



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Penal

NEGLIGENCIA MEDICA UN TEMA COMPLEJO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y sociales.

MIGUEL ÁNGEL PEDRO CALVO RIQUELME
CARLOS ALBERTO GODOY CHAVEZ

PROFESOR GUÍA: VIVIAN BULLEMORE GALLARDO

SANTIAGO- CHILE

2015

INDICE

INDICE	1
SUMARIO	5
INTRODUCCIÓN	6
I CAPITULO	9
1. ANALISIS DE RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA	9
1.1. CONCEPTO	9
1.2. RESEÑAS HISTÓRICAS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA	11
1.2.1. Concepto de Responsabilidad Médica en la Antigüedad	11
1.2.2. Testimonio de la Preocupación por la Responsabilidad Médica	13.
1.2.3. En la Actualidad Preocupación por el Tema de Responsabilidad Médica	13
1.3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA	15
1.3.1. Elementos de la Responsabilidad Penal Médica	16
1.4. CLASES DE RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA	18
1.4.1. Responsabilidad Médica por Culpa	18
1.4.2. Responsabilidad Médica por Dolo	21
1.5. ÉTICA MÉDICA	25
1.5.1. Concepto	25
1.5.2. Elementos Básicos en la Ética Médica	25
1.5.2.1. Deber de Procurar Beneficios a las Personas y Comunidad	25
1.5.2.2. Deber Ético de no ocasionar daños o perjuicios evitables al enfermo	26
1.5.2.3. Deber Ético De Respetar la Autonomía de las Personas Enfermas	26
1.5.2.4. Deber de Solidaridad	26

1.5.3. LOS COMITÉS DE BIOÉTICAS	26
1.5.4. EL MÉDICO FRENTE A LA EUTANASIA	27
1.5.4.1. Concepto e Historia.....	27
1.5.4.2. La Postura Médica.....	28
1.5.5. LA DIMENSIÓN ÉTICA DE LA VOCACIÓN MÉDICA	28
A) El Ethos.....	29
B) El Código Ético.....	29
C) Moral Médica.....	29
D) La Moralidad del Médico.....	30
1.5.6. PRINCIPIOS DE BIOÉTICA EN EL DERECHO PENAL MODERNO	31
1.5.6.1 Principio o (Modelo) de Autonomía.....	32
1.5.6.2 Principio o (Modelo) de No Maleficencia.....	34
1.5.6.3 Principio o (Modelo) de Beneficencia.....	36
1.5.6.4 Principio o (Modelo) de Justicia.....	38
II CAPITULO	42
2. NEGLIGENCIA MÉDICA	42
2.1. CONCEPTO.....	42
2.2. FORMAS DE CULPA, ANALISIS.....	44
2.3. LEX ARTIS MÉDICA: CONCEPTO Y ANALISIS.....	57
2.3.1. Concepto.....	57
2.3.2. Análisis de la Lex Artis Médica.....	62
2.4. CONSENTIMIENTO INFORMADO: CONCEPTO Y ANÁLISIS.....	63
2.4.1. Concepto.....	63
2.4.2. Análisis del Consentimiento Informado.....	68

2.5. ACTO MÉDICO	76
2.5.1. Concepto	76
2.5.2. Actos que Nunca Debe Realizar el Médico	76
2.5.3. Acto Médico en Situación de Urgencia	77
III CAPITULO	78
3. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA	78
3.1 BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	78
3.1.1. Consecuencias de Menos Cabo al Bien Jurídico Protegido	79
3.1.2. El Estatuto Jurídico del Embrión Humano	81
3.1.3. Bien Jurídico Protegido en caso de extrema Precariedad	83
3.2. TIPICIDAD	86
3.2.1. Concepto	86
3.2.2. Análisis en la Tipicidad	88
3.2.2.1. El Tipo Objetivo	88
3.2.2.2. El Tipo Subjetivo	88
3.2.2.3. Tipificación del Delito Culposo del Médico en el Ejercicio de su Profesión ..	90
3.2.2.4. Cuasidelito de Homicidio en el Acto Médico	91
3.2.2.5. Cuasidelito de Lesiones	92
3.2.2.6. El Artículo 494 N° 10 del Código Penal Considerado Falta	92
3.2.2.7. La Imputación Objetiva	93
3.2.2.8. El Error de Tipo	93
3.2.2.9. Atipicidad	95
3.3. ANTIJURIDICIDAD	95
3.3.1 Concepto	95
3.3.2. Análisis de la Antijuridicidad	96
3.3.2.1. Causas de Justificación	97
3.4. CULPABILIDAD	98

3.4.1. Concepto	98
3.4.1.1. Evolución del Concepto de Culpabilidad	100
3.4.2. Análisis de la Culpabilidad	101
3.4.2.1. Estructura de la Culpabilidad	101
3.4.2.2. Elementos de la Culpabilidad	101
3.4.2.2.1. Imputabilidad	101
3.4.2.2.2. Conciencia de la Antijuridicidad	102
3.4.2.3. Exigibilidad de la Conducta	102
3.4.3. Valoración de la Culpabilidad	104
CONCLUSIONES	107
Bibliografía	112

SUMARIO

El gran avance científico y tecnológico, ha traído enormes transformaciones en la actividad médica y por cierto grandes progresos en la medicina, pero todo esto ha dado origen a que el facultativo se enfrente a diversas y complejas situaciones que ocurren en su actuar: errores, descuidos que generan daños a pacientes y hasta la muerte de éste, por causa de dicho actuar negligente. Lo anterior, ha producido muchas reclamaciones contra médicos, por malas praxis, traducidas en denuncias y querellas por dichas actuaciones negligentes del profesional.

El hecho culposo denunciado, por actuación médica negligente, debe ser investigado para establecer la responsabilidad, lo cual constituye enorme complejidad. El propósito de esta tesis, es determinar dicha complejidad, para lograrlo, es necesario: tener precisión, claridad en la parte conceptual de la responsabilidad médica; precisión y análisis del delito culposo del médico; diferenciar la responsabilidad dolosa de la culposa del facultativo; importancia de la relación médico paciente; señalar la función importante del consentimiento informado; conocer los parámetros éticos que circundan la actividad médica; precisar la responsabilidad médica del profesional en situación de urgencia; conceptualizar la *lex artis* médica; señalar la legalidad vigente del delito culposo cometido por el médico.

En definitiva, para establecer la responsabilidad médica se intentará en esta tesis hacer un análisis del delito culposo, como es valorada la culpabilidad del facultativo, teniendo presente los principios de la bioética que el Derecho Penal Moderno considera.

INTRODUCCIÓN

Actualmente con los avances de la medicina, más los adelantos científicos, han crecido enormemente las reclamaciones contra médicos por sus tratamientos y actos profesionales con consecuencias adversas al paciente, que también en muchas de las víctimas ha quedado un dejo de injusticia y de impotencia por no obtener reparación alguna, incluso en los tribunales. Precisamente el trabajo de esta tesis, tiene por objetivo establecer la complejidad de la llamada negligencia médica en el ámbito del Derecho Penal. Para esto se abordará el tema en tres capítulos principales.

En el Primer Capítulo, habrá un análisis de la Responsabilidad Penal Médica, considerando lo conceptual del tema, la historia en el tiempo de la negligencia médica, los elementos que contiene la Responsabilidad Médica, las clases de Responsabilidad Médica, señalando como se originó el castigo punitivo al delito culposo en nuestro Código Penal, el origen del artículo 491 del Código Penal, que se refiere especialmente a la negligencia culposa del médico, también se analizará la Ética médica con sus parámetros y la importancia en el ejercicio de la medicina, constituyéndose en un faro en el actuar del médico, en especial el rol ético del médico en el tema de la eutanasia. Se señalará la importancia del ethos en la ética médica; se destacará la elaboración del Código Ético Médico y sus dimensiones en la vocación médica. Además se indicarán en este capítulo algunas normas internacionales referidas a la ética del médico y que han sido suscritas por el colegio que los agrupa; se analizarán los principios modernos de bioética.

En el Segundo Capítulo, se abordará y se profundizará el significado, contenido y alcance del artículo 491 del Código Penal, que se refiere taxativamente al médico y otros profesionales de la salud.

También en este capítulo se dará a conocer el concepto de negligencia médica y culpa del facultativo elaborado por la doctrina, a través de distintos juristas nacionales e

internacionales.

Habrá referencias a las distintas formas de culpa que puede cometer el facultativo en su ejercicio profesional, específicamente en un acto médico.

Además habrá un análisis del concepto de la lex artis médica y la importancia de ésta, al momento de valorar, investigar la responsabilidad médica. La lex artis se considerará de la mayor importancia en la tipicidad, es decir el caso concreto subsumido en el tipo.

La relación médico paciente, más los principio bioéticos serán abordados con el Consentimiento Informado; la observancia de éste como constituyente de la lex artis, se considerará en esta tesis como causa de justificación en la hora de evaluar el resultado de un acto médico.

En suma habrá un análisis para señalar la importancia de la lex artis en el caso concreto, por ejemplo una situación de urgencia a que se enfrenta el profesional médico.

Dicho Consentimiento Informado será analizado: su concepto, su consideración en una situación de urgencia en que la vida del paciente esté en crisis.

Finalmente en este capítulo habrá un análisis del concepto de acto médico muy importante, para establecer la culpa.

En el Capítulo Tercero habrá un análisis jurídico referente a la negligencia médica, donde serán considerados:

1. Bien Jurídico Protegido: su concepto, como repercute su protección en la investigación científica y en la extrema precariedad de la vida.

2. En esta parte de la tesis, habrá un análisis de los elementos del delito culposo a saber: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Una vez analizado dichos elementos del delito culposo del médico, se inferirá la complejidad para determinar la responsabilidad médica.

Por último se dará a conocer como se valora la culpabilidad del médico, haciendo

referencia especial a ésta, en situación de urgencia.

Esta tesis tendrá como misión, dar a conocer el problema de los tipos penales abiertos, como el delito culposo que precisamente uno de ellos lo constituye la negligencia médica, lo que conlleva a una complejidad para determinar la tipicidad y la culpabilidad.

Dicha complejidad se sustentará además en el análisis de los principios de la bioética que el Derecho Penal Moderno actualmente considera.

Finalmente los capítulos de esta tesis, contendrán jurisprudencia pertinente, con el objeto de facilitar la comprensión de los contenidos en cada uno de ellos.

I CAPÍTULO

1. ANÁLISIS DE RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

1.1 CONCEPTO

La Responsabilidad es definida por la Real Academia Española como la “capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”¹

También es definida la Responsabilidad como “aquella que proviene de un hecho o una omisión que casusa daño a otro o que la ley pena por ser contrarios al orden social. En otros términos, la que proviene de una violación de un contrato, de la comisión de un delito o cuasi delito civil o de un delito o cuasi delito penal o simplemente de la ley”²

Al analizar la responsabilidad penal del médico, es necesario considerar que el individuo debe poseer una determinada calidad, porque la configuración del delito así lo requiere, ya que lo que se persigue es sancionar, precisamente agresiones cometidas por determinadas personas. Existen hechos punibles en que la calidad profesional de médico es un elemento esencial que integra el tipo delictivo, pudiendo denominarse delitos del facultativo; en nuestro Código Penal y en leyes especiales existen hipótesis en que la configuración del delito exige la calidad de médico cirujano.³

El doctor **Jorge Alberto Riú**, entiende por responsabilidad penal de un médico como “la condición fundamental para el ejercicio de su actividad, cuya incorrecta aplicación lo colocará en la obligación de responder ante la Justicia por el correspondiente reproche

¹ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española (Madrid, año 2001, Vigésima Segunda Edición)

² Alessandri , Rodríguez Arturo, “ De la Responsabilidad Extra-contractual en el Derecho Civil Chileno” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda.; 1983) Pág.26

³ Künsemüller, Carlos, “Responsabilidad Penal del Acto Médico” en Revista Chilena de Derecho, Vól.13. N°2,

que ésta le formule”⁴.

El médico cardiólogo **Jaime Pérez Olea**, se refiere a la existencia de responsabilidad del médico en acciones que signifiquen grave daño físico o moral al enfermo y éstas deberían ser juzgadas, tomando como referencia la que corresponde al profesional de nivel medio.

El mismo doctor **Pérez Olea** señala que no es posible exigir el mismo grado de conocimientos y destrezas al médico general que al especialista, pero debe entenderse que existe un nivel estándar que sólo es aplicable dentro de los límites en que se desenvuelve su acción profesional.⁵

Frente al análisis de la responsabilidad penal de un acto médico, se debe considerar como una unidad en interacción: el sujeto médico y la situación en que se desarrolla su comportamiento. Estas situaciones pueden ser normales como: condiciones de tiempo suficiente para la atención del paciente, disponibilidad de recursos materiales necesarios (instrumentos, medicamentos etc.) y condiciones ambientales adecuadas (iluminación temperatura). Situaciones anormales como: la presión asistencial frente al factor tiempo (atender diez enfermos en una hora). Otro aspecto de condición anormal es la insuficiencia en los recursos materiales necesarios (falta de camas, instrumental, medicamentos etc.) y otra dimensión anormal la constituyen las condiciones ambientales desfavorables en que debe desarrollarse la función médica (exceso de ruidos, mala iluminación)⁶.

Luis Cousiño Mackiver, considera que la responsabilidad consiste “en la obligación que pesa sobre el individuo de indemnizar los daños que pueda causar, o purgar la pena

(Santiago, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, 1986), Pág. 259

⁴ Riú, Jorge Alberto, “Responsabilidad Profesional de los Médicos” (Aspecto Penal, Civil y Deontológico), Jurisprudencia (Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1981), Pág. 17.

⁵ Pérez Olea, Jaime, “Responsabilidad Penal del Médico en la Práctica Profesional”. Revista Médica de Chile 109, Pág. 654, 1981

⁶ Teke Schicht, Alberto “El acto del médico como fuente de Responsabilidad Penal”. En Revista Chilena de Derecho Vól.13 N° 2(Santiago Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile 1986) Pág. 247 y 248.

asignada a los delitos o cuasi-delitos que pueda cometer”⁷.

La responsabilidad penal reconoce como elementos fundamentales, la culpa o el dolo del inculcado; dicha responsabilidad tiene un sentido teleológico, punitivo-preventivo; ante graves atentados a la vida social que se hace indispensable el respeto a determinados bienes jurídicos, surge la necesidad de castigar al culpable por medio de una aplicación de una pena, que también es un elemento disuasivo. Esta pena puede ser restrictiva o privativa de libertad para el responsable del delito o cuasi delito penal⁸.

1.2 RESEÑAS HISTÓRICAS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

Las diferentes culturas a través del tiempo, han tenido distintos criterios para enfrentar el problema de la responsabilidad del facultativo, es importante destacar que la preocupación por la responsabilidad, como consecuencia de un actuar médico ha sido constante en la evolución de la humanidad.

1.2.1 En la antigüedad se ha querido regular la actividad médica, el concepto de responsabilidad médica se vislumbra por el año 2392 A.D.J.C, en que el Código del Rey Hammurabi dedica nueve artículos de los 282 que componía su totalidad, a las faltas y castigos para los médicos; dicho código señala que: “Si un médico ha tratado a un hombre célebre de una afección grave por un punzón de bronce y ha hecho morir al hombre o ha perdido el ojo el hombre, córtesele las manos”. Se deduce que se castigaba severamente el actuar médico deficiente, mediante la ley del talión. Esta sanción era acorde al resultado de la intervención del médico, sin entrar a analizar si el médico fue negligente o no, es decir, el castigo era por haber realizado un acto riesgoso causando daño como resultado. De alguna manera este Código del Rey Hammurabi, ya

⁷ Cousiño Mackiver, Luis, “Manual de Medicina Legal”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1962 Pág.363

⁸ Quintana Letelier, Bárbara, Muñoz Sepúlveda Carlos, “Responsabilidad Médica”, Editorial Jurídica La Ley 2004, Pág 268 y 269

diferenciaba lo que hoy se denomina responsabilidad civil y penal; de tal manera que los fallos no dolosos y graves eran castigados con sanciones económicas o indemnizaciones a las víctimas de los médicos, en tanto que, frente a fallos con resultados graves, el médico podía perder una o ambas manos, con la finalidad de evitar que siguiera operando.

En Egipto si el médico cometía una falta en el ejercicio de su actuar, era condenado a muerte. Los egipcios tenían una especie de código profesional donde constaba los preceptos del arte de sanar y que eran productos de las observaciones realizadas por los patriarcas; por lo tanto el que se ceñía a ellas se eximía de toda responsabilidad, cualquiera fuere el resultado obtenido por la aplicación de dichos preceptos, en tanto que el que no se regía por dichas reglas y su actuar producía faltas, era condenado a muerte.

En Grecia el médico estaba bajo el peso de una responsabilidad muy severa, que ante una mínima falta se hacía efectiva su responsabilidad. Se admitía la responsabilidad basada en culpa, cuya indemnización correspondía a la mitad de lo establecido en caso de malicia.

En el antiguo Imperio Romano, no existían disposiciones específicas aplicables a la responsabilidad facultativa; por lo que esta clase de responsabilidad se efectuaba aplicando los preceptos generales en relación a la reparación del daño causado por hechos ilícitos, recogidos en la Ley de las XII Tablas.

Más adelante el jurista Ulpiano señala lo siguiente: “Si un médico hubiese operado con impericia a un esclavo, compete la acción de locación o de la Ley Aquilea; también el mismo Ulpiano afirma lo siguiente en relación con el médico que proporciona un medicamento y por el cual muere el enfermo que “Si la administró (la sustancia medicamentosa) por sus manos se considera que mató; pero si se la dio a la mujer para

que ésta se la tomara, debe darse una acción por el hecho”⁹.

1.2.2. También las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, da testimonio de la preocupación por la responsabilidad médica. Encontramos en la Ley VI del Título VIII, de la Partida VII que señala lo siguiente “Como los físicos e los zurujanos, que se meten por sabidores, e no lo son, merecen auer pena, si muriere alguno por culpa de ellos.....”

En la novísima recopilación, la Ley IV, del Título XI, del Libro VIII, trata de la pena que deberán sufrir los médicos que curen en un pueblo o partido y que no cumplan con los requisitos que ella indica.

Se puede comprobar de lo anterior la constante preocupación que ha habido a través del tiempo sobre la Responsabilidad Médica.

1.2.3. En la actualidad ha surgido una preocupación por el tema de la Responsabilidad Médica y esto se comprueba por el aumento de demandas contra médicos que han sido registradas en procesos ingresados a los tribunales.

Hay factores que explican el aumento de demandas dirigidas para que la Responsabilidad Médica se haga efectiva y estos son los siguientes:

- 1.- Vínculo deficiente entre médico y paciente
- 2.- Medicina deshumanizada donde el paciente es mirado como un número más
- 3.- Gran avance tecnológico en medicina, lo que trae como consecuencias lo que se efectúen procedimientos e intervenciones de alta complejidad; todo lo cual hay un aumento de riesgos asociados.
- 4.- Existe una desestigmatización del interés por perseguir la Responsabilidad Médica, donde se reclama el resarcimiento del daño moral.
- 5.- Aparición de un consumidor de prestaciones médicas exigente e informado.

⁹ Justiniano, Digesto 9, 2,9pr.1 Ulpiano no distingue si el medicamento es o no adecuado a la dolencia de la persona, por sólo hecho de haberlo proporcionado y que ello haya ocasionado daño, origina responsabilidad al facultativo.

6.- Pocas atribuciones de los colegios profesionales. La Ley Orgánica del Colegio Médico de Chile número 9.662 imponía al médico en materia de sanciones: multas, amonestaciones verbales y escritas, suspensión del derecho a ejercer la profesión hasta seis meses y hasta solicitar a la Corte Suprema la cancelación del título profesional por faltas graves y reiteradas; pero a partir del año 1979 los colegios profesionales no tienen las facultades antes expuestas¹⁰.

Existe jurisprudencia, en que los tribunales han fallado contra el Colegio Médico, por aplicar medidas disciplinarias¹¹.

También es importante destacar, que una de las primeras sentencias ocurridas en Chile en el año 1896, trató sobre una negligencia médica en contra de un pionero de la medicina chilena, a saber el doctor Lucas Sierra, por atender a una paciente y diagnosticar un tumor del útero; en circunstancias que se trataba de un embarazo donde hubo constancias que el niño nació muerto. Es así que se reclamó la responsabilidad criminal del doctor Sierra, que posteriormente fue absuelto.

Es importante hacer un comentario de esta sentencia, ya que el juez consideró que no hubo negligencia por parte del imputado, por haber en la especie una dificultad para diagnosticar. En definitiva el juez ordenó: “sobreséase definitivamente en este sumario instruido con motivo de la responsabilidad que hubiera podido afectar al doctor Lucas Sierra..... El feto era monstruoso. No era viable, no podía vivir. El error de diagnóstico atendidas las circunstancias especiales, que relacionan los doctores en su informe médico, es excusable. No hay, por consiguiente, cuasidelito que pesquisar”.

Sin embargo el informe pericial señala, que existen signos que aseguran un embarazo y además se estimó que la junta médica que ratificó el diagnóstico del doctor Lucas Sierra

¹⁰ Quintana Letelier, Bárbara, Muñoz Sepúlveda, Carlos. “Responsabilidad Médica”. Editorial Jurídica La Ley Ltda. Santiago Chile 2004. Pág. 30-34

¹¹Corte de Apelaciones de Valparaíso. 21 de Julio de 1988, Rol N° 243-88

fue inducida por las ideas erróneas del facultativo enjuiciado. Además en las propias declaraciones del doctor Sierra, manifestó que el tumor era movable en su totalidad, lo que no fue acorde al informe de peritos; todo lo anterior determinaría que el error del facultativo no fue excusable y que se originó por falta de conocimientos en materias médicas, responsabilidad que debe ser agravada a que él se presentaba al público como especialista en “cirugía general y enfermedades de señoritas”, con estudios en Europa¹².

1.3. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

En la Responsabilidad Médica existen los siguientes elementos:

1.- Relación Médico Paciente: donde el facultativo asume realizar determinado acto médico sobre el paciente y aquí se produce una relación llamada médico paciente.

2.- La Realización de un acto médico: que es definido como sucesivas etapas con el fin de restablecer la salud de determinada persona. Estas etapas son:

a) La Anamnesis: que son preguntas y observaciones que hace el médico al enfermo, por ejemplo preguntas sobre ciertos síntomas, tiempo de duración, algunas enfermedades anteriores etc.

b) Exámenes: que son pruebas que pueden confirmar elementos característicos de una patología.

c) Diagnóstico: es determinar la posible enfermedad que padece un paciente.

d) Pronóstico: que es una proyección que realiza el médico sobre la evolución que seguirá la enfermedad y sus consecuencias en la salud del paciente.

e) Tratamiento: que son actos dirigidos a combatir la causa del mal que padece el paciente, como prescripción de medicamentos o intervención quirúrgica.

¹² Cornejo Loyola, Hernán, “La Responsabilidad cuasi delictual del Médico” Santiago 1945, Pág.108.

3.- Acto Médico: que se realiza contraviniendo los deberes que señala la Lex Artis Médica, que es un “conjunto de usos propiamente técnicos y normas deontológicas que la propia ciencia médica indica como indispensables para alcanzar el éxito de un determinado tratamiento”.¹³

4.- Existencia de un daño o una situación riesgosa, para un interés (bien) jurídicamente protegido. El daño producido en el receptor del acto médico, contraviene los deberes que impone la Lex Artis Médica.

5.- Relación entre el acto médico y el daño debe haber una causalidad.

6.- Atribución de Responsabilidad, es decir el acto médico que produce el daño debe ser imputable al médico en forma culposa.

1.3.1. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

En primer lugar debe haber una ejecución de una acción o la presencia de una omisión, esto es vital importancia en la Responsabilidad Penal y fundamental en la responsabilidad del médico; la acción y la omisión deben estar señaladas en el Código Penal o en leyes especiales, constituyendo la tipicidad.

Otro elemento de la Responsabilidad Penal Médica, es que no exista una justificación legal para realizarla y además el acto tiene que haberse realizado con dolo o culpa; en materia penal se sancionan sólo conductas dolosas y excepcionalmente cuando expresamente lo dice la ley se sancionan las conductas realizadas con culpa.

Cuando estos elementos se reúnen, constituye la Responsabilidad Penal del Médico, que trae como obligación de sufrir una pena, pena que es personalísima y ni excepcionalmente en materia penal se responde por hechos ajenos.

Es necesario destacar que la Responsabilidad Penal puede ir junta a la responsabilidad civil, pero no siempre, tal es así que puede haber un hecho que cause daño, pero éste no

¹³ Quintana Letelier Bárbara, Muñoz Sepúlveda Carlos “Responsabilidad Médica” Edit. Jurídica La Ley Ltda. Stgo. Chile 2004 Pág.21

está tipificado en el Código Penal; por lo tanto existirá una responsabilidad civil con obligación de indemnizar, pero no habrá responsabilidad penal¹⁴.

