico culposo	72
B. Jurisprudencia sobre la autoría en el delito médico culposo	79
C. Jurisprudencia sobre el riesgo permitido en el delito médico culposo	84
D. Jurisprudencia sobre la lex artis médica	89
E. Jurisprudencia sobre dolo eventual en el acto médico	93
F. Jurisprudencia sobre la culpa médica	100
G. Jurisprudencia sobre el sujeto activo en el delito médico culposo	103
H. Jurisprudencia sobre el comportamiento en el delito médico culposo	104
I. Jurisprudencia sobre concurso material de delitos en el delito médico culposo	107
J. Jurisprudencia sobre el artículo 494 número 10	108
K. Conclusiones generales en torno a la jurisprudencia anotada	109

Capítulo IV : Conclusiones y Críticas sobre el actual estado de la Responsabilidad Penal Médica en Chile

A. Aspectos procesales del delito médico culposo	114
B. Normas del Código Penal chileno aplicables al delito médico culposo	125
C. Responsabilidad penal y responsabilidad civil por el delito médico culposo	128
D. Profesionales responsables en el delito médico culposo	131
E. La posición de garante	132
F. Iter criminis	135
G. El principio de la confianza y el de división del trabajo	137

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, requisito para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, tiene por objeto fundamental analizar la estructura, esto es, el sujeto activo, el comportamiento, el concepto y los elementos de la culpa, y el resultado, del delito médico culposo que regula nuestro Código Penal, seguidamente, su tratamiento jurisprudencial y el de temas asociados a esta estructura tales como el del riesgo permitido y el de la autoría, y también el de la *lex artis* médica y el del dolo eventual en el acto médico.

Naturalmente este análisis se ha hecho examinando las “soluciones” que entregan los modelos comparados, en este caso el español, el mexicano, el peruano y el argentino, a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

La Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de nuestro país expuesta a lo largo de la presente investigación ha sido abundante y sobre los más diversos ámbitos de la *responsabilidad penal médica*, por lo que pretendo sea una contribución eficaz para su estudio.

De manera adicional, en este trabajo se examinan los diferentes delitos médicos dolosos que se contemplan en el Código Penal chileno y en algunas legislaciones extranjeras.

Capítulo I

Introducción a la Responsabilidad Médica en general y a la Responsabilidad Penal Médica en particular

A. Profesión médica y *lex artis*

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define Medicina como la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano (1). Esta definición coincide con la que da el Código Penal chileno en su artículo 313 letra a, que establece una sanción para el que, careciendo de título profesional competente o de la autorización legalmente exigible para el ejercicio profesional, ejerciere actos propios de la respectiva profesión de médico-cirujano, dentista, químico-farmacéutico, bioquímico u otra de características análogas, relativas a la ciencia y arte de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano, aunque sea a título gratuito.

El ejercicio de la profesión médica, que en tanto profesión liberal, se caracteriza porque en ella predominan las destrezas intelectuales por sobre las manuales, porque se ejerce sin subordinación del profesional respecto del cliente y porque está excluida de la responsabilidad que se regula por la Ley 19.946 sobre protección de derechos de los consumidores, por su absoluta e inmediata relación con los bienes jurídicos vida y salud va a originar regularmente la actuación del Derecho con el objeto de salvaguardarlos debido a que

naturalmente el paciente espera un resultado que es preciso y que es la recuperación de su salud.

No obstante lo anterior, la obligación que al profesional de la medicina le incumbe en el ejercicio de ella es *de medios* y no *de resultado* (2), ello es universalmente admitido y será del incumplimiento de esta obligación *de medios*, por demás propia de muchas otras profesiones liberales, de donde precisamente puede emanar la eventual responsabilidad médica de carácter penal y civil que para la mayor parte de la Doctrina civilista nacional es de naturaleza contractual (3).

(1) Vigésima segunda edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española.

(2) “Una obligación *de medios*, también denominada obligación general de prudencia y diligencia, exige solamente emplear la diligencia debida para intentar obtener el resultado perseguido (un típico ejemplo es el deber del abogado de obtener una sentencia favorable para el cliente)...En una obligación *de resultado* el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto...”. Mauricio Tapia Rodríguez, “Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales”, Revista de Derecho Vol. XV – Diciembre 2003, ps.87 y 88

(3) La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción en Sentencia de 20 de Mayo de 2002 (Gaceta Jurídica No. 268, 2002, p.93 y s.) cita en apoyo de la naturaleza contractual de esta responsabilidad los estudios de Arturo Alessandri, quien concluía que esta responsabilidad es una responsabilidad de naturaleza contractual siguiendo a la Doctrina y a la Jurisprudencia francesa.

Son absolutamente evidentes los efectos de considerar la naturaleza de las obligaciones del profesional de la medicina como *de medios* y no como *de resultado*, y ello sin perjuicio de que el médico también tenga obligaciones *de resultado* (4), ya que si pensamos, por ejemplo, en un juicio civil indemnizatorio por incumplimiento, de considerarse sus obligaciones con el paciente como *de resultado*, probado que sea el hecho del incumplimiento y la existencia de la relación contractual, la culpa de este profesional se presumiría, su incumplimiento se presumiría culpable.

(4) V.gr., el consentimiento informado del paciente constituye una exigencia de la *lex artis*. Se presta, de manera revocable, antes de que se lleve a efecto la actividad médica, y durante toda ella debe subsistir, por lo tanto, como tal, su incumplimiento por ausencia o insuficiencia de información puede activar la responsabilidad del profesional médico toda vez que esta información se refiere a los riesgos y consecuencias de la ejecución del acto médico, que resulten previsibles, a cuyo sometimiento el paciente formula su aceptación o rechazo. La información del paciente con el objeto de obtener su consentimiento informado es una obligación *de resultado* que asume todo médico y cuya trasgresión importa que éste asuma por sí solo los riesgos de su actividad. No obstante, este consentimiento en caso, por ejemplo, de encontrarse inconsciente el paciente y ante un riesgo de muerte o riesgo de producirse lesiones de naturaleza irreversible para su salud, puede ser dado por su representante legal o familiares. En ausencia de éstos o de aquél, el profesional de la salud podría ejecutar lícitamente su actividad y estar exento de responsabilidad ya por estar amparado por tal estado de necesidad ya por concurrir a su respecto la eximente de responsabilidad criminal del artículo 10 número 10 del Código Penal chileno.

Dicho de otra manera: “En la obligación de *medios*, la prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de valor acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de *resultado*, el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo. Por ello, sólo en este último caso es plenamente aplicable la presunción de culpa en materia contractual (art. 1547 del Código Civil), pues en una obligación de *medios* la constatación del incumplimiento exige que la víctima pruebe la negligencia del deudor” (5).

La obligación *de medios* que asume el médico le exige prestar sus servicios conforme a la *lex artis*. Puede definirse *lex artis* como el conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en el momento presente y que, por definición, es cambiante con el progreso técnico de la Medicina, así como con las peculiaridades personales de cada paciente (6), no es sino el conjunto de normas o criterios valorativos que el médico en posesión de conocimientos, habilidades y destrezas debe aplicarlos diligentemente en la situación concreta de un enfermo y que han sido universalmente aceptadas por sus pares (7).

(5) Mauricio Tapia Rodríguez, obra citada, p.88

(6) <http://www.unav.es/cdb/dhblexico011009.html>

(7) http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/etica/art_interes/081112lex_artis_medica.doc

Ahora, si bien el profesional de la medicina no está obligado a obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, sí está obligado a proporcionarle a éste los cuidados que requiera de acuerdo al estado de la ciencia y de acuerdo a lo que se ha denominado como *lex artis médica ah hoc* que está referida al marco de los criterios y procedimientos admitidos en un determinado tiempo y lugar (situación históricamente concreta), al criterio valorativo de la corrección del acto médico concreto ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médico que tiene en cuenta las características específicas de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada (8). Dado la gran variabilidad y complejidad que rodean una condición clínica concreta, algunas dependientes del profesional, otras de las condiciones particulares del paciente y finalmente por las circunstancias que la rodean, no es posible aplicar la misma normativa en todos los casos, sino que estas deben adecuarse al caso concreto. Por eso se habla de *lex artis médica ad hoc*, en que el médico a través de un proceso de deliberación las aplica con prudencia a la situación clínica concreta (9).

(8) Azucena Lazo Zambrano, "Responsabilidad Médica", Rev Med Honduras Vol.72, No.2 2004, p.105

(9) http://www.colegiomedico.cl/Portals/0/files/etica/art_interes/081112lex_artis_medica.doc

El ejercicio de la actividad médica es atípico cuando se respetan los mandatos de la *lex artis*, el paciente ha expresado su consentimiento y se ha obrado con fundamento en un interés que es preponderante, como sucede si se trata de la protección de la vida o de la salud (10).

El tratamiento médico realizado con el fin de precaver y curar las enfermedades del cuerpo humano y conforme a dicha ciencia o arte (*lex artis*), esto es, siguiendo los procedimientos médicos enseñados en las Facultades de Medicina, descritos en la bibliografía existente o en las instrucciones del Servicio Nacional de Salud, etc., que sean los adecuados para el diagnóstico y tratamiento de la enfermedad de que se trate, son atípicos, en tanto falta en ellos el efectivo daño a la salud exigido por la ley para configurar los delitos de lesiones (11).

(10) Mario Garrido Montt, "Derecho Penal Parte Especial Tomo III", Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 182

(11) Politoff, Matus y Ramírez, "Lecciones de Derecho Penal Parte Especial", Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 114

B. Responsabilidad profesional y derecho penal

El profesor Sergio Yáñez Pérez planteó que la ayuda que puede dar el Derecho Penal en el control de la responsabilidad profesional se opondría al principio político criminal de la intervención penal mínima y sería contraria a las tendencias de descriminalización o despenalización, pero que igualmente el Derecho Penal no puede restarse ante el desarrollo de la cultura y la evolución de la sociedad, es por ello que concluye que dicha oposición puede entenderse superada (12), agregando que: “El hecho de que la responsabilidad profesional esté ligada estrechamente al delito culposos, no deja de entrañar dificultades en la búsqueda de una garantía de eficacia a través del Derecho Penal” (13).

En relación al concepto de profesional, Santiago Mir Puig no lo basa en el autor, y así, para él, “el intruso que ejerce actos de la profesión médica sin los debidos conocimientos y causa un resultado lesivo ha de incurrir en impericia profesional, aunque tal intruso no sea un profesional” (14); en similar sentido está Mirentxu Corcoy Bidasolo (15).

(12) Sergio Yáñez Pérez, “¿Refuerzo de la responsabilidad profesional por el Derecho Penal?”, Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales, XXII Coloquio de Derecho Europeo, Editorial Universidad de la Laguna, España, 1993, ps.69 y 71.

(13) Sergio Yáñez Pérez, obra citada, p.72

(14) Santiago Mir Puig, “Adiciones de Derecho Español al Tratado de Derecho Penal de Jescheck”, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1981, p.808.

(15) Mirentxu Corcoy Bidasolo, “El Delito Imprudente”, Barcelona, 1989, p.166

La jurisprudencia española, como se verá también en el siguiente capítulo de este trabajo, ha distinguido entre la “culpa del profesional” y la “culpa profesional”, siendo la primera “simplemente la que puede cometer el profesional en el desempeño de su profesión, mientras que la genuina culpa profesional consistiría en la infracción de deberes técnicos que sólo obligan a los profesionales” (16).

Carlos María Romeo Casabona considera que la profesión médica es cualificada porque es una actividad que solamente puede desarrollar un profesional y por ello la infracción de deberes de cuidado es más grave en relación a actividades que pueden ser realizadas tanto por profesionales como por no profesionales (17).

(16) Sergio Yáñez Pérez, obra citada, p.74

(17) Carlos María Romeo Casabona, “El médico y el Derecho Penal”, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1981, ps.229 y 230.

C. La culpa médica (Generalidades)

Como cuestión de orden previo se hace necesario considerar que “de acuerdo con nuestro sistema jurídico común, la culpa puede ser grave, leve y levísima. Se entiende que es grave si el sujeto se abstiene de tomar las más elementales medidas de cuidado en la actividad que se encuentra desarrollando para evitar el daño a personas o cosas; leve, si el sujeto adopta las medidas de precaución normales para evitar dichos daños; y levísima, si el sujeto debe adoptar medidas extraordinarias de cuidado con el propósito aludido...Las tres modalidades son propias del Código Civil, pero en el ámbito penal, en nuestro Código Penal, no se exige el cuidado extremo, extraordinario, más allá de lo normal, para desempeñar una actividad. En otras palabras, la culpa levísima está excluida del campo penal pues se razona sobre la base de aquello que es exigible a una persona intelectualmente normal y no excepcionalmente brillante o inteligente” (18).

Pueden distinguirse tres formas de culpa médica: la imprudencia, la negligencia y la impericia. El vocablo “negligencia culpable” utilizado por el artículo 491 del Código Penal chileno, que sanciona al médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas precisamente por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, alude tanto a imprudencia, negligencia e impericia.

La imprudencia consiste en realizar un acto con ligereza, sin adecuadas precauciones (v.gr., sobredosis de fármacos, ligereza o temeridad en el tratamiento, prescripción de medicamentos no autorizados en Chile, etc.), la negligencia corresponde a la omisión de diligencia en la ejecución del acto médico (v.gr., falta de asepsia, falta de diagnóstico, abandono del enfermo, etc.) y la impericia a la falta total o parcial de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina (v.gr., error de diagnóstico, terapia equivocada, alta prematura, falta de una adecuada preparación profesional, ausencia o insuficiencia en la actualización de los adelantos médicos, etc.). En todo caso, de estas tres formas de culpa médica se desprende un elemento común ya que “en la base de la culpa habría la omisión de algo (cuidado, atención, vigilancia, etc.)” (19).

(18) Guillermo Ruiz Pulido, “Responsabilidad penal del médico”, Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado No.8, Diciembre 2002, p.3

(19) Juan Bustos Ramirez, “Culpa y Finalidad”, Editorial Jurídica de Chile, 1967, p.12

La culpa en materia de responsabilidad médica, en principio, corresponde a aquella en que se incurre cuando se falta al deber de cuidado exigido por la *lex artis*. Aunque no obstante ello, “la asimilación entre las ideas de desviación de las normas técnicas (de la *lex artis*) y negligencia culpable, carece de fundamento y bien puede existir la primera sin la segunda (piénsese en el médico no especialista llamado a practicar una operación impostergable, etc.)” (20).

El cuidado que se exige para no incurrir en esta negligencia culpable es ciertamente mayor que el cuidado exigido para no incurrir en la imprudencia temeraria, que corresponde al descuido máximo.

La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 15 de Diciembre de 1997, Rol N° 3241-97, falló que la Ley no ha definido lo que se debe entender por negligencia culpable, y que sin embargo la Jurisprudencia ha estimado que correspondería a la conducta del médico que apartándose de las precauciones aconsejadas para la ciencia que él profesa, ocasiona un daño a la salud de su paciente, que el facultativo no deseaba pero que no pudo menos que prever y que estaba en su mano evitar, hallándose dicha omisión o imprevisión en un nexo de causa a efecto con el resultado dañoso.

(20) Bustos, Grisolia y Politoff, "Derecho Penal Chileno Parte Especial", Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p.272

Para el profesor Jaime Campos, consiste (la negligencia) en el incumplimiento de un deber, en una falta de precaución, una omisión de la atención y diligencia debida, un desprecio al cuidado, una pereza volitiva, todas ellas conductas que usualmente se cometerán por vía de omisión, es decir, con una actitud pasiva del ser humano (21); “negligencia culpable...tratándose de los médicos, significa culpa leve, es decir, la omisión del deber de cuidado exigible a toda persona prudente y normal que desempeñe tal profesión” (22).

La Excelentísima Corte Suprema en Sentencia de 4 de Octubre de 2007, Rol N° 3299-07, falló que para atribuir responsabilidad penal y civil a un médico en el ejercicio de su profesión, resulta indispensable que en el proceso se establezcan los elementos fundamentales de la culpa, cuales son: a) relación causal entre el acto u omisión culposa y el resultado lesivo, y b) previsibilidad de tal resultado; y que la previsibilidad del resultado es una condición objetiva de la culpa, es decir, que el resultado lesivo requiere ser previsible, pero que en el caso concreto de que se trate, el médico no lo previó, debiendo hacerlo.

(21) Jaime Campos Quiroga, “La responsabilidad médica de carácter culposo en la legislación y jurisprudencia”, Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXVII, Volumen II, 1978-1981, p.124
(22) Guillermo Ruiz Pulido, obra citada, p.3

D. El delito médico culposo

D1. Cuestiones previas

Para la llamada teoría de la voluntad, la culpabilidad se identificaba con el dolo o la culpa ya que ésta y aquel correspondían a la culpabilidad en sí; “en este sentido culpabilidad no sería otra cosa que “resultado querido” y mejor aún “resultado antijurídico querido”. Dolo y culpa eran para la antigua teoría de la voluntad, la culpabilidad misma...En cierto modo, haciendo muchas salvedades, puede explicarse a través de esta línea de pensamiento la culpa consciente, en cuanto la representación implica una determinada relación psicológica con el resultado; pero de ninguna manera la culpa inconsciente”(23).

La culpabilidad se explicaba como una relación psicológica con un resultado, lo que traía como consecuencia que no se pudiera abarcar bajo este entendido la culpa inconsciente.

(23) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.15

De acuerdo a la teoría causalista de la acción la culpabilidad ya no es la culpa o el dolo, porque culpa y dolo son sólo elementos de la culpabilidad siendo ésta un juicio valorativo. Dentro de esta teoría, el delito se construye fundamentalmente por la acción que provoca un resultado que aparece como querido por su autor y que puede apreciarse objetivamente. Esta consideración objetiva del hecho se extiende a la tipicidad y a la antijuricidad (24). Es por esto que en esta teoría no cabe hacer distinción en la estructura del delito (hasta la antijuricidad) sea que se trate de delito doloso o culposo, lo que determina que el concepto de acción es aplicable a los tipos cometidos tanto dolosa como culposamente.

Considerables fueron los aportes que Exner y Engisch, no obstante estar más bien adscritos a la teoría causalista, hicieron en relación a la estructura de la culpa y al fundamento de la culpabilidad.

(24) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.21

El primero a través de la teoría de la culpabilidad de sentimiento en la que expone la incapacidad de la voluntad para generar una representación como se había expuesto en la teoría de la voluntad. Para él, por ejemplo, puede naturalmente alguien querer ser atento, pero la ausencia de este querer no será necesariamente lo que determine ser desatento. De esta manera es que “aparece como momento decisivo en la culpabilidad la falla de la facultad de sentir, es decir, que el resultado ha provocado muy poco desagrado, lo que está en relación directa con un problema de valores” (25). En Exner el reproche en que consiste la relación de culpabilidad entre el autor culposo y su resultado, reside en el bajo aprecio del autor por el bien jurídico de otro. Exner introduce el denominado *cuidado requerido en el ámbito de relación*, concluyendo que quien lo ha aplicado no ha actuado culpablemente aun cuando su hacer haya llevado consigo peligros, por lo que el riesgo permitido está unido al *cuidado requerido en el ámbito de relación*.

(25) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.23

Engisch profundiza el trabajo de Exner y “señala claramente que la no aplicación del cuidado exigido es un elemento de la tipicidad de los delitos culposos y que el riesgo permitido es una cuestión específica planteada dentro del ámbito de la problemática del cuidado objetivo requerido” (26). En Engisch el riesgo permitido excluye el injusto de los delitos culposos, de tal manera que si un actuar no ha excedido el riesgo permitido no es culpable; el cuidado objetivo requerido integra el delito culposo porque se relaciona con evitar la realización típica.

Ahora bien, como última y decisiva cuestión previa al examen del tipo penal en los delitos culposos, de acuerdo a la teoría finalista de la acción ésta es la misma sea que se trate de un delito doloso o un delito culposo, pero en los delitos culposos no es importante el fin en sí mismo de la acción sino la realización concreta de ésta. La culpa es un elemento del injusto y no una forma o clase de culpabilidad; el injusto reposa sobre la acción, no sobre el resultado y éste ya no tiene relación con la culpabilidad. La teoría finalista asigna a los delitos culposos la falta de un mínimo de dirección final requerida, que sería lo que precisamente genera la producción del resultado. Por ello es que el desvalor de acción de los delitos culposos consiste en que el hechor culposo no incorporó en su hacer la dirección final que le era exigida.

(26) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.27

D2. Clasificación de los delitos culposos

Los delitos culposos pueden ser de acción u omisión y en ambos casos puede haber delito culposos con representación o sin representación según si el sujeto activo u omitente se ha representado o no el resultado (afección al bien jurídico).

V. Bullemore y J. MacKinnon consideran que es impune la culpa sin representación, toda vez que: “El Derecho Penal no debe proteger los bienes jurídicos más valiosos ante ataques que, aunque los lesionen, carecen de la relevancia o gravedad por falta de la necesidad de protección, cumpliendo ese fin el ordenamiento jurídico a través del sector civil o privado del mismo. Seguidamente...el mínimo exigible en el nivel del tipo subjetivo en el delito culposos es que el sujeto activo se represente el peligro de su conducta –ya no como a nivel de tipo subjetivo en el delito doloso, que se represente los elementos del tipo objetivo- , esto es, debe ser posible la representación del riesgo creado con la conducta. Si no hay previsibilidad del resultado típico, ni conocimiento del riesgo socialmente inadecuado, se estaría vulnerando el principio del hecho –de castigar al sujeto activo por ser, no por hacer- y el principio de legalidad...” (27).

(27) V. Bullemore y J. MacKinnon, “El delito culposos y cuatro asuntos problemáticos: el tipo subjetivo, el error de tipo, la imputación a la víctima y la participación”, Revista procesal penal No. 42, Diciembre 2005, p.7

D3. El sujeto activo en el delito médico culposo

En el delito culposo, en cuanto a los sujetos, “la mayoría de los tipos legales...serán de sujeto activo innominado, esto es, cualquiera puede ser sujeto activo, de ahí por ejemplo la expresión “el que” del artículo 490 del C.P. Sin embargo, también se dan delitos de sujeto nominado o llamados delitos especiales...en los cuales la cualificación del sujeto activo fundamenta el injusto...” (28); este es el caso del delito médico culposo de acuerdo a los tipos penales del artículo 491 que sanciona al *médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona* que causare mal a la personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión y 494 número 10 que castiga al *médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona* que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas; “de esta forma, no sólo el médico cirujano puede ser sujeto activo del mismo, sino que, además, la ley da igual tratamiento penal a otros profesionales del área de la salud, como lo son el *farmacéutico, el dentista y la matrona*, a quienes les impone el mismo deber de cuidado y de responsabilidad que le asigna al facultativo. Sin embargo, siendo esta disposición taxativa, quedan excluidas del ámbito de su aplicación algunas profesiones de la misma área que no han sido expresamente nombradas, como es el caso de las enfermeras, tecnólogos médicos, kinesiólogos y otros, a los que sólo podemos fundamentar legalmente su responsabilidad cuasidelictual a partir de la figura básica del artículo 490” (29).

D4. El comportamiento en el delito médico culposo

Es necesario tener presente que en el Código Penal chileno, “sólo se castigan delitos culposos contra la vida y la salud individual de las personas, y dentro de éstos sólo ciertos hechos punibles, el homicidio simple y las lesiones graves y menos graves”, ello en cuanto “en el artículo 490 y siguientes se establece un número abierto respecto de los delitos contra las personas”, “el comportamiento aparece en el tipo legal de referencia” (30). Fuera de este número abierto, en el que se comprende el tipo penal del artículo 491 que sanciona al médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a la personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, y como caso muy contado de delito culposo en el Código Penal chileno, el artículo 494 número 10 castiga, ya dentro de las faltas, al médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas.

(28) Juan Bustos Ramirez, “El Delito Culposo”, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p.31

(29) Matías Henríquez Olgún, “La responsabilidad penal del equipo médico”, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1996, p.115

(30) Juan Bustos Ramirez, obra citada, ps.19 y 35

D5. Los elementos de la culpa en el delito médico culposo

Los elementos para determinar la falta de cuidado en el delito médico culposo son la previsibilidad y la precaución.

D5a. La previsibilidad

Se trata de un elemento objetivo-normativo intelectual y está referido a la determinación de los riesgos o peligros que debieron ser previsibles para el profesional de la salud conforme a la acción que desarrolla, y considerándose además que “los especiales conocimientos que posea el agente redundarán en una extensión de la obligación de ser cuidadoso” (31).

Corresponderá al juez determinar “qué riesgos o peligros aparecían como adecuados al actuar desarrollado, o, en otras palabras, como normales y en consecuencia previsibles y cuáles inadecuados o extraordinarios y, por tanto, imprevisibles” (32).

(31) Jaime Malamud Goti, “La estructura penal de la culpa”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1976, p.70
(32) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.45

En el caso de la culpa con representación el profesional de la salud se habrá representado los riesgos o peligros que debieron ser previsibles conforme a la acción que desarrolla, por lo que lo exigido y lo representado coincidirán.

D5b. La precaución

Se trata de un elemento objetivo-normativo conductual y está referido a las medidas de precaución que debieron haber sido implementadas por el profesional de la salud una vez determinados los riesgos o peligros previsibles, luego, a las medidas de precaución o cuidado que aparecían como exigidas para el profesional de la salud.

Ciertamente la *lex artis* implica para el profesional de la salud aplicar reglas técnicas y éticas que está obligado a conocer, lo que en su momento el juez considerará para enjuiciar un determinado comportamiento en el ámbito de la profesión médica y ello sin perjuicio de que “el nivel de las reglas éticas no es el mismo que las reglas técnicas. Mientras las primeras surgen de un gran consenso valórico y por tanto tienen una mayor permanencia, las técnicas, en cuanto son formas de implementar realizaciones concretas, pueden estar sujetas a una mayor contradicción, pues puede depender de una mayor experiencia del sujeto y del caso concreto o de recientes innovaciones. Así, por ejemplo, es una regla ética indudable para un médico que no puede utilizar su

posición frente al paciente postrado para llevar a cabo un experimento con él, pero en cambio es una cuestión diferente y a discutir si frente a un sujeto con determinadas características la técnica usada en la operación era la correcta o no” (33).

En el caso de la culpa con representación, como el profesional de la salud se representó los riesgos o peligros que debieron ser previsibles conforme a la acción que desarrolla, existirá conciencia de las medidas de precaución que debieron tomarse, aunque “lo esencial es que no se hayan tomado las medidas de precaución correspondientes y no tanto que se las haya representado” (34).

(33) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.48

(34) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.58

Muy clarificadora respecto a estos dos elementos resulta la Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 5 de Enero de 2009, Rol N° 4561-08, Considerando 7°: “Que, atendiendo a estos conceptos y el mérito de los antecedentes considerados en la sentencia impugnada, cabe descartar de plano la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo penal indagado, en particular, porque surge de relieve de los hechos comprobados, como asientan los juzgadores, que el paro cardíaco que terminó con la vida de la señora C. E. K. W. se originó en una embolia grasa o tromboembolismo, no previsible, y que no se vincula, necesariamente, a la operación que le practicara el médico cirujano plástico J. Z. T., se trató de un cuadro que no había forma de prevenir y que, producido, se arbitraron todos los medios de resguardo indicados por el deber de cuidado” (35).

(35) Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 5 de Enero de 2009, Rol N° 4561-08, en <http://poderjudicial.cl>

D6. El resultado en el delito médico culposo

Dentro de la antijuridicidad del delito médico culposo se requiere que haya un resultado, luego, una puesta en peligro concreta o lesión a un bien jurídico del paciente, que se pueda imputar objetivamente al actuar, al comportamiento desarrollado por el profesional de la salud, esto es, “que dicho resultado jurídico sea exclusivamente plasmación o concretización de la falta de cuidado requerido, de modo entonces que si junto al comportamiento con falta de cuidado concurren otros hechos que fundamenten plenamente el resultado, no se le podría imputar objetivamente al comportamiento en debate” (36); de esta manera, “la sola comprobación del error médico no es suficiente para efectos de configurar el cuasidelito médico, puesto que es imprescindible probar que este error, ha sido la causa precisa y directa del resultado antijurídico” (37).

No habrá relación de imputación objetiva si de todas maneras se produce el resultado, a pesar de que el profesional de la salud hubiese aplicado el cuidado exigido.

(36) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.79

(37) Christian Henríquez Morales, “Responsabilidad Penal Médica”, Editorial Jurídica Congreso, 2006, p.159

D7. El riesgo permitido en el delito médico culposo

El concepto de riesgo permitido ciertamente sirve de margen al cuidado exigido al profesional de la salud, y ello en cuanto está referido “a dos factores que han de ser tenidos en cuenta: el del valor social que suponga en general la actividad creadora del riesgo, y el de la necesidad, en el caso concreto de su realización (por ejemplo, acometer una intervención quirúrgica urgente, sin poder realizar determinados preparativos del enfermo). En estos casos se enfrentan dos situaciones de riesgo distintas: el riesgo preexistente a la actuación del agente, es decir, el peligro más o menos grave e inminente para el bien jurídico, y el riesgo que asume el agente en su actuación para contrarrestar aquél. En esta situación, el peligro objetivo para el bien jurídico es mayor, y si no fuera por la situación preexistente el sujeto no podría actuar dentro de los límites permitidos” (38).

El riesgo permitido sería una causal de exclusión de la tipicidad, y, de esta manera, “el que se comporta dentro del riesgo permitido no realiza una conducta típica, o penalmente relevante, aun cuando se produzca peligro o lesión de un bien jurídico (al ser atípica la conducta, no es un bien jurídico penalmente protegido, por lo menos, respecto de esa conducta)” (39).

(38) Matías Henríquez Olguín, obra citada, ps.67 y 68

(39) V. Bullemore y J. MacKinnon, obra citada, p.3

D8. Autoría en el delito médico culposo

Es característico de los delitos culposos la circunstancia de que en ellos no se puede hablar de partícipes ni de coautores, sino sólo de autores, lo que “implica por una parte la necesidad de determinar y comprobar respecto de cada uno de los intervinientes en un hecho la falta del cuidado exigido, lo cual puede provocar muchas dificultades en determinados casos de grupo organizado en la realización del hecho, como el caso del equipo médico. En la medida en que en el grupo organizado hay una jerarquía y, por tanto, un determinado deber especial en relación al cuidado exigido, sólo a quien lo ostenta se le puede atribuir falta del cuidado objetivo exigido (así, por ejemplo, entre el médico jefe y sus ayudantes, salvo el caso en que éstos tengan un ámbito determinado de autonomía). También en este ámbito...rige el principio de la confianza, es decir, por ejemplo, el médico jefe puede confiar en que el personal auxiliar observa el cuidado objetivamente debido, mientras que, dadas las circunstancias del caso concreto, no tenga motivos para pensar lo contrario; pero...el principio de confianza sólo es aplicable en este caso, sin embargo, si el jefe médico ha observado el cuidado objetivamente debido al distribuir las tareas, al coordinar la labor del equipo, al seleccionar al personal auxiliar y al supervisar sus primeras actuaciones. Es decir, llegado el caso, la responsabilidad no será del médico jefe, sino del auxiliar si es que se han cumplido todas las circunstancias detalladas que permitan aplicar el principio de la confianza respecto del médico jefe...Pero en la medida en que en el grupo organizado exista autonomía de

funciones (así, en el caso de una operación la diferencia de funciones entre anestesista y cirujano)...a nadie se le puede crear una norma de mandato de cuidar los riesgos del comportamiento de otro y, por tanto, respecto de cada uno se podrá examinar su propia falta del cuidado objetivo exigido, y también la aplicación del principio de la confianza respecto de las actuaciones de su personal auxiliar, y viceversa, y respecto de los otros intervinientes” (40).

En nuestro país, V. Bullemore y J. MacKinnon consideran que es posible la existencia de participación en los delitos culposos, y ello en base a las normas de la Parte General del Código Penal chileno y a la distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado; al efecto señalan: “Es en el desvalor de la acción donde se puede graduar el ilícito de los partícipes en un hecho culposo...Hablamos de complicidad en los delitos culposos ya que al exigir la aplicación de un concepto material, no causal, basado en el aumento del riesgo, en un sentido estricto, abrimos la posibilidad de participación en la realización del hecho principal sin dominio, pero infringiendo la norma de cuidado” (41).

(40) Juan Bustos Ramirez, obra citada, ps.96 y 97

(41) V. Bullemore y J. MacKinnon, obra citada, p.10

En España, y a propósito del tipo de *lesiones imprudentes*, se ha admitido la participación en los delitos culposos siempre que: “haya un acuerdo de voluntades en la realización del mismo acto peligroso reflexivo o imprudente, y no del resultado que se referiría a la participación dolosa” (42).

(42) Luis Rodríguez Ramos, “Código Penal Comentado y con Jurisprudencia”, Segunda Edición, Editorial La Ley, Madrid, España, Febrero 2007, p.383

E. El dolo eventual en el acto médico

Como se dijo, en el caso de la culpa con representación el profesional de la salud se habrá representado los riesgos o peligros que debieron ser previsibles conforme a la acción que desarrolla; pues bien, éste puede confiar en que el resultado no se producirá y en razón de esta confianza no adoptar alguna medida de precaución, o bien, contar con el resultado, esto es, no adoptar alguna medida de precaución porque se decide por el curso de acción que implica ese resultado lo que determinará que su culpa se castigue como dolo, aunque “de todos modos es necesario examinar cuáles eran las precauciones debidas, para poder señalar que hay dolo eventual, al igual que en todo delito culposo, pues podría ser posible que aunque hubiese tomado esas precauciones de todos modos el riesgo se habría realizado, porque precisamente no dependía de esas precauciones” (43).

Muy clarificadora al respecto resulta la Sentencia dictada por la Sala del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 72-2006, Considerando 13°: “Que para arribar a la conclusión de que nos encontramos ante un delito de homicidio simple, el tribunal desestimó la petición de recalificación formulada por la defensa, por considerar que la conducta del acusado en ningún caso constituye culpa consciente, al modo tratado en la doctrina y la jurisprudencia penal, pues para que concurra dicha institución es necesario que no obstante conocer el sujeto activo la posibilidad de que

acaezca el resultado, aquel lo rechaza, confiando en su capacidad de evitación, la cual, como se dijera, requiere que en el hecho concurren reales posibilidades de evitar el resultado letal...De las inapropiadas condiciones en las cuales se llevó a cabo la operación, las cuales, obviamente eran conocidas por el acusado, resulta incuestionable que el resultado nefasto para la salud y vida de la víctima le fueron indiferentes..." (44).

(43) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.62

(44) Sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 72-2006, en Boletín del Ministerio Público, No. 30, Marzo 2007, ps.96 y ss.

El Tribunal Supremo de España, en Sentencia de 19 de Enero de 1972, “alude a la conducta rayana en la eventualidad dolosa del médico tocólogo, quien, con motivo de un parto desatendido, había dejado en el cuerpo de la enferma un resto placentario del tamaño aproximado de la palma de la mano, que dio lugar a una fuerte infección desencadenante de la muerte de la paciente. El Tribunal Supremo declara que es tal el cúmulo de omisiones de deberes profesionales ineludibles, de desatenciones profesionales, de errores técnicos, de retraso en adoptar las decisiones médico-quirúrgicas que su especialidad tocológica le imponía, que su conducta viene a ser rayana en la eventualidad dolosa y con la culpa con previsión de los fatales resultados que por su omisivo proceder podían producirse, siendo su actuación de tracto sucesivo delictual persistente en la omisión y en el descuido y desatención, prescindiendo de prudentes advertencias técnicas que oportunamente le fueron hechas y sin que después de examinar la incompleta placenta y de presentarse la fiebre, signo de infección y las repetidas metrorragias, exteriorizadoras de la existencia de restos placentarios insertos en el útero, no podía caberle duda racional de ser imprescindible la adecuada extracción ni podía dejar de prever cuáles podían ser las consecuencias de no hacerlo” (45).

(45) Agustín Jorge Barreiro, “La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica”, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1990, ps.30 y 31

Carlos María Romeo Casabona acepta como posible que el profesional de la salud cause lesiones con dolo eventual “cuando el enfermo podría seguir viviendo sin la intervención, aún quizá sin llegar a curarse del todo, y el médico prevé que la intervención posible, para curarle podría eventualmente tener consecuencias perjudiciales para el paciente. En estas circunstancias el médico debe abstenerse de actuar y en el caso de que se decida por la intervención y se produzca el desenlace previsto, habrá realizado el tipo de lesiones corporales con dolo eventual” (46).