La Responsabilidad Penal no requiere la existencia de un determinado daño o perjuicio para configurarse como tal; la simple existencia de un riesgo para un bien penalmente protegido es suficiente para ser acreedor de una sanción penal; es el caso de las tentativas y los denominados delitos de peligro.

La Responsabilidad Penal involucra solamente a las personas naturales que participan en el hecho punible.

En cuanto a la extensión de la Responsabilidad Penal, es decir el grado de gravedad de la pena, se considera en cuanto a la mayor o menor gravedad del delito atentado contra el orden social; aplicándose solamente las penas expresamente señaladas en la ley para el injusto respectivo.

El elemento esencial de la Responsabilidad Penal es el dolo o culpa del inculpado; es así porque “nulla crimen nulla paena sine culpa”, es decir no hay crimen, no hay pena sin culpa.

La Responsabilidad Penal tiene un fin punitivo-preventivo, aflorando la necesidad de castigar al culpable de atentar gravemente contra determinado bien jurídico con una determinada pena, que a su vez va a actuar como un elemento disuasivo.

En la actividad médica, es común que el hecho culposo provocado por el médico que causa daño al paciente, se traduzca en un delito o cuasidelito penal ante el derecho y a la vez reúna los caracteres de un delito o cuasidelito civil.

De esta manera se hace necesario delimitar la responsabilidad civil de la responsabilidad

¹⁴ Etcheverry, Alfredo Revista Chilena de Derecho, Vol. 13 año1986 (Santiago Pontificia Universidad Católica de Chile) Pág. 272 y 273

penal¹⁵ .

Hay casos que eximen de responsabilidad penal del médico y que son:

1.- El error médico, según Riú “.....una persona incurre en un acto erróneo cuando su accionar es producto de una equivocación”¹⁶ . Es necesario saber si la falta de conocimiento del médico se debe a su precaria preparación, entonces habría una conducta culposa, ya que es obligación del médico tener los conocimientos necesarios para ejercer su actividad profesional con responsabilidad, pero si la falta de conocimiento tiene como causa que la ciencia médica no ha logrado el conocimiento que el caso amerita habrá error, pero el médico será eximido de culpa.

2.- Iatrogenia: Riú la define como “.....síndrome no punible, caracterizado por un daño inculpable en el cuerpo o la salud, consecuente con una aplicación terapéutica exento de responsabilidad profesional”¹⁷.

En este punto, el médico ha actuado con diligencia, pero se produce un daño por un factor constitucional del paciente, en consecuencia el médico se exonera de responsabilidad.

Riú señala que la importancia de este tema de exoneración de responsabilidad médica tiene importancia por “.....empeño puesto por algunos abogados defensores, de llevar la situación de su defendido al terreno de la Iatrogenia, con lo cual se pretende eludir la punibilidad a que la conducta antijurídica del médico se ha hecho acreedor”¹⁸.

1.4 CLASES DE RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

La Responsabilidad Penal Médica puede ser clasificada: por Culpa o Dolo.

1.4.1. Responsabilidad médica por Culpa: Garrido Montt dice lo siguiente al respecto:

15Quintana Letelier, Bárbara, Muñoz Sepúlveda, Carlos. Ob. Cit. Pág. 268,269,271y2

16 Riú, Jorge Alberto, Ob.Cit. Pág. 75

17Riú, Jorge Alberto, Ob. Cit. Pág50

18 Riú, Jorge Alberto, Ob.Cit. Pág. 48

“la esencia de la conducta culposa es la falta del cuidado jurídicamente esperado en el comportamiento, consiste en la infracción de la norma de cuidado, que en el Código Penal se denomina como imprudencia (490-492) o negligencia (491 y 492)”¹⁹.

En materia penal, principalmente sólo son sancionadas las conductas realizadas con dolo y la conducta que se realiza sólo con culpa, es necesaria la existencia de un texto especial de ley. Cuando los resultados producen daño, que afecten la vida, la integridad corporal, la salud; se producen sanciones que el Código Penal contempla específicamente.

Nuestro Código Penal se basó en el Código Penal español, que sirvió de modelo donde se castigaban los daños que causaren a una persona por culpa, tanto por negligencia o por imprudencia y solamente dos disposiciones castigaban los daños causados por culpa y fueron los artículos 490 y 492, pero ninguno de los dos se refería a la situación culposa de los médicos; por eso la comisión redactora del Código Penal resolvió que los perjuicios provocados por los médicos fueran considerados como un cuasidelito, es decir como un delito culposo y así fue agregado en un inciso del artículo 478 del Código Penal cuando se cause daño a la persona y como falta si no existiese daño. Tal es así que posteriormente, aquel primitivo artículo 478, hoy es el artículo 490 y la responsabilidad culposa de los médicos está en el artículo 491 y las faltas cometidas por los mismos profesionales están sancionadas en el artículo 494 número 10; en este artículo es castigado el descuido culpable en el acto médico, aunque no exista daño. Lo curioso que este artículo en los hechos, ha sido de muy poca su aplicación (hasta el año 1986 no se conoce ningún caso en que se haya aplicado)²⁰.

La Responsabilidad Penal Médica por hecho culposo, es sancionada por imprudencia

19 Garrido Montt, Mario, “Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito” (Santiago, Edit. Jurídica de Chile, 1992) Pág 16

²⁰ Etcheverry, Alfredo. Ob.Cit Pág. 276 y 277

temeraria en el artículo 490, por mera imprudencia o negligencia en el artículo 492 y por negligencia culpable en el artículo 491; este artículo sanciona solamente al sujeto activo que ostente el título de médico.

El concepto de Imprudencia Temeraria, según la jurisprudencia “.....no fue definida por el legislador, pero la graduación que le corresponde en las diversas especies de culpa, el elemento temeridad que la singulariza y los orígenes de esta disposición en el Código Penal español, llevan a la conclusión de que la imprudencia temeraria consiste como lo expone el tratadista Viada - en todo acto de imprevisión, descuido, negligencia, impericia, imprudencia, ejecutado sin tomar las precauciones que aconseja la prudencia más vulgar”²¹.

También la Imprudencia Temeraria es definida por la doctrina en sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso como “.....consiste en aquella acción de la gente, desprovista del mínimo de cuidado que emplea una persona diligente en la realización de una conducta importante, lo cual hace más ostensible el natural riesgo de la empresa llevada a cabo”²² .

La Imprudencia Temeraria es la creación de un riesgo; la negligencia es una forma de culpa, es decir toda negligencia es culpable. De tal manera que en la Imprudencia Temeraria sería necesario un alto grado de creación de un riesgo para ser penado, en cambio en la mera imprudencia o negligencia sería necesaria una forma más tenue.

Considerando lo anterior, para apreciar los casos concretos que si ha habido negligencia o no, va a variar sustancialmente y éste dependerá del criterio del juzgador²³.

En relación a la culpa del médico, éste debe haber “...colocado y utilizado todos los elementos que dispone la ciencia médica.... Luego resulta necesario en el cumplimiento

²¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 9 de Julio 1929, en Jurisprudencia al día, N° 33, año 11, Pág.403

²² Materia Penal, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 7205-85

²³ Vid. Etcheverry, Alfredo Pág. 278

de sus obligaciones haya: a) ordenado que se efectúen todos los exámenes requeridos y b) prescrito el tratamiento u operación idónea para evitar el perjuicio sufrido por la persona del paciente”.²⁴

Existe una causa de negligencia médica por Cuasidelito de Homicidio, que aborda lo expresado anteriormente.²⁵

1.4.2. Responsabilidad médica por Dolo:

La conducta dolosa, supone la agresión consciente y voluntaria del bien jurídico con conductas que están previstas en el Código Penal. El autor de las mismas será responsable de ellas, si concurren otros requisitos²⁶

El Dolo concibe grados, como:

a) Dolo Directo: Referente a este tipo de Dolo, el autor se representa los resultados de su actuar y a su vez está en su intención.

b) Dolo Indirecto: Comprende resultados que no están en los fines del autor, pero para lograrlos obligadamente se producirán (Ejemplo el autor desea matar a una persona y para lograrlo pone una bomba en un avión sabiendo que su actuar afectará al resto de los pasajeros).

c) Dolo Eventual: El autor prevé el resultado como posible y lo acepta con indiferencia; su fundamento está en que si bien el resultado no ha sido querido directamente, tampoco ha dejado de quererlo, puesto que no lo ha evitado.²⁷

El médico está sujeto en el ejercicio de su profesión (acto médico), a responsabilidad por conducta dolosa, pero en la práctica es difícil de imaginar que el facultativo tenga la intención de causar daño.

²⁴ Acosta Ramírez, Vicente “De la Responsabilidad Civil Médica” (Santiago, Ed. Jurídica de Chile 1990) Pág. 18

²⁵ L.Leyton con González Quezada y otros, Causa Rol N° 660-2002, 34° Juzgado de Crimen, Santiago Fojas 4y sgte.

²⁶ Romeo Casabona, Carlos María, “El Médico ante el Derecho”, (Centro de publicaciones, Documentación y Biblioteca Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986, Barcelona Edit. Bosch Pág.109)

²⁷ Bolado, Jorge, “Responsabilidad Profesional de los Médicos”, Buenos Aires, Edit. Universidad 1986, Pág.88.

Los médicos tienen responsabilidad penal en algunos delitos dolosos, en que la ley al describir el hecho, el tipo penal ha señalado en el autor, es decir en el sujeto activo, la calidad de médico; por tanto cuando el mismo hecho lo realiza cualquiera persona que no sea médico no es delito, pero también existen tipos delictivos que cuando los comete cualquier persona son delitos; pero si los realiza un médico actuando como tal, el delito es más grave.

Los principales casos que la ley fija en que el médico por tener esta calidad, tiene responsabilidad penal sea como inherente al delito mismo o como agravante de otro delito común, son los siguientes:²⁸

Código Penal art. 202,312 inc. Final, 313 v), Ley 18.043 sobre Tráfico de Estupefaciente art. 7º, art 247 inc.2º.

También existen en calidad de falta o contravenciones, que son los delitos de menor gravedad y de menor pena, pero siempre delitos; el art.494 del Código Penal describe hechos que tienen por sujeto activo o autor a un médico y son el Nº 9, 10, 11, 12.

El art. 345 del Código Penal, también describe como sujeto activo al médico que abusando de su oficio causare un aborto o cooperare a él....

Lo anteriormente señalado son casos de responsabilidad penal, en que los tipos legales tienen por autor exclusivamente al médico o en algunos la calidad de médico actúa como agravante respecto de un delito.

Es necesario señalar, que generalmente para establecer la Responsabilidad Médica se llega a la judicialización; es decir es el juez el que dirime el conflicto entre médico y paciente y así las cosas se ha hecho necesario antes de llegar a la judicialización, la creación de la Mediación.

²⁸ Etcheverry, Alfredo. "Revista Chilena de Derecho", Vol.13 Nº 2, 1986 Pág. 273 y ss.

La Mediación ayudaría a sanar la relación médico-paciente; sería un proceso idóneo que construye un diálogo que busca resolver los conflictos entre las partes, antes de llegar a instancias legales, lo que implica un mutuo reconocimiento de necesidades.

El mediador que tiene a su cargo a los prestadores públicos, es el Consejo de Defensa del Estado y la Superintendencia de Salud tiene a su cargo las mediaciones de los prestadores privados. El objeto de la Mediación, es evitar el juicio, evitando gastos de dinero, de tiempo y el desgaste de personas o instituciones en conflicto.

El número de personas que no llegan a acuerdo, es muy considerable; ya que en el Consejo de Defensa del Estado es (77%), como en la Superintendencia de Salud es (69,4%).

La Mediación, es una oportunidad que tienen las partes de resolver o aclarar sus conflictos en un tiempo limitado de 60 días y con un máximo prorrogable de hasta 120 días.

La Mediación, tiene su origen en la ley 19.996 del año 2005. El Mediador no es un árbitro, no se le presentan pruebas; el proceso es confidencial, no se puede revelar lo sucedido en las audiencias²⁹.

Es interesante destacar, que existe también una responsabilidad administrativa por los actos médicos y de cuidado, donde el Estado tendría una responsabilidad objetiva, esto es que dicha responsabilidad opera aunque no haya culpa de algún funcionario o del servicio. Existen leyes en Chile, que establecen explícitamente la responsabilidad objetiva al tratarse de determinadas materias³⁰.

Nuestra propia Constitución y determinadas leyes, constituyen fuentes de responsabilidad administrativas; a saber el artículo 38 inciso 2 de la Constitución Política

²⁹Salas, Isabel, Abogada de Falmed "¿El Fin de la Mediación en el Sistema Público?", Revista Falmed, Enero 2012 Pág.30 y 31.
³⁰ Paillas, Enrique, "Responsabilidad Médica", Edit. Conosur 1997, Pág 89

de Chile, la ley N° 18.575 que corresponde a la Ley Orgánica Constitucional de Base Generales de la Administración del Estado, en su artículo 4º y 44º³¹.

También es relevante mencionar que en la actividad médica, existe una responsabilidad disciplinaria que se refiere a la sanción de carácter profesional, dentro de un cuerpo o institución particular que puede imponer a los profesionales colegiados que de ella dependen. No siendo falta contra el orden social, sino referida a un comportamiento dentro de ese organismo y que dan contra sus normas internas.

En nuestro país, el año 1981 se dictó el decreto N° 3621, en que deroga todas las disposiciones legales que facultaban a los colegios profesionales, para conocer y resolver los conflictos entre ellos, entre los profesionales y sus clientes y las que permitían sancionar a la ética profesional; el decreto ley dispuso que todos los colegios profesionales tendrían carácter de asociaciones gremiales, suprimiéndose también la obligación de asociarse siendo esto facultativo.

La asociación gremial Colegio Médico de Chile, actualmente es una corporación de derecho privado que se rige por los estatutos de acuerdo con los decretos leyes N° 2757 y 3621 de 1981.

Las atribuciones del Consejo General son: velar por el prestigio, por el progreso, por el correcto ejercicio y por la mantención de la disciplina profesional de sus asociados.

Se ha resuelto dentro de las facultades del Colegio, eliminar de los registros de la Orden a los médicos que incurran en actos contrarios a la disciplina. De acuerdo a sus estatutos hubo una orden de investigación respecto de actividades de tres de sus asociados, destinadas a establecer su presunta actuación profesional en prácticas de torturas, que se habrían producido en un centro de detención. Los asociados interpusieron un Recurso

³¹Paillas, Enrique Ob.cit.Pág.88 y Enrique Silva Cimma, "Derecho Administrativo Chileno y Comparado El Control Público", Edit. Jurídica de Chile, Sept. 1994, Pág.216 y 217

de Protección, en que su sentencia fue confirmatoria.³²

1.5. ETICA MÉDICA

Los temas propios de la Bioética aplicados a la medicina, constituye lo que se denomina Ética Médica. Es importante para el ejercicio profesional del médico actuar con ética, es decir si su actuar adolece de ignorancia, impericia o negligencia comprobada, se considera una falta a la ética del dicho profesional³³.

1.5.1. CONCEPTO

La Ética Médica es una parte de la Bioética y cuyo objeto es considerar y estudiar los aspectos éticos que están en una relación asistencial sanitaria, donde intervienen los profesionales sanitarios, los usuarios de la sanidad y el contexto socio económico y cultural, en que se realiza ésta relación asistencial.

Es preciso destacar que la Ética Médica se refiere en exclusivo a la ética profesional del médico o del cualquier otro profesional sanitario; es decir, donde el médico ejerza profesionalmente en cualquier ámbito.

La Ética Médica debe ser entendida, como la expresión en el ámbito de la sanidad de un marco de valores más general, en lo que se refiere al reconocer que los individuos pueden tener diferentes prioridades, con ausencia de dogmatismo, por ejemplo no confesionales, basado en un respeto a los derechos de todos los individuos.³⁴

1.5.2. ELEMENTOS BÁSICOS EN LA ÉTICA MÉDICA

1.5.2.1. Deber de procurar beneficios a las personas y a la comunidad (Salud Pública):

Este elemento requiere dos componentes que van relacionados; por una parte la necesaria competencia profesional del médico, pudiendo denominarse Saber Técnico y

³² "Recurso de Protección", 28 de Julio 1986, Sentencia Confirmatoria, Fallos del Mes N° 332, Pág.458 y Enrique Paillas, Ob. Cit. Pág.120 y 121

³³ Colegio Médico de Chile (A.G), "Normas y Documentos Ética Médica", Código de ética, Título 2, Art. 24, Edit. Antártica. S.A 1986, Pág 18

³⁴ Figueroa Yáñez González, "Curso de Introducción a la Bioética", Impresos Fac. de Derecho Universidad de Chile, 2004, Pág.14

por otra parte la construcción de una relación asistencial, lo más cercana a un modelo de colaboración con el paciente y sus allegados, pudiendo llamarse Saber Ético. Estos beneficios deben ser valorados como tales por los supuestos beneficiarios de una actuación médica concreta.

1.5.2.2. Deber Ético de no ocasionar daños o perjuicios evitables al enfermo: Podríamos considerarlo como el complemento lógico de la obligación de procurar beneficios. Se plantea insistir en una correcta proporcionalidad entre los posibles, con frecuencia ineludibles perjuicios ocasionados y los beneficios que se espera obtener de un acto médico, de la técnica, del diagnóstico, de la cirugía, o de la farmacología utilizada.

1.5.2.3. Deber Ético de respetar la autonomía de las personas enfermas: Esto establece que las prioridades, opciones y decisiones de las personas enfermas, deben ser reconocidas; deber ser posible manifestarla y deben ser respetadas en lo referido a la relación asistencial.

El objetivo de la relación asistencial, quedaría redefinido en el sentido de encontrar los mejores intereses del enfermo en lo concerniente a su salud.

Todo lo anterior conduce a una reconsideración del papel del médico, como profesional con conocimientos y capacidades específicas, que conlleva a lograr los objetivos de la medicina de acuerdo con el paciente.

1.5.2.4. Deber de solidaridad: Es procurar equidad en la distribución de recursos, en el respeto a legítimos intereses de tercero y a los derechos de la comunidad.

1.5.3. LOS COMITES DE BIOÉTICA

Aquí es donde en forma pragmática se estudia, se analiza, y se da una opinión sobre las situaciones y problemas creados no sólo por la ciencia y tecnologías modernas, sino también por las transformaciones que suceden en el campo social económico y político; donde se requiere colaboración y diálogo interdisciplinario.

Es común la existencia de comités de bioética hospitalaria, con una función educativa realizando seminarios, talleres, con el fin de educarse. También una función consultativa y de asesoría, que lleva a opiniones y recomendaciones que permitan fundamentar una decisión clínica y conflictiva.

Otra función es la de establecer normas, estas normas bioéticas deber encuadrarse a las normas generales de la institución. Será prudente que cuando el comité de bioética hospitalario esté bien arraigado y haya adquirido una experiencia sólida, establezca dichas normas³⁵.

1.5.4. EL MÉDICO FRENTE A LA EUTANASIA

1.5.4.1 Concepto e Historia

La palabra Eutanasia de origen griego y de significado etimológico “Buena Muerte”, una muerte privada de dolores y angustia. Francis Bacon, introduce otra acepción al término Eutanasia en el campo médico y llega a significar la acción del médico, sobre el enfermo incluyendo la posibilidad de apresurar la muerte. En el siglo XX la palabra Eutanasia adquiere el significado de una acción directa e indolora en un paciente que no tiene perspectivas de recobrar la salud. Frente a la Eutanasia hay una variedad de opiniones; Platón en su libro tercero de la republica afirma..... “Nadie puede pasarse la vida en enfermedades y medicina. Tú establecerás oh Glaucón, una disciplina en el Estado y una jurisprudencia tal como nosotros la entendemos, limitándote a dar cuidados a los ciudadanos bien constituidos de alma y cuerpo. En cuanto a los que no son sanos corporalmente, se les dejará morir”.

Hipócrates el padre de la medicina, establece en su juramento que “Jamás daré a nadie alimento mortal, por mucho que me lo soliciten”.

³⁵Figuroa Yáñez Gonzalo , Ob.Cit, Pág. 1,2,3 y 4

Tomás Moro en su obra “La Utopía”, afirma que “Si la enfermedad es incurable y va acompañada de dolores agudos y de continuas angustias, los sacerdotes y magistrado deben ser los primeros en exhortar a los desgraciados a decidirse a morir....”.

Nietzsche defiende la Eutanasia y habla en contra de los parásitos de la sociedad (como llama a los enfermos incurables).

Se desprende que el tema de la Eutanasia es muy complejo, porque conlleva una carga emotiva profunda, como es el caso de ver sufrir a un ser querido sin esperanza de recuperación³⁶.

1.5.4.2 La Postura Médica

La Asociación Médica Mundial, en la Asamblea General de Ginebra 1948, condena la práctica de la Eutanasia y tiene una versión moderna del juramento hipocrático “Guardaré un respeto sumo por la vida humana”. Dos años más tarde, se establece que “puesto que el Consejo de la Asociación Médica Mundial cree que la práctica de la Eutanasia es contraria al interés público, a los principios de la ética y a los derechos naturales, y siendo tal principio contrario al espíritu de la Declaración de Ginebra, determinamos que el Consejo de la Asociación Médica Mundial, reunido en Copenhague, del 24 al 28 de Abril de 1950, recomienda a las Asociaciones Médicas Nacionales, la condena de la práctica de la Eutanasia en cualquiera circunstancias”.

El Código de Ética del Colegio Médico de Chile establece en los artículos 27 y 28, una posición contraria a la Eutanasia, destacando principalmente que “el médico no podrá deliberadamente poner fin a la vida de un paciente bajo consideración alguna”....y “que toda persona tiene derecho a morir dignamente”³⁷....

1.5.5. LA DIMENSIÓN ETICA DE LA VOCACIÓN MÉDICA

³⁶ Mifsud Tony S.J, “El Respeto por la Vida Humana”, Tomo II, Imp. Talleres Gráficos Pía Soc. De San Pablo Pág 338,339.

³⁷ Mifsud Tony S.J, Ob. Cit. Pág. 356

La dedicación a la medicina, conlleva un grado de contacto y auto entrega directamente con personas, no basta ser un buen profesional, sino es precisa la calidad humana de la persona que encarna la profesión. En el cuidado de los enfermos, lo importante es la confianza que el médico inspira en el paciente y también esa confianza debe existir en la palabra del médico.

La vocación del médico exige bastante sacrificio, porque su tiempo comienza a pertenecer a los demás.³⁸

También la profesión médica a diferencia de otras profesiones, siempre ha tenido su propia mística; ésta se expresaba en que la idea de lucro podía estar presente en otras profesiones, sin embargo dicha idea no podía formar parte de las motivaciones del médico en el ejercicio de su profesión. Ser médico exige ante todo una verdadera vocación, una actitud de entrega y desprendimiento; hasta un sacrificio de intereses personales en aras de una dedicación al enfermo.³⁹

En la dimensión ética de la medicina, es posible distinguir, entre ethos, código ético, moral médica y moral del médico⁴⁰.

A) El Ethos: Se entiende como una vocación de un servicio irrevocable a la comunidad. Comprende tradición, experiencia colectiva, una participación comprometida con las costumbres. El Ethos involucra actitudes distintivas, que caracterizan a la cultura y ésta cultura o profesión sostiene una postura que demuestra una dedicación a ciertos valores y a su jerarquía.

B) El Código Ético: Fortalece y garantiza el Ethos, nace para asegurar al médico, al paciente y al público, un paradigma profesional de relaciones humanas.

C) Moral Médica: Es un esfuerzo sistemático que ilumina el Ethos y construye las

³⁸ Mifsud Tony S.J, Ob.Cit. Pág 163

³⁹ J.Gafo, "Nuevas perspectivas en la Moral Médica", Madrid:IEE,1978Pág.23

⁴⁰ B.Haring, "Moral y Medicina", Madrid: P.S, 1977, Pág. 23 y 24

normas de la profesión médica, tratando de lograr un fortalecimiento del criterio moral y de las decisiones del médico.

D) La Moralidad del Médico: Es el vivir en plenitud de su Ethos y la capacidad de actuar acorde a una conciencia bien formada, tomado decisiones concreta con una actitud justa. El Ethos del médico se inspira en el juramento de Hipócrates, escrito en el siglo VI a.C. y siglo I d.C y hasta el día de hoy se lee este juramento con algunas variantes en la ceremonia de graduación de los alumnos de medicina en Universidades.⁴¹

El Código Ético del Colegio Médico de Chile aprobado por su Consejo General el 22 de Noviembre de 1983, es relevante que en dicho Código se condenan los trasplantes con fines de lucro (artículo16), la participación de un médico en la práctica de la tortura (artículo 25) y la eutanasia directa (artículo 27).