(46) Carlos María Romeo Casabona, obra citada, p.208

Capítulo II

La Responsabilidad Penal Médica en el Código Penal Chileno y en el Derecho Penal Comparado

A. Delitos médicos dolosos en el Código Penal chileno

Cabrían bajo esta denominación determinados tipos penales, ubicados en diferentes títulos del Libro Segundo del Código Penal chileno, que se caracterizan porque el sujeto activo de ellos solamente puede serlo un profesional de la salud, o bien, que se caracterizan porque la conducta por ellos descrita es agravada cuando es realizada por éste. Corresponden a “aquellos delitos dolosos en que la calidad de médico es un elemento del tipo legal, de modo que se requiere su condición de tal para la configuración de los mismos, son los denominados “Delitos del Médico”, que nuestro Código Penal contempla en varias situaciones...” (47).

A1. Tipos penales que tienen como característica que el sujeto activo únicamente puede serlo un profesional de la salud

Corresponden a “ciertos delitos, en que la ley al describir el hecho, el tipo penal, ha señalado en el sujeto activo, en el autor, en el hechor, la calidad de médico; de tal manera que cuando ese mismo hecho lo realiza alguien que no es médico, el hecho no es delito” (48).

(47) Alejandro Moreira Dueñas, “Análisis del tipo de los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal chileno”, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 2003, p.75

(48) Alfredo Etcheberry, “Tipos penales aplicables a la actividad médica”, Revista Chilena de Derecho, Vol.13, 1986, p.273

A1a. Tipo penal del artículo 202

Este tipo penal está contemplado en el párrafo 6 del Título IV (Crímenes y Simples Delitos contra la fe pública, de las falsificaciones, del falso testimonio y del perjurio) del Libro Segundo denominado “De la falsificación de pasaportes, portes de armas y certificados”, y establece que el facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado con la pena que se establece en el mismo artículo.

Corresponde a un delito de falsedad instrumental, en el que “es determinante la calidad del sujeto activo, que debe ser un médico” (49). En el tipo subjetivo no se exige ánimo de lucro por parte del médico, “siendo indiferente si se obró con espíritu de lucro o gratuitamente” (50).

Pienso que la expresión “con el fin” que utiliza el tipo, no está sino referida a la exigencia de dolo directo por parte del médico. La expresión “servicio público”, en cambio, es del todo amplia y de esta manera “bien podría importar evitar el desempeño de vocal en una mesa de votación electoral, por ejemplo, como también el de cumplir con el llamamiento de un tribunal a desarrollar determinadas funciones” (51).

(49) Christian Henríquez Morales, obra citada, p.68

(50) Guillermo Ruiz Pulido, obra citada, p.6

(51) Guillermo Ruiz Pulido, obra citada, p.6

A1b. Tipo penal del artículo 313 b)

Este tipo penal está contemplado en el párrafo 14 del Título VI (Crímenes y Simples Delitos contra el orden y seguridad públicos cometidos por particulares) del Libro Segundo denominado “Crímenes y simples delitos contra la salud pública”, y establece una pena de presidio y multa para el que, estando legalmente habilitado para el ejercicio de una profesión médica o auxiliar de ella ofreciere, abusando de la credulidad del público, la prevención o curación de enfermedades o defectos por fórmulas ocultas o sistemas infalibles. El tipo de este artículo “sanciona la llamada charlatanería médica” (52), y para su adecuada comprensión es necesario examinar la norma contenida en el artículo 112 del Código Sanitario que establece que solamente podrán desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, quienes posean el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones y que establece que podrán ejercer profesiones auxiliares de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, quienes cuenten con autorización del Director General de Salud. El mismo artículo establece que un reglamento determinará las profesiones auxiliares y la forma y condiciones en que se concederá dicha autorización (53).

La expresión “abusando de la credulidad del público” significaría, a mi entender, la exigencia de dolo directo.

A2. Tipos penales que se caracterizan porque la conducta por ellos descrita es agravada al ser realizada por un profesional de la salud

Corresponden a “tipos delictivos que en principio pueden ser cometidos por cualquiera persona, pero cuando los realiza un médico actuando como tal, el delito es más grave. La calidad profesional actúa entonces como agravante de un delito que en principio es común” (54).

(52) Christian Henríquez Morales, obra citada, p.70

(53) Así por ejemplo, el DTO 1.704, Salud, publicado en 3 de Diciembre de 1994, que Aprueba el Reglamento para el Ejercicio de la Profesión de Auxiliar Paramédico de Alimentación, Auxiliar Paramédico de Radiología, Radioterapia, Laboratorio y Banco de Sangre, Auxiliar Paramédico de Odontología y Auxiliar Paramédico de Farmacia.

(54) Alfredo Etcheberry, obra citada, p.273

A2a. Tipo penal del artículo 345

Este tipo penal está contemplado en el párrafo 1 del Título VII (Crímenes y Simples Delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual) del Libro Segundo denominado “Aborto”, y establece que el facultativo que, abusando de su oficio, causare un aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, que sanciona al que maliciosamente causare un aborto, aumentadas en un grado. Es necesario relacionar el tipo con la norma contenida en el artículo 119 del Código Sanitario que establece –en lo relativo al ejercicio de la medicina y profesiones afines- que no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.

El tipo subjetivo exige la conciencia del abuso de la profesión por parte del médico, “y se abusa de algo, dentro de nuestro clásico pensamiento jurídico, cuando se da un mal uso, un uso pervertido, a la facultad de que se tiene...Si el médico practica o colabora en un aborto terapéutico, ineludible e inevitable, en que no se da otra posibilidad para salvar la vida de la mujer que llevarlo a cabo, dicho médico habrá obrado no sólo justificadamente, pues lo habrá hecho en el ejercicio y uso legítimos de su profesión y actividad médica de salvar una vida...” (55), y en relación a la conducta que describe el tipo objetivo, el médico “debe haber realizado la conducta mediante procedimientos médicos y quirúrgicos, no por ejemplo, simplemente a golpes como podría provocar un

aborto una persona cualquiera. Esos actos o métodos él los conoce por ser médico y son propios de su profesión” (56).

La particularidad que ofrece este tipo legal viene dada por ser “una figura doblemente calificada por el sujeto activo, ya que, en virtud de dicha calidad profesional, no sólo se agrava la pena, sino que también se eleva a la categoría de autor y no de cómplice, el hecho de colaborar en el aborto” (57).

(55) Guillermo Ruiz Pulido, obra citada, p.7

(56) Alfredo Etcheberry, obra citada, p.275

(57) Christian Henríquez Morales, obra citada, p.70

A2b. Tipo penal del artículo 368

Este tipo penal está contemplado en el párrafo 7 del Título VII (Crímenes y Simples Delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual) del Libro Segundo denominado “Disposiciones comunes a los dos párrafos anteriores” (“De la violación” y “Del estupro y otros delitos sexuales”) y conforme a lo que establece, si los delitos de los párrafos 5 y 6 del mismo título, esto es, los delitos de los párrafos “De la violación” y “Del estupro y otros delitos sexuales”, hubieren sido cometidos por un profesional de la salud cuando el ofendido se encontraba bajo su curación o cuidado, la responsabilidad penal de aquel se ve agravada de la manera que se establece en el mismo artículo.

A3. Tipo penal de violación del secreto profesional

Este tipo penal está contemplado en el artículo 247 inciso segundo, párrafo 8 del Título V (Crímenes y Simples Delitos cometidos por empleados públicos en el desempeño de sus cargos) del Libro Segundo denominado “Violación de secretos”, y establece que se aplicarán las penas contempladas en el inciso primero del mismo artículo a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado. El tipo “ha dado forma legal al secreto profesional, el cual era considerado antes, como un simple deber de conciencia” (58).

¿Qué significa que al médico “se le hubiere confiado” un secreto?: significa que “el médico...no queda atado al secreto sino cuando el enfermo al declarar la lesión de que padece, le da el carácter de tal a su dolencia” (59).

¿Es necesaria, para que se configure el delito de violación de secreto profesional, la existencia de un perjuicio?: pienso afirmativamente, porque en el inciso primero del artículo 247 se exige para el caso del empleado público que, sabiendo por razón de su cargo los secretos de un particular, los descubriere (con perjuicio de éste), y no existe razón para excluir la exigencia del delito de violación de secreto profesional que es castigado con igual severidad que dicha situación (60).

(58) Marta Alcayaga Vicuña, “La Responsabilidad Criminal del Médico”, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1939, p.62

(59) Marta Alcayaga Vicuña, obra citada, p.64

(60) En el mismo sentido Marta Alcayaga Vicuña, obra citada, p.64: “Para que exista violación de secreto profesional deben concurrir las circunstancias siguientes:...3° que la divulgación del secreto cause perjuicios...al paciente o a su familia”.

Es pertinente señalar que el Código Sanitario establece en el inciso primero del artículo 20 que todo médico-cirujano que asista a persona que padezca de una enfermedad transmisible sujeta a declaración obligatoria, comunicará por escrito el diagnóstico cierto o probable a la autoridad sanitaria más próxima (61).

(61) Por mandato de la norma del artículo 21 del Código Sanitario, el DTO 712, Salud, publicado en 17 de Abril de 2000, estableció el Reglamento sobre Notificación de Enfermedades Transmisibles de Declaración Obligatoria.

B. Delitos médicos culposos en el Código Penal chileno

Nuestro Código Penal establece, en el artículo 10 número 13, que está exento de responsabilidad criminal el que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley, disposición que se explica porque “nuestra ley penal ha sido reacia a reglamentar la Culpa...prefiriendo que, por lo general, ella no trascienda del ámbito del Derecho Privado” (62), “es decir, excepcionalmente, hay cuasidelitos que se castigan y son los cuasidelitos de homicidio y los cuasidelitos de lesiones que contemplan los artículos 490 y siguientes del Código Penal, en los que encontramos reglamentado el cuasidelito del médico” (63).

V. Bullemore y J. MacKinnon destacan lo siguiente: “En Chile se contempla un sistema de incriminación de las conductas culposas denominado mixto...interpretado como de crimina culposa, por contraposición al de crimen culpae...El sistema de crimen culpae implica que los supuestos imprudentes son numerus apertus, con cláusulas generales de punición, mientras que el sistema de crimina culposa trata al delito imprudente, en cuanto a su técnica de tipificación, de forma similar al delito doloso, aceptando sólo tipos concretos...Debemos aclarar, eso sí, que en el Código Penal chileno hay cláusulas generales, pero acotadas, como en el caso de los delitos contra las personas (arts. 490, 491 y 492). El argumento de mayor peso que inclina la balanza en esta materia en el sentido de interpretar los tipos penales

imprudentes como de crimina culposa se encuentra en la necesaria conexión que debe haber entre la hipótesis culposa con la hipótesis dolosa, que es la descrita típicamente, respecto de las cláusulas generales” (64).

El Código Penal español de 1995, como se verá, abandona el sistema de incriminación culposa mediante cláusulas generales y lo hace con la regulación de la denominada *imprudencia profesional*.

(62) Jaime Campos Quiroga, obra citada, p.110

(63) Christian Henríquez Morales, obra citada, p.73

(64) V. Bullemore y J. MacKinnon, obra citada, p.1

B1. Tipo penal del inciso primero del artículo 491

Este tipo penal está contemplado en el Título X (De los cuasidelitos) del Libro Segundo, y establece que incurrirá en las penas señaladas en el artículo 490, respectivamente, el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión.

B1a. El sujeto activo

Como primera cuestión es pertinente recordar que el Código Sanitario en el artículo 112 establece que solamente podrán desempeñar actividades propias de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud, quienes posean el título respectivo otorgado por la Universidad de Chile u otra Universidad reconocida por el Estado y estén habilitados legalmente para el ejercicio de sus profesiones.

No existe unanimidad en relación a considerar si el tipo en análisis es taxativo en lo que se refiere al sujeto activo, “una primera doctrina nos dice que esta disposición no es taxativa y que la enumeración se hace sólo por vía ejemplar. Esta doctrina señala que el legislador ha pretendido establecer una disposición aplicable a todos los profesionales con conocimiento en el área médica, como lo serían las enfermeras, tecnólogos médicos, paramédicos...Su fundamento se

encuentra en el acta levantada por la comisión redactora del Código, sesión 110...Otros, sostienen que son sólo las personas indicadas en la disposición y que quedan excluidos en consecuencia, otros profesionales de la salud, tales como: las enfermeras, tecnólogos médicos, kinesiólogos...A estos se les aplicará, en su caso, la figura contemplada en el artículo 490 del Código Penal. Su fundamento se encuentra en la interpretación restrictiva de la norma penal” (65). Alejandro Moreira Dueñas, en su Memoria de Prueba “Análisis del tipo de los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal chileno” se adscribe a la segunda doctrina, que por lo demás es la mayoritaria, en cuanto señala: “el artículo 491, ha establecido qué personas pueden ser sujetos activos de este delito culposo, cualquier interpretación que pretenda extender el ámbito de aplicación a otras profesiones, verbigracia, a los enfermeros, con el objeto de encuadrarlas dentro de este comportamiento, sería aplicar la analogía, que sería *in malam partem*, y, por ende, inaplicable en derecho penal” (66), y agrega que “la enumeración del artículo 491 es francamente inútil, arbitraria y anticuada, por lo que debería ser eliminada...” (67).

(65) Christian Henríquez Morales, obra citada, ps.87 y 88

(66) Alejandro Moreira Dueñas, obra citada, p.91

(67) Alejandro Moreira Dueñas, obra citada, p.92

B1b. El comportamiento

Como se señaló en el capítulo de introducción de este trabajo, en el delito médico culposo, el comportamiento aparece en el tipo legal de referencia, luego, el verbo rector (que consiste en causar mal a las personas) “está referido únicamente al tipo penal de referencia del homicidio simple y de las lesiones” (68).

(68) Christian Henríquez Morales, obra citada, p.88

B1c. La negligencia culpable

Respecto a este concepto, como primera cuestión, la postura que será asumida en este trabajo es que la voz “culpable” fue utilizada por el legislador en un sentido común y nada agrega a la voz “negligencia”, esto en virtud de que “dentro del sistema jurídico penal toda negligencia es una forma de culpa, o sea, toda negligencia es culpable. A lo más, pero siempre con bastante imprecisión, podría establecerse una especie de comparación o paralelo con los otros dos artículos...El art. 490, que establece la sanción para cualquiera persona que causa daños en la vida o en la salud cuando obra con imprudencia temeraria...y...en el art. 492 la responsabilidad también de cualquiera persona cuando obra con mera imprudencia o negligencia, siempre que también esté infringiendo reglamentos...en el art. 490 se exigiría un grado bastante alto de afrontamiento o creación de un riesgo (imprudencia temeraria) para poder castigarlo, en tanto que, en...el 492, se exigiría una forma más tenue, apenas mera imprudencia o negligencia, y para los médicos la negligencia culpable estaría entre las otras dos. No se exigiría tanto como la imprudencia temeraria, pero sí algo más que la mera imprudencia o negligencia” (69).

(69) Alfredo Etcheberry, obra citada, p.278

Enrique Cury Urzúa destaca que “la diferencia entre lo que debe entenderse por imprudencia temeraria y mera imprudencia o negligencia es puramente cuantitativa”, y enfatiza que a los profesionales de la salud “se les hace, lógicamente, una mayor exigencia de cuidado que al común de los ciudadanos, pues basta la simple negligencia para hacerlos ya penalmente responsables por el daño que puedan ocasionar a quienes era su obligación curar” (70).

Marta Alcayaga Vicuña, en su Memoria de Prueba “La Responsabilidad Criminal del Médico”, con un criterio más subjetivista, se inclina a pensar que el Código Penal tuvo en consideración que el profesional de la salud posee “una mayor capacidad de previsibilidad de las consecuencias...y que por lo tanto, lo hace acreedor a una sanción, aun cuando haya incurrido en la menor culpa”, y agrega que “si no se esperara un mayor celo y diligencia de estos profesionales en el actuar, no habría tenido objeto el Art. 491, sólo habría bastado el artículo 490...es decir, no habría sido menester exigir a los facultativos una responsabilidad más esmerada...” (71).

(70) Enrique Cury Urzúa, “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos”, Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXVII, Volumen II, 1978-1981, p.105

(71) Marta Alcayaga Vicuña, obra citada, p.49

Para el profesor Jaime Campos Quiroga, en el Código Penal la imprudencia temeraria corresponde a una culpa calificada, mientras que la negligencia culpable a una culpa no excusable o no justificable, no calificada, explicando que de ello se sigue la menor intensidad de la culpa en cuanto negligencia culpable en relación a la culpa en cuanto imprudencia temeraria (72). Explica que: “La ley considera que los profesionales tienen que imprimir a sus actos un deber de cuidado mucho mayor que el de los simples particulares y esa responsabilidad es mucho mayor aún entre los que tienen potestad para precaver y curar las enfermedades de los hombres, de manera que a mayores obligaciones mayores responsabilidades...el artículo 491 exige Culpa no calificada, por cuanto de la calidad profesional que enviste el agente emana un deber de cuidado superior al del mero particular” (73).

(72) Jaime Campos Quiroga, obra citada, p.118

(73) Jaime Campos Quiroga, obra citada, p.119

B1d. Desempeño de la profesión

El agente, profesional de la salud, debe encontrarse en un acto de ejercicio profesional, desempeñando su profesión, ejerciendo la actividad médica. ¿Cuándo hay tal?: el concepto de ejercicio de la profesión médica es necesariamente amplio porque se extiende a la aplicación de toda técnica o tratamiento de forma habitual que tenga por objeto la prevención y curación de enfermedades, con la salvedad de que “la simple determinación de un sistema terapéutico no constituye ejercicio de la medicina. Se requiere que ese pronunciamiento esté radicado en un paciente como objetivo concreto. Así, por ejemplo, si un médico es interrogado de una manera indeterminada sobre una medicación y se manifiesta partidario de una, no existirá responsabilidad culposa si el empleo de dicho remedio causa mal a una persona, por cuanto ese acto no puede ser asimilado al de un desempeño profesional, ya que el facultativo careció de un objeto de aplicación específico” (74).

(74) Jaime Campos Quiroga, obra citada, p.121

B2. Tipo penal del artículo 494 número 10

Este tipo penal está contemplado en el Título I (De las faltas) del Libro Tercero, y establece que sufrirá una pena de multa de una a cuatro U.T.M. el médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas.

Según lo señalan las Actas de Discusión de la Comisión Redactora del Código Penal chileno, en su Sesión número 110 de 19 de Agosto de 1872, presidida por el Sr. Reyes, “se hizo notar...un vacío al respecto de los perjuicios que ocasionaban los médicos, cirujanos, farmacéuticos, etc., por su descuido o negligencia culpable. A indicación del Sr. Rengifo, se resolvió considerar este caso como un cuasidelito, agregándolo como inciso del Art. 477 (491) cuando se causa daño a las personas y como falta si no concurrieren esas circunstancias, considerándose en este caso como un nuevo inciso del Art. 479 (494)” (75).

Como se señaló en el capítulo de introducción de este trabajo, en el Código Penal chileno sólo se castigan delitos culposos contra la vida y la salud individual de las personas en cuanto en el artículo 490 y siguientes se establece un número abierto respecto de los delitos contra las personas y fuera de este número abierto y como caso muy contado de delito culposo se encuentra el tipo

del artículo 494 número 10; luego, el delito médico culposo que no afecta el bien jurídico vida o salud individual del paciente se castiga como falta.

Respecto al sujeto activo, el tipo no presenta diferencias respecto al tipo del inciso primero del artículo 491, salvo porque se excluye al flebotomiano, expresión que por lo demás “en las numerosas modificaciones del Código se les pasó por alto a los modificadores que sustituyeron esta expresión y todavía sobrevive en el art. 491...” (76), y se incluye al dentista lo que podría servir de alguna manera para reforzar la posición de quienes sostienen que el Código Penal es taxativo al señalar el sujeto activo en el delito médico culposo.

(75) Marta Alcayaga Vicuña, obra citada, ps.50 y 51

(76) Alfredo Etcheberry, obra citada, p.277

Se ha destacado, por una parte, el carácter preventivo de la norma del artículo 494 número 10 (77), y por otra, la imposible prueba de esta falta (78).

Según lo expresan V. Bullemore y J. MacKinnon, esta falta es un ejemplo, en el Código Penal chileno, de delito culposo de mera actividad (79).

(77) Marta Alcayaga Vicuña, obra citada, p.50

(78) Jaime Campos Quiroga, obra citada, p.126

(79) V. Bullemore y J. MacKinnon, obra citada, p.4

C. La responsabilidad penal médica en el derecho penal comparado

En materia de delitos dolosos, en los modelos analizados español y mexicano, se contempla, respectivamente, el abandono de los servicios sanitarios y el de persona enferma, respecto a lo cual Alfredo Etcheberry se refiere en los siguientes términos: “a mi juicio nuestra legislación en esta materia necesita con urgencia una revisión de los preceptos penales...creemos que el tratamiento propiamente penal debe reservarse solamente para un caso, que es el caso de abandono del enfermo por parte del médico, porque allí sí que existe una culpa moral que reprocharle si de este abandono resulta la pérdida de la vida o un daño para la salud del paciente” (80).

En materia de delitos culposos, puede destacarse que el modelo español contempla el aborto cometido por *imprudencia profesional* y las lesiones al feto cometidas por *imprudencia profesional*, que el modelo mexicano obliga a los profesionales a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares, y que el modelo peruano introduce en la tipicidad el concepto de la inobservancia de reglas de profesión y el argentino el de impericia en el arte o profesión.

(80) Alfredo Etcheberry, obra citada, ps.279 y 280

C1. El derecho penal español

C1a. Algunas disposiciones generales del Código Penal

El Código Penal español, luego de establecer en su artículo 10 que son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley, dispone en su artículo 12 que las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.

A su turno, el artículo 66 señala ocho reglas para la aplicación de la pena tratándose de delitos dolosos según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, a la vez que señala que en los delitos imprudentes los Jueces o Tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio.

C1b. Delitos médicos dolosos en el Código Penal

C1b1. Tipo penal del artículo 196

Este tipo penal está contemplado en el Título IX (De la omisión del deber de socorro) del Libro II (Delitos y sus penas), y castiga al profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas.

C1b2. Tipo penal del artículo 199 número 2

Este tipo penal está contemplado en el Capítulo I del Título X (Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio) del Libro II (Delitos y sus penas) denominado “Del descubrimiento y revelación de secretos”, y castiga al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona.

C1b3. Tipo penal del artículo 222

Este tipo penal está contemplado en el Capítulo II del Título XII (Delitos contra las relaciones familiares) del Libro II (Delitos y sus penas) denominado “De la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”, y castiga al facultativo que, en el ejercicio de su profesión, realice las conductas que se describen en dicho capítulo.

C1b4. Tipo penal del artículo 397

Este tipo penal está contemplado en la Sección Tercera del Capítulo II (De las falsedades documentales) del Título XVIII (De las falsedades) del Libro II (Delitos y sus penas) denominada “De la falsificación de certificados”, y castiga al facultativo que librare certificado falso.

C1c. Delitos médicos imprudentes en el Código Penal

El Código Penal español regula expresamente, dentro de los tipos legales respectivos, delitos que pueden ser cometidos por lo que denomina como *imprudencia profesional*; los casos son los siguientes:

- el del artículo 142 número 3 referido al homicidio cometido por *imprudencia profesional*
- el del artículo 146 inciso segundo referido al aborto cometido por *imprudencia profesional*
- el del artículo 152 número 3 referido a las lesiones cometidas por *imprudencia profesional*, y
- el del artículo 158 inciso segundo referido a las lesiones al feto cometidas por *imprudencia profesional*.

Beatriz Romero Flores señala que: “Existirá imprudencia cuando de la actuación del profesional de la Medicina se derive una infracción del deber objetivo de cuidado que provoque un resultado lesivo, siendo éste la realización del riesgo creado, riesgo no permitido. Pero a esto se añaden algunas particularidades como la distinción entre deber objetivo de cuidado interno, que sería la obligación de saber y querer realizar la actividad médica de forma adecuada y el deber objetivo de cuidado externo, que consiste en la obligación de acomodar el comportamiento a la reglamentación. Supuestos de vulneración del deber de cuidado serían: un tratamiento no adecuado o seleccionado erróneamente,

técnicas curativas contrarias a las indicadas y omisión del tratamiento normalmente correcto” (81).

En relación a las lesiones cometidas por *imprudencia profesional*, la Jurisprudencia por una parte ha hecho un distingo entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia del artículo 152 número 3 que constituye un subtipo agravado, que se caracteriza por un plus de culpa, y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, y por otra ha señalado que dicha *imprudencia profesional* se traduce en una impericia inexplicable y fuera de lo corriente (82).

Frente a este distingo que hace la Jurisprudencia, Miguel Ángel Cobos Gómez De Linares se pregunta: “¿Puede un profesional infringir deberes de cuidado en el ejercicio de su profesión, infracción aquella que es causante de un resultado de muerte o lesiones de gravedad y no considerarse infringidas las reglas de actuación de la profesión de que se trate, como para considerar su imprudencia “culpa profesional”?” (83), y, “llega a la conclusión de que la distinción entre “culpa del profesional” y “culpa profesional” resulta impracticable y que no aporta elementos significativos para precisar el concepto de la imprudencia profesional. El carácter vacilante de la jurisprudencia y las diferencias de

criterios doctrinales con que se procura la distinción, obedece al hecho que no hay una diferencia real entre una u otra” (84).

(81) Beatriz Romero Flores, “La imputación objetiva en los delitos imprudentes”, Anales de Derecho Universidad de Murcia, N° 19, 2001.

(82) Luis Rodríguez Ramos, obra citada, ps.384 y 385

(83) Miguel Ángel Cobos Gómez De Linares, “El problema de las lagunas conscientes y la jurisprudencia creativa a través de un ejemplo: la distinción culpa profesional y culpa del profesional”, Poder Judicial, 1990, ps.123 y 124.

(84) Sergio Yáñez Pérez, obra citada, p.75

C2. El derecho penal mexicano

C2a. Algunas disposiciones generales del Código Penal

El Código Penal mexicano señala en el artículo 8 que las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente, y en el artículo 9 define lo que debe entenderse por obrar dolosamente y culposamente en los siguientes términos: *obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales*. La regla contenida en este artículo 9 tiene, a mi juicio, el mérito de establecer positivamente el concepto de dolo eventual -“la asimilación del dolo eventual a los delitos dolosos desde el punto de vista de la pena en nuestro Código Penal es sólo producto interpretativo, ya que no hay norma expresa al respecto, aunque en el futuro así debería serlo para un mejor cumplimiento del principio de legalidad“ (85)-, y el de llenar positivamente de contenido el concepto de delito culposo.

(85) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.62

Las reglas para la aplicación de las penas están contenidas en las normas de los artículos 51, 52, 53, 54, 55 y 56, y para los casos de delitos culposos están contenidas en las normas de los artículos 60, 61 y 62.

C2b. La responsabilidad profesional del Código Penal

El Código Penal mexicano contempla en el Título XII del Libro Segundo lo que denomina como *Responsabilidad Profesional*. Los artículos 228 y 229 establecen al efecto que: *los profesionistas, artistas o técnicos y sus auxiliares serán responsables de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados, según sean dolosos o culposos, y se les aplicará además suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia, y estarán obligados a la reparación del daño por sus actos propios y por los de sus auxiliares cuando éstos obren de acuerdo con las instrucciones. Estas sanciones se aplican a los médicos que habiendo otorgado responsiva para hacerse cargo de la atención de un lesionado o enfermo, lo abandonen en su tratamiento sin causa justificada, y sin dar aviso inmediato a la autoridad correspondiente.*

C2c. Delitos médicos dolosos en el Código Penal

El Código Penal mexicano castiga:

- al médico que certifique falsamente que una persona tiene una enfermedad u otro impedimento bastante para dispensarla de prestar un servicio que exige la ley, o de cumplir una obligación que ésta impone, o para adquirir algún derecho (artículo 246)
- al médico, cirujano, comadrón o partera, que causare un aborto (artículo 331), y
- al que abandone a una persona enferma teniendo obligación de cuidarle, presumiéndose como premeditadas la lesión o muerte que resulte del abandono (artículos 335 y 339).

C3. El derecho penal peruano

C3a. El tipo del artículo 117 del Código Penal

Este tipo penal está referido a la agravación de la pena por la calidad del sujeto que causa un aborto, y esta agravación de la pena tiene la particularidad de ser aplicable a *cualquier profesional sanitario* que abusa de su ciencia o arte para causarlo.

C3b. El homicidio culposo y las lesiones culposas

De acuerdo a la norma del artículo 12 del Código Penal peruano, el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley, y así, el artículo 111 del Código Penal peruano establece que el que, por culpa, ocasiona la muerte de una persona, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas, y agrega que la pena será no mayor de cuatro años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión.

A su turno, el artículo 124 del Código Penal peruano establece que el que por culpa causa a otro un daño en el cuerpo o en la salud será reprimido, por acción privada, con pena privativa de libertad no mayor de un año y con sesenta a ciento veinte días-multa, y que la acción penal se promoverá de oficio y la pena será privativa de libertad no menor de uno ni mayor de dos años y de sesenta a ciento veinte días-multa, si la lesión es grave; agrega que la pena será no

mayor de tres años si el delito resulta de la inobservancia de reglas de profesión.

C4. El derecho penal argentino

Como apunta Marco Antonio Terragni, el Código Penal argentino “prescinde de consignar en la Parte General disposiciones sobre la culpa y determina la represión que corresponde cada caso de actuar culposos que merezcan pena” (86).

C4a. Los artículos 84 y 94 del Código Penal

El primero de ellos, contenido en el capítulo de delitos contra la vida, establece que será reprimido con prisión de seis meses a cinco años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años el que por impericia en su arte o profesión causare a otro la muerte.

El segundo, contenido en el capítulo de las lesiones, establece que se impondrá prisión de un mes a tres años o multa de mil a quince mil pesos e inhabilitación especial por uno a cuatro años al que por impericia en su arte o profesión causare a otro un daño en el cuerpo o en la salud.

(86) Marco Antonio Terragni, “Delitos contra las personas”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2000, p.388

C4a1. La impericia

Respecto a esta forma de aparición de la culpa en las incriminaciones culposas señaladas precedentemente, Marco Antonio Terragni indica: “Desde siempre se la identifica con la falta de sabiduría, de práctica, de experiencia o habilidad, en el arte o la profesión. Imperita es la actuación inexperta o inidónea respecto de una tarea que requiere una especial destreza de parte de quien, se supone, la tiene o debe tenerla. Es una exigencia mayor, que se le formula a una persona dedicada a una labor de por sí riesgosa y que, por ende, debe ser desarrollada con especial habilidad”, agregando que “para la diferenciación de las conductas peritas e imperitas, el juez debe utilizar los aportes de la ciencia y de la técnica”, y que “en la impericia puede haber ignorancia (cuando no se conoce debidamente la consecuencia del obrar); puede existir error (cuando se parte de un juicio inexacto sobre lo que podría acontecer); o inhabilidad, que revela defecto en la traducción de los juicios en actos” (87).

(87) Marco Antonio Terragni, obra citada, ps.408 y 409

C4a2. Jurisprudencia

En relación a la configuración del delito previsto y penado en el artículo 84 del Código Penal argentino: es suficiente cualquier impericia en el arte o profesión; no se sancionan sólo las formas groseras, sino también la que suele designarse como levísima, ya que la distribución de la culpa en grados no ha sido seguida por el Código Penal argentino (88).

En relación a la imputación de homicidio culposo: “Si el médico de un hospital municipal, en un medio harto desfavorable para una atención eficiente, hizo cuanto material, humana y científicamente pudo realizar, no se le puede imputar homicidio culposo” (89).

En relación a la impericia: “El médico que inyecta en pleno posoperatorio debe extremar las precauciones y si cometió un error suministrando un medicamento que no correspondía, fue indudablemente craso...” (90).

(88) Marco Antonio Terragni, obra citada, p.421

(89) Marco Antonio Terragni, obra citada, p.424

(90) Marco Antonio Terragni, obra citada, p.424

La Corte de Córdoba absolvió a un médico que dejó unas pinzas en el vientre de la paciente, “por estimar que dada la complejidad del cuadro en el momento de intervención y habiendo sobrevenido una hemorragia, el facultativo debió apresurar el término de la misma, de suerte que por la rapidez con que debía obrar y lo anegada que se encontraba la herida, no era extraño que las citadas pinzas hubieren quedado dentro de ella” (91).

(91) Jaime Campos Quiroga, obra citada, p.129

Capítulo III

Jurisprudencia en el antiguo Procedimiento Penal y en el actual Proceso Penal

A. Jurisprudencia sobre el resultado en el delito médico culposo

Nuestros Tribunales Superiores de Justicia en relación al resultado en el delito médico culposo han sentenciado de la siguiente manera:

1. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, en Sentencia de 15 de Julio de 2003, Rol 4406-03, en el Considerando Quinto, citando el artículo del Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Chile don Carlos Künsemüller publicado en la Revista Chilena de Derecho Volumen 13 N° 2, titulado “Responsabilidad penal del acto médico”, falló al respecto que:
 - a. El concepto de fallo técnico o error profesional no implica por sí mismo una valoración jurídico-penal.
 - b. Es posible la existencia de un fallo técnico sin que paralelamente el deber de cuidado haya sido violado.
 - c. Aún cuando en muchos casos se pueda identificar el fallo técnico con una conducta contraria al deber de cuidado, relacionable a su vez con el fracaso, ello no siempre va a permitir calificar jurídicamente tal fracaso como consecuencia de esa conducta técnicamente inadecuada. Por ejemplo, en aquellas situaciones en que pese al

empleo de la técnica adecuada, es decir, en un caso de ausencia de fallo técnico, el resultado funesto sobreviniese de todas maneras.

- d. Es necesario que la acción contraria al cuidado sea relevante frente al resultado ocurrido. Será relevante, cuando la conducta contraria a la realizada, o sea, una acción cuidadosa, técnicamente adecuada, hubiere evitado el fracaso y el daño consiguientes. Será en cambio irrelevante, si el bien jurídico hubiere resultado lesionado de todos modos, aún con un comportamiento correcto.
- e. Si, en el evento de una acción técnicamente correcta, el desenlace fuese el mismo, entonces el error o fallo cometido no ha sido el por qué jurídico de ese resultado, ha sido jurídicamente irrelevante frente al mismo, y la ley requiere que el daño se produzca por negligencia culpable.