El Código de Ética del Colegio Médico de Chile, es un conjunto de preceptos de carácter moral que regula la conducta de los colegiados. Señala un respeto a la vida y a la persona humana, que serán los fundamentos básicos en el ejercicio de profesional médico.

Los principios éticos que dirigen la conducta de los médicos, los obligan a defender al ser humano ante el dolor, al sufrimiento y a la muerte sin discriminación alguna.

Los atributos que el gremio médico considera básicos en el ejercicio profesional de sus asociados, como normas de carácter imperativo son: el decoro, la honestidad, la integridad moral y la dignidad⁴².

⁴¹ Mifsud Tony, S.J. Ob. Cit. Pág 165

⁴² Código de ética del Colegio Médico de Chile, aprobado por el Consejo General en Sesión N° 64, Mediante Acuerdo N° 231, del Martes 22de Noviembre de 1983. “ Declaración de Principios”

1.5.6. PRINCIPIOS DE BIOÉTICA EN EL DERECHO PENAL MODERNO

Teniendo presente que es inmensamente difícil establecer acuerdos en seres humanos, en relación a cuestiones morales, se hizo necesario la formación de una comisión creada por el Congreso de los Estados Unidos, para que hubiere un asesoramiento, con el objeto de proteger derechos y bienestar de personas relacionadas con ensayos clínicos, experimentos biológicos y médicos; llegando a elaborar esta Comisión Principios generales aceptados unánimemente y dado a conocer en el Informe Belmont (publicado en el año 1978). Estos Principios son los siguientes: Autonomía, Beneficencia y Justicia⁴³; toda la Bioética de Estados Unidos ha tenido como fundamento estos Principios y además es la base conceptual del libro “Ética Médica”, Las Responsabilidades Morales de los Médicos, de los autores Tom L. Beauchamp y Laurence B. McCullough; texto importante para tomar decisiones concretas y aceptables por la mayoría, en instituciones complejas como hospitales y demás establecimientos sanitarios.

El tomar decisiones morales en el ámbito médico que radica finalmente en la ética médica, es enormemente complejo y requiere un entrenamiento peculiar⁴⁴

Lo anterior, precisamente confirma el Título de esta Memoria como la “Negligencia Médica un tema Complejo”.

Quedará establecido que en la responsabilidad médica existen criterios de responsabilidad moral y conflictos entre los principios morales; teniendo presente la perspectiva de la medicina y la perspectiva del paciente.

⁴³ Beauchamp Tom y McCullough Laurence, “Ética Médica”, Editorial Labor1987, España; Prólogo Gracia Diego Pág XI

⁴⁴ Ibidem , Pág IX

Los problemas morales que tienen que enfrentar los médicos son variados y complejos y exige por lo tanto tomar una decisión cuando se manifiestan.⁴⁵ Esta apreciación potencia la pretensión de esta Memoria, que es dar a conocer la complejidad del tema Negligencia Médica.

En la historia de la ética médica se ha comprobado, que ha sido penetrada por distintos factores y ha tomado en cuenta diversas fuentes; así como el juramento hipocrático fue influido por una secta religiosa, el pitagorismo; posteriormente en la Europa del Medioevo, la ética médica fue penetrada por el cristianismo; más tarde en el Renacimiento la ética médica fue inspirada por la Filosofía y el Derecho. De todo lo anterior surgieron escritos, documentos tales como el Juramento Hipocrático, los diversos Códigos éticos o Principios éticos, también Tratados y Libros dedicados a la ética médica.⁴⁶

En el análisis de la ética médica, se utiliza el lenguaje de modelos más que de principios, con el objeto de transmitir la idea que se está frente a un patrón complejo. Estos modelos son el de Autonomía, No Maleficencia, Beneficencia y de Justicia.⁴⁷

1.5.6.1. PRINCIPIO O (MODELO) DE AUTONOMÍA

Es un concepto compuesto de varias ideas, que se lleva a cabo sobre una base de objetivos concretos; de tal forma que un sujeto que actúe libremente acorde con un plan elegido será una persona autónoma. Existen condiciones esenciales sobre la autonomía, que son la libertad (obrar independientemente) y ser agente (tener capacidad para actuar con intención). La Autonomía es tener capacidad para modificar la estructura de las preferencias.

⁴⁵ *Ibidem*, Prefacio, Pág XIII

⁴⁶ Beauchamp Tom y McCullough L, "Ética Médica", Editorial Labor, 1987, España, Pág 7

⁴⁷ Beauchamp Tom y Childress James, "Principios de Ética Biomédica", Editorial Masson, Barcelona, Págs.311, 113, 179 y 245.

Toda persona autónoma deberá tener una capacidad de autogobierno involucrando lo siguiente: comprensión, razonamiento, reflexión y elección independiente.⁴⁸

Un sujeto actúa autónomamente, si su acción es con intención, con conocimiento y ausente de influencias externas que traten de determinar su actuar. La primera condición no admite gradaciones, no así las otras dos que pueden admitir gradación.

Beauchamp y Childress, consideran que una acción para que sea autónoma, no es necesario que el conocimiento y la independencia sean totales.⁴⁹

Toda persona autónoma es un fin en sí misma, por lo tanto es capaz de determinar su propio destino; las acciones autónomas no deben ser limitadas por otro.

El respeto a la autonomía obliga al médico a informar, a asegurar la comprensión y la voluntariedad, para llegar a una toma de decisiones en forma adecuada.⁵⁰

El respeto a la autonomía es amplio, pero no incluye a personas no autónomas (personas con inmadurez, incapacidad, ignorancia y coercimiento).

Este Principio en la actualidad, algunos autores consideran que el respeto irrestricto a la autonomía distorsiona otros valores morales, dejando en nula la autoridad moral de la medicina y más aun desprotegiendo a muchos pacientes. Queda categóricamente expuesto que este Principio es muy complejo y debe ser interpretado para evitar errores conceptuales y críticas sin fundamento.⁵¹

El modelo esencial de la autonomía en la asistencia sanitaria, es el consentimiento expreso e informado.

⁴⁸Beauchamp Tom y Childress James, "Principios de Ética Biomédica", Editorial Masson, Barcelona, Págs. 113 y 114.

⁴⁹ Ibidem, Pág 116

⁵⁰ Ibidem, Pág 119

⁵¹ Ibidem, Pág 120

El modelo de autonomía posee 4 elementos que son:

A.- El fin moral de la medicina: que consiste en que la medicina tiene por fin promover los mejores intereses del paciente, determinados por las decisiones autónomas de cada uno de ellos.

B.- Principio Moral básico: es el único principio fundamental que sería el respeto a la autonomía, en que el médico respeta a las decisiones y acciones autónomas del paciente, relacionadas con la asistencia médica,

C.-Obligaciones Morales Derivadas: que se relacionan con el respeto a la autonomía y que son revelación de la información médica, confidencialidad y fidelidad.

D.- Virtudes Morales Derivadas: que son relacionadas con el respeto a la autonomía y que son: veracidad, ecuanimidad y fidelidad.⁵²

Este modelo de autonomía tiene límites como todos los otros modelos o principios y una de las tareas principales de la ética médica es fijar estos límites.⁵³

1.5.6.2. PRINCIPIO O (MODELO) DE NO MALEFICENCIA

Este principio obliga a no hacer daño intencionadamente; el juramento hipocrático expresa la obligación de los médicos tanto a la no maleficencia como a la beneficencia: “Haré uso del régimen de vida para ayuda del enfermo, según mi capacidad y recto entender. Del daño y de la injusticia me preservaré”.⁵⁴

Los autores Beauchamp y Childress, proponen un marco de referencia que se basan en interpretar el principio de no maleficencia, que consiste en aprobar en lugar de rechazar los juicios sobre la calidad de vida, de manera que los pacientes, tutores y profesionales

⁵² Beauchamp Tom y McCullough L, Editorial Labor 1987, España, Pág 53

⁵³ Ibidem, Pág 56

⁵⁴ Beauchamp Tom, Childress James, Ob. Citada, Pág 179

de la salud que cumplen ciertas condiciones, les permitan aceptar o rechazar determinados tratamientos después de haber evaluado ventajas e inconvenientes de estos.⁵⁵

Según William Frankena, considera que el principio de beneficencia se puede dividir en cuatro obligaciones generales, la primera de las cuales sería para los autores Beauchamp y Childress la obligación de no maleficencia y las tres restantes, serían las obligaciones de beneficencia. Por tanto:

- 1.- No se debe infligir daño o mal (sería obligación de no maleficencia)
- 2.- Se debe prevenir el daño y el mal
- 3.- Se debe evitar o rechazar el daño o el mal.
- 4.- Se debe hacer o promover el bien.

Por tanto los números 2, 3 y 4, serían obligaciones de beneficencia.⁵⁶

Se puede reconsiderar que la idea de no maleficencia es cada vez más estricta y en ciertos casos la no maleficencia prevalece sobre la beneficencia.

Beauchamp y Childress opinan que las tres formas citadas de beneficencia, previenen el mal, lo evitan y promocionan el bien y la no maleficencia implica abstenerse intencionadamente de realizar actos que causen daño.⁵⁷

Existen reglas que se basan en este principio de no maleficencia, que son:

- 1.- No matarás
- 2.- No causarás dolor o harás sufrir a otro
- 3.- No incapacitarás a otro
- 4.- No ofenderás
- 5.- No privarás a los demás de los bienes de la vida.

⁵⁵ *Ibidem*, Pág 179

⁵⁶ *Ibidem*, Pág 180

⁵⁷ *Ibidem*, Pág 181

Beauchamp y Childress rechazan una ordenación de estas reglas o su jerarquización.⁵⁸

En los casos de exposición a un riesgo, tanto el derecho como la moral establecen el criterio de cuidado debido, como una especificación del principio de no maleficencia.

El término negligencia considera varios tipos de incumplimiento de las obligaciones, e incluye la de no proteger a los demás de riesgos que pueden ocasionar daños.

Los tribunales a menudo tienen que determinar la responsabilidad de un daño, de tal manera que se hace necesario un modelo profesional de cuidado de debido, teniendo como elementos lo siguiente:

- 1.- El profesional debe haber contraído una obligación con la parte afectada
- 2.- El profesional debe incumplir ese deber.
- 3.- La parte afectada debe sufrir algún daño.
- 4.- El daño ha de deberse al incumplimiento de la obligación⁵⁹

1.5.6.3. PRINCIPIO O (MODELO) DE BENEFICENCIA

Prevención y supresión para beneficiar a otros, requiere de actos positivos y como se puede deducir del modelo anterior, estos actos pertenecen a la beneficencia más que a la maleficencia.

La beneficencia posee dos principios que son:

- 1.- La Beneficencia positiva, que requiere el aporte de beneficios.
- 2.- La utilidad, en que exige que estén en equilibrio beneficios e inconvenientes.⁶⁰

Según Beauchamp y Childress el principio de beneficencia, se refiere a la obligación moral de actuar en beneficio de otros, nótese que se impone una obligación de ayudar a otros, a promover sus legítimos intereses.

⁵⁸ Ibídem, Pág 183

⁵⁹ Ibídem, Pág 184

⁶⁰ Beauchamp y Childress, Ob. Citada, Pág 245

Existen reglas de beneficencia que son:

- 1.- Proteger y defender los derechos de otros.
- 2.- Prevenir que suceda algún daño a otro.
- 3.- Suprimir las condiciones que puedan producir perjuicio a otros
- 4.- Ayuda a las personas con discapacidades.
- 5.- Rescatar a las personas en peligro.

Estas reglas de beneficencia tienen características que son:

- A.- Presentan demandas positivas de acción
- B.- No siempre son obedecidas imparcialmente
- C.- Rara vez son razones para una sanción legal cuando hay un fracaso para su cumplimiento.

Estas características las hace diferentes o en contraste con las reglas del modelo de no maleficencia.⁶¹

Los elementos del modelo de beneficencia, proceden de la ética médica de la Grecia antigua, en que los médicos deben procurar los mejores intereses del paciente como la medicina los entiende, también aporta significados específicos de la medicina con los conceptos clave de este principio (el bien y el mal) y beneficiar al paciente con la limitante de prevenir el mal innecesario.⁶²

Los elementos de este modelo se apoyan unos sobre otros y aportan una visión integradora de las dimensiones morales de la función del médico: su fin moral comentando los mejores intereses del paciente, desde el punto de vista de la medicina;

⁶¹ Ibidem, Pág 248

⁶² Beauchamp Tom y McCullough L, Ob. Citada ,Pág 33

su principio moral, en que el médico dispone la búsqueda de los bienes de los pacientes como la medicina los entiende y evitar los males a dichos pacientes, como también los entiende la medicina; obligaciones morales del médico que derivan del principio de beneficencia como son: una comunicación sincera, fidelidad y confidencialidad; virtudes morales, que también derivan de este principio y que son sinceridad, confianza y fidelidad.⁶³

1.5.6.4. PRINCIPIO O (MODELO) DE JUSTICIA

Los debates de justicia social en Estados Unidos producto de las desigualdades de acceso a seguros sanitarios y asistencia sanitaria, se han hecho presente al igual que en otros países; para esto se intenta resolver el conciliar la libertad de elección de un plan de salud y el acceso igualitario a la asistencia sanitaria; teniendo presente la existencia de una economía libre de mercado, la eficiencia social y el estado benefactor.⁶⁴

Los principios de justicia cuando se intenta darlos a conocer, parecen ser tan ambiguos, como el método de la lotería expresado en un relato del escritor Jorge Luis Borges denominado “la Lotería de Babilonia”, en el cual describe una sociedad en que los beneficios y cargas sociales se distribuyen sólo en base de una lotería periódica; en que en este sistema de selección de azar ignora logros, méritos, contribución, necesidad y esfuerzo.⁶⁵

Una situación de justicia va a existir siempre que las personas sean acreedoras de beneficios o cargas por causa de sus cualidades o circunstancias particulares, tales como causar daño o recibir daños de otra persona. Quién posee una exigencia válida fundamentada en justicia, tiene un derecho, en consecuencia algo se le debe; de tal

⁶³ *Ibidem*, Pág 42-43

⁶⁴ Beauchamp y Childress, Ob. Citada Pág 311

⁶⁵ *Ibidem*, Pág 311

manera que una injusticia conlleva un acto erróneo u omisión que niega a la persona beneficios, a los cuales tiene derecho o falla en la distribución justa de carga.

La expresión de justicia distributiva, se refiere a la distribución igual, equitativa y apropiada en una sociedad; su ámbito incluye políticas que asignan beneficios y cargas como: recursos, impuestos y oportunidades. Los problemas de la justicia distributiva surgen con la condiciones de escasez y competencia.⁶⁶

Los principios que especifican las características importantes para un tratamiento igual, son materiales porque dan a conocer propiedades sustantivas para la distribución.

Algunos principios materiales de justicia distributiva son:

A.- A cada persona una parte igual

B.- A cada persona de acuerdo con la necesidad

C.- A cada persona de acuerdo con el esfuerzo

D.- A cada persona de acuerdo con la contribución

E.- A cada persona de acuerdo con el mérito

F.- A cada persona de acuerdo con los intercambios de libre mercado.

La mayor parte de las sociedades consideran estos principios materiales para diseñar las políticas públicas.⁶⁷

Estos principios materiales identifican propiedades que son importantes, que hacen que la persona que las posee, califique para optar a una distribución particular ejemplo: el hecho de ser residente o ciudadano de un país, es una propiedad relevante para el acceso a algún cuidado médico.

⁶⁶ Ibidem, Pág 312

⁶⁷ Ibidem, Pág 315

Los tribunales ordinariamente aprueban disposiciones nuevas que revisan nociones muy enraizadas sobre propiedades relevantes.⁶⁸

Las teorías de la justicia distributiva, se desarrollan para especificar y dar a conocer con coherencia diversos principios, reglas y juicios; intentando conectar las características de las personas con la distribución de beneficios y cargas moralmente justificables, las más aceptadas teorías de la justicia son: la teoría utilitarista, que tiene el propósito de asegurar al máximo la utilidad pública; la teoría libertaria, que destaca los derechos de la libertad social y económica; la teoría comunitarista, que destaca los principios de justicia desarrollados en las tradiciones de una comunidad y la teoría igualitarista, que defiende el acceso igual a los bienes que toda persona racional valora.

La aceptación de cualquiera de estas teorías, se determinan por la fuerza moral de sus argumentos a favor de la prioridad de un principio seleccionado sobre otro.⁶⁹

La ponderación sería muy importante en la teoría de Beauchamp Childress, porque el sistema normativo propuesto por ellos no sería de normas absolutas, sino de principios todos aplicables y que en el caso concreto se podría determinar que cualquier principio lo sería o no.⁷⁰

Los autores Beauchamp y Childress defienden el principio de beneficencia, generando obligaciones concretas diferenciándose de un ideal de beneficencia, esto último no podría calificarse de obligación por exceder la exigibilidad de estándares morales, ya que requerirían actos de extrema generosidad que no son propios de las obligaciones.⁷¹

⁶⁸ *Ibidem*, Pág 316 y 317

⁶⁹ *Ibidem*, Pág 319

⁷⁰ García Cubillo, Alejandro, "Autonomía, Consentimiento y Eutanasia", *Tuch Derecho*, G216, 2013, Pág 13

⁷¹ *Ibidem*, Pág 99

Beauchamp y Childress, para resolver problemas propios de la ética médica y evitar discordias en el proceso de ofrecer respuestas a variadas controversias, usarían los procedimientos de especificación y ponderación;⁷² este último ya descrito.

La especificación cumple la función de llevar los principios abstractos a normas de conductas, lo que contribuiría a delimitar hipótesis que se pueden subsumir en dichas normas y desde luego en los principios.⁷³

⁷² *Ibidem*, Pág 12

⁷³ *Ibidem*, Pág 12

II CAPITULO

NEGLIGENCIA MÉDICA

2.1 CONCEPTO

Nuestro Código Penal usa el concepto de Negligencia Culpable, en el artículo 491 de este cuerpo legal; la palabra culpable nada agrega a la expresión negligencia, ya que en el sistema jurídico penal la negligencia es un tipo de culpa, vale decir toda negligencia es culpable⁷⁴.

Es necesario recalcar que el artículo 491 es aplicable al médico y profesionales de la salud humana.

Los delitos culposos conforman el terreno propio de la responsabilidad del facultativo por sus acciones de carácter curativo, estas conductas son conocidas en forma genéricas como negligencia profesional⁷⁵.

Surge con nitidez el concepto de culpa penal, bastante difícil de caracterizar con frases abstractas. El Código Penal no ha definido este concepto de culpa penal, solamente la denomina “negligencia culpable”⁷⁶

Se ha dicho que la culpa cuasi delictual penal que incurre un médico, siempre es personal, está ausente el dolo o intención, simplemente existe una negligencia, un descuido, un no hacer algo que es inseparable de la actividad que está desempeñando, se pueden dar ejemplos como: operación equivocada de una zona del cuerpo, que no era la parte dañada , en una cirugía plástica se realiza una técnica inidónea, dejando como secuelas heridas y deformaciones, el suministrar anestesia a un paciente sin conocimientos y sin experiencia, sobreviene un paro cardiorrespiratorio y no se evita su

⁷⁴ Etcheverry Alfredo, “Revista Chilena de Derecho”, Vól.13 N°2, 1986, Fac. de Derecho Universidad Católica de Chile, Pág.278

⁷⁵ Künsemüller Carlos, “Revista Chilena de Derecho”, Vól.13 N°2, 1986, Fac. de Derecho Universidad Católica de Chile, Pág.264

⁷⁶ Código Penal artículo 491

muerte. Todos estos son ejemplos de negligencias o descuido médico.⁷⁷

Negligencia según el médico Alberto Teke, consiste en el “incumplimiento de un deber, falta de precaución, omisión de la atención y de la diligencia de vida”⁷⁸.

También la llamada negligencia médica, la define Bullemore; Mackinnon de la siguiente manera “es una clase específica de delito culposo, que supone una infracción a deberes de cuidados propios de la Lex Artis”⁷⁹.

Garrido Montt, señala que lo importante de la conducta culposa es la ausencia de un cuidado jurídicamente esperado en una conducta, consistiendo en una infracción a la norma de cuidado y que en el Código Penal está denominada como imprudencia (arts.490 y 492) o negligencia (arts.491 y 492). El mismo autor, expresa que el cuidado exigido es aquel que el ordenamiento social necesita para efectuar acciones provocadoras de peligro; es de naturaleza objetiva que el cuidado en general, debe tenerse al efectuar conductas que importen riesgos para terceros o para los bienes jurídicos.⁸⁰

Vargas Tatiana señala que culpa o imprudencia, son delitos que se diferencian de los cometidos con dolo, en que los sujetos no buscan el hecho descrito en el tipo, pero se producen porque no emplean el cuidado debido; la conducta para conseguir el cuidado típico no se realiza, más aun no se acepta como consecuencia posible si fuere conocido⁸¹.

⁷⁷ Paillas Enrique, “Responsabilidad Médica”, Edit. Conosur 1997, Pág.115

⁷⁸ Teke Alberto, “Medicina Legal”, Santiago de Chile Mediterráneo,1993,Pág.51

⁷⁹ Bullemore; Mackinnon, “Los Delitos Culposos” en Revista Procesal Penal, Diciembre 2005 Cit (Nº8), Pág 14 y ss.

⁸⁰ Garrido Montt Mario, “Derecho Penal Parte General”, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Pág. 165.

⁸¹ Vargas Pinto, Tatiana, “Manual de Derecho Penal Práctico”, Edit. Abeledo Perrot Legal Publishing, Pág 77.

2.2 FORMAS DE CULPA, ANALISIS

Antes de clasificar la culpa médica, es necesario destacar que nuestra ley penal en los artículos 490 y 492 del Código Penal, se refieren a conductas que serán solamente penadas si el autor ha actuado con imprudencia temeraria o con mera imprudencia o negligencia; y además infringiendo un determinado reglamento. La distinción entre lo que se debe entender por imprudencia temeraria y mera imprudencia o negligencia, es solamente cuantitativa; por lo cual la imprudencia temeraria es un descuido de gran magnitud, que se basta a sí misma para configurar el delito culposo y la mera imprudencia o negligencia constituye un descuido de menor magnitud que estará afectada a pena si además el autor ha infringido una norma reglamentaria o legal.

Al respecto, la ley hace una excepción en forma expresa al tratarse de profesionales relacionados con la salud. Así, el artículo 491 inciso 1º del Código Penal señala que basta la negligencia culpable en el ejercicio de la profesión, para que pueda establecer una sanción al “medico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas”. En resumen significa que a quienes se les hace una mayor exigencia de cuidado que al común de los ciudadanos, porque basta la simple negligencia para hacerlos penalmente responsables por el daño que puedan causar a quienes era su obligación curar. De esto se desprende que la existencia de esta norma (artículo 491 inciso 1º del Código Penal) implica que necesariamente se debe delimitar con bastante prudencia los casos en los que puede sostenerse que el médico actuó con auténtica negligencia; lo anterior suele ser extremadamente difícil de hacerlo con propiedad.

De lo anteriormente expuesto, se puede colegir que el concepto de culpa es uno de los más debatidos y difíciles que maneja la ciencia del Derecho Penal; siendo una noción complejísima y que además no se ha estudiado mucho y desde hace tanto tiempo como

otras de las que el penalista maneja⁸².

Con el objeto de aclarar los conceptos, es posible definir la Imprudencia como “afrontamiento de un riesgo, con temeridad o ligereza. Falta de previsión inexcusable”⁸³.

Negligencia: Consiste en: “incumplimiento de un deber, falta de precaución, omisión de la atención y de la diligencia de vida”.⁸⁴

Impericia: “Entendida como la incapacidad técnica del ejercicio de la profesión de que se trate, y que puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido por la lex-artis.

La impericia es la falta de preparación del facultativo en una determinada especialidad, aumentando el riesgo de un resultado desfavorable. Es una falta de saber teórico o práctico de la materia del propio oficio”.⁸⁵

Inobservancia o Infracción de Reglamento: es definida como “la acción que se ejecute por el simple incumplimiento de la reglamentación establecida para la ejecución del acto”.⁸⁶

Es necesario aclarar que los conceptos establecidos en nuestra ley penal son Imprudencia Temeraria (artículo 490); Negligencia Culpable (artículo 491); Infracción de los reglamentos y Mera Imprudencia o Negligencia (artículo 492) y Descuido Culpable (artículo 494 N° 10). Todos estos conceptos son mencionados en la ley penal. Sin embargo el concepto de Impericia, es adoptado por la doctrina.

Nuestro Código Penal más que clasificar el concepto de Negligencia Médica, señala una graduación en materia de negligencia, tal como negligencia inexcusable, negligencia

⁸² Cury Urzúa, Enrique. “Contribución al Estudio de la Responsabilidad Médica por Hechos Culposos” (Cuasidelitos), Revista de Ciencias Penales, 3ª Época 1978, 1981 Tomo XXXVII, Volumen 2, Instituto de Ciencias Penales, Pág 97, 105.

⁸³ Teke S. Alberto: “Medicina Legal” (Santiago de Chile, Mediterráneo, 1993) Pág.51

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ Pizarro González, Jaqueline. “La Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina. Análisis de Jurisprudencia” Tesis Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho. Pág 36

⁸⁶ Romo Pizarro, Osvaldo. “Medicina Legal. Elementos de Ciencias Forenses”, Santiago Editorial Jurídica de Chile, 1992, Pág 704.

culpable y mera negligencia. En general existen cuatro formas de culpa: Imprudencia, Impericia, Negligencia e Inobservancia de determinados reglamentos.

Cabe recordar que el Código de Ética Médica en su artículo 24, nos señala: “Falta a la ética el médico que en la atención de un enfermo actúa con ignorancia, impericia o negligencia debidamente comprobada.

Se entiende por ignorancia o impericia cuando el médico no posee los conocimientos o la destreza requerida. Será negligente el médico que poseyendo la destreza suficiente, no la haya aplicado, teniendo a su alcance los medios para hacerlo. No son sinónimos de negligencia el diagnóstico erróneo, el fracaso al tratamiento o de cualquier acción médica. Ningún médico, por la misma naturaleza de la ciencia y del arte que profesa puede asegurar la precisión de su diagnóstico ni garantizar la curación del paciente”.

López Bolado dice sobre la responsabilidad criminal del médico al obrar por culpa y que provoque un resultado dañoso y a este resultado se llega partiendo de dos actitudes: la imprudencia y la negligencia.⁸⁷

A) Imprudencia dicho autor la define como: “Es quién actúa sin cordura, moderación, discernimiento, sensatez o buen juicio”.⁸⁸

B) Negligencia, Riú señala que sería “...una actitud negativa, carente por parte del profesional que no ha puesto el empeño necesario, el celo requerido, la diligencia exigible, la preocupación correspondiente, el control debido, la verificación pertinente, el cuidado solícito, y hasta la imaginación suficiente que la atención del paciente demande.”

C) Impericia, el mismo autor dice: es una actitud “...carencial, pues la falencia estriba por parte del médico, en una falta de suficiente actitud, una insuficiente técnica, una falta de destreza, un conocimiento deficiente....”.⁸⁹ .

⁸⁷ López Bolado, Jorge. “Los Médicos y el Código Penal”. Editorial Universidad, Buenos Aires 1981, Pág 84

⁸⁸ Obra citada Pág 86

⁸⁹ Riú, Jorge Alberto. Ob. Citada Pág 44

Está claro que la expresión culpable en el artículo 491 (referente al médico), no aporta nada a la expresión negligencia, porque como se expresó anteriormente dentro del sistema jurídico penal la negligencia es una forma de culpa y toda negligencia es culpable.

Es dable comparar los términos imprudencia temeraria, negligencia culpable, mera imprudencia o negligencia, para establecer una gradación como lo siguiente: se exigiría un grado más elevado en la creación de un riesgo (imprudencia temeraria) artículo 490 del Código Penal para poder ser castigado, en el artículo 492 se exigiría una forma más leve apenas negligencia o mera imprudencia y entre estos dos artículos estaría el artículo 491 correspondiente a los médicos, donde no se exigiría demasiado como la imprudencia temeraria, pero poco más que la negligencia o mera imprudencia.

De esta variedad de conceptos relacionados con la negligencia, impropia de un Código Penal, porque es problema complejo para el sentenciador apreciar los casos concretos, para determinar si ha existido o no negligencia y además si ésta será mera o culpable, variará bastante. El criterio del juzgador será importante, dejando a los médicos carentes de la función de garantía que el Derecho Penal debe prestar, esta garantía traza nítidamente el límite entre lo que se permite y lo que se prohíbe.⁹⁰

Existe una interesante jurisprudencia de la octava sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, donde confirma un fallo de primera instancia que condenaba a un médico psiquiatra como autor de negligencia culpable, en la atención en una clínica privada, de una joven que falleció poco después, por razones que se estimaron no bien determinada en definitiva, esta sentencia se dejó sin efecto posteriormente por la Excelentísima Corte Suprema (sentencia del 16 de Mayo 1985), que conoció de un recurso de queja y

⁹⁰Etcheverry Alfredo, "Tipos Penales Aplicables a la Actividad Médica", Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Pág 278

absolvió al facultativo, estimando que no estaba comprobado el vínculo causal, entre la presunta negligencia y el resultado de muerte y por otra parte que tampoco estaba comprobada la negligencia que se le atribuía al profesional.⁹¹

Otro caso interesante, es el que se estableció responsabilidad cuasi delictual en un estudiante de medicina, que se desempeñaba como anestesista, quién fue condenado aplicándole el artículo 490 N° 1 del Código Penal (no conforme al artículo 491), como autor del cuasi delito de lesiones gravísimas de una dama embarazada, que fue atendida en la maternidad de un hospital en Septiembre de 1998, a la que se le inyectó anestesia epidural, que le provocó un paro cardíaco respiratorio, que ocasionó una anoxia neuronal (falta de oxígeno en neuronas), sufriendo en definitiva lesiones irreversibles; el parto tuvo buen desenlace en todo caso. Esta sentencia, de fecha 23 de Agosto de 1983(Corte de Apelaciones de Santiago), a pesar de haber sido objeto de un recurso de queja, quedó afirme. En ella no se aplicó el artículo 491 del Código Penal, atendido que no se trataba de un médico, sino de un joven estudiante de medicina que junto con una matrona atendían a la paciente.⁹²

Estas dos sentencias demuestran la importancia del concepto negligencia, en cuanto a su gradación en los artículos 490, 491 y 492, quedando claro que el artículo 491 es sólo aplicable al profesional con título de médico.

Además los conceptos de imprudencia o negligencia, son importantes en la hora de analizar comportamientos susceptibles de ser atribuidos a aquellos.

Más aún el determinar la existencia de la negligencia o imprudencia en un actuar profesional es complejo; pero probar que precisamente la negligencia o imprudencia provocó la muerte, es prácticamente imposible. Cabe recordar que en medicina se actúa

⁹¹ Garrido Montt, Mario "Responsabilidad del Médico y la Jurisdicción", Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Pág 285

⁹² Ibidem

a base de hipótesis de reacciones que se esperan que se produzcan, pero no aseguradas.

Sin embargo existe una sentencia de condena por negligencia médica (cuasidelito de lesiones graves), a un odontólogo con el nuevo procedimiento procesal penal, por el octavo Juzgado de Garantía de Santiago, causa RUC: 0700827401-5, RIT: 5479-2008 y en su considerando **DECIMO PRIMERO** dice lo siguiente:... “El Código Penal utiliza diferentes términos para referirse a la culpa, como son imprudencia, negligencia o descuido. Así la imprudencia se refiere a la falta de prudencia, características bases de una persona; negligencia se refiere a la falta de cuidado en una función o actividad de una persona; y descuido, se refiere a la falta de cuidado con elementos o situaciones como garante de bienes jurídicos. En el caso del delito culposo de negligencia médica, contemplado en el artículo 491 del Código Penal, se refiere a la negligencia culpable, esto es, no haber aplicado el cuidado mínimo requerido para el buen desempeño de la función o actividad del imputado.”....

El aumento de demandas por negligencia médica ha traído últimamente una judicialización de la medicina, esto es reconocido por una facultativa perteneciente al Colegio Médico de Chile A.G, quién señala lo siguiente: “la judicialización de la medicina es un problema mundial, y a mayor desarrollo del país, mayor es su envergadura.

Esperamos contribuir como fundación (Falmed, Fundación de asesoría legal de médicos, dependiente del Colegio Médico de Chile A.G) con la capacitación y la mejor defensa y como Colegio Médico para que la medicina pueda ser realizada con más seguridad, con la implementación adecuada, mejores condiciones laborales y más tiempo para nuestros pacientes, para poder establecer una mejor relación médico-paciente/ pariente; así como reforzar la imagen médica ante la sociedad y ayudar a mejorar las confianzas. Todo estos factores podrían contribuir a que las judicializaciones no sigan aumentando”, reflexiona

la facultativa⁹³.

Además otro facultativo, presidente de la Asociación Paraguaya de Derecho Médico, destaca lo siguiente:.... “en occidente, con la medicalización de la vida y la tecnologización de la medicina, hemos ingresado a un terreno muy complejo y difícil. La sustitución del diálogo y la comunicación fluida con el paciente ha sido alimentada por la creencia de que la aparatología médica constituye el capital simbólico casi único en la medicina. La tecnología tiene que ser incorporada sin desplazar la formación integral del médico. Nuestra profesión implica como objeto de estudio al ser humano y por lo tanto debemos contemplar no sólo la atención de su enfermedad sino también promover su salud física y mental. La prevención no es un elemento secundario sino fundamental para el desarrollo de la capacidad y potencialidad de cada persona. El olvido de estos conceptos nos puede llevar a situaciones de mayor riesgo, lo que sumado a otros factores podría incrementar las denuncias por negligencias médicas. El primero y fundamental de los factores que incidirían en el aumento de la judicialización en la medicina es la falta de comunicación adecuada con el paciente. Esto se resuelve, manejando los conceptos éticos que desde hace más de 3.000 años se documentan en el acto médico. Lo segundo es nuestra soberbia para reconocer los errores excusables, que en algunos casos, por repetición, se convierten en inexcusables. Pero en esto la sociedad también tiene su responsabilidad cuando pretende que los médicos no tengan errores cayendo en la falacia de que la muerte de un paciente siempre es por negligencia médica. La nueva cultura de la eterna juventud y la obsesión por un cuerpo físicamente perfecto nos lleva a la era del vacío y la superficialidad que ofrece esta sociedad dedicada enfermizamente al consumo: consume salud, demandas y solamente derechos.

⁹³ Pacheco, Magali (médico), “Los Desafíos Frente a la Judicialización de la Medicina”, Impresión Quebecor World Chile S.A. Revista Falmed, Enero 2012 Pág 14.

Todo se está convirtiendo en mercancía. Los juicios buscan sobretodo el resarcimiento económico. La sociedad debe entender que esto aumenta sideralmente los gastos en salud” concluye el facultativo.⁹⁴

Con el nuevo Sistema Procesal Penal, el fiscal que es el encargado de dirigir la investigación, cuando se enfrenta ante una denuncia o querrela por negligencia médica advierte bastante complejidad para abordar su tarea, tal es así que el fiscal Raúl Ochoa dice lo siguiente: “lo que se trata de determinar en ella es el actuar del médico en un caso concreto si se ajustó o no a la lex artis médica, lo que es un juicio técnico lo que supone conocimientos en dicha ciencia, y los organismos que pueden cooperar con los fiscales en esa materia de la investigación a veces carecen de los medios necesarios para dar respuesta a nuestras solicitudes con la celeridad que se desearía, en ocasiones, luego de efectuada una investigación, las denuncias terminan siendo descartadas pues tienen su origen en problemas de comunicación entre el médico y el paciente, o en problemas de trato, y no en una vulneración a la lex artis médica.”⁹⁵

Se desprende que la culpa penal (delito culposo del médico), es difícil caracterizarla con frases abstractas, teniendo en cuenta además que el Código no la ha definido y se limitó a denominarla negligencia culpable; se ve que la culpa casi delictual penal en que incurre un facultativo siempre es personal y conlleva una ausencia de dolo o intención; sólo hay una negligencia o descuido, un no hacer que va implícito a la actividad que está desempeñando.

Es necesario precaver el resultado aciago, el facultativo siempre debe estar atento a lo que pueda suceder y nunca confiar en el destino que venga a auxiliar al hombre.⁹⁶

Vale la pena precisar que respecto a la noción de culpa, es preferible hablar de

⁹⁴ Iramain, Ignacio. *Ibidem*

⁹⁵ Ochoa, Raúl, “Las Complejidades a las que se Enfrentan los Fiscales”, *Revista Falmed* Enero 2012. Pág 24

⁹⁶ Paillas, Enrique, *Ob. Citada* Pág 115 y 116

imprudencia o delitos imprudentes, porque señala en forma más nítida el sentido del elemento subjetivo de la conducta, evitando la confusión con el elemento del delito denominado culpabilidad.

En suma en los delitos imprudentes, los sujetos no guardan el cuidado que debían, para evitar un resultado no buscado pero previsible; debe existir una obligación de prever para hacer responsable de la producción de un efecto no buscado. Ejemplo sería, el médico que realiza determinada operación, debe obtener los instrumentos quirúrgicos que va a utilizar, también debe procurar que el pabellón donde realice el acto quirúrgico sea apto, por su función debe conocer que el empleo de medios y lugares insalubres vulnerarán la salud o vida del paciente intervenido. Esto debe tenerse en cuenta en el momento de juzgar al facultativo que atiende en servicios de urgencia, es decir si tuvo los medios idóneos para su intervención.⁹⁷

Como se observa en el Título X del Código Penal, se distingue con respecto a la imprudencia modalidades (imprudencia temeraria, negligencia culpable y mera imprudencia o negligencia), que no suponen conductas diferentes, acciones u omisiones, sino que son distintos grados de faltar al cuidado debido; la gravedad de la imprudencia es distinta, aunque todas ellas son sancionadas iguales, ya que la conducta punible se considera de igual gravedad respecto de los sujetos y circunstancias que van aparejadas a cada nivel de imprudencia. Como son todas infracciones hipotéticas al deber de cuidado, es importante señalar las clases de infracción que conforman la imprudencia de distintas formas: la consciente y la inconsciente; en la Culpa consciente o con representación: el sujeto no busca cumplir el hecho típico, pero se representa su posibilidad; confía que no se va a producir el hecho típico, pero sí se lo representa como una posible consecuencia de su actuar, existiendo un descuido en la dirección de la

⁹⁷ Vargas Pinto, Tatiana, Ob. Citada Pág 101

acción.

La otra forma de Culpa es la Inconsciente o sin representación: en que el sujeto no sólo no percibe el hecho típico, sino que ni siquiera se lo representa como una consecuencia posible; no advirtiendo la peligrosidad de la conducta, a pesar de ser previsible, no dando a su conducta la dirección de vida.⁹⁸

Es interesante un fallo de la Corte de la Apelaciones de Talca, respecto a lo medular de la conducta culposa: diciendo lo siguiente. “la esencia de la conducta culposa es la falta de cuidado jurídicamente esperado en el comportamiento, la infracción de la norma de cuidado, que en el Código Penal se denomina como imprudencia o negligencia; y el cuidado exigido es el que el ordenamiento social requiere para la realización de acciones provocadoras de peligro.....”⁹⁹

Con el objeto de tener claro y comprender el hecho culposo, es importante señalar lo que dice un fallo de la Excm. Corte Suprema: “a este respecto – dejando establecido a lo que nos remitiremos a hechos culposos - conviene, desde ya decir que actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado, el que o bien no prevé o bien, previéndolo confía imprudentemente en poder evitarlo. De manera que para que nazca la responsabilidad culposa se requiere: a) que exista un comportamiento voluntario; b) que ese acto humano, acción u omisión, origine un resultado antijurídico; c) que ese resultado sea previsible; d) que exista la obligación de preverlo y e) que haya relación causal entre la acción u omisión y el resultado típico.

De los requisitos señalados, se desprende que la Teoría de la Culpa está cimentada en dos pilares básico a saber, el deber de cuidado, que obliga al sujeto a poner en su

⁹⁸ Vargas Pinto, Tatiana, Ob. Citada Pág 83 y84

⁹⁹ Corte de Apelaciones de Talca, 28 de Julio 2006, Ruc N° 0400271589-4.

actividad una atención suma a objeto de no dañar los bienes protegidos por el legislador y la previsibilidad del resultado, establecido a partir de parámetros ordinarios o comunes, puesto que nadie puede responder por resultados imprevisibles¹⁰⁰ De lo anterior se desprende que para determinar el cuidado debido, en especial el médico en situación de urgencia, exige examinar junto con la conducta descrita por la ley los parámetros, medidas y circunstancias fácticas que guiarán al juez para imputar la infracción al nivel de cuidado y de esta manera dilucidar si la imprudencia es punible.

Es interesante referirse al delito culposo en la legislación comparada, tal es así que en Argentina en los artículos 84 y 94 del Código Penal de ese país, contemplan las conductas típicas y sus penas por imprudencia, negligencia e impericias (es señalada en ambos artículos).

La incriminación se fundamenta en la negligencia e imprudencia, por la imprevisión por parte de la gente, de un resultado previsible. Es así que la responsabilidad llega hasta donde alcanza la previsibilidad. En cuanto a la impericia Jiménez de Asúa la define como actos que se ejercen con ignorancia a reglas respectivas. Es la insuficiencia de actitudes para el ejercicio de una profesión o arte, existiendo desconocimiento de los procedimientos más elementales, como el caso del médico que emite un diagnóstico equivocado o comete groseras fallas de técnicas operatorias.

De esta manera se funda la incriminación como en los casos anteriores (negligencia e imprudencia), en la previsibilidad del resultado.¹⁰¹

En España, el Código Penal también utiliza el término impericia junto a imprudencia y negligencia.

Para comprender el alcance de la responsabilidad culposa y lo que repercutirá en el

¹⁰⁰ Excma. Corte Suprema, 15 de Septiembre 2008, Rol N° 7070-2007

¹⁰¹ López Bolado Ob Cit. Pág 85,86 y 87

médico, no parece ser suficiente con la lectura literal de lo señalado por el Código Penal español; por esto el que interpreta la ley le corresponderá concretar y desarrollar los elementos en que dicha responsabilidad ha de manifestarse para que tenga relevancia jurídica penal.¹⁰²

Concluyendo el tema culposo (cuasidelito de negligencia médica), nuestra ley penal no emplea el término culpa para referirse a la falta de diligencia; tal es así que generalmente el término más usado es imprudencia, tomando como referencia el Código español. Definiendo imprudencia como afrontar un riesgo en el desarrollo de una actividad excesiva; es un riesgo creado o aumentado por la actitud del sujeto y no a la propia actividad misma. En general en la imprudencia nos estamos refiriendo, a que el sujeto desarrolla una actividad excesiva pudiendo haber evitado el resultado, desplegando una menor actividad.

Negligencia pudo haberse evitado el resultado, desplegando más actividad de la empleada, la inactividad no creó el riesgo, pero la actividad podría haberlo evitado. Esta forma de culpa es llamada negligencia, descuido, negligencia culpable, negligencia inexcusable.

La otra forma de culpa es la ignorancia o impericia, se presenta en el ejercicio de actividades que requieren ciertas destrezas o conocimientos específicos; es el caso del médico que lleva a cabo una operación compleja, pero el paciente muere, pese a la diligencia que el médico puso. En este caso el reproche no se refiere a la ignorancia del médico, sino al haber emprendido éste la operación compleja, sabiendo que no tenía la habilidad suficiente, lo cual lleva a una imprudencia.¹⁰³

También Bullemore, Mackinnon, definen la imprudencia como afrontar un riesgo no

¹⁰² Romeo Casabona, Carlos María, "El Médico ante el Derecho", Edita Centro de Publicaciones, Documentación y Biblioteca, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986 Madrid, Pág 63

¹⁰³ Etcheverry, Alfredo, "Derecho Penal, Parte General" Tomo 1, 1999, Edit. Jurídica de Chile Pág 318 y 319

controlable, donde el sujeto infringe el deber de cuidado; la imprudencia temeraria que señala el artículo 490 del Código Penal, es el mayor grado de intensidad de culpa, correspondiendo a la no observancia de los deberes de cuidado más elementales.

La negligencia es afrontar un riesgo controlable, en que el resultado típico logrado por el sujeto, fue por su falta de diligencia.

La impericia, el sujeto asume riesgos, teniendo conciencia que no tiene la preparación suficiente, por requerir destrezas y conocimientos especiales.

Por tanto, la culpa siempre implica infracción a los deberes de cuidado.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Bullemore, Vivian, Mackinnon John, "Curso de Derecho Penal", Tomo 2, Edit. Legal Publishing, 2007 Pág 60

2.3.- LEX ARTIS MÉDICA: CONCEPTO Y ANÁLISIS

2.3.1.- CONCEPTO

La Lex artis es el conjunto de principios y reglas que se manejan en el ejercicio de una actividad o profesión. Determina la atención y dirección que son exigidas de acuerdo a las leyes del arte de la profesión.¹⁰⁵

La jurisprudencia a través de sus fallos, se ha referido a la lex artis de la siguiente forma: “Los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para diagnosticar el mal y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curarlos. En otra forma 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”¹⁰⁶.

Existe otra sentencia que también interesa para comprender el concepto de lex artis médica, que es la siguiente:

.... “El profesional debe haber actuado culpablemente, es decir de no haber sabido manejar los procesos médicos. Es por eso que debemos llegar a establecer si efectivamente el médico pudo efectuar las acciones con mayor cuidado y si su actuar ha sido negligente y culpable”¹⁰⁷.

La jurisprudencia española también se ha preocupado por este concepto y por delimitar los contornos ontológicos de la llamada lex artis y a través de una sentencia el Tribunal Supremo del 11 de Marzo de 1992, ha afirmado lo siguiente:

“Que se entiende por lex artis ad hoc, aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina – ciencia o arte médica-

¹⁰⁵ Vargas Pinto, Tatiana, Ob. Citada Pág 86

¹⁰⁶ Excma. Corte Suprema, 19 de Enero 2005, Rol: N° 9-2003

¹⁰⁷ Excma. Corte Suprema, 23 de Abril 2007, Rol: N° 6585-2005

que tienen en cuenta las especiales características de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos – estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma institución sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular de la posible responsabilidad de su autor/ médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)...”.¹⁰⁸ .

Además, da un concepto de *lex artis* el abogado jefe de la Fundación Falmed, quién dice lo siguiente:... “la *lex artis* médica, entendida por aquella práctica médica generalmente aceptada en un tiempo y lugar determinado para un paciente en concreto....”.¹⁰⁹

Es relevante para dilucidar el concepto de *lex artis*, lo que manifiesta un jurista argentino quién expresa lo siguiente: “si partimos del principio de que el médico busca aliviar o curar al paciente y si para el desempeño de su actividad observa las reglas aconsejadas por la técnica, actuando con idoneidad, sin incurrir en negligencia o imprudencia o error culposo, resulta indudable reconocerle el derecho de afrontar el riesgo profesional, cualquiera sea el resultado de su actuación”¹¹⁰ .

Se puede advertir un incumplimiento a la *lex artis* con la siguiente cita: “Entra dentro del normal ámbito de previsión de un médico, la posibilidad de que a un accidentado con heridas abiertas producidas en el campo al golpearse con una rama de un naranjo, que se clavó, se le presente o pueda presentársele un cuadro de tétano, por lo que es imprescindible administrarle el correspondiente tratamiento y, al no hacerlo se quebranta

¹⁰⁸ Sentencia Citada Por Fernández Hierro, José Manuel, “Sistema de Responsabilidad Médica”, Edit. COMARES, Granada 1997, Pág 201

¹⁰⁹ Bello, Juan Carlos, “Comentario de un Fallo”, Revista Falmed, Impresión Quebecor World Chile S.A., Abril 2010, Pág 17.

¹¹⁰ García Maañón, Ernesto, “El Homicidio Simple y Homicidio Agravado”, Edit. Universidad Buenos Aires, 1980, Pág 40.

la lex artis....”¹¹¹.

La lex artis es especialmente importante por ser.... “el conjunto de prácticas y precauciones que una larga experiencia de los que profesan tales artes, han mostrado como idónea para alcanzar éxito y reducir en la medida de lo posible los riesgos de fracaso”.... Esto lo debe tener presente en forma muy especial el juez, cuando sea juzgada una actividad de esta naturaleza¹¹².

Para comprender el concepto de lex artis médica, existen ciertas consideraciones sobre lex artis evacuadas por el Departamento de Ética del Consejo General, perteneciente al Colegio Médico de Chile del día 12 de Noviembre del año 2008 que dice lo siguiente:... “La lex artis médica o estado del arte médico no es sino el conjunto de normas o criterios valorativos que el médico en posesión de conocimiento, habilidades y destrezas debe aplicarlos diligentemente en la situación concreta de un enfermo y que han sido universalmente aceptada por sus pares....

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 éstas 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 correcta”.

Otras sentencias extranjeras ayudan a comprender el concepto de lex artis y desde luego la opinión de facultativos extranjeros también contribuyen a esto, tal es así como Carrasco Gómez manifiesta que: A las faltas médicas las considera como aquellos actos voluntarios o involuntarios, así también como las omisiones que se apartan de la lex artis

¹¹¹ Romeo Casabona, Carlos, (“Cita de Sentencia de 8 De Junio 1981”) en Ob. Citada Pág. 80 y 81.