- 2. La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 29 de Mayo de 2008, Rol 97-08, falló al respecto que: “Según la defensa, no existió daño, porque fue la actitud contumaz de la madre la que condujo al efecto lesivo en la menor. Sin embargo, aun de ser efectivo lo que se dice de la madre, ello no traslada la responsabilidad en el mal desde el agente que lo causó efectivamente. No fue ella, la madre de la menor, sino la imputada que ejerciendo su profesión de odontopediatra, con una simple evaluación ocular -que avala con sus 30 años de experiencia -, decidió

extraer dos dientes, suponiendo que eran temporales. Ella es la especialista y quien estimó que su larga experiencia le permitía prescindir de la búsqueda de la ficha médica o, en su lugar, de tomar radiografías a la menor que atendía; fue quien extrajo dos dientes definitivos a la menor, suponiendo que eran temporales, procedimiento que en todo caso, no se aplica jamás sobre los incisivos -según se lee de los informes de responsabilidad médica- sino que se aplica en forma seriada desde los primeros molares y hacia los que le siguen. La actitud resistente o negativa de la madre, posterior al hecho que lesionó a su hija, no ha tenido el efecto de revertir culpabilidades penales o de diferir sus efectos en el tiempo. La madre se negó a someter a su hija a exámenes para verificar si era cierto lo que ella reclamaba y luego, se negó a aceptar lo que le fue ofrecido por el Centro hospitalario que la atendió. El daño ya existía cuando intervino la madre. La culpa de la profesional ya había concurrido en la especie y la relación de causalidad entre acción y resultado se había producido. Todo lo que pudo ofrecer a la ofendida, la acusada o el Servicio de Salud, con posterioridad a la extracción de los dientes, ya no formaba parte del daño y, por lo tanto, tampoco lo era del hecho ilícito. Sólo podrían llegar al estándar de circunstancias que buscaban la eventual reparación inmediata o próxima del daño causado, con mayor o menor celo. Se recuerda, es hecho acreditado legalmente que una odontopediatra causó el daño porque

extrajo a la menor las piezas dentarias N° 24 y 25, estimando que éstas correspondían a molares de primera dentición, diagnóstico que resultó ser errado toda vez que tales piezas eran definitivas, causando a la ofendida lesiones de carácter grave, que sanaron en 32 a 35 días, con la secuela de la pérdida de dos incisivos centrales inferiores definitivos. El daño ha consistido en la lesión grave que demoró en sanar entre 32 a 35 días dejando como secuela, la pérdida de sus dos incisivos centrales inferiores definitivos, y resulta correcta la conclusión de los jueces en cuanto concluyen que la acusada incurrió en negligencia culpable, por cuanto no siguió el procedimiento indicado para niños menores con patologías de apiñamiento dentario, estableciéndose en el caso sublite la inobservancia de principios prescritos por *lex-artis*, con omisión en el reconocimiento de la calidad de piezas dentarias, al confundir piezas permanentes con piezas temporales o de leche, causando en la menor afectada una pérdida permanente de dos piezas definitivas. Esta misma responsabilidad se encuentra establecida en el hecho descrito en el considerando cuarto del fallo de primera instancia, en la frase y no obstante realizar esta atención en ausencia del dentista de quien la menor era paciente y sin contar con la ficha odontológica, ni radiografías para dicho efecto, con el sólo mérito de un examen visual. No se obra por impericia porque se trataba de una profesional de trayectoria y con experiencia y conocimiento suficiente. Fue, como acertadamente lo

dijeron, un acto negligente, porque correspondió a una grave falta de atención o de diligencia en el actuar, que en este caso, pudo ser rayano en la imprudencia. Finalmente, la relación de causalidad, aparece por sí misma, porque la acción negligente que consistió en extraer dos piezas dentarias sin adoptar las debidas medidas y, fuera de todo protocolo médico de tratamiento, causó la grave lesión, ya que precisamente el hecho que no fueran piezas temporales que fue lo inadvertido- provocó a la menor las lesiones y la secuela permanente” (92).

(92) Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 29 de Mayo de 2008, Rol 97-08, en <http://poderjudicial.cl>

3. José Ángel Fernández Cruz comentando el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de 4 de Mayo de 1993, Rol 44.392-92, en el cual se concluye que no se infringe el deber de cuidado cuando su obediencia no hubiere evitado el resultado acaecido, expresa lo siguiente: “Si bien resulta correcto el fallo de la Corte de Apelaciones, en el sentido de que los hechos no son típicos, entendemos que su argumentación es un claro ejemplo de la confusión entre la acción típica y la imputación objetiva del resultado...Si existió un error en el diagnóstico del paciente debido a una vulneración de su *lex artis*, es decir, evitable o vencible, deberemos afirmar que ha existido una omisión de una diligencia debida, ya que esta omisión no constituye un elemento exclusivamente penal, sino que su naturaleza es extrapenal...La determinación de la omisión de la diligencia debida no depende del resultado típico, sino de la exigencia, en este caso, de un diagnóstico adecuado. Si al médico se le podía exigir un diagnóstico adecuado, existió una omisión de una diligencia debida: estamos ante un hecho que no se puede obviar...Establecida la omisión de la diligencia debida, debería comprobarse la relación de causalidad natural entre acción y el resultado. Si el paciente falleció a consecuencia de otras acciones o factores, deberíamos concluir que si bien existió una omisión de la diligencia debida –que puede ser depurada en el orden disciplinario- la acción que se realizó no fue la causa natural del resultado...En el caso

de que concurriera la relación de causalidad natural, todavía nos quedaría por comprobar si el resultado es expresión del riesgo creado, o en otras palabras, que exista una posibilidad de control del curso causal, en caso contrario, cuando no sea posible producir o evitar finalmente el resultado, éste aparecerá simplemente como un resultado causado por la acción de una persona, pero no imputable objetivamente a dicha acción...Mantenemos que, si bien en la mayoría de las ocasiones el riesgo emanado de la omisión de la diligencia debida, establecida la relación de causalidad natural, se reproducirá en la imputación objetiva del resultado, en algunos supuestos no ocurrirá así...No obstante, como hemos manifestado, estos supuestos resultan excepcionales, pues una infracción del deber de cuidado conlleva en la mayoría de las ocasiones un incremento del riesgo típico” (93).

(93) José Ángel Fernández Cruz, “El Delito Imprudente: La determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones”, Revista de Derecho Volumen XIII, 2002, ps.107 y 108

B. Jurisprudencia sobre la autoría en el delito médico culposo

Nuestros Tribunales Superiores de Justicia en relación a la autoría en el delito médico culposo han sentenciado de la siguiente manera:

1. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en Sentencia de 21 de Noviembre de 2007, Rol 34.906-04, falló al respecto que:
 - a. Si bien el médico concurre como encargado de la operación, no es menos cierto que la fase o etapa del conteo de las compresas corresponde de manera exclusiva a la arsenalera.
 - b. Como producto de un actuar culposo por parte de la arsenalera se han producido efectos en la cavidad corporal intervenida, que no le son imputables al cirujano.
 - c. En el proceso de una operación quirúrgica diversos profesionales prestan su concurso y accionar en una labor de equipo, con el propósito de que la intervención obtenga su resultado; la responsabilidad penal de cada uno de ellos, nace de la acción que les cabe individualmente y en base a su función natural y propia, que cumplen en el equipo, de tal forma que no basta sólo ser un cirujano para que exista de manera objetiva culpa o negligencia, sino que además se requiere que el accionar del cirujano sea el que ocasione directamente el daño o perjuicio al paciente.

2. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en Sentencia de 3 de Marzo de 2008, Rol 14.193-05, falló al respecto que: “Resulta claro, entonces, que el acusado Fuhrer realizó su labor profesional cumpliendo a cabalidad con la *lex artis* correspondiente, examinando a su paciente, ordenando la práctica de diversos exámenes y registrando en la ficha clínica sus resultados, entre ellos el hecho de tratarse de una paciente obesa, hipertensa y alérgica a la dipirona, operándola del mal que la aquejaba sin ningún contratiempo. Si la paciente falleció se debió única y exclusivamente a la negligencia culpable del médico Hassan Chaaban, quien no leyó la ficha clínica donde constaba la referida alergia de la señora Salazar Díaz... Que, en consecuencia, de los presupuestos fácticos del proceso se perfilan los elementos de la negligencia culpable que el artículo 491 del Código Penal castiga, a saber, una actividad voluntaria lícita, como lo es una intervención quirúrgica llevada a cabo acertadamente tanto en el diagnóstico de la dolencia como en su tratamiento, desplegando todos los participantes de dicha intervención una conducta diligente y adecuada a la *lex artis*, con excepción del anestesista, señor Hassan Chaaban, quien con grave omisión de su parte, no leyó la ficha clínica de la paciente y ordenó, como tratamiento post operatorio, el inyectarle dos gramos de dipirona, producto al que era alérgica la paciente -hecho que constaba en la ficha clínica-, lo que le causó un shock anafiláctico y la muerte posterior. Resulta palmario que

no se puede condenar a Juan Guillermo Fuhrer Fuster por negligencia culpable en su obrar cuando, al contrario, cumplió con todas las regulaciones y disposiciones que la ciencia médica ha dispuesto para el examen, diagnóstico y tratamiento de la enfermedad que aquejaba a la fallecida señora Salazar Díaz...el tantas veces mencionado doctor Fuhrer si indagó las dolencias y alergias de la paciente y las transcribió todas en la ficha clínica, siendo obligación del anestesista leerla, lo que probadamente no hizo, de suerte que aún cuando sea una práctica habitual el consignar las alergias en la carátula de la ficha clínica, es lo cierto que basta para cumplir la lex artis el mero hecho de consignarlas en tal documento, lo que en la especie sucedió...Que tampoco es responsable de delito culposo alguno el medico Alonso Vivian Bahamondes Villegas. Desde luego, como aparece de los antecedentes del proceso, dicho profesional no participó ni en el diagnóstico de la dolencia de la paciente, ni en su operación, ni en su tratamiento post operatorio, no participa en el decurso del ilícito, no tiene ninguna actividad que lo vincule al desarrollo causal del delito culposo de autos. Bahamondes Villegas tiene una participación posterior al homicidio culposo de autos y, por ese sólo hecho, ninguna responsabilidad puede tener en su comisión...Del sumario administrativo llevado a cabo al interior del referido nosocomio, se infiere que el doctor Bahamondes habría cometido una falta al no estampar en la ficha clínica de la paciente

ninguno de los acontecimientos desde que se produjo el paro cardio respiratorio de la paciente hasta su traslado a la UCI pero, claramente, tal falta no importa, de ninguna manera, que la muerte de la señora Salazar se haya debido a la conducta negligente de Bahamondes Villegas...La única falta que se le podría atribuir, el no consignar determinados datos en la ficha clínica, no tiene nada que ver con el desarrollo causal del ilícito culposo. Consecuentemente, se dictará absolución en su favor” (94).

3. La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 23 de Abril de 2007, Rol 6585-06, falló al respecto que: “De los hechos que se han dado por establecidos en la sentencia no aparece que el médico que intervino en la operación del paciente le haya causado con su actividad un mal, entendiéndose por éste uno que le haya causado un daño, ya que no se ha podido establecer claramente que haya actuado en su oficio con negligencia culpable, sino que, por el contrario su actuar se ha debido a un accidente causado por la negligencia de otra persona...” (95).

(94) Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago de 3 de Marzo de 2008, Rol 14.193-05, en <http://poderjudicial.cl>

(95) Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 23 de Abril de 2007, Rol 6585-06, en Gaceta Jurídica, No.322, 2007, p.223 y ss.

4. José Ángel Fernández Cruz cita un fallo de la Excelentísima Corte Suprema de 15 de Noviembre de 1997, por el que ésta “resolvió un caso en que a una paciente se le practicó una serie de endoscopias seguidas –hecho que no es recomendado en la praxis médica- que le produjeron la muerte, y donde concurrieron, además del médico especialista o tutor, un médico en calidad de becado en un programa de especialización en gastroenterología. El fallo consideró que no existió coautoría culposa, sino que atribuyó la responsabilidad exclusivamente al médico tutor, ya que el médico becado sólo colaboró en la operación pues estaba comenzando su beca” (96).

(96) José Ángel Fernández Cruz, obra citada, p.116

C. Jurisprudencia sobre el riesgo permitido en el delito médico culposo

Nuestros Tribunales Superiores de Justicia en relación al riesgo permitido en el delito médico culposo han sentenciado de la siguiente manera:

1. La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 15 de Diciembre de 1997, Rol 3241-97, falló al respecto que: “Lo que han dado a entender claramente los jueces es que el riesgo que amenazaba la salud de la paciente a raíz de las reiteradas operaciones mecánicas del día 4 era mayor que el que afrontaba la señora Middleton si se difería la extracción de los cálculos biliares por ese otro método...Estos son hechos que la Corte de Alzada declara comprobados luego del estudio y análisis de las piezas de autos reseñadas en el considerando primero. Para poder llegar a conclusiones diversas –como lo sería por ejemplo que el riesgo que implicaban las operaciones del día 4 eran menores que el que surgía de la postergación del tratamiento– habría necesidad de replantear la ponderación, análisis y estudio de tales piezas o elementos de convicción, lo que a la Corte de Casación le está vedado pues de tal modo estaría abriendo paso a una tercera instancia, no autorizada en la ley...Que en consecuencia la conducta del acusado está muy lejos de haber constituido un riesgo permitido, como se pretende si como quedó dicho, es un hecho de la causa el de que el peligro que entrañaba el día 4 en referencia, la colangiografía retrógrada y la papilotomía, para la paciente, era mayor que la amenaza que se cernía sobre ella a causa de

la postergación de las operaciones necesarias para liberar al colédoco de los cálculos, uno de los cuales había sido ya eliminado, como lo comprobó la intervención quirúrgica del Dr. Zúñiga el día 5 de octubre” (97).

(97) Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 15 de Diciembre de 1997, Rol 3241-97, en Gaceta Jurídica, No.210, 1997, p.111 y ss.

2. El Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en Sentencia de 28 de Noviembre de 2006, RIT N° 72-2006, falló al respecto que: “De lo razonado y la prueba enunciada, que resta veracidad al testimonio del acusado, no puede sino concluirse que al momento en que éste decidió la cirugía, por motivos de lucro, estaba plenamente consciente de que carecía, tanto de los equipamientos reanimadores para enfrentar los riesgos que para la salud y la vida de la paciente pudieran devenirse, hecho que el imputado reconoce, como también que no tenía los conocimientos específicos sobre la aplicación de lidocaína vía subcutánea, porque tratándose de un médico, resulta insostenible plantear que ignorara, que en el abdomen existe una infinidad de venas que de pincharse conducen rápidamente el ingreso del medicamento al sistema sanguíneo, produce fibrilación del corazón que deja de bombear adecuadamente la sangre, lo que se traduce en hipoxia cerebral y de los demás órganos vitales como hígado y pulmón, y que una sobredosis de anestesia puede igualmente, por la misma razón, resultar letal...Así las cosas, se probó en el juicio que el acusado al momento de decidir la cirugía creó un riesgo que además de no estar permitido por el ordenamiento jurídico, era de tal naturaleza que ningún médico respetuoso de las más elementales reglas de la lex artis, colocado en su situación y en posesión de sus conocimientos y su

capacidad nunca hubiera asumido, a sabiendas de que era previsible que el daño se verificara y que él no lo podría revertir...” (98).

3. En proceso que terminó por Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 2 de Junio de 1993, Rol 28.405, se condenó a un médico como autor del cuasidelito de lesiones graves de una paciente a causa de una intervención quirúrgica –cirugía plástica- realizada en un pabellón de operaciones que no cumplía con los requisitos mínimos exigibles, lo que, por tanto, constituía un significativo riesgo para la salud de la paciente.

(98) El médico fue condenado como autor de homicidio simple cometido con dolo eventual. Sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 72-2006, en Boletín del Ministerio Público, No. 30, Marzo 2007, ps.96 y ss.

4. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt, en Sentencia de 22 de Febrero de 2005, Rol 116.620-03, falló al respecto que:
 - a. El doctor L. incurrió primero, en un acto de imprudencia al iniciar el manejo de una patología poco o nada conocida por él.
 - b. Adoptó una conducta temeraria al indicar una cirugía que no era de su conocimiento.
 - c. El acusado, sin ser especialista urólogo y sin existir ninguna situación de riesgo vital para el paciente M. A., procedió a intervenirlo quirúrgicamente extrayendo una fibrosis que podía perfectamente ser tratada con medicamentos indicados por un médico de la especialidad de urología, y no les cabe duda alguna que M. A. S. resultó dañado en su integridad física y psíquica al sufrir la amputación de su pene, como resultado del desempeño profesional del querellado, al intervenirlo quirúrgicamente sin tener la especialidad necesaria para ello.

D. Jurisprudencia sobre la *lex artis* médica

Nuestros Tribunales Superiores de Justicia en relación a la *lex artis* médica han sentenciado de la siguiente manera:

1. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, en Sentencia de 2 de Noviembre de 2006, Rol 938-05, falló al respecto que:
 - a. Si bien se contó con la anuencia de la afectada para la práctica del procedimiento médico al que fue sometida, el que estaba encaminado a la extracción del dispositivo anticonceptivo que portaba en su útero ya que la paciente deseaba embarazarse, no concurre, sin embargo, el elemento de haberse observado por el autor, en la especie, las reglas del arte médica.
 - b. Se infiere de manera categórica que en el procedimiento seguido por el encartado para proceder a la extracción del dispositivo intrauterino que portaba la paciente, éste omitió ceñirse al tratamiento médico que estatúa la *lex artis* para el caso específico en que se encontraba la afectada.
 - c. El resultado dañoso para la ofendida se tradujo en una histerectomía y en una operación de Hartman que hubo de practicársele posteriormente, resultado perfectamente previsible y evitable de haber actuado el imputado con la diligencia que la *lex artis* requería para el caso concreto de que se trataba.

2. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, en Sentencia de 24 de Abril de 2008, Rol 188-07, falló al respecto que: “Si dentro de los deberes generales del médico como principios elementales del ejercicio de su *lex artis*, según pronunciado consenso, se encuentran los de examinar, diagnosticar y tratar, empleando para ello y a fondo su pericia y experiencia, de la relación antes dicha, surgen ya ciertos elementos de juicio que no pueden ser pasados por alto...En primer lugar y como se sabe, no todo error médico constituye, *per se*, una negligencia culpable. Según Terragni, “por lo general en la actividad curativa aún el empleo correcto de la *lex-artis* puede desembocar en un resultado infausto”, ya que la Medicina no tiene todas las posibilidades de solución a los problemas de salud que pueden presentarse, ni siquiera en aquellos casos en que se sostenga que el profesional ha podido ejecutar algo más de lo ofrecido, si la falta de curación igual pudo ocurrir aún con una conducta suya más propicia...Pero resulta que, según lo sostiene la parte querellante quien cita para ello a varios enciclopedistas del tema y lo confirman las pericias médicas evacuadas en la causa, la conducta prevista según la *lex artis* para una torsión testicular es, precisamente, la exploración quirúrgica del órgano con una alta probabilidad de extirpación; esto es, en la hipótesis en desarrollo, el resultado dañoso se produce del mismo modo que por la supuesta acción negligente del médico encartado. De esta manera, este caso parece dar razón a

quienes como Garrido Montt, según se ha visto, sostienen que no debe buscarse causalidad sino tipicidad en los asuntos de negligencia médica. Y lo que interesa a la tipicidad no es la simple sumatoria de la esencialidad en el error más una infracción a la *lex artis* (se puede cometer un error garrafal, diagnosticar por ejemplo un tumor inexistente en el testículo y extirpar una glándula torsionada que requería esa intervención) lo que induce, como se ve, a un puerto inseguro; sino que la esencialidad del error se produzca a través de la infracción de la *lex artis* exigible bajo las condiciones posibles de acuerdo a las características del caso; y que el resultado producido de esta manera no sea el perseguido por la ciencia médica y por ende efectivamente dañoso para el paciente...Según puede apreciarse, entonces, la conducta desplegada por el acusado encaja perfectamente dentro la *lex artis* que los informes periciales y testimonios de sus colegas recién referidos describen para un caso tal...Que, de esta forma, no se configuran en la especie los presupuestos típicos del ilícito materia de la acusación, ni aún bajo la peor de las hipótesis de la existencia de un error esencial sumado a la infracción de la *lex artis*, si no se ha probado, como sucede en este caso, que a través de una mala práctica profesional se haya inducido un daño previsible médicamente; puesto que aquí no resulta demostrado (y ni siquiera resulta con baja probabilidad), que el efecto causado -extirpación del testículo izquierdo- no se hubiese producido

igualmente bajo tal supuesto; y que todavía ello haya sido necesariamente dañoso para el paciente. Como una consecuencia de lo anterior, no es posible derribar la presunción de inocencia que asiste al acusado y arribar a una convicción inculpatoria definitiva respecto de su responsabilidad profesional, en los términos en que ha sido planteada en el libelo prosecutor. Por ello, y no habiéndose adquirido a través de los medios de prueba legal la convicción de que realmente el doctor Miguel Angel Moreno González cometió el hecho punible que se le ha atribuido, forzoso se hace revocar en lo penal la sentencia en alzada, para dictar absolución” (99).