¹¹² Etcheverry, Alfredo, “Derecho Penal Parte General”, Tomo 1, Edit. Jurídica 1999, Pág. 316.

y de las cuales se deriva un daño o perjuicio a una persona.¹¹³

Este mismo médico señala una sentencia del Tribunal Supremo español (TS), en el cual expresa lo siguiente: en sentencia 4-7-83.... “Además de los requisitos comunes a todas las infracciones culposas, por dos notas fundamentales: primero, que el infractor no se conduzca como lo hubiera hecho cualquier persona cauta, previsora y diligente, extremando su celo y diligencia y apurando de modo absoluto las precauciones y cautelas propias del caso y segundo, de carácter negativo, que radica en la vulneración de preceptos reglamentarios dictados por la autoridad competente para, en la actividad que se trate, evitar riesgos y conjurar todo peligro nacido de un acaecimiento que pueda redundar en detrimento de la vida, integridad corporal o patrimonio de las personas.”¹¹⁴

Agrega el facultativo Carraco, que la *lex artis* de la medicina la forman.... “el conjunto de normas que constituyen el buen hacer y ortodoxia profesional”.¹¹⁵

Dos juristas extranjeros, señalan sobre la *lex artis* en comentario lo siguiente: la *lex artis* ... “la conforman las reglas de la técnica de actuación profesional y ha sido empleada para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional, es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse. En definitiva se corresponde con la actuación de un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano, que son sinónimos según la doctrina del T.S, de que una actuación de un profesional ha sido correcta, diligente y técnicamente adecuada”.¹¹⁶

Muy interesante son las normas jurisprudenciales existentes en Estados Unidos, que sirven de guía para calificar los actos médicos como adecuados (a la *lex artis*) o malas prácticas.

¹¹³ Carrasco Gómez, Juan José, “Responsabilidad Médica y Psiquiatría”, Universidad Complutense de Madrid, Médico Forense, Edit. Colex 1990. Pág. 33

¹¹⁴ Jurisprudencia Penal, 1983, Edit. Colex 1128 Madrid, Pág.67

¹¹⁵ Carrasco Gómez, Juan José, Ob. Citada Pag.33

¹¹⁶ Martínez-Calcerrada y Gómez L, “Derecho Médico”, Tomo 1º, Edit. Tecnos España ,1986, Pág.186

Estas normas jurisprudenciales están contenidas en tres Leyes de Negligencia que son las siguientes:

1.- Ley de los Estándares comunitarios: según la cual a la hora de juzgar la actuación de un profesional, se considera que se ha ejercido el cuidado debido cuando el actuar es similar a la que otros profesionales importantes hubieren tenido en circunstancias similares. En resumen el valorar si la actuación fue conforme a la costumbre profesional y adecuadamente a los conocimientos y prácticas habituales.

2.- Ley de Evaluación de costo beneficio: Hay que actuar conforme sea lo mejor para el paciente. Al evaluar la actividad objetivamente, debe ser favorable al paciente, dicho paciente no debe correr costos ni riesgos innecesarios o beneficios menores de los que se esperan. Los beneficios y riesgos muchas veces son potenciales y deseables, pero no siempre alcanzables objetivamente incluso en situaciones similares.

3.- Ley de la Práctica razonable y prudente: Por ella se considera que una persona ha actuado de manera adecuada, si su comportamiento y las medidas que siguió, corresponden a lo que hubiera hecho una persona razonable y prudente en una situación similar.¹¹⁷

¹¹⁷ Carrasco Gómez , Juan José, Ob. Citada, Pág. 38 y 39

2.3.2.-ANÁLISIS DE LA LEX ARTIS MÉDICA

Bullemore y Mackinnon, se refieren a la lex artis médica como: ... “que los facultativos obren conformen a un conjunto de normas y técnicas transmitidas consuetudinariamente y que conforman la llamada lex artis”....

Ambos autores citados, más Pablo Simón concuerdan que médicos y pacientes deben intercambiar una doble información que será parte importante de un nuevo concepto de lex artis, que tendrán que ver con los riesgos permitidos que liberarían al médico de responsabilidad penal.

También Bullemore y Mackinnon señalan que la lex artis se debe ubicar en sede de tipo penal; además debe ocuparse de las causales de justificación, ya que la causal más empleada de justificación que protege la actuación de los médicos, es la causal genérica que se encuentra en el artículo 10 N° 10 del Código Penal y que se refiere al ejercicio legítimo de una profesión.

En suma la negligencia médica para estos autores, corresponde al delito culposo como una clase específica que supone infringir deberes de cuidado que pertenecen a la lex artis. Agregan, que la lex artis no es solamente un conjunto de procedimientos técnicos que van variando, sino un conjunto de principios médicos permanentes y que uno de estos principios se habría incorporado a la lex artis y sería el respetar la decisión informada y autónoma del paciente. Se desprende de lo anterior, que será atípica la conducta acorde a la lex artis, que considere la relación médico paciente, que logre su consentimiento y los principios bioéticos que según Bullemore y Mackinnon, deben considerarse en ésta relación y que Beauchamp y Childress consideran a estos principios en las relaciones profesionales entre el médico y el paciente.¹¹⁸ Se analizarán

¹¹⁸ Bullemore y Mackinnon, “Del Consentimiento Informado: de la Lex Artis y la relación Médico Paciente”, Edit. Jurídica de Chile, Pág. 218, 220, 223 y 224

estos principios al tratar el Consentimiento Informado.

En suma la *lex artis* contiene aspectos normativos que también pueden ser una solución al problema al aborto terapéutico, si se considera que el principio que dirige la medicina moderna está en la relación médico paciente.

En el caso del aborto terapéutico no existirá delito si se considera el elemento normativo, que se refiere al tipo, actuando sin abuso por estar sujeto el actuar a la *lex artis*. Así la conducta del médico será atípica, pero con consentimiento de madre o padre.

Si se actúa con la *lex artis* habría justificación, aún sin haber consentimiento de uno de los padres, o contando con éste, se obre resguardando terapéuticamente la salud de la madre.

Habría una exculpación cuando el médico esté impulsado por una fuerza moral irresistible, que tiene por norte salvar la vida de la madre.¹¹⁹

2.4.- CONSENTIMIENTO INFORMADO, CONCEPTO Y ANALISIS

2.4.1. CONCEPTO

El Presidente de la Comisión de Ética de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, se refiere al Consentimiento Informado que siempre se puede realizar más explícito, cada vez que un profesional de la salud efectúe en una persona un acto de su competencia. Dicha persona es quién consciente, o su representante, si aquella carece de la capacidad suficiente para hacerlo por sí mismo.

Solamente un profesional de la salud le cabe la función de informar, es decir nadie lo puede reemplazar, sino cuenta con su título profesional.

Se desprende de lo anterior, que toda firma a guisa de aceptación, en una secretaría u oficina de recaudación institucional, son ejemplos de transgresión a la norma ética, no

¹¹⁹ Bullemore y Mackinnon, Obra Citada, Pág. 234.

teniendo el valor real de un Consentimiento Informado.

Agrega el Presidente de la Comisión de Ética, que el Consentimiento Informado, solamente cautela el respeto por la autonomía de la persona en situaciones en que el valor de su libertad debe primar sobre la imposición de terceros.

El Consentimiento para este facultativo debe ser escrito, sin vestigio de dudas y debe dar plena satisfacción a los interesados respecto a los propósitos y fundamentos de una resolución médica o de cuidados de salud, cuya ratificación de tipo voluntaria es privilegio exclusivo de una decisión personal del beneficiario.¹²⁰

Otro facultativo señala ciertas reglas para el Consentimiento Informado y que son:

- 1.- Realizar sólo aquellos procedimientos médicamente indicado, técnicamente correctos acorde a la lex artis.
- 2.- Respetar las decisiones autónomas de los pacientes.
- 3.- Asegurarse que el Consentimiento Informado sea libre y voluntario.
- 4.- Solicitar personalmente el Consentimiento Informado expreso y previo de los parientes, si el paciente no puede otorgarlo, todo esto forma parte de la lex artis.

Este médico señala ciertos códigos y declaraciones relacionados con el Consentimiento Informado que son:

Código de Ética del Colegio Médico de Chile y que señala algunas declaraciones internacionales relacionadas con el Consentimiento Informado:

- A.- Declaración de Lisboa de los derechos del paciente de 1981
- B.- Código de Núremberg de 1947
- C.- Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial
- D.- Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Negligencia Médica de 1992.

¹²⁰ Rosselot, Eduardo, "¿A qué se refiere el Consentimiento Informado?", Diario El Mercurio, Domingo 7 de Diciembre 2008, Pág. D 17

Además este médico, señala que las Asociaciones Médicas nacionales aconsejan tener en cuenta los siguientes puntos para prevenir demandas como:

- 1.- La necesidad de obtener un Consentimiento Informado de los pacientes respecto a los tratamientos y cirugías.
- 2.- Informar sobre la posibilidad de accidentes durante un tratamiento médico, que son imprevisibles y no son responsabilidad del médico.
- 3.- Elevar el nivel y calidad de educación médica, también la calidad de la atención médica.

Este mismo profesional señala, cuando el tratamiento es urgente o la condición es grave, se debe considerar lo siguiente:

- A.- Diagnóstico o probabilidad de diagnóstico
- B.- Descripción y propósito del tratamiento
- C.- Riesgo y posibles complicaciones
- D.- Probabilidades de éxito (según la condición del paciente)
- E.- Alternativas de tratamientos, si existen
- F.- Consecuencias de rechazar el consejo

Finalmente este médico señala los puntos básicos de un documento de Consentimiento Informado y que son:

- 1.- El propósito principal de Consentimiento Informado, es proveer evidencias documentales de que la información se ha producido y que se ha obtenido el consentimiento del paciente.
- 2.- Otra de las funciones que tiene el documento escrito, es la de proteger legalmente a los profesionales de posibles denuncias por falta de información o información insuficiente al paciente.
- 3.- La ley no delimita los alcances de los riesgos que deben ser advertidos a los

pacientes, tanto en la información oral, como en el documento de Consentimiento Informado.

Es importante lo que dice este médico respecto a un paciente en caso de urgencia vital, dice:

Frente a una situación imprevista de grave riesgo vital, para la vida de un paciente, es legítimo actuar sin su Consentimiento Informado. La vida es condición para el ejercicio de la autonomía.¹²¹

También el Conocimiento Informado es definido como en la explicación dada a un paciente atenta y mentalmente competente, de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometidos a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración al paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica sobre el paciente.¹²²

Así también el concepto de Conocimiento Informado, es señalado como una realidad ineludible en la relación equipo médico paciente, y debe estar básicamente en una perspectiva ética más que legal, aunque sin descuidarla. El Conocimiento Informado, es hoy un imperativo ético del cual no se puede renunciar.¹²³

También el Conocimiento Informado posee límites, tal es así que los pacientes no pueden exigir al médico tomar decisiones que vayan contra su conciencia. Los médicos no tienen obligación de hacer cosas que dañen al paciente o que sean medicamente

¹²¹ Chomalí, K. Teresa, "Elementos de la Teoría del Conocimiento Informado", Medwave. .Año 4, Nº 1, Edición Enero 2004, Pág. 4, 5, 6, 11 y 15.

¹²² Colegio Americano de Médicos, "Manual de ética", (1998)

¹²³ Simón Lorda, P y Concheiro: "El Conocimiento Informado Teoría y Práctica", en Medicina Clínica (1993) Pág.659 al 663.

inútil.¹²⁴

En la legislación comparada como en España, el Consentimiento constituye el requisito fundamental, por el cual el paciente expresa su voluntad y ejerce por tanto su libertad al aceptar o rechazar el plan propuesto por el médico, para que éste intervenga sobre su persona.

Para decidir en forma libre, el paciente debe contar con la información necesaria para su libre decisión.

En España la ley general de sanidad, artículo 10.6, considera preciso el previo consentimiento escrito del usuario de un servicio sanitario público, habiendo algunas circunstancias excepcionales.

En cuanto a las leyes penales, hay países como Bélgica, Italia, Francia, Alemania, Estados Unidos o Canadá, en los cuales el actuar del médico, sin haber obtenido el Consentimiento, es motivo de delito.

En Estados Unidos y Canadá, la exigencia estricta en temas de negligencia y responsabilidad, especialmente a cerca de la obligación de actuar con Consentimiento Informado, ha originado numerosas controversias y procesos judiciales, que se han traducido en obstáculos y dificultades en el ejercicio de la medicina incluida la psiquiatría.¹²⁵

También un jurista español, expresa que no existe necesidad del que el paciente conozca todos los peligros y riesgos que puedan derivar del tratamiento. Se debe informar de los que aparecen con más frecuencia o de los que se consideran como riesgos típicos.¹²⁶

¹²⁴ Sánchez, Miguel: "Historia, Teoría y Método de la Medicina: Introducción al Pensamiento Médico" (Masson, Barcelona, 1998) Pág.427-447.

¹²⁵ Carrasco Gómez, Juan José, Ob. Citada, Pág.44

¹²⁶ Romeo Casabona, Carlos. Ob. Citada, Pág. 48.

2.4.2.- ANALISIS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO

Es relevante destacar la publicación emitida por la Fundación Falmed en este análisis.

El Consentimiento Informado no sólo es un documento formal, sino un paradigma de una relación entre el médico y el paciente y (familiares), en que el principio más importante en esta relación, es el respeto por la autonomía y autodeterminación del paciente afectado por la enfermedad; es decir la decisión del paciente es fundamental. Por esta razón debe mejorarse siempre las habilidades de comunicación, con el objeto de privilegiar de que el paciente elija lo mejor tomando en cuenta sus propias creencias y características personales.

Sin duda que el desarrollo tecnológico, la cobertura universal en algunos países más un proceso emancipador en los pacientes, han traído como consecuencias un necesario respeto irrestricto a las preferencias de éstos.

Todo lo anterior ha agregado una complejidad a las decisiones que cada vez se toman en la medicina; tal es así que para que el médico realice una intervención a un paciente, éste debe contar con el conocimiento, la efectividad y los recursos que implican dicha intervención.

Es por esto necesario informar al paciente de todo lo que quiere saber a cerca de su enfermedad, sobre la intervención propuesta y sus alternativas y de esta manera, el paciente estará informado y estará en condiciones de aceptar o no la intervención propuesta.

Esta información que se ha realizado verbalmente al paciente por el facultativo, podrá además ponerse en un documento por escrito, que contendrá además el consentimiento del paciente para realizarse determinada intervención. El objetivo de la escrituración, es garantizar de que el paciente conozca la información y que esté de acuerdo en realizarse dicha intervención.

La información verbal del médico al paciente, es un proceso gradual que se lleva a efecto en una o varias entrevistas y no podrá ser sustituido por ningún documento o papel.

El documento también llamado protocolo, o formulario de Conocimiento Informado, sólo prueba que el profesional ha facilitado determinada información y el paciente la ha recibido y está de acuerdo con lo que el facultativo le ha propuesto. En suma el documento no es la información, sino es la garantía de que se ha realizado. Pero esto se ha transformado en debate y se ha centrado más en el documento que en la información al paciente, es decir qué información hay que dar y cómo hay que darla. Lo que se ha producido es que existe una infinidad de guías para elaborar los documentos y no hay sobre cómo habrá que dar la información, tampoco se forma al estudiante, al residente ni al resto de profesionales, sobre cómo dar a conocer determinadas noticias, cómo escuchar, cómo gestionar la incertidumbre y muchas otras cuestiones que el médico clínico enfrenta diariamente.

El fundamento del Conocimiento Informado, es que los pacientes como personas que deciden por sí mismas, deben autorizar determinadas intervenciones o tratamientos que se les van a realizar y para poder ejercer este derecho, es necesario que dispongan de una información aportada por el facultativo. Así el Conocimiento Informado, cumple una función de proteger al paciente de sufrir una intervención que no desea, porque está en su derecho de rechazar un tratamiento y además el Conocimiento Informado, desea proteger el derecho de todo paciente a una información otorgada por el facultativo.

Siendo el Conocimiento Informado un derecho del paciente y en ningún caso representa un salvavidas para que el médico se libere de responsabilidad y posibles sanciones en caso de faltas.

Es un proceso activo, continuo que se va repitiendo a lo largo de todo el tiempo en que la relación médico paciente se conserva activa.

Independientemente del contenido del Conocimiento Informado, es importante que exista una flexibilidad en su aplicación de tal forma que el paciente pueda requerir al profesional la información deseada. Se pretende entregar orientaciones básicas para su mayor y mejor implementación en los medios hospitalarios.

Ciertamente que en el último tiempo el llamado Consentimiento Informado es reconocido como un derecho nuevo, que admite autonomía de los sujetos y otorga prioridad a lo que el paciente decida; el Consentimiento es una aceptación autónoma de una intervención médica, o la elección entre cursos alternativos posibles, por un paciente que va a optar en forma libre, consciente y voluntaria después que el médico le ha informado y ha comprendido la naturaleza de la enfermedad dicho paciente; ha entendido los riesgos, beneficios y alternativas posibles. Todo lo cual no implica que el paciente imponga al médico cualquier cosa que desee, ya que el facultativo no se obliga a realizar intervenciones dañinas o médicamente inútiles, además que no deben realizarlas, ya que al hacerlas provocarían daños.

La comunidad médica y científica ha consensuado normas de buena práctica médica, que deben ser respetadas al aceptar el paciente una intervención. Este conjunto de normas de acción médica es lo que se conoce como *lex artis*.

La teoría y la práctica del Consentimiento Informado, ha llegado a constituirse en una forma de relación clínica, en que el mejor interés del paciente primará en el propósito de una toma de decisiones entre médicos, pacientes y familiares.

El contenido del Consentimiento Informado, consta de dos componentes que son la información y el consentimiento propiamente tal.

La información: debe ser comprensible, verás y adecuada con el objeto de ayudar al paciente a tomar su decisión. Para esto el lenguaje empleado que transmite la información tiene que tomar en cuenta el destinatario, adaptándose al nivel intelectual del

paciente, tratando de evitar términos técnicos.

La información será verdadera hasta en los supuestos pronósticos fatales, adecuándose a las circunstancias personales del paciente (edad, estado de ánimo), a la finalidad de ella misma (obtener el consentimiento, conseguir la colaboración activa).

La información nunca será dirigida a buscar una decisión determinada del paciente, evitando cualquier tipo de manipulación o coacción.

Como regla general la información que debe dar el médico, será generalmente en forma verbal, favoreciendo la posibilidad de adecuar el contenido de dicha información a los requerimientos del paciente. La excepción es que se exija por escrito.

Las formas de educar e informar al paciente, son muchas y variadas, sugiriendo el uso de técnicas de apoyo didáctico, folletos, fotografías etc.

Al entregar la información se debe considerar la personalidad del paciente, su situación actual de la enfermedad. El Consentimiento Informado bien realizado, es la más eficaz herramienta de educación de los pacientes, tanto en sus derechos y deberes como enfermo.

También se sugiere evacuar la información en forma dosificada, permitiendo la adecuación emotiva y cognitiva de la situación por parte del enfermo, si es posible la entrega de dicha información sea en presencia de un familiar.

El paciente debe tener la oportunidad de preguntar, siendo deber del médico responder dicha interrogante, incluyendo dolores previstos o molestias asociadas.

El profesional que atiende al paciente o el que aplique la técnica concreta, deberá ser la persona encargada de informarle.

Todo profesional que interviene en la actividad asistencial, no sólo está obligado a prestar correctamente la asistencia, sino también a cumplir los deberes de información y documentación clínica. Todo lo cual se lograría recuperar la figura perdida del médico

tratante.

La información tiene un destinatario, que es el paciente, salvo que manifieste su voluntad de no ser informado y las personas vinculadas a él por razones familiares obtendrán información si el paciente lo permite en forma expresa o tácita, pudiendo dicho paciente prohibir la información a cualquier persona. De manera que el paciente siempre tendrá información, incluso si su capacidad está limitada; la información en este caso será en función de sus facultades y su capacidad de comprensión, obviamente facilitando la información a las personas que asumen la representación del paciente.

También los menores tienen derecho a ser informados sobre su estado de salud y tratamiento médico a aplicar, con lenguaje adecuado a su edad y estado psicológico.

No es frecuente que el paciente renuncie a recibir información sobre el proceso y procedimiento que se le vaya a practicar, pero se respetará su voluntad, dejando constancia de su renuncia en la ficha clínica.

La importancia que adquirió el Consentimiento Informado, se manifiesta en que el año 2001 ingresó al Congreso el proyecto de Derechos y Deberes de la persona en salud, que finalmente fue aprobado y en este texto legal fue definido el Consentimiento Informado, además quedó claramente establecido las características que el Consentimiento sea libre y voluntario y además otorgado por el paciente con capacidad de comprender dicha información.

Cuando el paciente no esté apto para tomar decisiones, será otra persona o institución encargada de hacerlo ejerciendo su representación o su sustitución.

Existen supuestos que se prevé el Consentimiento por representación o sustitución y que son:

*Pacientes menores de 18 años sin madurez suficientes para entender el alcance del tratamiento o intervención.

*Pacientes con estado físico o psíquico incompatibles para decidir en cierto momento

*Pacientes incapacitados legalmente.

Los dos primeros son considerados por criterio médico.

El médico que vaya a efectuar el procedimiento, será el encargado de informar al paciente o a su representante, obtendrá su Consentimiento que por lo general será verbal, quedando constancia en la historia clínica.

Cuando el profesional que indica el procedimiento y el profesional que lo va a concretar, no son la misma persona, el primero tiene la obligación de informar al paciente sobre las circunstancias de la indicación y sobre las características básicas del procedimiento y el profesional que lo va a realizar, será responsable de asegurar que el paciente recibió la información y que prestó su consentimiento.

Puede ocurrir que al recibir la información, el paciente se niegue a dar el consentimiento y también se nieguen sus representantes; esto quedara constatado en la historia clínica del paciente y según el caso será pertinente solicitar una acción judicial, teniendo presente que exista urgencia y riesgo vital.¹²⁷

El consentimiento del paciente, tiene como características ser revocable y temporal; es importante que el paciente esté en conocimiento de que su consentimiento pueda ser revocable, debiendo constar dicha revocación por escrito.

El persuadir es un buen instrumento para asegurar la decisión informada, consiste en usar argumentos razonables con la intención de inducir a una persona a aceptar determinada opción. Siempre teniendo presente la salud del paciente.

Por regla general el Consentimiento es verbal, que se exija por escrito es excepcional y ésta exigencia se lleva a cabo en los siguientes casos:

¹²⁷Corte de Apelaciones de Punta Arenas "Recurso de Protección Rol N° 478-2013"

*Intervenciones quirúrgicas.

*Procedimientos terapéuticos Invasivos.

*Procedimientos que supongan riesgos de notoria y previsible repercusión sobre la salud del paciente.

*Procedimientos de tipo experimental, que no estén validados científicamente.

Conviene recordar que no todo procedimiento médico necesita la firma en un documento, sino que se necesita cuando hay un riesgo mayor y también cabe recordar que la información y el consentimiento son procesos verbales y excepcionalmente en formularios escritos.

El estado de la ciencia más la experiencia, podrán definir o acotar lo que es previsible y lo que es invasivo.

Si no es posible obtener el consentimiento por escrito, podrá acreditarse que el paciente lo ha otorgado recogéndolo oralmente ante al menos dos testigos independiente, que declararán por escrito y bajo su responsabilidad.

Los documentos, formularios o protocolos del Consentimiento Informado, deben estar redactados, teniendo presente la situación del paciente, no sólo con fines defensivos para el médico ni para la institución para quién trabaja, sino estar orientados a informar el futuro tratamiento médico, por eso debe ser elaborado por profesionales de la salud y con colaboración de juristas en casos puntuales

La entrega de la información debe asegurar confidencialidad; después de firmado el documento con el consentimiento, se entrega al médico para ser archivado en la ficha clínica.

También existen excepciones a la exigencia de un Consentimiento Informado y son:

1.- Riesgo grave e inmediato para la integridad del paciente, que es la situación de urgencia vital que requiere la actuación médica inmediata; en este supuesto se hará

contar en la historia clínica las circunstancias apremiantes del estado del paciente.

2.- Riesgo para la Salud Pública, ésta situación estará sujeta al protocolo pertinente de Salud Pública, comunicándose a la autoridad judicial en el plazo de 24 horas.

3.- Incapacidad del enfermo: existirá en este caso el Consentimiento Informado por representación, pero si hay ausencia de sustitutos legales y no hay urgencia vital o riesgo para la salud pública, excepcionalmente se decidirá sobre el paciente con un criterio en que prime su mejor interés.

4.- Existencia que acredita un estado de necesidad terapéutica: la necesidad terapéutica o excepción terapéutica, surge del conflicto de cumplir con la obligación de informar y con la obligación de proteger del daño. Esta necesidad es excepcional y estrictamente justificada en situación determinada que se hará contar en la historia clínica del paciente.