3. En proceso que terminó por Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 25 de Abril de 1991, Rol 26.826, se condenó a un médico como autor del cuasidelito de homicidio de una menor quien falleció a causa de una bronconeumonía. El profesional omitió hospitalizar a la paciente, devolviéndola a su domicilio, lo que es contrario a las normas de atención de niños y adolescentes del Ministerio de Salud para un caso como el de la menor.

(99) Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua de 24 de Abril de 2008, Rol 188-07, en <http://poderjudicial.cl>

E. Jurisprudencia sobre dolo eventual en el acto médico

Nuestros Tribunales Superiores de Justicia en relación al dolo eventual en el acto médico han sentenciado de la siguiente manera:

1. En el voto en contra de la Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de 25 de Septiembre de 2007, Rol 302-05, el Abogado Integrante Señor Contreras estuvo por confirmar la sentencia en alzada en mérito a las siguientes consideraciones:
 - a. Si bien es cierto el Art. 491 del Código Penal califica como cuasidelito la conducta del médico que, en el desempeño de su profesión causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, no es menos verdad que la forma y circunstancias en que el médico querellado realizó la intervención al paciente, y el hecho de haberla efectuado en un lugar no apropiado, no son constitutivos de mera negligencia.
 - b. El querellado practicó una intervención quirúrgica sin precaución alguna, infringiendo gravemente las reglas de la lex artis, en una simple consulta no habilitada para practicar ese tipo de operaciones, carente de instrumental médico e incluso de higiene, sin el concurso de un anestesista ni de una enfermera, y sabiendo que no estaría en condiciones de afrontar una emergencia, incluso una fatal, en caso de presentarse, todo lo cual es constitutivo de dolo eventual y no de una simple negligencia.

- c. Cuando su paciente se encontraba en gravísimo estado a consecuencia de las complicaciones surgidas durante la intervención que le estaba practicando, en vez de dedicarse a prestarle todos los auxilios posibles, que la crítica condición de éste ameritaba y que su profesión le exige, el querellado abandonó su consulta dejando expuesta a la víctima a una muerte absolutamente inminente y previsible, como de hecho aconteció, lo que constituye una omisión dolosa de su deber directo, como médico tratante, de prestar auxilio a su paciente, con resultado de muerte.
-
2. La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 18 de Noviembre de 2008, Rol 6.222-07, falló al respecto que: “Resulta conveniente tener en cuenta que, según la mejor doctrina, el dolo eventual exige que el agente se haya representado como posible el resultado fatal no querido y, no obstante esta representación, lo haya aceptado o aprobado, mostrándose indiferente a la lesión –también representada– del respectivo bien jurídico puesto en peligro. No basta, por tanto, con la mera representación del evento previsible no perseguido, es necesario – conforme a la teoría del asentimiento o consentimiento– que el sujeto activo haya aceptado, asumido, admitido o aprobado el evento lesivo como algo probable para el caso que se produzca...Nuestra jurisprudencia ha admitido sin excepciones la categoría del dolo eventual, exigiendo en el ánimo del hechor la “aceptación” o “ratificación”

del resultado, para el caso en que éste se produzca...En el caso que nos ocupa, si bien el acusado debió representarse, dadas su calidad profesional y las circunstancias en que se desempeñó, como posible el resultado lesivo finalmente ocurrido, pues efectuó –sin poseer la idoneidad y pericia exigibles en el caso concreto– una intervención quirúrgica en un lugar inadecuado y con un instrumental y personal de apoyo absolutamente insuficientes para enfrentar posibles –y previsibles– emergencias, y abandonó además al paciente, no es posible arribar a la íntima convicción de que al obrar como lo hizo, desentendiéndose de la situación delicada que afectaba al enfermo, tomó seriamente en cuenta la posibilidad del deceso y la acogió en su voluntad de realización, evidenciando total indiferencia por la suerte de los bienes jurídicos involucrados en el entorno de peligro objetivamente existente. Del mérito de los antecedentes probatorios reunidos en los autos, no controvertidos por otros, aparece que Mayorga, al constatar la situación del paciente, solicitó la asistencia de otro facultativo, para que le prestara ayuda y concurrió –aunque tardíamente– al establecimiento hospitalario donde se hallaba el paciente. Esta conducta posterior al riesgo creado, no permite aseverar la posición de total indiferencia por lo que pudiera ocurrir, requerida para fundar la concurrencia de dolo eventual. Conviene recordar, como ya se adelantó, que no es suficiente, para el surgimiento de la categoría de dolo en análisis, y conforme a las

teorías volitivas, con la representación del resultado lesivo previsible, como posible evento ligado causalmente a la acción emprendida, sino que a ello debe añadirse como plus subjetivo esencial, la conformidad con ese resultado, su aceptación o aprobación, dada a conocer con la continuación de la conducta peligrosa puesta en marcha, que pudo haber detenido; en otras palabras –y como lo señalara Frank en su conocida “segunda fórmula”– el sujeto se dice a sí mismo, “sea así o de otra manera, suceda esto o lo otro, en todo caso actúo”; por ende, quien obra con dolo eventual renuncia a su chance de detenerse en el curso desplegado y evitar de este modo la previsible –y prevista– lesión del objeto jurídico puesto en peligro; al agente no le importan las consecuencias lesivas de su proceder, aceptando que sobrevengan...Que en anteriores pronunciamientos, este tribunal ha resaltado los complejos problemas que ofrece la prueba del dolo en la sede procesal penal, por tratarse de un “conglomerado de hechos internos”, debiendo averiguarse determinados datos de naturaleza psicológica. Ha de indagarse una realidad que, como afirma Herzberg, “se encuentra en la cabeza del autor”, o, como puntualiza Schewe, se basa en “vivencias subjetivas del autor en el momento del hecho”, unos fenómenos a los que puede y debe accederse en el momento posterior del proceso...La doctrina postula que ante la duda sobre la concurrencia de dolo o culpa, ha de optarse, por aplicación del principio *in dubio pro*

mitius (en caso de duda optar por lo menos gravoso), por la imputación de culpa, a fin de no extender el ámbito del dolo eventual a costa de aquella...En el supuesto que nos ocupa, y como ya se recordó en el considerando Séptimo el imputado hizo abandono de su consulta –calificado de “inexcusable” en el informe pericial evacuado por el Instituto Médico Legal– en momentos en que el paciente estaba una situación de riesgo para su salud, conocida del facultativo, lo que encuadra en la figura de negligencia profesional mencionada. En consecuencia, la decisión más ajustada al mérito de los antecedentes y a una calificación jurídica adecuada a la dificultad de pesquisar y establecer procesos internos del agente con sus dudas consecuentes –en relación al requerimiento del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal– es la acogida por la sentencia censurada, al sancionar al querellado como autor de delito culposo de homicidio” (100).

(100) Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 18 de Noviembre de 2008, Rol 6.222-07, en Gaceta Jurídica, No.341, 2008, p.186 y ss.

3. El Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en Sentencia de 28 de Noviembre de 2006, RIT N° 72-2006, falló al respecto que: “El acusado violó de manera consciente las más elementales reglas de la ciencia que profesa, demostrando con ello su indiferencia frente a un eventual resultado letal para la víctima...A juicio de este tribunal los hechos descritos...son constitutivos del tipo penal de homicidio simple, previsto y sancionado en el artículo 391 número 2 del Código Penal, cometido con dolo eventual...No es posible sino concluir con los antecedentes del caso, que el acusado no podía sino haberse representado el resultado de muerte y pese a ello lo aceptó al decidir seguir adelante con un procedimiento médico absolutamente alejado de las exigencias derivadas de la *lex artis*” (101).

(101) Sentencia del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, RIT N° 72-2006, en Boletín del Ministerio Público, No. 30, Marzo 2007, ps.96 y ss.

4. La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 28 de Enero de 1999, sin Rol en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCVI (1999) N° 1 (Enero-Abril) Sección 4, falló al respecto que al encausado ha de atribuírsele normativamente el resultado muerte del menor y ha de estimarse causal su conducta conforme a esa atribución y no conforme a ciencias inaplicables en el campo del derecho; su conducta de homicidio por omisión, calificado como culposo, podría haber significado un análisis más profundo y una investigación más acuciosa a fin de determinar si su no actuar reflejó mero descuido o, más que eso, un dolo eventual que habría cambiado dramáticamente el rigor de la pena aplicable. La grave conducta desplegada por el encausado podría haber sido considerada incluso como un homicidio doloso de haberse acreditado algunas circunstancias adicionales.

F. Jurisprudencia sobre la culpa médica

Nuestros Tribunales Superiores de Justicia en relación a la culpa médica han sentenciado de la siguiente manera:

1. La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 4 de Octubre de 2007, Rol 3299-07, falló al respecto que: “La culpa médica consiste en no haber sido diligente, prudente o hábil o no haber tomado todas las precauciones que hubieran evitado el daño...Para atribuir responsabilidad penal y civil a un médico en el ejercicio de su profesión, resulta indispensable que en el proceso se establezcan los elementos fundamentales de la culpa, cuales son: a) relación causal entre el acto u omisión culposa y el resultado lesivo; y b) previsibilidad de tal resultado. Valga destacar aquí, entonces, que la previsibilidad del resultado es una condición objetiva de la culpa, es decir, que el resultado lesivo requiere ser previsible, pero que en el caso concreto de que se trate, el médico no lo previó, debiendo hacerlo...para establecer la existencia del hecho punible investigado y la participación culpable del acusado, corresponde al juzgador precisar y analizar, en primer término, cuál es la actuación u omisión que se atribuye al facultativo como causa de su culpa o responsabilidad médica, para continuar luego, con que entre ésta y el resultado lesivo haya una relación directa de causa a efecto; para concluir convenciendo que este resultado, atendido el grado de conocimientos que medianamente ha de exigirse a un profesional

universitario de esa categoría en su arte, era normalmente previsible, por lo que si no hizo lo debido o recomendado por la ciencia médica, surge su responsabilidad por negligencia en el ejercicio de su profesión...Que de los antecedentes antes referidos aparece claramente establecido que la actuación profesional del inculpado se ajustó, en cuanto a su trato, diligencia y pericia, a la realidad de la paciente, sin que pueda de ellos desprenderse de modo alguno que existió un error de diagnóstico que pudiera estimarse como una expresión de impericia o ignorancia inexcusable y que, por tanto, sea posible asimilar a los elementos de la culpa que ya se han señalado en los considerandos que preceden. De los informes y declaraciones médicos citados es posible concluir que todos ellos coinciden en que la sintomatología del vólvulo de sigmoide u oclusión intestinal no es siempre igual, ni tampoco típica e inconfundible como pudiera creerse y, por sobre todo, además de la inespecificidad de la misma, se advierte de ellos que el cuadro de oclusión intestinal que sufrió la paciente, bien pudo producirse después de la segunda consulta, lo que acerca a la realidad el diagnóstico médico del inculpado y se aleja definitivamente de las exigencias básicas de la culpa como son la previsibilidad del resultado lesivo y la relación causal entre éste y la conducta del imputado" (102).

2. La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 23 de Abril de 2007, Rol 6585-06, falló al respecto que: "El acto médico tiene como

presupuesto que se realiza de modo debido, de la manera como se indica según la *lex artis*. El médico no debe olvidarse de la norma de cuidado que pesa sobre su acción y, por tanto, la infracción de la *lex artis* es el fundamento de la culpa médica” (103)

3. La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 20 de Noviembre de 1997, Rol 376-97, falló al respecto que:
 - a. Corresponde analizar si el encausado C. en su intervención en el parto de M. D. Y. en la oportunidad de autos lo hizo con negligencia culpable como lo exige el artículo 491 del Código Penal
 - b. Ello excluye la posibilidad de que lo haya hecho en forma imprudente, esto es, con exceso en su actuar que pudo haberse evitado desarrollando menos actividad; o actuando con impericia, vale decir, si lo hizo con ignorancia o falta de destreza en el ejercicio de su profesión; o por inobservancia de reglamentos la que por sí sola no está penada si no va acompañada por alguna de las formas de culpa

(102) Gaceta Jurídica, No.328, 2007, p.191 y ss.

(103) Gaceta Jurídica, No.322, 2007, p.223 y ss.

G. Jurisprudencia sobre el sujeto activo en el delito médico culposo

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en Sentencia de 29 de Enero de 2007, Rol 28.190-03, falló al respecto que:

- a. El artículo 491 inciso 1° del Código Penal no es excluyente.
- b. Una paramédica no quedaría excluida del tipo penal del mencionado artículo 491.
- c. Cuando se redactó el artículo 491 del Código Penal el estado de la ciencia médica hacía ilusoria la existencia de especialidades sin las cuales hoy resultan prácticamente inconcebibles políticas públicas garantes de un orden sanitario.
- d. No pudo el legislador de hace más de un siglo explicitar los nombres con que la sociedad ha bautizado a los profesionales y técnicos que hoy ofician tales especialidades, pero ello no quiere decir que haya de excluirse de la prohibición del artículo 491 porque hacerlo importaría discriminar, contraviniendo el expreso mandato del artículo 19 N° 2° de la Constitución Política de la República (104).

(104) El Ministro Sr. Silva entiende que el artículo 491 señala taxativamente a los sujetos activos a quienes se aplica, entre los que no se cuenta el caso de estos auxiliares.

H. Jurisprudencia sobre el comportamiento en el delito médico culposo

Nuestros Tribunales Superiores de Justicia en relación al comportamiento en el delito médico culposo han sentenciado de la siguiente manera:

1. La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Copiapó, en Sentencia de 31 de Enero de 2007, Rol 297-06, falló al respecto que:
 - a. La posibilidad de que los delitos culposos pueden cometerse por acción u omisión, está ya planteada, sin limitación, en el artículo 2° del Código Penal.
 - b. La expresión causar mal a las personas empleada en el artículo 491 claramente dice relación con el resultado y no con la forma de producción del mismo.
 - c. La posibilidad omisiva en los ilícitos culposos previsto en los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal, es aceptada por la doctrina.
 - d. Desde el punto de vista del bien jurídico protegido merece igual juicio de reproche el médico que, en ejercicio de su profesión, causa un resultado lesivo en el paciente, sea que lo provoque por ejecutar imprudentemente una intervención médica o bien por no ejecutarla.

2. La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 3 de Julio de 2006, Rol 5063-05, falló al respecto que: “Está absolutamente claro que lo atribuido como resultado de una conducta profesionalmente descuidada al procesado, no es la producción de la herida o lesión que sufrió la

paciente que él atendió, sino la grave infección que le ocasionó la omisión de aplicar la inmunoglobulina anitetánica a la herida con que se presentó ante él la mujer requirente de tratamiento médico...La querellante sufrió una grave infección, como consecuencia de la omisión del médico que la trató, consistente en no aplicar el medicamento indicado para prevenir el tétanos, esto es, la infección producida. En tal virtud, carece de toda sustentación aceptable por no ser coherente con el mérito de los autos el planteamiento del recurrente, que pretende negar la existencia de un mal sufrido por la víctima como efecto causal del comportamiento omisivo de su representado, comportamiento que, por lo demás, reconoce como reprobable. Que, del cuerpo del recurso se infiere, además, que el recurrente discute o controvierte que el tipo del artículo 491 del Código Penal se pueda realizar con una omisión, como la que se le reprocha a su representado, esto es, la de no haber aplicado un determinado tratamiento a una situación en la cual ello estaba médicamente indicado. Al respecto, es oportuno señalar que, conforme a la opinión dominante, las conductas culposas de los facultativos pueden revestir, indistintamente, la forma de imprudencia, negligencia o impericia...La omisión de un tratamiento adecuado, indicado por la Lex Artis, está explícitamente comprendida dentro de la figura culposa prevista por el legislador para los profesionales de la salud en el artículo 491 del Código Penal..." (105).

En proceso que terminó por Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema de 28 de Enero de 1999, sin Rol en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCVI (1999) N° 1 (Enero-Abril) Sección 4, se condenó a un médico como autor del cuasidelito de homicidio de un menor quien falleció a causa de una deshidratación aguda. El profesional omitió, culposamente ya que se encontraba de turno, su deber de concurrir al llamado y cuidado del paciente.

(105) Boletín de Jurisprudencia Defensoría Penal, No.7, Agosto 2006, p.4 y ss.

I. Jurisprudencia sobre concurso material de delitos en el delito médico culposo

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en Sentencia de 10 de Octubre de 2000, Rol 32.988-98, falló al respecto que la intervención (colocar yeso en la fractura que sufrió la afectada en su muñeca izquierda sin proceder, previamente, a efectuar la correspondiente reducción y citándola para un nuevo examen a realizarse treinta días después, lo que derivó para la víctima en una mala consolidación ósea que le produjo secuelas tales como deformidad e impotencia funcional en la referida articulación) y el posterior procedimiento quirúrgico constituido por la osteotomía correctora mediante injerto de cresta ilíaca si bien es cierto que representan dos conductas diferentes, deben ser estimadas como constitutivas de una sola actuación pues el procesado incurrió en ellas impulsado por una misma y única determinación.

J. Jurisprudencia sobre el artículo 494 número 10

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, en Sentencia de 21 de Octubre de 1998, sin Rol en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCVI (1999) N° 1 (Enero-Abril) Sección 4, falló que los elementos de juicio valorados constituyen presunciones judiciales, las que, por fundarse en hechos reales y probados, ser múltiples y graves, precisas, directas y unas concordantes con las otras, acreditan fehacientemente la existencia del cuasidelito de homicidio de E. A. A. E., cometido el día 21 de mayo de 1991, previsto en el artículo 491 y castigado en el artículo 490 N° 2, ambos del Código Penal, y no la falta contemplada en el artículo 494 N° 10 del mismo Código, como lo estimara el juez a quo dado que ella se configura cuando el descuido culpable del médico en el desempeño de su profesión, no causa daño a las personas, que no es el caso de autos, por cuanto el niño A. E. murió a las 04:00 horas del 22 de mayo de 1991, debido a que el médico de turno en el Servicio de Urgencia del Hospital de Constitución el día 21 se abstuvo de actuar cuando fue requerido para que asistiera a dicho menor que se encontraba enfermo con síntomas notorios que su estado de salud ameritaba su intervención urgente en el mencionado momento.

K. Conclusiones generales en torno a la jurisprudencia anotada

K1. En relación al resultado en el delito médico culposo:

- El resultado antijurídico producido debe ser consecuencia de una conducta contraria al deber de cuidado, y no necesariamente consecuencia de *error médico*, y
- No se infringe el deber de cuidado cuando en la situación concreta su obediencia no hubiere evitado tal resultado antijurídico.

K2. En relación a la autoría en el delito médico culposo:

- En el proceso de una operación quirúrgica diversos profesionales prestan su concurso y accionar, y la responsabilidad penal de cada uno de ellos, nace de la acción que les cabe individualmente y en base a su función natural y propia (106).

(106) Como se verá en el siguiente capítulo de este trabajo, a propósito de la división horizontal y vertical del trabajo, la Excelentísima Corte Suprema condenó a un profesional quien había relevado en su labor a una anestesista por considerar que había asumido la responsabilidad de asistir a la paciente por este solo hecho, y absolvió a un profesional por considerar que no debía supervigilar los actos de los demás intervinientes en el proceso médico.

K3. En relación al riesgo permitido en el delito médico culposo:

- No es riesgo permitido el que amenaza la salud de un paciente a raíz de operaciones y que se presenta como mayor que el que afrontaría tal paciente si ellas son postergadas,
- Constituye un riesgo no permitido en una cirugía carecer tanto de equipamientos reanimadores para enfrentar los riesgos para la salud y la vida de un paciente como también de los conocimientos específicos para llevarla a cabo, y asimismo realizarla en un pabellón de operaciones que no cumple con requisitos mínimos, y
- Constituye un riesgo no permitido intervenir quirúrgicamente sin tener la especialidad necesaria para ello.

K4. En relación a la lex artis:

- Un resultado dañoso para un paciente puede ser perfectamente previsible y evitable de haberse actuado con la diligencia que la *lex artis* requiere para el caso concreto de que se trate, y
- Lo que interesa a la tipicidad –en el delito médico culposo- no es la simple sumatoria de la esencialidad en el error más una infracción a la *lex artis*, sino que la esencialidad del error se produzca a través de la infracción de la *lex artis* exigible bajo las condiciones posibles de acuerdo a las características del caso.

K5. En relación al dolo eventual en el acto médico:

- Practicar una intervención quirúrgica sin precaución alguna, con infracción grave de las reglas de la lex artis, en una simple consulta no habilitada, carente de instrumental médico e incluso de higiene, sin el concurso de un anestesista ni de una enfermera, y sabiéndose que no se estaría en condiciones de afrontar una emergencia, incluso una fatal, en caso de presentarse, es constitutivo de dolo eventual y no de una simple negligencia, y
- Si bien un profesional de la salud debió representarse como posible el resultado lesivo finalmente ocurrido al efectuar una intervención quirúrgica en un lugar inadecuado y con un instrumental y personal de apoyo absolutamente insuficientes para enfrentar posibles emergencias, y abandonar además al paciente, no es posible arribar a la íntima convicción de que al obrar como lo hizo tomó seriamente en cuenta la posibilidad del deceso y la acogió en su voluntad de realización, evidenciando total indiferencia por la suerte de los bienes jurídicos involucrados en el entorno de peligro objetivamente existente, máxime si dicho profesional al constatar la situación del paciente, solicitó la asistencia de otro facultativo, para que le prestara ayuda y concurrió al establecimiento hospitalario donde se hallaba el paciente. Esta conducta posterior al riesgo creado, no permite aseverar la posición de total

indiferencia por lo que pudiera ocurrir, requerida para fundar la concurrencia de dolo eventual.

K6. En relación a la culpa médica:

- Consiste en no haber sido diligente, prudente o hábil el profesional de la salud, o no haber tomado todas las precauciones que hubieran evitado el daño,
- La previsibilidad del resultado es una condición objetiva de la culpa, es decir, que el resultado lesivo requiere ser previsible, pero que en el caso concreto de que se trate, el médico no lo previó, debiendo hacerlo,y
- Pueden distinguirse tres formas de culpa médica: la imprudencia, la negligencia y la impericia.

K7. En relación al sujeto activo en el delito médico culposo:

- Cuando se redactó el artículo 491 del Código Penal el estado de la ciencia médica hacía ilusoria la existencia de especialidades sin las cuales hoy resultan prácticamente inconcebibles políticas públicas garantes de un orden sanitario; no pudo el legislador de hace más de un siglo explicitar los nombres con que la sociedad ha bautizado a los profesionales y técnicos que hoy ofician tales especialidades, pero ello no quiere decir que haya de excluirselos de la prohibición del artículo

491, porque hacerlo importaría discriminar, contraviniendo el expreso mandato del artículo 19 N° 2° de la Constitución Política de la República.

K8. En relación al comportamiento en el delito médico culposo:

- Puede cometerse éste por acción u omisión, y
- La expresión causar mal a las personas empleada en el artículo 491 dice relación con el resultado y no con la forma de producción del mismo.

Capítulo IV

Conclusiones y Críticas sobre el actual estado de la Responsabilidad Penal Médica en Chile

A. Aspectos procesales del delito médico culposo

A1. Tribunal competente

En conformidad al artículo 157 del Código Orgánico de Tribunales, es competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio; la misma norma considera que el hecho se comete en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución.

Así como el juzgado de garantía –del lugar de comisión del hecho investigado– conoce de las gestiones a que diere lugar el procedimiento previo al juicio oral, también es competente para la ejecución de la sentencia que se dicte en el respectivo procedimiento penal.

De acuerdo con el artículo 171 del Código Orgánico de Tribunales, en lo tocante al tribunal que debe conocer de la pretensión civil de la víctima de un delito médico culposo cuando ésta ha deducido una acción civil respecto del imputado no en sede civil, es competente *el tribunal que conozca las gestiones relacionadas con el respectivo procedimiento penal*; la misma norma establece que es competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las

sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, *el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales.*

A2. Procedimientos aplicables

De acuerdo al artículo 53 del Código Procesal Penal, la acción penal es pública –debe ser ejercida de oficio por el Ministerio Público- o privada –sólo puede ser ejercida por la víctima-. En materia de responsabilidad médica –tanto de la que se deriva del delito médico doloso como del culposo-, como es lógico, no existen delitos de acción penal privada y todos son de acción penal pública, aunque tratándose de las lesiones menos graves que un profesional de la salud pudiere ocasionar en un paciente en el desempeño de su profesión, conforme lo establece el artículo 54 del Código Procesal Penal, no podrá procederse de oficio por el Ministerio Público sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la Justicia, al Ministerio Público o a la Policía, de lo que resulta, conforme lo establece el inciso tercero del artículo 56 del Código Procesal Penal, que la renuncia del paciente a denunciar dichas lesiones trae como consecuencia la extinción de la acción penal.

Además del Procedimiento Ordinario contenido en el Libro Segundo del Código Procesal Penal, resultan aplicables el Procedimiento Simplificado contenido en el Título Primero del Libro Cuarto del Código Procesal Penal y el Procedimiento Abreviado contenido en el Título Tercero del Libro Cuarto del Código Procesal Penal dependiendo básicamente de la pena cuya imposición requiriere el Ministerio Público, pero considerando también que tratándose de la falta del artículo 494 N°10 del Código Penal se aplica necesariamente el Procedimiento

Simplificado, y, por otra parte, que es un presupuesto para la aplicación del Procedimiento Abreviado que el profesional de la salud imputado acepte expresamente los hechos materia de la acusación y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.

A3. La suspensión condicional del procedimiento

El artículo 237 del Código Procesal Penal establece que el fiscal, con acuerdo del imputado, puede solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento:

- Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad
- Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y
- Si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.

Esta suspensión condicional del procedimiento procede tratándose de un delito médico culposo, porque se castiga de acuerdo con nuestro Código Penal con una pena máxima de tres años de privación de libertad.

Al decretar esta suspensión –que no extingue la acción civil de la víctima- el juez de garantía debe establecer las condiciones a las que debe someterse el profesional de la salud imputado por un plazo que no puede ser inferior a un año ni superior a tres, transcurrido el cual, sin que la suspensión fuere revocada, se extingue la acción penal.

La suspensión condicional del procedimiento no impide el derecho a perseguir por la vía civil *las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho*.

A4. Los acuerdos reparatorios

Son plenamente aplicables en la materia, toda vez que el artículo 241 del Código Procesal Penal establece que el imputado y la víctima pueden convenir acuerdos reparatorios –que el juez de garantía debe aprobar- referidos a hechos investigados que constituyeren delitos culposos.

Acorde con el artículo 6 del Código Procesal Penal, que establece que el fiscal debe promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, el Instructivo General N° 34, sobre Criterios de Actuación Relativos a los Acuerdos Reparatorios de la Fiscalía Nacional, establece que: “Los fiscales favorecerán los acuerdos reparatorios, respecto de los siguientes delitos culposos:...Homicidio y lesiones por imprudencia del facultativo...” (107).

Los artículos 242 y 243 del Código Procesal Penal regulan respectivamente los efectos penal y civil del acuerdo reparatorio, disponiendo que una vez cumplidas las obligaciones contraídas por el imputado en el acuerdo reparatorio o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima, el tribunal dictará sobreseimiento definitivo, con lo que se extingue la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado, y que ejecutoriada la resolución judicial que aprobare el acuerdo reparatorio, puede solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía con arreglo a las normas que establece el Código de Procedimiento

Civil en los artículos 233 y siguientes –y no podrá ser dejado sin efecto por acción civil alguna-.

Para poder solicitarse un acuerdo reparatorio –y una suspensión condicional del procedimiento- debe estar formalizada la investigación, y habiéndose declarado cerrada ésta sólo puede pedirse durante la audiencia de preparación del respectivo juicio oral.

(107) Instructivo General N° 34, sobre Criterios de Actuación Relativos a los Acuerdos Reparatorios de la Fiscalía Nacional, en www.ministeriopublico.cl

A5. Acciones civiles en el procedimiento penal

En conformidad a lo que dispone el artículo 59 del Código Procesal Penal, la víctima de un delito médico puede accionar civilmente respecto del profesional de la salud imputado durante la tramitación del procedimiento penal sujetándose al artículo 60 del mismo Código, o bien, hacerlo ante el tribunal civil que corresponda.

Es importante señalar que de acuerdo a lo que establece el artículo 67 del Código Procesal Penal, la circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal no impide que se dé lugar a la acción civil si fuere legalmente procedente. Como señalaré más adelante, pienso que existe una cierta identidad entre lo que puede ser reprochable penalmente de la conducta negligente del profesional de la salud de la que se sigue un *mal a las personas* y lo que puede ser reprochable civilmente de la conducta negligente del profesional de la salud de la que se sigue un *mal a las personas*, de esta manera, de dictarse sentencia absolutoria en materia penal por no existir dicha negligencia (*negligencia culpable*) no debiese prosperar tampoco una acción civil.

En cuanto a la prueba de estas acciones, ésta se rige por las normas civiles en lo que respecta a la determinación de la parte que debe probar su pretensión, y en lo que respecta a la procedencia, oportunidad y forma de rendir la prueba, y

también a la apreciación de ésta, se rige por las normas del Código Procesal Penal.

El artículo 68 inciso primero del Código Procesal Penal regula el curso de la acción civil ante las siguientes dos situaciones:

- antes del comienzo del juicio oral, el procedimiento penal continúa como abreviado, o
- el procedimiento penal termina o se suspende sin decisión acerca de la acción civil que se hubiere deducido oportunamente.

Lo hace disponiendo que la prescripción continuará interrumpida siempre que la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente en el término de sesenta días siguientes a aquél en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal. El inciso segundo de la norma establece que este juicio civil deberá sujetarse a las reglas del procedimiento sumario, y el inciso final dispone que si comenzado el juicio oral se dictare sobreseimiento, el tribunal debe continuar con el juicio para el solo conocimiento y fallo de la cuestión civil.

Es importante considerar que conforme a lo establecido por el artículo 157 del Código Procesal Penal, durante la etapa de investigación –o bien, al deducir su demanda civil- la víctima puede solicitar al Juez de Garantía que decrete respecto del profesional de la salud imputado una o más de las medidas

precautorias que autoriza el Título V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

B. Normas del Código Penal chileno aplicables al delito médico culposo

Marta Alcayaga Vicuña, en su Memoria de Prueba “La Responsabilidad Criminal del Médico”, sostiene al respecto una posición tremendamente discutible; al efecto señala que: “Tomando en cuenta las diferentes clases de responsabilidad, en razón de la gravedad del hecho en que pueda incurrir el médico por su impericia, tenemos que le serán aplicables:

1° El artículo 490, cuando la impericia en que ha incurrido el médico sea de tal naturaleza que sea equiparada a una temeraria imprudencia

2° El artículo 491, cuando causare mal a las personas por su impericia y ésta sea equiparada a la negligencia culpable...”, agrega que: “La imprudencia en que incurriere el médico, de cualquiera índole que ella sea, será castigada por el Código Penal en los términos establecidos por el artículo 490”, y que: “Cuando la negligencia en que ha incurrido el médico es muy grave, ésta deja de llamarse negligencia y se traduce en una imprudencia temeraria, la que deberá ser castigada en los términos del artículo 490...” (108).

Esta posición es sostenida también por Jorge Manterola Fighetti y Hernán Cornejo Loyola en sus respectivas memorias de prueba (109).

(108) Marta Alcayaga Vicuña, obra citada, ps.56-60

(109) Jorge Ormeño Fuenzalida, “El delito culposo en el ámbito de la responsabilidad médica”, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1983, p.127.

A mi juicio, la norma del artículo 491 inciso primero del Código Penal chileno regula de manera exclusiva el delito médico culposo *que causare mal a las personas*, ya que el concurso aparente de las normas penales citadas se resuelve a favor de ella en razón del principio de especialidad.

Además, piénsese en lo siguiente: “De aplicarse estrictamente el criterio de los que sostienen que el cuasidelito médico está reglamentado por ambas disposiciones, puede llegarse a excesos tales como el considerar que la impericia y la ignorancia –que en doctrina son formas de culpa- no podrían ser fuentes de responsabilidad culposa para el caso del médico, por cuanto la ley sólo ha utilizado las expresiones imprudencia y negligencia, formas de culpa que, técnicamente, son diferentes a las anteriores, dándose el contrasentido de excluir de la reglamentación de la responsabilidad cuasidelictual las situaciones de más común ocurrencia en esta materia” (110).

(110) Jorge Ormeño Fuenzalida, obra citada, p.133

En lo que se refiere a la aplicación de la norma del artículo 494 N°10 del Código Penal chileno, según Guillermo Ruiz Pulido, se daría en los siguientes dos casos:

- el caso de un diagnóstico erróneo, pero seguido de un tratamiento acertado, y
- el caso de un diagnóstico erróneo no seguido de un tratamiento (111).

(111) Guillermo Ruiz Pulido, obra citada, p.4

C. Responsabilidad penal y responsabilidad civil por el delito médico culposo

Considero que la intervención del derecho penal sí se justifica para los casos en que por una *negligencia culpable* de un profesional de la salud se sigue un *mal a las personas*, y que no es suficiente que a través del puro derecho privado se sancione ese *mal* por cuanto a la sociedad toda interesa que la labor de los profesionales de la salud sea ejercida con diligencia, prudencia y pericia.

Sin perjuicio de la anterior consideración, pienso que existe una cierta identidad entre lo que puede ser reprochable penalmente de la conducta negligente de un profesional de la salud de la que se sigue un *mal a las personas*, y lo que puede ser reprochable civilmente de la conducta negligente del profesional de la salud de la que se sigue un *mal a las personas*, y esto en base a las siguientes razones:

- La *negligencia culpable* “se identifica con la falta de cuidado que el hombre medio emplea en la actividad que desarrolla, es más que una falta de diligencia elemental. Corresponde a actividades creadoras de riesgos que exigen de quien las realiza mayor acuciosidad y se equipararía a la culpa leve civil” (112).

(112) Mario Garrido Montt, “Derecho Penal Parte General Tomo II”, p.173

- En Sentencia de 4 de Octubre de 2007, Rol N° 3299-07, la Excelentísima Corte Suprema estableció que “para atribuir responsabilidad penal y civil a un médico en el ejercicio de su profesión, resulta indispensable que en el proceso se establezcan los elementos fundamentales de la culpa, cuales son: a) relación causal entre el acto u omisión culposa y el resultado lesivo; y b) previsibilidad de tal resultado. Valga destacar aquí, entonces, que la previsibilidad del resultado es una condición objetiva de la culpa, es decir, que el resultado lesivo requiere ser previsible, pero que en el caso concreto de que se trate, el médico no lo previó, debiendo hacerlo”; el fallo de nuestro máximo tribunal no distinguió entre responsabilidad penal y civil en relación a los elementos de la culpa cuya prueba resulta indispensable (113).