Resumiendo el Consentimiento Informado con su protocolo, es una forma de entender la relación médico – paciente e integrarla lex artis médica.¹²⁸

Sin dudas que el Consentimiento Informado, es una manifestación de la relación médico paciente y dicha relación debe estar basada en lo que Beauchamp y Childress y Bullemore- Mackinnon, denominan principio bioéticos que deben respetarse y que deben primar en la relación médico paciente; ellos son: veracidad, intimidad, confidencialidad y fidelidad.

El principio de veracidad de la información, sustenta la validez del consentimiento; el médico se obliga a decir verdad en cuanto al diagnóstico, pronóstico y procedimiento, el paciente a informar sus síntomas y su historial médico.

La intimidad: es un derecho del paciente y obligación del médico a que se preserve la información de la salud y el entorno físico frente a otros, el acceso a la información

¹²⁸ Ortiz P. Armando, (médico neurocirujano), Urdiles P, Patricio (cirujano), "Consentimiento Informado", Falmed, Publicación Oficial Falmed, Mayo 2011, Pág. 26 -33

negada incluso al estado.

La confidencialidad: el médico no debe proporcionar antecedentes del paciente sin su autorización, ejemplo a compañías de Seguros, Isapres etc.

La fidelidad: obligación del médico de actuar de buena fe; el médico no puede retirarse sin comunicarle al paciente.

Estos principios se encuentran en una relación jerárquica y no son absolutos, por ejemplo si un paciente transmite a terceros una enfermedad de características mortales, los principios de confidencialidad y fidelidad, cederán frente a la obligación de prevención de daños.¹²⁹

2.5.- ACTO MÉDICO

2.5.1.- CONCEPTO

Es un acto electivo llevado a cabo por un profesional, cuyo ámbito de responsabilidad es primaria, e irrenunciablemente la salud del paciente bajo su dominio.

El fin es la prevención de la enfermedad o recuperación de la salud y ésta es considerada como un bien particular del hombre; con sus únicas limitantes que son las propias del estado del arte y aquellas dadas por el reconocimiento que ese bien sólo es particular.

2.5.2.-ACTOS QUE NUNCA DEBE REALIZAR EL MÉDICO

Existen actos que los médicos nunca deben realizar como:

- 1.- Acto que provoque directamente la muerte de un paciente que esté a su cuidado.
- 2.- Actos que estén relacionado con prácticas de torturas.¹³⁰

¹²⁹ Bullemore y Mackinnon, "Del Consentimiento Informado la Lex Artis y la Relación Médico Paciente", Edit. Jurídica de Chile, año 2005 Pág.219 y 220

¹³⁰ Besio Rollero, Mauricio, "Sobre el Acto Médico", Cuadernos de Bioética, N°50, Vol.14, 2003, Pág.25-38

2.5.3.- ACTO MÉDICO EN SITUACIÓN DE URGENCIA

Este acto es muy importante en la hora de juzgar el actuar de un facultativo, ya que frente a la situación ideal hay que considerar la situación posible y además como a lo imposible nadie está obligado, es importante tomar en cuenta lo que la doctrina penal denomina la exigibilidad o no exigibilidad de la conducta idealmente debida; esto es importante al hacer un juicio de reproche frente a un acto médico que se ha desarrollado; es decir no solamente se aprecia la situación real de un error médico conforme a las reglas de la lex artis, sino que se toman en cuenta especialmente las circunstancias de hechos concurrentes, como limitaciones de instrumental, medicamentos, estado de cansancio físico del médico por afrontar sólo la emergencia, falta de personal auxiliar, o carencias de medios adecuados. Teniendo en cuenta esta situación, es primordial la creación de una normativa que regle principios más precisos, como administrativos, sanitarios, para lograr una juridicidad de varias actuaciones médicas.¹³¹

Este punto de la situación de urgencia en que un médico actúa, será analizado en el análisis jurídico de la responsabilidad penal médica.

¹³¹ Etcheverry Alfredo, "Tipos Penales Aplicables a la Actividad Médica", Revista de Derecho, Vol.13 N° 2, 1986, Pág.285 y 287

III CAPITULO

ANALISIS JURIDICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

3.1.- BIEN JURIDICO PROTEGIDO

Se entiende por Bien Jurídico Protegido, aquel que dada su relevancia, el Derecho Penal lo resguarda y lo ampara.

Este Bien Jurídico Protegido, es primeramente la vida, la salud o integridad corporal. Es el médico quién concurre frente a lo dicho, porque su actuación siempre recae al menos en su actividad terapéutica en el cuerpo humano y además tratará por lo general de restituir la salud o lograr el mejor nivel de salud posible, donde su actuar es precisamente con la finalidad de lograr salud e integridad corporal del paciente.

Este objetivo, el médico no lo consigue siempre por lo menos en forma total y esto es debido a su limitancia de conocimientos del ser humano, además por los medios técnicos y científicos disponibles que son limitados, sobre todo el facultativo cuenta con la barrera infranqueable, que es la finitud del hombre, que podrá retardarla, pero nunca evitarla.¹³²

Cuando estos bienes jurídicos como la salud, la integridad física o la pérdida de la vida, sufren un menoscabo a causa de una actividad negligente de un facultativo, surgirá la sanción punitiva.

Esto crea dificultades considerables cuando hay una relación entre la teoría de los delitos culposos y la medicina, surgiendo así la interrogante de decir, cuando efectivamente existe una lesión de la integridad corporal del paciente y cuando el daño fue causado por la actividad negligente del facultativo.

En la práctica las situaciones ocurridas en el ámbito del acto médico, suelen no ser tan categóricas y es así como se derivan grandes dificultades. Es necesario destacar además, que las reacciones del organismo de un paciente pueden ser sorprendentes,

¹³² Romeo Casabona, Carlos, Ob. Citada. Pág. 15.

incluso para el especialista más avezado.¹³³ Todo esto conlleva a hacer un análisis exhaustivo, al presentarse menoscabos de los bienes jurídicos ante dichos y dilucidar la responsabilidad médica.

3.1.1 CONSECUENCIAS DE MENOS CABO AL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Es decir en el ámbito médico el ataque al Bien Jurídico Protegido, consistirá en producir un detrimento en la salud o también en la integridad corporal, por ejemplo: una pérdida de un miembro, de un ojo, o de alguna funcionalidad, agravación de una enfermedad mental y hasta pérdida de la vida del paciente. Ciertamente estos menoscabos mencionados, se producen independientemente del proceso de determinada patología o de igual naturaleza del tratamiento o intervención. También estos menoscabos producen daños morales, que son perjuicios que no afectan a las cosas materiales, sino que afectan al patrimonio espiritual; a los bienes inmateriales: la salud, el honor, la libertad y otras, que son los más estimados y por esto más sensibles y más frágiles. Los dolores psíquicos-físicos, causados por intervenciones facultativas o la muerte de los parientes más próximos, así como los beneficios o ingresos económicos que haya dejado de obtener el paciente, como consecuencias de su hospitalización o inactividad, provocarán perjuicios susceptibles de reparación.¹³⁴ Lo importante de lo anterior, es que del hecho culposo (cuasidelito penal) provocado por un facultativo, origina generalmente una acción civil.

El Bien Jurídico Protegido por la ley penal y otros cuerpos legales, ha provocado conflictos en el aspecto investigativo médico, con el objeto de mejorar la salud, tal es así que algunos investigadores han opinado que un artículo, el N° 28 de la ley 20.584, sobre derechos y deberes del paciente, frenaría la investigación. En efecto el profesor Nibaldo

¹³³ Cury Urzúa, Enrique, Ob. Citada Pág.100 y 101.

¹³⁴ Romeo Casabona, Carlos, Ob. Citada Pág. 114

Inostroza, no pudo concretar la etapa clínica de su investigación, sobre una droga para tratar el Alzheimer.

Tal es así que cuando estaban listos para aprobarla en seres humanos, durante más de tres años de trabajo, se enteraron de la publicación de la norma, no logrando concretar la etapa clínica del proyecto.

El profesor aludido manifiesta lo siguiente: “Creo que aquí no ha habido intención de coartar a los científicos, pero en este caso específico exageraron”.

Considera que no observa por ninguna parte mala voluntad en la ley, pero considera que quienes la aprobaron, desconocen el nivel de la ciencia y tecnología que se hace en Chile.

También la doctora Rommy von Bernhardi ha dicho lo siguiente respecto al freno de la investigación: “...se vulneran los derechos de alguien cuando se impide la investigación que busca ayudarlos”.

La doctora agrega que esta norma fue hecha con una misión arcaica, ya que en el mundo y en nuestro país ya existían las leyes que protegen a las personas que participan en las investigaciones científicas.

También la doctora Beatriz Shand dice lo siguiente: “Entendemos la investigación como una alianza entre personas, no como una utilización que deba frenarse de esta forma. Investigador y participante van juntos a responder una pregunta.

Este modelo que queremos defender es realmente respetuoso del ser humano”.... Afirma la neuróloga especialista en Bioética.

Con la entrada en vigencia de esta ley, el Ministerio de Salud creó la Comisión Ministerial de Ética de la Investigación en Salud, destinada a resolver este tipo de conflictos y también se anunció una Comisión Nacional de Bioética.¹³⁵

¹³⁵ Inostroza, Nibaldo; Von Bernhardi, Rommy; Shand, Beatriz, “Un Artículo que Frena la Investigación”, Periódico “Visión U.C”, Mayo 2013, Pág.11

3.1.2. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EMBRIÓN HUMANO

El momento de inicio de la vida humana, ha traído diversas posiciones; importante es saber dilucidar en qué momento se inicia la vida humana, es decir cuando el individuo va a tener una protección jurídica. Existen varias posiciones, al respecto la primera dice: el que está por nacer comienza con el óvulo fertilizado por el espermio, más aún cuando la fertilización ocurre fuera del cuerpo humano. La fecundación constituye un proceso largo y complejo, quienes participan de esta primera tesis incluyen a la fecundación in vitro, es decir fuera del cuerpo humano. El embrión para los partidarios de esta tesis, es un ser humano en potencia, donde quiera que se encuentre y amerita que la ley lo proteja, incluso si se encontrare en una placa de laboratorio.

La segunda posición: el que está por nacer empieza con la implantación del embrión en la pared del útero; esta implantación o anidación del embrión en las paredes del útero ocurre entre el séptimo y décimo cuarto día, después de fertilizado el óvulo por el espermio y éste óvulo fertilizado cuando se implanta pasa a llamarse embrión. En ésta implantación se establece el binomio madre-hijo, donde concurren además un conjunto de relaciones endocrinas e inmunológicas entre ambos.

Para los partidarios de ésta tesis, antes de ocurrida la implantación se produce una pérdida o aborto espontáneo y dicho partidarios de ésta tesis, agregan que antes de la implantación el cigoto carece de dos características propias de cualquier individuo de la especie humana: el ser único e irrepetible (unicidad) y el ser uno sólo (unidad).

Se desprende de lo anterior, que en el momento de la implantación la nueva vida queda individualizada y corresponderá desde este momento un individuo concreto.

Partidarios de ésta posición se puede mencionar a José Bustos y entre los latinoamericanos a Roberto Coco y en contra el chileno Armando Roa.

Se reconoce que el Código Penal adhiere inconscientemente a ésta segunda posición.

Evidentemente que cuando el Código se promulgó, no imaginó la probabilidad de fertilizar un óvulo fuera del cuerpo de la mujer que lo produce. Todos los tipos de aborto de nuestra legislación penal presuponen una mujer embarazada, en cuyo útero ya se produjo una implantación de un embrión. Y parece ser obvio que si una mujer pierde un óvulo fecundado en el trayecto de las trompas de Falopio, porque ese embrión no se anidó debidamente, no se encuentre embarazada ni ha cometido el delito de aborto. Por esta razón, se ha estimado que la protección penal del que está por nacer, conforme a lo literal de las disposiciones legales pertinentes, comienza sólo en el momento de la implantación del embrión en las paredes del útero.

Existe una tercera posición: que piensa que el que está por nacer empieza con la actividad cerebral del embrión, es decir aplica al inicio de la vida humana el mismo criterio que se acepta en general para determinar el momento de la muerte, que es la abolición total e irreversible de todas las funciones encefálicas. Partidario de ésta posición sería Peter Singer.

Una cuarta posición sería: el que está por nacer empieza con viabilidad del feto. Para este efecto se entiende por viabilidad del feto, la posibilidad de su supervivencia de manera autónoma a la madre. Esta capacidad de supervivencia sería para los partidarios de esta tesis, el inicio del que está por nacer.

Una quinta posición sería: el que está por nacer empieza con la relacionalidad o culturización del feto. Sostiene que el inicio de la vida humana no es un problema de la biología, sino de la sociología o de la filosofía, puesto que la vida humana requiere aceptación del otro. En consecuencia sólo bastará que la madre declare no desear a su hijo, para que el aborto se torne legítimo.

Es necesario destacar, que el embrión implantado es titular puro y simple del derecho a la vida, protegido por disposiciones constitucionales, penales, civiles y laborales. La

protección penal está constituida preferentemente por la tipificación del delito de aborto. Se comprueba en los artículos 342 al 345 del Código Penal y es este artículo 345 que toca al facultativo con una pena aumentada, si su conducta se subsume en dicho artículo. (Tipificación).¹³⁶

3.1.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN CASOS DE EXTREMA PRECARIEDAD

La vida constituye el Bien Jurídico Protegido por excelencia, inclusive cuando adolece de precariedad extrema, siendo un Bien Jurídico no disponible para terceros y si alguien pone fin a una vida independiente, aunque sea a requerimiento del sujeto pasivo, comete homicidio.

Cuando un tercero apresura el proceso de muerte a quién sufre una enfermedad incurable, está proporcionando una muerte digna; esto es lo que se denomina eutanasia. Se reconocen dos tipos de eutanasias, una activa y otra pasiva.

Eutanasia Activa: es aquella en que se llevan a cabo actos a provocar la muerte de la persona, de esta manera se le acorta su existencia y siempre estaremos en presencia de una conducta homicida; en este caso el consentimiento del paciente no tiene efecto y aún si el paciente consciente el acto del médico orientado a la eutanasia activa, esta conducta se sancionará como homicida.

Eutanasia Pasiva: es aquella que consiste en la omisión de particulares medidas destinadas a prolongar artificialmente la vida, esta conducta será atípica cuando dichas prolongaciones fueren innecesarias y dolorosas, sin carácter curativo, constituyendo la expresa manifestación del paciente una contra excepción.

El consentimiento tendría validez dentro de las hipótesis relacionadas con la Eutanasia, cuando exista auxilio al suicidio, en cuanto el dominio del hecho lo mantenga el suicida. Nuestra ley penal no considera una pena atenuada para quién auxilia al suicida, pero hay

¹³⁶Figueroa Yáñez, Gonzalo, Ob. Citada, Pág. 26-32 y 40

que reconocer la potencia del consentimiento, ya que es sancionada con inferior penalidad que el cómplice de homicidio, accediendo a una pena inferior.

Es necesario recordar que el Bien Jurídico penalmente Protegido, correspondiente a la vida, es indisponible para terceros.¹³⁷

En reunión del foro sobre Eutanasia, organizado por el Departamento de ética del Colegio Médico de Chile, Guzmán Vial formuló razones jurídicas contrarias a la eutanasia, entre ellas argumenta que el derecho a la vida es un derecho inalienable y en el caso que haya consentimiento de la víctima se considera viciado, porque se atribuye a la situación desesperada del paciente, lo que jurídicamente no tiene justificación.

Agrega Guzmán Vial, que las legislaciones sobre este tema son diversas: las que consideran a la Eutanasia un delito atenuado; las que estiman impune. Continúa Guzmán diciendo que en nuestro país, estipula en el artículo 393 del Código Penal con una pena atenuada hasta de cinco años y se la considera como situación agravante, o atenuante o eximente, según la circunstancia; pero en todo caso la considera nuestro Código un homicidio y el médico que colabora en ella tiene responsabilidad, porque a éste le corresponde el deber de procurar la salud o de salvar la vida a un enfermo.¹³⁸

Interesante es la opinión de un destacado médico al referirse a la Eutanasia, quién manifestó que en sus cincuenta y siete y medio años de médico de hospitales, nunca le tocó la necesidad de realizarla, considerando la Eutanasia como “la negación de la Medicina” y “no una buena muerte, sino una muerte anticipada”, la que el médico no debe jamás aceptar.¹³⁹ Importantes declaraciones y recomendaciones de carácter internacional relacionadas con el Bien Jurídico Protegido Vida, en cuanto a su

¹³⁷ Bullemore y Mackinnon, “Del Consentimiento Informado La Lex Artis y la Relación Médico Paciente”, Edit. Jurídica de Chile, 2005 Pág. 228 y 229

¹³⁸ Guzmán Vial, Manuel, “Opinión sobre Eutanasia”, Colegio Médico de Chile, Editorial Vida Médica de Chile Volumen XXVI, Enero, Febrero 1977. Pág.22

¹³⁹ Garretón Silva, Alejandro, Ídem. Pág.20

terminación y consideradas por el Colegio Médico de Chile, son las siguientes:

A.- Recomendación relativa a los derechos de los enfermos y moribundos, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en la 27ª. Sesión Ordinaria de 1976.

B.- Declaración de Venecia sobre enfermedad terminal, adoptada por la 35ª Asamblea Médica Mundial Venecia, Italia, Octubre de 1983.

C.- Declaración de Sídney; postulado sobre la muerte, adoptada por la 22ª Asamblea Médica Mundial, Sídney, Australia, 1968, y enmendada por la 35ª Asamblea Médica Mundial, Venecia, Italia, Octubre 1983.¹⁴⁰

Puede un médico caer en una conducta dolosa, si entrega con voluntad homicida a una enfermera una dosis alta de morfina para ser aplicada a un paciente y ésta la inyecta sin vislumbrar su efecto y el paciente muere. El médico es autor doloso (asesino), es decir el médico sería un autor mediato que actúa sobre la base del dominio final único del hecho, por utilizar a un tercero que actúa sin dolo.

El autor en este caso (el médico), no necesita cumplir por sus propias manos el hecho en cada una de sus fases, sino que se puede servir para sus fines el actuar de otro (la enfermera), en cuanto sólo él posee el dominio del hecho respecto de la realización del tipo, por lo tanto sería un autor mediato de un homicidio.¹⁴¹

En algunas ocasiones con respecto a la responsabilidad médica, el Bien Jurídico Vida, Salud e integridad corporal, por razones de urgencia, por carencia de medios, estos bienes fundamentales no son protegidos en forma absoluta; al respecto importa señalar lo que una facultativa Directora Ejecutiva de un Centro Síndrome de Down dice lo siguiente:.... “Cuando era alumna me tocó ver a una niña de quince años con Síndrome de Down que estaba en etapa terminal, por una cardiopatía congénita que no había sido

¹⁴⁰ Colegio Médico de Chile (AG), “Normas y Documentos Ética Médica”, Editorial Graphos Comunicaciones Ltda. 1986 Pág 77-84

¹⁴¹ Welzel Hans, “Derecho Penal Alemán”, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, 12 Edición, Pág. 146 y 147

operada. Me marcó el ser testigo de las injusticias de otras épocas, cuando se privilegiaba a quienes tenían mayores expectativas de vida por sobre personas con Síndrome de Down a la hora de acceder a técnicas de salud más complejas”¹⁴²...

Luego el Bien Jurídico es todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones. Recordar que “el Derecho Penal otorga protección a los Bienes Jurídicos, sólo contra agresiones configuradas de determinada manera”.¹⁴³

El Bien Jurídico Protegido contra la salud individual, para algunos autores sería plural, por una parte la integridad física o corporal, tal como estructura y disposición de las partes del cuerpo consideradas anatómicamente y por la otra parte la salud concebida como estado fisiológicos del cuerpo humano, incluida la salud mental en cuanto equilibrio de las funciones psíquicas.

Lo anteriormente expuesto refleja, que el Bien Jurídico Protegido sería plural.¹⁴⁴

Otros autores, por el contrario opinan que el Bien Jurídico Protegido es singular, pero multifacético. Dicho Bien Jurídico salud individual, tiene un carácter pluridimensional manifestada en diferentes dimensiones como fisiológica, psíquica y anátomo morfológica. En conclusión, los deterioros producidos en las distintas dimensiones que conjuntamente conforman la salud individual de características complejas y multifacéticas, son sancionados. La integridad corporal sería uno de los múltiples aspectos de la salud individual.¹⁴⁵ **3.2**

3.2. TIPICIDAD

3.2.1. CONCEPTO

Cuando se afirma que un determinado hecho constituye un ilícito, es decir que existe una

¹⁴² Lizama Macarena, “Centro U.C Síndrome de Down Abre sus Puertas”, Visión U.C, noviembre de 2014, Pág.7

¹⁴³ Welzel Hans, Ob. Citada, Pág. 15 y 16.

¹⁴⁴ Etcheverry, Alfredo, “Derecho Penal”, Editora Nacional Gabriela Mistral, 1976, Pág 79

¹⁴⁵ Bullemore, Vivian, “Los Delitos Contra la Salud Individual”, Apuntes Derecho Penal 2 Parte Especial.Pág.46

violación del orden jurídico, es necesario de que la comprobación del hecho infrinja una norma; ésta comprobación es materia propia de la Tipicidad, es decir que haya una coincidencia del hecho cometido con la descripción abstracta, que es presupuesto de la pena que la ley contiene.¹⁴⁶

La Tipicidad, junto a la antijuridicidad más la culpabilidad, son los tres elementos que convierten una acción en un delito. Estos tres elementos están relacionados en forma lógica, tal es así que cada elemento posterior del delito, presupone el anterior.¹⁴⁷

Los hechos típicos se diferencian en el Derecho Penal, según si son realizados con culpa o dolo, lo que permite distinguir en delitos dolosos y delitos culposos llamados cuasidelitos.

En los delitos de tipo dolosos, la acción del sujeto se conduce a la realización final del hecho típico, el fin de la conducta que el sujeto emprende es justamente lesionar un bien jurídico determinado.

En los delitos culposos o cuasidelitos, se pena en cambio al que ejecuta una acción que en sí no es típica, pero a la que no se puso toda la diligencia a que se era capaz, con el fin de no producir resultados lesivos.¹⁴⁸

Los tipos (conducta señalada y penada por la ley) relacionados con la Responsabilidad Penal Médica, por el hecho culposo o cuasidelito y que requieren que el sujeto activo sea médico, son el artículo 491 y el artículo 494 N° 10 del Código Penal.

Es necesario distinguir el tipo penal de la tipicidad. El tipo penal es la descripción legal de la conducta prohibida u ordenada por una norma; la tipicidad es la cualidad del hecho concreto que se subsume en la descripción legal.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Bacigalupo, Enrique, "Derecho Penal Gral., El Tipo y la Tipicidad en General", Editorial Hammurabi, Argentina, Pág.219

¹⁴⁷ Welzel, Hans, "Derecho Penal Alemán", Editorial Jurídica de Chile, 1987, Pág.73

¹⁴⁸ Cury Urzúa, Enrique, "Derecho Penal Parte General", Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, Pág.275

¹⁴⁹ Bullemore, Vivian, Mackinnon, John, "Curso de Derecho Penal", Tomo II, Edit. Publishing, Pág.12

3.2.2. ANALISIS EN LA TIPICIDAD

Primeramente, con el objeto de reforzar el principio de legalidad, existe el tipo garantía donde se materializa el principio constitucional de legalidad y el tipo sistemático (o de adecuación), que se compone de la descripción de la conducta.

Los delitos culposos de comisión, obedecen a una estructura del tipo, en efecto está el tipo objetivo y el tipo subjetivo.

3.2.2.1. El Tipo objetivo: Exige que se realice una acción que supere el riesgo permitido y la imputación objetiva del resultado, esta acción debe ser evitable y además implica dicha acción un peligro que supere al riesgo permitido y este peligro se concrete en el resultado. En suma el tipo objetivo en delitos culposos de resultados, obedecen a una infracción del deber de cuidado (objetiva), que comprende una acción culposa que supera el riesgo permitido, lo que deriva a una imputación objetiva que a su vez llegará a un resultado cuando es exigible.

La acción culposa tiene modalidades que son: un verbo rector, que es aquel que está contenido en el tipo penal cometido en forma culposa, además contiene los sujetos que pueden ser sujetos activos o pasivos.

En la culpa el sujeto activo crea cursos causales riesgosos o altera cursos causales inocuos, para transformarlos en riesgosos; pero no tiene la finalidad específica para crear dicho riesgo.

El sujeto pasivo, es el que sufre la vulneración del bien jurídico (vida, salud individual) por la creación de cursos causales riesgosos o la alteración de cursos causales inofensivos que cambian a riesgosos.

Finalmente la modalidad de acción contiene el objeto, en el sentido que se trata de la persona o cosa, sobre la que recae la acción del sujeto activo (objeto material). Los bienes jurídicos protegidos por la ley penal mediante los tipos penales, constituyen el

objeto jurídico.

La tipicidad objetiva: contiene una conducta (acción) que obedece a una modalidad ya descrita, un nexo causal (imputación objetiva) y un resultado (cuando se exige).

Además la tipicidad objetiva, contiene elementos descriptivos y elementos normativos.

Es importante destacar, que el nexo causal o imputación objetiva, más el resultado son elementos del tipo objetivo en los delitos de resultado.

Cabe destacar que la *lex artis* médica, es considerada como elemento del tipo objetivo del tipo culposo del médico y que se infringe cuando se omite el control adecuado del curso causal, teniendo el poder para ser realizado, también se infringe creando riesgos no permitidos, previsibles y con conocimientos de riesgo, produciéndose por estos resultados típicos evitables y no deseados.

Se hace necesario precisar la diferencia que existe entre error médico y negligencia médica; ésta existe en la medida en que el error era evitable, como consecuencia de la falta de cuidado o dedicación.

3.2.2.2. El Tipo Subjetivo: En este tipo están los elementos cognitivos y volitivos. En el elemento cognitivo están la previsibilidad del resultado típico y el conocimiento del riesgo socialmente inadecuado y en el elemento volitivo están el saber el riesgo, que constituye la culpa consciente y el mero deber sin saber el riesgo que constituye la culpa inconsciente.

En la culpa consciente, el sujeto (médico) se representa el posible resultado, conoce el peligro que va a generar su actuar, pero igual actúa; confiando que el resultado será evitado.

En cambio en la culpa inconsciente, ni siquiera el sujeto se representa el resultado, no lo prevé, aunque es previsible. La culpa inconsciente, algunos autores la consideran

impune.¹⁵⁰

3.2.2.3. TIPIFICACIÓN DEL DELITO CULPOSO DEL MÉDICO EN EL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN:

Como se dijo anteriormente el artículo 490, figura esencial en materia de cuasidelito, castiga la imprudencia temeraria y el artículo 491, sanciona la negligencia culpable del médico, más el artículo 492, sanciona la mera negligencia. La imprudencia temeraria del artículo 490, se puede considerar similar a la negligencia culpable del artículo 491 y por lo tanto amerita la misma sanción. En este sentido la imprudencia profesional presente en el artículo 491, implica un mayor desvalor de acción en comparación con la mera negligencia, incluso con la temeraria, ya que el sujeto activo señalado en el artículo 491, es un profesional dotado de conocimientos superiores; sin embargo la penalidad del artículo 491 es igual a la del artículo 490, por lo tanto el tema de la penalidad del artículo 491 presenta una falencia.

Cabe señalar que en el texto penal chileno la imprudencia profesional no se ha contemplado genéricamente, lo que impide incluir en la norma (artículo 491) otro tipo de profesionales de este rubro, aunque existan iguales razones de penalidad. Por lo tanto el artículo 491 es más restrictivo que el artículo 490 y 492 del Código Penal, estos últimos no requieren una característica especial del sujeto activo, para configurar la imprudencia temeraria o la mera imprudencia o negligencia.¹⁵¹

En suma, el resultado exigido descrito en el artículo 490, requiere que éste sea un hecho que si mediare malicia importe un crimen o simple delito contra las personas (homicidio, lesiones graves y leves), mientras que el 491, sólo exige que ese resultado sea un mal a las personas y es posible suponer daños a la integridad corporal del hombre, por ejemplo

¹⁵⁰ Bullemore, Vivian, Mackinnon John, "Estudios Sobre La Parte General Del Derecho Penal, Capítulo II, Edit. Jurídica de Chile Pág.223 y "Curso de Derecho Penal, Teoría Del Delito", Tomo II, Edit. Legal Publishing, año 2007, Pág. 55-63

¹⁵¹ Etcheverry, Alfredo, "Derecho Penal, Parte General" Tomo IV, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, año 1998, Pág 344

las lesiones faltas. Sin embargo a pesar que las exigencias subjetivas (culpa) y objetivas (resultado), son menores en la disposición del artículo 491, que la del 490, ambas tienen la misma pena.¹⁵²

Teniendo presente la figura culposa del artículo 491 del Código Penal, que tipifica la conducta del médico en el ejercicio de su profesión, la doctrina señala que habrá responsabilidad cuasi delictual del facultativo cuando exista la concurrencia en forma copulativa de los siguientes elementos:

- 1.- El autor debe ser médico cirujano
- 2.- El agente debe encontrarse en un acto de ejercicio profesional
- 3.-La conducta debe causar daño a las personas
- 4.- El médico debe haber actuado culpablemente
- 5.- Existencia de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante.¹⁵³

3.2.2.4. CUASIDELITO DE HOMICIDIO EN EL ACTO MÉDICO

El homicidio simple que consiste en matar a otro sin que concurren las condiciones especiales que constituyen el parricidio, infanticidio u homicidio calificado, se contempla en el artículo 391 del Código Penal y como se desprende de este artículo, a saber “el que mate a otro y no esté contemplado en el artículo anterior, será penado”:. . . .

Se desprende del texto, que la acción de matar puede revestir cualquier modalidad.¹⁵⁴

En la legislación chilena no se ha tipificado el homicidio imprudente en forma específica, por tanto en los casos de homicidio imprudente cometidos por médicos en el ejercicio de su profesión, existen tres normas penales que se relacionan: el artículo 491 inciso primero (negligencia culpable del médico), el artículo 490 (que señala la penalidad

¹⁵² Campos Quiroga, Jaime, “Responsabilidad Médica De Carácter Culposo en La Legislación y Jurisprudencia”, Universidad de Concepción, Revista de Ciencias Penales Nº 174, año LI (Julio-Dic 1983), Pág.119
122. Ibidem, Pág. 120.

¹⁵⁴ Bustos R, Juan, “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, 2ª Edición, Barcelona España, Ariel 1999, Pág.24 y Politoff, Sergio; Grisolia, Francisco y Bustos Juan, “Derecho Penal Chileno”, 2ª Edición, Santiago Chile, año 2006, Pág 43

aplicable al caso) y el artículo 391 N° 2 (homicidio simple).

3.2.2.5. CUASIDELITO DE LESIONES

De las figuras de lesiones que el Código Penal sanciona, sólo son consideradas de comisión imprudente las propiamente tales (artículo 399), porque en ellas puede no existir el elemento subjetivo del tipo de lesiones con ánimo de maltratar o causar algún daño.¹⁵⁵

Todas estas figuras de lesiones, pueden ser cometidas por médicos en el ejercicio de su profesión, por la variedad de forma de comisión que estos tipos lo permiten y las características que tienen los resultados de las lesiones imprudentes, como todo cuasi delito requieren que no se haya querido ni buscado el resultado típico, sino que haya sido sólo previsible y evitable por el médico que actuó por medio de una conducta que se ajustó al deber objetivo de cuidado.¹⁵⁶

Interesa destacar que un médico va a ser responsable, cuando haya herido a su paciente como producto de la realización de una conducta no ajustada al cuidado legalmente debido.

3.2.2.6. EL ARTÍCULO 494 N° 10 DEL CÓDIGO PENAL CONSIDERADO FALTA

Este artículo castiga los actos culposos de los profesionales que enumera, entre ellos los médicos que no causen daño a las personas, a diferencia del artículo 491, el acto culposo del profesional no puede originar trastornos somáticos alguno en el paciente, es decir un hecho culposo sin daño a las personas, lo cual esto tiene un carácter preventivo y mejor hubiera sido que este artículo no se hubiera escrito, por la absoluta imposibilidad probatoria que conlleva su redacción.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Etcheverry, Alfredo, "Derecho Penal Parte Especial", Edit. Universitaria, Tomo III, Pág.126

¹⁵⁶ Ibídem, Pág 127

¹⁵⁷ Fuenzalida, Alejandro, "Concordancias y Comentario al Código Penal Chileno", Lima, Imp. Comercial , año 1883

3.2.2.7. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

En los casos de delitos culposos de resultado, pueda ser en forma normativa atribuido a la acción descuidada o imprudente y esto se determina por medio de una operación mental, que consiste en sindicarse imputable a la acción el resultado, si de haber existido el cuidado que la ley exige, dicho resultado no se hubiese producido.

Existen criterios de imputación a saber: el incremento del riesgo, el ámbito de protección de la norma y el criterio de la evitabilidad.¹⁵⁸

Toda producción de un resultado que no se lleve a cabo, por lo menos por un comportamiento imprudente, debe considerarse como fortuito y por lo tanto se debe excluir del ámbito penal. Tanto la previsibilidad objetiva y lesión de la diligencia de vida, más los criterios del incremento y realización del riesgo, más el fin de protección de la norma, son elementos del tipo de injusto del delito imprudente, por tanto si no se dan, no se puede hablar de presupuesto de una responsabilidad a título de imprudencia.¹⁵⁹

Se puede decir que la conducta objetivamente imprudente, o sea la que se realiza sin la debida diligencia que crea o aumenta en forma ilegítima el peligro que un resultado se produzca, es junto con la relación de causalidad el fundamento y base de la imputación objetiva del resultado, que pertenece por lo tanto a la esencia de la imprudencia.¹⁶⁰

3.2.2.8 EL ERROR DE TIPO

“...Habiendo errado el sujeto activo en la representación de uno de los elementos del tipo objetivo del delito culposo, en el caso de la culpa consciente, subsistirá el deber de cuidado y si esta conducta es sancionable a título de imprudencia inconsciente, o culpa sin representación”.... “un error a nivel de tipo subjetivo del delito culposo o culpa con representación, error que se produce en el elemento cognitivo se traduce, siendo éste

¹⁵⁸Bullemore, Mackinnon, “El Delito Culposo y Cuatro Asuntos Problemáticos”, Revista Procesal Penal, Lexis Nexis Chile, Diciembre 2005, Pág. 15

¹⁵⁹ Muñoz Conde, Francisco, “Teoría General Del Derecho”, Cuarta Edición 2007, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch Pág. 92-93.

¹⁶⁰ Ibídem, Pág.88

vencible o invencible, en la impunidad de la conducta, dejando subsistente sólo la responsabilidad civil, allí donde la haya”.¹⁶¹

Se puede sostener que si el error médico no constituye una conducta ni culposa ni dolosa, no se originará responsabilidad. Si en el accionar equivocado del médico, ha existido error, se descarta el dolo, ya que éste requiere una intención para llegar al resultado y también se descarta el actuar culposo, porque la culpa se conforma por una conducta imprudente, negligente o carente de la expertis del médico.

Si existe error de la ciencia, pero no del profesional, éste es el único error que puede existir en la profesión médica como tal; los otros resultados no son errores, sino producto de un actuar culposo del facultativo.¹⁶²

“El concepto del fallo técnico o error profesional, no implica por sí mismo una valoración penal”. “Es posible la existencia de un fallo técnico sin que paralelamente el deber de cuidado haya sido violado. La falla técnica, se dice, o el error profesional, es un concepto Científico y no implica eo ipsu la culpa, que es lo jurídico, situación que, por otra parte en más de una ocasión se origina fortuitamente. Lo decisivo en derecho no es tanto el error en sí, sino la causa del error”.¹⁶³

Para que nazca responsabilidad culposa, se requiere: a) la existencia de un actuar voluntario, b) una acción u omisión que lleve a un resultado antijurídico, c) que el resultado sea previsible, d) existencia de la obligación de preverlo y e) relación causal entre la acción u omisión y el resultado típico.¹⁶⁴

También es muy importante destacar la tipificación por omisión de un facultativo con resultado de muerte.

¹⁶¹ Bullemore, Mackinnon, “Curso de Derecho Penal”, Tomo II, Edit. Legal Publishing, Pág. 63- 64

¹⁶² Besa Alonso, Rosario, “Validez Jurídica De Los Acuerdos De Exoneración Preventiva De Responsabilidad Médica” TUC, Octubre 2000, Pág. 64- 65

¹⁶³ Künsemüller, Carlos, Ob. Citada, Pág. 266

¹⁶⁴ CS, 15 De 2008, Rol 7070-2007

Al respecto existe una sentencia muy importante que se refiere a la conducta homicida de un facultativo. En efecto en uno de los considerando el fallo señala lo siguiente: “El derecho no es una ciencia exacta, sino una que se basa en lo razonable y en lo que es justo”.... “No se pida demostraciones irrefutables en el campo de la causalidad cuando se sancionan los 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.....”.Y agrega el fallo que “El autor argentino Enrique Bacigalupo ha demostrado en su libro a cerca 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.”¹⁶⁵

3.2.2.9. ATIPICIDAD

“El tipo penal se excluye cuando la conducta no se puede atribuir a el objetivo y subjetivamente. Deben afirmarse grandes juicios de atribución para calificar de típico un comportamiento”.¹⁶⁶

Existe una causa interesante relacionada con la atipicidad y reza lo siguiente: “Los elementos subjetivos del tipo, forman parte obviamente de un elemento estructural del delito, cual es la Tipicidad (en este caso subjetiva) de suerte tal que si faltan, falta la tipicidad y consecuentemente no hay delito”.¹⁶⁷

3.3. ANTIJURÍDICIDAD

3.3.1 CONCEPTO

La antijuridicidad se puede definir como la realización del tipo sin esta especialmente autorizado. Una conducta típica posee un carácter indiciario de la Antijuricidad, por lo que la conducta si es típica, no necesariamente puede ser a su vez antijurídica.

¹⁶⁵ CS 28 de Enero 1999, Recurso de Casación en el Fondo

¹⁶⁶ Vargas Pinto Tatiana, Ob. Citada Pág 89.

¹⁶⁷ TOP De Concepción, 2 de Diciembre de 2004, Ruc: 0400046860-1

La antijuridicidad como concepto, es ausencia de causales de justificación, que autoricen que una determinada conducta típica se realice. Por tanto este elemento del delito (antijuridicidad), es estudiar fundamentalmente las causas de justificación que deben estar ausente para sostener que una conducta típica se antijurídica.

de manera que el comprobar lo ilícito de una conducta, supone la demostración de la adecuación típica de la ésta y también comprobar la ausencia de alguna causal de justificación determinada.

La Antijuridicidad es un juicio de valor que proviene de las normas jurídicas de la acción típica.¹⁶⁸

Complementando el concepto, la Ilma. Corte de Apelaciones de Rancagua en un fallo se refiere a la antijuridicidad en los siguientes términos: “Los delitos, como se sabe, son hechos típicos, antijurídicos y culpables y la antijuridicidad admite dos variantes: una formal y otra material. La antijuridicidad formal consiste simplemente en que no medie una causal de justificación, pero la material consiste en que la conducta atente efectivamente-como lesión o como amenaza según los casos- contra el bien protegido.¹⁶⁹

Es aceptable que una conducta sea antijurídica, cuando pone en peligro o lesiona un bien protegido por la norma jurídico penal.

La antijuridicidad implica un juicio de valor que recae sobre la conducta humana, realizando los elementos descritos por el legislador, y que contradice la norma penal.¹⁷⁰

3.3.2. ANALISIS DE LA ANTIJURIDICIDAD

Cuando se habla de antijuridicidad se está en presencia de una conducta típica y en forma simultánea ausencia de causas de justificación que autoricen el realizar dicha

¹⁶⁸ Bullemore, Mackinnon, “Curso de Derecho Penal”, Tomo II, Edit. Legal Publishing Chile , Pág 81-82

¹⁶⁹ Corte de Apelaciones de Rancagua, 9 de Marzo 2007.

¹⁷⁰ Vargas Pinto Tatiana, Ob. Citada Pág 102.

conducta. La ausencia de causales de justificación, hace que se haga un análisis y estudio de cada causal de justificación, que debe encontrarse ausente para sostener que una conducta típica sea antijurídica.

En suma el tipo manda (delitos de omisión) o prohíbe (delitos de comisión), mientras que las causales de justificación autorizan la desobediencia del mandato o la prohíben si concurren determinadas circunstancias que ellas mismas indican.¹⁷¹

3.3.2.1. CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN

Son aquellas que ciertas circunstancias hacen desaparecer la llamada antijuridicidad.

Con respecto a la actividad médica se pueden señalar dos posibles causas de justificación:

1.- El ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber, que se contempla en el artículo 10 N° 10 del Código Penal. No sería antijurídica la conducta de un médico que actúa en función de su deber, autoridad o cargo, si lo realiza en el marco de los límites debido.

2.- El estado de necesidad: ésta causal de justificación está contemplada en el artículo 10 N° 7 del Código Penal. Dicha causal se origina de una situación de peligro respecto de un bien jurídico, que no puede evitarse, sino por la lesión de otro bien jurídico, por ejemplo amputar una mano para salvar la vida del paciente.

Este artículo exige que concurren las circunstancias siguientes:

1.- Peligro eminente del mal que se trata de evitar

2.- Que dicho mal sea mayor que el causado para evitarlo

¹⁷¹ Bullemore, Mackinnon, "Curso Derecho Penal", Tomo II, Legal Publishing, Pág.82.

3.- Que no haya otro medio para llevarlo a cabo y menos perjudicial para impedirlo.

3.4. CULPABILIDAD

3.4.1. CONCEPTO

La responsabilidad por las acciones antijurídicas es la culpabilidad. La culpabilidad no se agota en la relación de disconformidad sustancial entre la acción y el ordenamiento jurídico, sino que fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido que la acción antijurídica no la omitió, aun cuando podía omitirla.¹⁷²

También la culpabilidad es definida como la cualidad de la voluntad que la hace reprobable a los ojos del derecho y que es un requisito de la responsabilidad penal. El estudio de la culpabilidad se orienta a solucionar dos cuestiones esenciales: a) hasta qué punto puede decirse que un hecho pertenece subjetivamente a una persona y b) hasta qué punto el derecho puede reprochar a esa persona el haber realizado ese hecho.¹⁷³

También la culpabilidad sería el reproche a la conducta típica y antijurídica de su autor, basada en que pudo haberse sometido al mandato y prohibición del Derecho y no lo hizo.¹⁷⁴

La culpabilidad penal no se concibe como un sentimiento ético o psicológico, es la capacidad y posibilidad de comprender el injusto y de adecuar la conducta conforme a dicha comprensión.¹⁷⁵

Otro concepto interesante de culpabilidad, es el que sostiene el autor argentino Bacigalupo, quién dice: que la culpabilidad está constituida por un conjunto de

¹⁷² Welzel, Hans, "Derecho Penal Alemán", Edit. Jurídica de Chile, 1987, Pág 197.

¹⁷³ Garrido Montt, Mario, "Derecho Penal Parte General", 5ª Edición, Edit. Jurídica de Chile, 1998, Pág.270.

¹⁷⁴ Ob. Citada. Pág 124

¹⁷⁵ Bullemore, Mackinnon, "Curso de Derecho Penal", Tomo II, Edit. Legal Publishing, Pág.109

condiciones que determinan que el autor de una acción que ha sido típica y antijurídica sea criminalmente responsable de dicha acción.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Bacigalupo, Enrique, Ob. Citada, Pág. 413

3.4.1.1. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

En la concepción clásica del delito se reunía toda la subjetividad de éste, y se concibe como un vínculo psicológico que se traduce en dolo o culpa entre el autor y su hecho ilícito. Posteriormente la concepción neo clásica del delito, la culpabilidad se transforma en un concepto de carácter normativo, pero no se abandona la idea del vínculo psicológico como elemento naturalista de ella; se agrega el nuevo elemento de la normalidad de las circunstancias.

Posteriormente existe la concepción finalista, donde se produce un gran avance en que convierte la culpabilidad en un concepto normativo exclusivo; se mantiene la imputabilidad como presupuesto de la culpabilidad, se agrega el nuevo elemento de la normalidad de las circunstancias concomitantes que rodean el hecho, pero el dolo y la culpa se extraen de la culpabilidad y se alojan en la tipicidad como elemento del tipo subjetivo de ella.

En consecuencia, el dolo y la culpa integran el llamado tipo subjetivo.

Esta concepción finalista del elemento del delito (la culpabilidad), trae consecuencias como una clara distinción entre el error de tipo, que se refiere a los elementos objetivos del tipo penal (que afecta el elemento cognoscitivo del dolo en el tipo subjetivo) del error de prohibición que recae sobre los elementos objetivos de las causales de justificación (y afectando a la conciencia de la ilicitud en la culpabilidad).¹⁷⁷

¹⁷⁷ Bullemore, Vivian, "La Culpabilidad", Apuntes de Derecho Penal Parte General, Pág 2 y 3

3.4.2. ANALISIS DE LA CULPABILIDAD

Primeramente la culpabilidad tiene una gran importancia como elemento del delito, por las funciones conocidas que son:

a) El principio de culpabilidad: Éste tiene que ver con la garantía constitucional y los límites a *yuspuniendi*. Consiste en que la persona sólo se castigará si se considera culpable o exista un juicio de reproche.

b) Fundamento de la Pena: Basado en que sin culpabilidad no hay pena. c) Medida de la Pena: Ésta será más o menos severa, dependiendo del grado o intensidad de reproche jurídico penal, dirigido al sujeto por su injusto.¹⁷⁸

3.4.2.1. ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD

La culpabilidad se estructura sobre la base de tres elementos:

A) Capacidad de comprenderla ilicitud (capacidad de culpabilidad o imputabilidad)

b) Conocimiento de la ilicitud (conciencia de la antijuridicidad y del error de prohibición)

c) Exigibilidad de la conducta (circunstancia que excluye el reproche de culpabilidad).¹⁷⁹

3.4.2.2. ELEMENTOS DE LA CULPABILIDAD

3.4.2.2.1. IMPUTABILIDAD

Es la posibilidad de realizar actos culpables y las personas que pueden realizarlo se denominan imputables, Mezger la define como “la capacidad de cometer culpablemente

¹⁷⁸ *Ibidem*, Pág 3

¹⁷⁹ Bacigalupo, Enrique, Ob. Citada Pág. 423-424

hechos punibles”. Las causales de imputabilidad en la ley chilena pueden sintetizarse como expresa Novoa, en la fórmula tradicional “falta de mente sana y madura”

3.4.2.2.2. CONCIENCIA DE LA ANTIJURIDICIDAD

Puede ser que el autor en su actuar debe tener conciencia de que su acción es antijurídica, no conforme a derecho. Además el agente debe tener conciencia de que en las circunstancias específicas en que obra, no está cubierta por una causal de justificación.

La conciencia de la antijuridicidad en la ley chilena, en la generalidad de la doctrina nacional, admite que no hay responsabilidad penal sin conciencia de la antijuridicidad;

salvo que la ignorancia de la misma, provenga de culpa de la gente, en que podría a pesar de ésta subsistir un grado de responsabilidad.

3.4.2.3. EXIGIBILIDAD DE LA CONDUCTA

Este elemento requiere la no existencia de las causales: miedo insuperable, fuerza irresistible y obediencia de vida.¹⁸⁰ Complementando los elementos de la culpabilidad, se puede sostener que la imputabilidad es la consideración general de la capacidad del sujeto, para someterse a los mandatos y prohibiciones de la norma penal. Relacionado con este elemento, existe una causa interesante en la jurisprudencia.¹⁸¹

El otro elemento, la conciencia de la antijuridicidad se vincula con las facultades intelectuales o cognoscitivas ya no como aptitud, sino desde el caso concreto. El autor ha

¹⁸⁰ Garrido Montt, Mario, Ob. Citada Pág. 278, 295,347y ss.

¹⁸¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de abril 2006, Rol: 513-06

de conocer lo injusto de su comportamiento en concreto. Con respecto a este elemento, existe una causa en un Tribunal Oral.¹⁸²

Cabe destacar en este elemento la importancia del error de prohibición que no se refiere al conocimiento de la ley, sino a la prohibición de la conducta típica y puede recaer en la prohibición general de la conducta o en algunas autorizaciones específicas (causas de justificación). Existe una causa en que el sujeto sabe perfectamente la acción que realiza y el resultado de ella, en lo que se equivoca es sobre la significación jurídica de su acto, en cuya licitud cree, pero que en realidad está prohibido.¹⁸³

El último elemento que es la exigibilidad de la conducta conforme a derecho; el sujeto no pudo determinarse de acuerdo a su comprensión por la fuerza de las circunstancias. No era libre para decidir pese a su comprensión; la conducta sigue siendo antijurídica ya que se infringe la norma, sin embargo el Derecho comprende su infracción dada las condiciones anormales especiales y no le exige otro comportamiento. Existe una causa relacionada con este elemento.¹⁸⁴ Por tanto existen circunstancias anormales que el Derecho considera como causas de inexigibilidad de una conducta conforme a la norma¹⁸⁵.