- El mismo fallo razona sobre la siguiente base: “Que en materia de cuasidelitos por negligencia médica, como es el caso de autos, es necesario tener presente, en primer lugar y como un elemento esencial al momento de configurar el tipo penal, que en el ejercicio de esta profesión como ocurre en general respecto de toda profesión liberal- lo que se exige no es el cumplimiento de una obligación de resultado, esto es, el que el profesional médico deba necesariamente curar o sanar al paciente, pues ello depende de múltiples condicionantes, muchas veces ajenas a la voluntad del tratante, lo cual, por lo demás, haría prácticamente imposible el ejercicio profesional del ramo; sino que lo que se impone a éste es el cumplimiento de una obligación de medios, lo que equivale

a decir que en su actuación ha de emplear los medios suficientes con el propósito encomendado, teniendo en consideración la realidad y exigencia del momento. Así, la culpa médica consiste en no haber sido diligente, prudente o hábil o no haber tomado todas las precauciones que hubieran evitado el daño”; sea que se trate de responsabilidad penal o civil, para su configuración se considera que al profesional médico no le es exigido el cumplimiento de una obligación *de resultado*.

No se piense que este razonamiento lo hago extensivo al mero incumplimiento contractual, es decir, no se piense que con esto quiero postular la completa identidad de las responsabilidades porque naturalmente pueden haber muchos incumplimientos contractuales que no constituyan una *negligencia culpable*, y por otra parte, por lo demás, aún dentro de la responsabilidad civil contractual no existe completa uniformidad para su configuración, ya que si nos dirigimos al ámbito de la cirugía estética “...en términos privatísticos, no existe una obligación de medios, sino de resultado...” (114).

(113) Gaceta Jurídica, No.328, 2007, p.191 y ss.

(114) Beatriz Romero Flores, obra citada, p.271

D. Profesionales responsables en el delito médico culposo

El Código Penal chileno regula de manera expresa la responsabilidad que en un delito médico culposo le cabe al *médico, cirujano, farmacéutico, matrona y dentista*, en el desempeño de su respectiva profesión, surgiendo de manera natural la interrogante jurídica sobre si las normas de los dos artículos que regulan el delito médico culposo en el Código Penal chileno –artículos 491 inciso primero y 494 número 10- pueden ser aplicables a profesionales de la salud no comprendidos por aquellas. A mi juicio, la respuesta a esta interrogante debiera ser negativa por las siguientes dos razones:

- de acuerdo con el artículo 19 número 3 inciso final de nuestra Constitución Política, ninguna ley puede establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella, y
- no es aceptable que ya considerándose abierto un tipo legal –por no definir qué es negligencia culpable- se le haga aplicable a un profesional respecto al cual es posible responsabilizar culposamente a partir del artículo 490 del Código Penal.

E. La posición de garante

La posición de garante del profesional de la salud se traduce en la equivalencia de la omisión de éste con una realización activa de los tipos penales de homicidio o lesiones (de manera culposa); de esta posición de garante dependerá la imputación de una puesta en peligro concreta o lesión a un bien jurídico del paciente a una omisión por parte del profesional de la salud. La imputación de este resultado a título de comisión por omisión, esto es, el surgimiento de la posición de garante, “se da esencialmente cuando el galeno asume efectivamente el tratamiento del paciente, con independencia de la existencia o no de un contrato” (115). De acuerdo con la clasificación de los delitos de omisión en propios e impropios –según estén específicamente tipificados o no-, resulta que el delito médico culposo participa de la naturaleza de un delito de omisión impropio, ya que en la tipicidad de aquél es un presupuesto la existencia de la posición de garante, “en cuanto para que se cumpla el tipo legal, además de que la omisión del comportamiento sea equivalente al comportamiento activo desde la perspectiva de la descripción del ámbito situacional recortado desde el bien jurídico, es necesario un sujeto especial garante del bien jurídico correspondiente (vida, salud individual...)” (116).

(115) Agustín Jorge Barreiro, obra citada, p.127

(116) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.73

La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 28 de Enero de 1999, sin Rol en Revista de Derecho y Jurisprudencia Tomo XCVI (1999) N° 1 (Enero-Abril) Sección 4, hace una manifiesta aplicación de la naturaleza de delito de omisión impropio de la que participa el delito médico culposo al fallar que: "No era justo dejar a dos padres en el más absoluto abandono ante el sufrimiento de su pequeño hijo; no fue justa la muerte del menor Exequiel Aravena; no fue justa la conducta del médico; y, razonablemente, puede pensarse que la muerte del menor pudo haberse evitado en caso de un actuar diligente. No se pida demostraciones irrefutables en el campo de la causalidad cuando se sancionan las omisiones, porque ello escapa de la ciencia del derecho, que juzga no con la precisión de las ciencias llamadas exactas, sino con el sentido común y la razonabilidad que en la conducta del juzgado se echó de menos y que pudo haber significado, de estar presente, la vida de un niño"; agrega el fallo: "El autor argentino Enrique Bacigalupo ha demostrado, en su libro acerca de la omisión impropia, que la demostración de una relación de causalidad exacta entre la omisión y el resultado es una pretensión vacía, porque la omisión desde un punto de vista natural, nada causa. Si el salvavidas no acude a rescatar al que se ahoga, éste muere por inmersión en lo inmediato. Si se dice que murió "porque el salvavidas no lo rescató", se está haciendo una afirmación desde el plano jurídico y se le está atribuyendo "normativamente" el resultado muerte, aunque la autopsia hable de muerte por inmersión. Al encausado ha de atribuírsele normativamente el resultado muerte del menor y ha de estimarse

causal su conducta conforme a esa atribución y no conforme a ciencias inaplicables en el campo del derecho”.

El profesor Sergio Yáñez Pérez, citando a Jesús María Silva Sánchez y Mirentxu Corcoy Bidasolo, anota que: “En la función médica, además, está siempre presente la eventual responsabilidad penal por omisión imprudente. Son comunes, la falta de visita oportuna al paciente, la interrupción del tratamiento, la no exigencia o práctica de exámenes imprescindibles o la de la interconsulta especializada, etc. El médico está en posición de garante desde que asume efectivamente el tratamiento, es decir, prácticamente lo está en forma permanente. Desde que se determina el deber de garante se pueden conocer las especiales responsabilidades que de él derivan. El deber de garante indica el deber de cuidado en un área especial, es un deber de cuidado que sólo existe para el garante. En consecuencia, el médico tiene, así mismo, una amplia responsabilidad por omisión culposa” (117).

(117) Sergio Yáñez Pérez, obra citada, p.78

F. Iter criminis

El artículo 7 del Código Penal chileno establece en el inciso primero que son punibles no solamente el crimen o simple delito consumado, sino que también el frustrado y la tentativa, y en los incisos segundo y tercero, respectivamente, establece que hay crimen o simple delito frustrado cuando el delincuente pone de su parte todo lo necesario para que el crimen o simple delito se consume y esto no se verifica por causas independientes de su voluntad, y que hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento; el artículo 8 del Código Penal chileno establece por su parte cuándo son punibles y qué debe entenderse por conspiración y proposición para cometer un crimen o un simple delito. Ambas normas sólo resultan aplicables al delito doloso, y “ello es posible precisamente por el carácter estructural del delito doloso, es decir, por estar constituido por el dolo, que implica el desarrollo en la realidad de una determinada intencionalidad“(118); tratándose de un delito culposo, la esencia de éste “está constituida por la culpa y el cuidado objetivo requerido es algo que no permite un desarrollo subjetivo, precisamente por ser algo exigido...Es por eso entonces que no es posible hablar de delito culposo tentado o frustrado, pues si eso así fuese, querría decir que estaríamos ante un delito doloso, en que la aparente falta de cuidado fue el medio para la realización del hecho doloso“ (119).

En conclusión, respecto del delito médico culposo sólo cabe hablar de delito consumado, “el hecho culposo debe estar consumado para constituir delito, sin consumación no hay acto típico. Tampoco hay participación ni coautoría en esta clase de hechos, y ello porque el deber de cuidado –como todo deber- es de carácter personal. Sólo se puede infringir el deber propio; si en un mismo hecho varios sujetos incurrir en tal inobservancia, cada uno responde de su particular infracción, de manera que no procede la coautoría, que presupone concierto previo, ni la complicidad, que requiere colaboración para alcanzar el resultado prohibido. Tampoco puede haber inducción“ (120).

(118) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.94

(119) Juan Bustos Ramirez, obra citada, p.94 y 95

(120) Mario Garrido Montt, obra citada, p.176

G. El principio de la confianza y el de división del trabajo

Beatriz Romero Flores señala que: “Los principios de confianza y de división del trabajo, en sus modalidades horizontal y vertical, son los determinantes para realizar una delimitación de responsabilidades en la Medicina de hoy en día, cuya complejidad obliga al reparto de funciones y a la necesaria presunción de confianza en quien debería ser competente en su profesión”, y, citando a Agustín Jorge Barreiro, agrega: “El principio de división del trabajo permite delimitar los deberes de cuidado en la actividad desarrollada por los equipos quirúrgicos, teniendo en cuenta los distintos cometidos y ámbitos de confianza de cada miembro del equipo...La división del trabajo horizontal (cirujano-anestésista) es la que más relevancia tiene, ya que la vertical (cirujano-enfermeros...) es más fácil de delimitar por las funciones de coordinación y dirección del equipo que tiene el cirujano. El principio de división del trabajo horizontal implica que cada uno, a un mismo nivel de formación como especialistas, desarrolla sus propias funciones de las que son responsables. Así pues, lo primero que debemos hacer es conocer las concretas funciones del anestésista: el anestésista aunque el cirujano sea el director técnico de la operación quirúrgica, en su área especial de actuación conserva su propia responsabilidad” (121).

(121) Beatriz Romero Flores, obra citada, ps.272 y 273

La misma autora, respecto a la división de trabajo vertical, comenta que “la responsabilidad penal del cirujano se dará con facilidad en el caso de abandono de cuerpos extraños, sobre todo si tenemos en cuenta que este profesional tiene que contar con el conforme de los auxiliares (enfermera circulante o instrumentista) antes de cerrar la herida y en la llamada “hoja de Registro de enfermería” se cuentan los instrumentos utilizados y material y los sujetos que han participado” (122).

Don Carlos Künsemüller respecto al principio de la confianza expresa: “El ejercicio profesional de la medicina ha dejado de ser unipersonal y se caracteriza por el trabajo en equipo, por la tarea en conjunto y compartida por varios profesionales de distintas jerarquías, con distribución y delegación de diversas funciones, todas las cuales inciden en el resultado final, cuya eficacia depende del acto total. Sobre cada profesional pesa un deber de cuidado personal y su infracción generará una responsabilidad personal, ya que el injusto es personal. Pero aquí, en el trabajo en equipo, los trabajos individuales se interrelacionan en función del resultado final producto de la tarea conjunta; y ha surgido entonces la siguiente cuestión: en qué medida afectará al deber de cuidado del médico la actuación negligente de alguno de sus colaboradores – enfermeras, médicos, asistentes-; en qué medida serán responsables estos últimos”, y agrega: “El médico puede, en principio, confiar en que sus colaboradores actuarán correctamente en la ejecución de las tareas asignadas,

cuando se hallen debidamente preparados y adiestrados y son supervisados, en general, dentro de límites razonables”; concluye: “Para que funcione, por lo tanto, el principio de la confianza, se requiere que el médico, llamémoslo en términos generales “jefe de equipo”, actúe él mismo en forma cuidadosa; este es el supuesto previo y fundamental. Además, que califique correctamente la competencia de sus colaboradores y efectúe acertadamente la distribución de las tareas, según esa competencia. En términos generales, al médico podrá reprochársele únicamente la lesión al deber de cuidado cuando haya hecho posible o facilitado la conducta defectuosa de sus colaboradores, por falta de organización, o sea, por falta del cuidado exigido en la asignación de tareas, en las instrucciones y órdenes sobre las medidas a seguir para el cuidado del paciente o en la supervisión general. No podrá invocar este principio cuando le sea conocida o perceptible la incompetencia o una actitud imprudente de algún colaborador. En tal hipótesis, es previsible una perturbación de la tarea conjunta, debiendo adoptarse medidas para neutralizarla” (123).

(122) Beatriz Romero Flores, obra citada, p.273

(123) Carlos Künsemüller, “Responsabilidad penal del acto médico”, Revista Chilena de Derecho Vol.13, 1986, ps.268 y 269

G1. Jurisprudencia sobre división del trabajo horizontal

José Ángel Fernández Cruz cita un fallo de la Excelentísima Corte Suprema de 28 de Enero de 1986, por el que ésta resolvió el siguiente caso: “Una paciente que recuperó el conocimiento después de una operación, manteniéndose con signos vitales estables y normales, el médico que la operó procedió a desintubarla sin extraerle previamente la gasa que servía de sello, lo que le produjo un paro respiratorio seguido de uno cardiaco, perdiendo el conocimiento, y, tras sucesivos intentos de recuperar a la paciente, ésta falleció. La anestesista que realizó la intubación pidió al médico cirujano que retirara el tubo, ya que ella no iba a poder hacer hacerlo. La Sentencia en el motivo 17 determina si responden penalmente ambos médicos: “Pues bien, si se considera –atendiendo únicamente a la versión del procesado- que la anestesista, al término de la operación quirúrgica, le solicito que extubara a la paciente porque ella no iba a poder hacerlo y él aceptó realizar esa acción, que quizás es la más importante del último período del proceso de anestesia, resulta que, de hecho y voluntariamente, asumió la responsabilidad de lo que pudiera suceder en esa fase del proceso. La actuación de la doctora (anestesista) podrá ser criticable desde diversos puntos de vista –aun éticos- pero la responsabilidad por la operación de desintubación que en el curso del proceso de anestesia realizó el encausado fue de su cargo desde el momento mismo en que relevó de ella a la anestesista asumiendo entonces el deber jurídico de asistencia terapéutica de la paciente, también bajo este aspecto...” (124).

G2. Jurisprudencia sobre división del trabajo vertical

La Excelentísima Corte Suprema, en Sentencia de 23 de Abril de 2007, Rol 6585-06, aplicó de la siguiente forma el principio: “Tal como se ha descrito en la reflexión que antecede, si bien la participación del encartado en los hechos investigados, desde el punto de vista objetivo de la conducta es clara desde que como médico de turno de urgencia del Hospital San José utilizó como instrumental una serie de pinzas quirúrgicas, quedando una de ellas en el interior del cuerpo del querellante, pero debe analizarse también desde el punto de vista subjetivo, y para ello se hace necesario examinar el contexto en que ocurrieron...Que en el caso de autos no se ha comprobado que el médico acusado haya actuado con impericia y tampoco con negligencia...Por el contrario, de los antecedentes reunidos en autos es posible concluir que realizó su labor en buena forma, salvando la vida del ofendido quien presentaba heridas vitales y graves, por acción de armas blancas, además de un estado de ebriedad manifiesto. No siendo posible que en medio de una intervención quirúrgica complicada en la labor del médico, su trabajo también deba ser de supervigilancia de cada uno de los actos de las demás personas que intervengan en el proceso médico que se lleva a cabo”.

(124) José Ángel Fernández Cruz, obra citada, ps.117 y 118

BIBLIOGRAFÍA

Alcayaga Vicuña, Marta, *La Responsabilidad Criminal del Médico*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1939.

Barreiro, Agustín Jorge, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1990.

Bullemore, V., y MacKinnon, J., *El delito culposo y cuatro asuntos problemáticos: el tipo subjetivo, el error de tipo, la imputación a la víctima y la participación*, Revista procesal penal No. 42, Diciembre 2005.

Bustos, Grisolia y Politoff, *Derecho Penal Chileno Parte Especial*, Segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Bustos Ramirez, Juan, *Culpa y Finalidad*, Editorial Jurídica de Chile, 1967.

Bustos Ramirez, Juan, *El Delito Culposo*, Editorial Jurídica de Chile, 1995.

Campos Quiroga, Jaime, *La responsabilidad médica de carácter culposo en la legislación y jurisprudencia*, Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXVII, Volumen II, 1978-1981.

Cobos Gómez De Linares, Miguel Ángel, *El problema de las lagunas conscientes y la jurisprudencia creativa a través de un ejemplo: la distinción culpa profesional y culpa del profesional*, Poder Judicial, 1990.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El Delito Imprudente*, Barcelona, 1989.

Cury Urzúa, Enrique, *Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos*, Revista de Ciencias Penales, Tomo XXXVII, Volumen II, 1978-1981.

Etcheberry, Alfredo, *Tipos penales aplicables a la actividad médica*, Revista Chilena de Derecho, Vol.13, 1986.

Fernández Cruz, José Ángel, *El Delito Imprudente: La determinación de la diligencia debida en el seno de las organizaciones*, Revista de Derecho Volumen XIII, 2002.

Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal Parte Especial Tomo III*, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Garrido Montt, Mario, *Derecho Penal Parte General Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Henríquez Morales, Christian, *Responsabilidad Penal Médica*, Editorial Jurídica Congreso, 2006.

Henríquez Olguín, Matías, *La responsabilidad penal del equipo médico*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1996.

Künsemüller, Carlos, *Responsabilidad penal del acto médico*, Revista Chilena de Derecho Vol.13, 1986.

Lazo Zambrano, Azucena, *Responsabilidad Médica*, Rev Med Honduras Vol.72, No.2 2004.

Malamud Goti, Jaime, *La estructura penal de la culpa*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 1976.

Mir Puig, Santiago, *Adiciones de Derecho Español al Tratado de Derecho Penal de Jescheck*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1981.

Moreira Dueñas, Alejandro, *Análisis del tipo de los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal chileno*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 2003.

Ormeño Fuenzalida, Jorge, *El delito culposo en el ámbito de la responsabilidad médica*, Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1983.

Politoff, Matus y Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial*, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

Rodríguez Ramos, Luis, *Código Penal Comentado y con Jurisprudencia*, Segunda Edición, Editorial La Ley, Madrid, España, Febrero 2007.

Romeo Casabona, Carlos María, *El médico y el Derecho Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1981.

Romero Flores, Beatriz, *La imputación objetiva en los delitos imprudentes*, Anales de Derecho Universidad de Murcia, N° 19, 2001.

Ruiz Pulido, Guillermo, *Responsabilidad penal del médico*, Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado No.8, Diciembre 2002.

Tapia Rodríguez, Mauricio, *Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales*, Revista de Derecho Vol. XV, Diciembre 2003.

Terragni, Marco Antonio, *Delitos contra las personas*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2000.

Yáñez Pérez, Sergio, *¿Refuerzo de la responsabilidad profesional por el Derecho Penal?*, Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales, XXII Coloquio de Derecho Europeo, Editorial Universidad de la Laguna, España, 1993.