¹⁸² Tribunal Oral de, Puerto Montt, 20 de Diciembre 2006, Ruc: 0500690405-1

¹⁸³ TOP de Angol, 18 de Enero 2006, Ruc: 500178322-1

¹⁸⁴ TOP de Talca, 08 de Enero de 2004, Ruc: 0300066022-0

¹⁸⁵ Vargas Pinto, Tatiana, Ob. Cit. Pág. 128- 138

3.4.3. VALORACIÓN DE LA CULPABILIDAD

En el delito culposo (negligencia médica), la culpabilidad incide esencialmente en determinar de sí existía o no la posibilidad de obligar al sujeto, que en la circunstancias reales que enfrentó, se ciñera a las exigencias del deber de cuidado.

Algunos doctrinarios sostienen que el resultado en el delito culposo, sería una condición objetiva de punibilidad, no sería un elemento del tipo objetivo, porque la desvaloración es la acción imprudente y no el resultado, su producción no tiene consecuencias en la gravedad del hecho, la pena siempre es la misma; esta opinión es discutible.

En varias sentencias se vislumbra una preocupación sobre la constatación del nexo causal, entre el comportamiento sindicado de negligente y el resultado; en la generalidad se exige la comprobación con características de certeza casi absoluta, recurriendo al conocido sistema de la supresión mental hipotética, o sea eliminada mentalmente la condición (el error o el descuido del facultativo) desaparece también el resultado, es decir la muerte o lesión del paciente.

Lo señalado anteriormente hace muy difícil establecer el tipo penal culposo, en especial cuando el resultado ha sido la muerte y esto es porque la medicina es ciencia conjetural de probabilidades; teniendo presente esto, se deduce que probar en forma categórica que aquella negligencia provocó la muerte, es casi imposible.

Es muy importante en la valoración de la culpabilidad del médico en ejercicio en situación de urgencia, cuando se le acusa por una negligencia o imprudencia, generalmente el sentenciador no logra solamente apreciar la situación concreta del error del facultativo, de acuerdo a lo establecido por la *lex artis*, sino que toma en cuenta de manera muy especial las diferentes circunstancias de hecho acaecidas, tales como la

posible emergencia que enfrentó el facultativo, la carencia de medios adecuados, la falta de personal idóneo colaborador, carencia de instrumental y medicamento y hasta el estado de cansancio físico del profesional que tuvo que actuar en emergencia estando solo.

La responsabilidad del profesional (médico) en relación a su actuar culposo, se analiza su conducta valorándola, teniendo presente los elementos de prueba que se presentan en los procesos de cuasidelito y que son apreciados de acuerdo a las reglas del código de enjuiciamiento.

Son muy importantes a la hora de evaluar la conducta del facultativo los informes periciales, que se evacuan por los peritos y que se aprecian conforme a las reglas de la sana crítica (lógica, experiencia y las máximas de los conocimientos científicos).

Es muy trascendente destacar que en el ejercicio de la ciencia médica, existe la carencia de normas o reglas intermedias, que regulen el ejercicio de la actividad médica, como existe en otras áreas, como la económica, la administrativa o la correspondiente al tránsito público.¹⁸⁶

Además de lo difícil que es para el sentenciador, valorar la culpabilidad del médico, más aún si éste está en situación de urgencia, se agrega que el delito culposo se somete a leyes penales abiertas, es decir en que la hipótesis queda entregada al propio juez que debe aplicarla, tal es así que el material de relleno no proviene indirectamente de una ley, sino del arbitrio judicial y el propio Welzel dice que en las leyes penales abiertas, “solamente una parte del tipo legal está escrita, mientras otra parte debe ser integrada por el juez mediante la complementación del tipo”.

¹⁸⁶Garrido Montt, Mario, “Derecho Penal Parte General”, 5ª Edición, Edit. Jurídica de Chile, 1998, Pág. 171 y “Responsabilidad del Médico y la Jurisdicción”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 13 N°2, Pág. 285-287

Es necesario establecer finalmente, que estos tipos abiertos se limitan por principio o teorías; a saber:

a) El principio de la insignificancia: en que los daños culposos no alcanzan a dar calidad al bien jurídico para requerir de una protección.

b) Teoría de los riesgos permitidos: Se trata de determinar cuál es el grado de riesgo lícito a que los bienes jurídicos pueden someterse en el tráfico social.

c) Teoría de la adecuación social: En que hay conductas, que aunque quedan subsumidas en la descripción del tipo, no logran constituir un injusto que merezcan pena, porque son toleradas por los usos y costumbres del medio, porque no revisten gravedad para el bien jurídico o por su utilidad para la comunidad. Algunos consideran a la adecuación social de una conducta como reveladora de atipicidad.¹⁸⁷

Finalmente la medida de la culpabilidad, limita la pena en su magnitud frente al delito culposo (negligencia médica).

¹⁸⁷ Bullemore, Mackinnon, "Curso de Derecho Penal", Parte General, Tomo I, Legal Publishing, 2010, Pág. 85 y 86.

CONCLUSIONES

La medicina para que se realice necesita de muchos saberes, pero simultáneamente es un arte, siendo su objeto el hombre y su variada y difícil realidad.

En la actualidad los grandes avances científicos, las grandes necesidades de acceder a la salud, es decir el deseo de lograr un equilibrio mental, físico y social. Esto ha puesto a los que ejercen la medicina en diversas situaciones, en que han cometido muchos aciertos, pero también grandes errores, descuidos y vulneraciones a la salud, integridad física y hasta la propia vida de un paciente. El determinar categóricamente dichas vulneraciones, más el deseo de obtener justicia para obtener reparación y que el sentenciador logre determinar dar a cada uno de lo suyo, constituye una tarea compleja y difícil. De esto se infiere a priori que el tema de negligencia médica, tiene causas profundas y variadas.

En los últimos tiempos la medicina se ha deshumanizado, con lo cual se ha perdido la relación médico paciente, lo que ha generado un sin número de demandas, querellas y conflictos contra médicos; todo lo cual reafirma la complejidad del tema de negligencia médica. Por este motivo, el propósito de esta tesis es determinar las principales razones de esta complejidad; para esto hemos tratado de realizar una amplia y categórica conceptualización de los términos ad- hoc. De esta manera hemos estructurado la tesis en tres capítulos.

En el primer capítulo se abordó ampliamente el concepto de Responsabilidad Penal Médica, sus elementos y clases, lo que encontramos fundamental para comprender el tema de Negligencia Médica.

Narramos un caso emblemático en la historia de las negligencias médicas, ocurrido en nuestro país, es el caso del insigne médico Lucas Sierra, que si bien salió sobreseído,

hubo opiniones bastante fundadas que manifestaron disconformidad con dicho fallo.

Se criticó la pericia, que sirvió de basamento al sentenciador para sobreseer al médico Lucas Sierra; se dijo que esta pericia fue inducida por el querellado y además que Lucas Sierra no tenía los conocimientos y expertis de un especialista en obstetricia.

Lo ocurrido a éste facultativo, se ha repetido en reiteradas ocasiones a otros médicos, es decir, la pericia se pone en duda y se cuestiona al médico por carecer de especialidad.

Damos a conocer además en este capítulo, la creación de la Institución de la Mediación, cuyo objeto es facilitar la relación médico paciente ante un conflicto, pero no ha tenido éxito, consideramos que el mediador no cuenta con todos los elementos idóneos para provocar un acercamiento a las partes, tales como ficha clínica, exámenes de laboratorios, epicrisis, realidad material de los hechos, es decir un conjunto de pruebas. Además la víctima (paciente) generalmente se encuentra desprotegida, ya que no dispone de una asesoría para dar a conocer sus reclamos a determinados procedimientos médicos.

Finalmente en este capítulo se da a conocer la importancia de la ética en el quehacer médico, la observancia de ésta por el profesional médico constituye a nuestro juicio, la principal medida de prevención a conflictos con el paciente y los principios bioéticos.

Es necesaria la existencia de un estándar ético médico, sujeto a los avances científicos, lo que debe ser respetado a cabalidad por el profesional de la medicina.

Somos partidarios que el Colegio que agrupa a los médicos, debe recordar sus facultades legales que disponía antes del año 1981, sin perjuicio que ante un determinado conflicto con el médico, el paciente que se dice afectado pueda recurrir a los Tribunales de Justicia.

En el segundo capítulo, manifestamos la complejidad del delito culposo cometido por el médico, donde no se puede con certeza singularizar dicho delito con frases abstractas presentes en el tipo penal.

Destacamos la forma de culpa inconsciente, la que se debe considerar como atipicidad,

pero si existe daño producido por esta culpa, debe ser tema abordado en sede civil.

Importante en esta capítulo es la *lex artis*, es decir el conjunto de principios y reglas consuetudinarias a las que el médico debe supeditarse. El médico siempre debe recordar que la infracción a la *lex artis*, es el fundamento de la culpa.

La llamada *lex artis*, debe ubicarse en el tipo penal y ocuparse de las causales de justificación.

Esta ley debido a que contiene aspectos normativos, que son susceptibles de ser o no ser respetado por el médico, es por esto que en el momento de investigar la actuación del médico, el respeto de estos aspectos normativos puede ayudar a dilucidar una solución a conflictos del quehacer médico.

Este capítulo da a conocer el concepto real del Consentimiento Informado; por su importancia se considera parte de la *lex artis*, pero la confección de un Consentimiento Informado, puede estar impecable, pero sí el médico no actúa acorde a la *lex artis*, en el acto médico que realiza ocasionando un resultado negativo para el paciente, igual existirá culpabilidad del profesional.

Muy importante es considerar al médico en situación de urgencia, en que no pueda obtener consentimiento del paciente por su estado de gravedad del tratamiento prescrito; en este caso el médico debe dejar expresa esta situación en la ficha clínica y regirse solamente por la *lex artis* acorde al tratamiento de urgencia.

En la información al paciente, deben darse a conocer los riesgos típicos y los que surjan con más frecuencia.

Al final de este capítulo destacamos, el concepto de acto médico, su ámbito y actos que nunca debe realizar el médico, como: provocar la muerte directa al paciente o practicar torturas. Además el acto médico en situación de urgencia, debe ser considerado al momento de juzgar al facultativo, analizando el caso concreto, las circunstancias que

circundan el acto médico de urgencia, lo cual servirá de base al sentenciador para formar su convicción y así analizará la exigibilidad de la conducta en la culpabilidad.

En el capítulo tercero, fluye del análisis detallado de los elementos del delito culposo del médico y del Bien Jurídico Protegido la complejidad de este tema (negligencia médica); debido a la existencia de una legislación penal deficiente, muchas veces la realidad de la ciencia la supera; en efecto los tipos que corresponden a los delitos culposos pertenecen a leyes penales abiertas, que tienen una característica común, siendo la hipótesis de hecho entregada al arbitrio del juez, es decir una parte del tipo es integrada por el juez, lo que afecta al principio de Reserva o Legalidad del Derecho Penal y al principio de Garantía que le corresponde al médico.

Con lo anterior se comprueba aún más la complejidad del tema Negligencia Médica, además se agrega que el cumplimiento de la lex artis médica, es determinado en un juicio principalmente por peritos, en que muchas veces sus informes son contradictorios, poco claros y extemporáneos. Todo lo cual incrementa lo complejo para resolver un conflicto de negligencia médica. Se puede corroborar esta complejidad en una causa de cuasidelito de homicidio por negligencia médica, que lleva trece años en estado de sumario con el sistema de Procedimiento Penal Antiguo. (Causa Rol 660-2002, 34º Juzgado del Crimen)

Sugerencias para Combatir la Complejidad del Tema Negligencia Médica:

1. Mejorar la legislación respecto del hecho culposo, en especial a la característica de ley penal abierta y adecuarla a los avances científicos.
2. La Mediación, mejorar sus funcionalidad dándole mejores medios con el objeto de acercar las partes.
3. Peritajes elaborados por los auxiliares de la justicia, mejorarlos en calidad, tiempo y forma.

¿Cómo lograr lo anterior?

A nuestro parecer, dotando al sistema de Jueces y Fiscales, con mejores conocimientos de base médica científica y esto se consigue con una mayor preparación de estos profesionales, para así abordar el conflicto médico- paciente, más a la formación universitaria del médico dotarla de sólidos conocimientos éticos.

Esto último, a nuestro juicio se logrará teniendo en cuenta los Principios de Bioética que el Derecho Penal Moderno actualmente está considerando y que deben permanecer en forma inmanente en el ejercicio profesional del médico.

BIBLIOGRAFÍA

1. BIBLIOGRAFÍA NACIONAL:

Acosta Ramírez, Vicente:

“De la Responsabilidad Civil Médica”, Edit. Jurídica de Chile, año 1990

Alessandri Rodríguez Arturo:

“De la Responsabilidad Extra Contractual en el Derecho Civil Chileno. Edit. Jurídica Ediar Conosur Ltda. 1983

Bullemore, Vivian; Mackinnon John:

1. “Curso de Derecho Penal”, Parte General, Tomo I, Edit. Legal Publishing, año 2010
2. “Curso de Derecho Penal”, Tomo II, Edit. Legal Publishing, año 2007.
3. “Estudios sobre la parte General del Derecho Penal”, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, Curso de Derecho Penal, Teoría del Delito”, año 2007.
4. “Del Consentimiento Informado: de la Lex Artis Médica y la Relación Médico - Paciente”, Edit. Jurídica de Chile, año 2005.

Bustos R, Juan:

“Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, 2ª Edición, Barcelona, España, año 2006.

Código de Ética del Colegio Médico de Chile:

“Declaración de Principios”, año 1983.

Código Penal:

Artículo 491. Edit. Jurídica Manuel Montt S.A., Edición 1999, Santiago Chile.

Cornejo Loyola, Hernán:

“La Responsabilidad Cuasi delictual del Médico”, Santiago 1945.

Cousiño Mackiver, Luis:

“Manual de Medicina Legal”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1962.

Cury Urzúa, Enrique:

“Derecho Penal Parte General”, Edit. Jurídica de Chile, Santiago 1982.

Etcheverry, Alfredo:

1. “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, Edit. Jurídica de Chile 1999.
2. “Derecho Penal”, Edit. Gabriela Mistral, año 1976.
3. “Derecho Penal”, Parte General, Tomo IV, Edit. Jurídica de Chile 1998.

Figueroa Yáñez, Gonzalo:

“Curso de Introducción a la Bioética”, Impresos Facultad de derecho Universidad de Chile, año 2004.

Garrido Montt, Mario:

1. “Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito”, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, Año 1992.
2. “Derecho Penal Parte General”, 5ª Edición, Edit. Jurídica de Chile, año 1998.
3. “Derecho Penal Parte General”, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, año 2007.
4. “Derecho Penal Parte General”, Tomo II, Edit. Jurídica de Chile, año 1998.

Mifsud, Tony S.J:

“El Respeto Por la Vida Humana”, Tomo II, Impresos Talleres Gráficos Pía San Pablo, año 1993.

Paillás, Enrique:

“Responsabilidad Médica”, Edit. Conosur, año 1997

Paillás, Enrique y Silva Cimma, Enrique:

“Derecho Administrativo Chileno y Comparado el Control Público”, Edit. Jurídica de Chile año 1994.

Politoff, Sergio; Grisolia, Francisco y Bustos Juan:

“Derecho Penal Chileno, 2ª Edición, Santiago Chile, año 2006.

Quintana Letelier, Bárbara y Muñoz Sepúlveda, Carlos:

“Responsabilidad Médica”, Edit. Jurídica La Ley, año 2004.

Romo Pizarro, Osvaldo:

“Medicina Legal, Elementos de Ciencias Forenses”, Santiago, Edit. Jurídica de Chile, año 1992.

Tecke, Alberto:

“Medicina Legal”, Santiago, Edit. Mediterráneo, año 1993.

Vargas Pinto, Tatiana:

“Manual de Derecho Penal Práctico”, Edit. Abeledo Perrot, Legal Publishing, año 2010.

2. BIBLIOGRAFÍA EXTRANJERA

Bacigalupo, Enrique:

“Derecho Penal, el Tipo y la Tipicidad General”, Edit., Hammurabi, Argentina, año 1999.

Beauchamp, Tom L y Childress, James F

“Principios de ética biomédica”, Edit. ISBN, Barcelona: Masson, c 1998.

Beauchamp, Tom L y McCullough, Laurence B.

“Ética Médica”, Las Responsabilidades morales de los médicos, Edit. Labor, S.A.- Calabria, 235-239-08029 Barcelona (1987).

Bolados, Jorge:

1. “Los Médicos y el Código Penal”, Edit. Universidad, Buenos Aires, año 1981.
2. “Responsabilidad Profesional de los Médicos”, Edit. Universidad, Buenos Aires, Argentina, año 1986.

Carrasco Gómez, Juan José:

“Responsabilidad Médica y Psiquiatría”, Universidad Complutense, Madrid, Médico Forense, Edit. Colex, año 1990.

Fuenzalida, Alejandro:

“Concordancia y Comentario al Código Penal Chileno”, Impresos Lima Comercial, Perú, año 1983.

García Maañón, Ernesto:

“El Homicidio Simple y Homicidio Agravado”, Edit. Universidad, Buenos Aires, Argentina Año 1980.

Gafo, J:

“Nuevas Perspectivas de la Moral Médica”, Imp.EE Madrid, año 1978.

Haring, B:

“Moral y Medicina”, Impresos en Madrid, España: P.S, año 1977

Martínez-Calcerrada y Gómez L:

“Derecho Médico”, Tomo I, Edit. Tecnos, España, año 1986.

Muñoz Conde, Francisco:

“Teoría General del Derecho, 4ª Edición. 2007, Valencia, España, Edit. Tirant Lo Blanch.

Riú, Jorge Alberto:

“Responsabilidad Profesional de los Médicos” (Aspecto, Penal, Civil y Deontológico), Jurisprudencia, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, año 1981

Romeo Casabona, Carlos María:

“El Médico ante el Derecho”, Edit. Bosch, España, año 1986.

Sánchez, Miguel:

“Historia, Teoría y Método de la Medicina, Introducción al Pensamiento Médico”, Edit. Masson, Barcelona, España, año 1998.

Welzel, Hans:

“Derecho Penal Alemán”, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, 12 Edición, año 1987.

3. BIBLIOGRAFÍA DE: REVISTAS, PERIODICOS, JURISPRUDENCIAS, TESIS Y OTROS

Revistas:

Bello, Juan Carlos:

“Comentario de un Fallo, en Revista Falmed, Impresos Quebecor World Chile S.A. Abril 2010.

Besio Rollero, Mauricio:

“Sobre el Acto Médico”, en Revista Bioética, Pontificia Universidad Católica de Chile, Año 2003.

Bullemore; Mackinnon:

1. “Los Delitos Culposos”, en Revista Procesal Penal, Edit. Lexis Nexis Chile, año 2005.
2. “El Delito Culposo y cuatro asuntos problemáticos”, en Revista Procesal Penal, Edit. Lexis Nexis Chile, año 2005.

Campos Quiroga, Jaime:

“Responsabilidad Médica de carácter Culposo en la Legislación”, Jurisprudencia, Universidad de Concepción, en Revista de Ciencias Penales N° 174 año LI, Julio-Diciembre de 1983.

Cury Urzúa, Enrique:

“Contribución al estudio de la Responsabilidad Médica por hechos Culposos” (Cuasidelito), en Revista Ciencias Penales, 3ª época 1978, 1981 Tomo XXXVII, Vol. 2, Instituto Ciencias Penales.

Etcheverry, Alfredo:

“Tipos Penales aplicables a la Actividad Médica”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 13 Pontificia Universidad Católica de Chile, año 1986.

Garretón Silva, Alejandro:

“La Negación de la Medicina”, en Revista Médica, Colegio Médico de Chile, Edit. Vida Médica de Chile Vol. XXVI, año 1977.

Garrido Montt, Mario:

“Responsabilidad del Médico y la Jurisdicción”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, ISSN0716 0747, Vol. 13 N° 2, año 1986.

Guzmán Vial, Manuel:

“Opinión sobre Eutanasia”, en Revista Médica, Colegio Médico de Chile, Edit. Vida Médica de Chile Vol. XXVI, AÑO 1977.

Iramain, Ignacio:

“Opinión sobre la Tecnologización de la Medicina”, en Revista Falmed, año 2012.

Künsemüller, Carlos: “Responsabilidad Penal del Acto Médico, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 13 N° 2, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Año 1986.

Ochoa, Raúl:

“Las Complejidades a las que se enfrentan los Fiscales”, en Revista Falmed, Impresos Quebecor, Enero 201.

Ortiz P, Armando (Médico Cirujano), Urdiles P, Patricio:

“Consentimiento Informado”, en Revista Falmed Chile, Publicación Oficial, Impresos Quebecor, Mayo 2011.

Pacheco, Magali (Médico):

“Los Desafíos Frente a la Judicialización de la Medicina”, Impresos Quebecor World Chile, en Revista Falmed, Enero 2012.

Pérez Olea, Jaime:

“Revista Penal del Médico en la Práctica Profesional”, Revista Médica de Chile, año 1981.

Salas, Isabel:

¿El Fin de la Mediación en el Sistema Público?, en Revista Falmed Chile, Impresos Quebecor, año 2012.

Simón Lorda, P. Concheiro:

“El Consentimiento Informado Teoría y Práctica”, en Revista Medicina Clínica, año 1993.

Tecke Schicht, Alberto:

“El Acto Médico como Fuente de Responsabilidad Penal”, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 13 N° 2, Santiago, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, año 1986

Periódicos y Artículos.

Colegio Médico de Chile (AG):

“Normas y Documentos Ética Médica” (artículo).Edit. Graphos Comunicaciones Ltda. Año 1986.

Colegio Médico de Chile (AG):

“Normas y Documentos Ética Médica”, Código de ética, Título 2 Artículo 24, Edit. Antártica, año 1986.

Inostroza, Nivaldo; Von Bernhardt, Rommy; Shand, Beatriz:

“Un Artículo que Frena la Investigación”, Periódico “Visión UC.”, Mayo 2013.

Rosselot, Eduardo:

¿A qué se refiere el Consentimiento Informado”, Periódico “El Mercurio”, Diciembre 2008?

Jurisprudencias Nacionales

1. Jurisprudencia, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 21 de Julio de 1998.
2. Jurisprudencia (Sentencia), de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, 09 de Julio de 1929, en Jurisprudencia al día N° 33.
3. Jurisprudencia, Materia Penal, Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 7205-85.
4. Jurisprudencia (Sentencia), de la Corte de Apelaciones de Talca, 28 de Julio 2006, Ruc: 0400271589-4.
5. Jurisprudencia (Sentencia), de la Corte de Apelaciones de Rancagua, 08 Marzo 2007.
6. Jurisprudencia (Sentencia), TOP de Puerto Montt, 20 de Diciembre 2006, Ruc: 0500690405-1.
7. Jurisprudencia (Sentencia), TOP de Angol, 18 de Enero 2006, Ruc: 500178322-1.
8. Jurisprudencia (Sentencia), TOP de Talca, 08 de Enero 2004, Ruc: 0300066022-0
9. Jurisprudencia (Sentencia), TOP de Concepción, 02 de Diciembre 2004, Ruc: 0400046860-1
10. Jurisprudencia (Sentencia), "Recurso de Protección", Rol: N° 478-2013
11. Jurisprudencia L.Leyton con González Quezada y otros, Causa 660-2002, 34° Juzgado del Crimen de Santiago de Chile.
12. Jurisprudencia (Sentencia Confirmatoria); Fallo del mes N° 332, Recurso de Protección, 28 de Julio 1986.
13. Jurisprudencia (Sentencia) Corte Suprema, 15 de Septiembre 2008, Rol: N° 7070-2007.
14. Jurisprudencia (Sentencia), Corte Suprema, 19 Enero 2005, Rol: 9-2003.
15. Jurisprudencia (Sentencia), Corte Suprema, 23 de Abril 2007, Rol: N° 6585-2005.
16. Jurisprudencia (Sentencia), Corte Suprema, 28 de Enero 1999, Recurso de Casación en el Fondo.
17. Jurisprudencia (Sentencia), Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de Abril 2006, Rol: 513-06

Jurisprudencias Extranjeras:

1. Jurisprudencia (Sentencia) citada por Fernández Hierro, José Manuel "Sistema de Responsabilidad Médica", Edit. Comares, Granada, España
2. Jurisprudencia (Sentencia) Penal 1983, Edit. Colex 1128, Madrid, España.

Tesis

Besa Alonso, Rosario:

"Validez Jurídica de los Acuerdos de exoneración Preventiva de Responsabilidad Médica", Tesis Universidad Católica de Chile (TUC) Octubre 2000, Profesor Guía: Ángela Vivanco Martínez.

Pizarro González, Jacqueline:

"La Responsabilidad en el Ejercicio de la Medicina", Análisis de Jurisprudencia, Tesis Universidad Católica de Chile (TUC), Julio 2004, Profesor Guía: Juan Agustín Castellón Munita.

García Cubillos, Alejandro Jesús

“Autonomía, Consentimiento y Eutanasia: en el principalismo de Beauchamp & Childress y en Derecho Penal”, Tesis Universidad de Chile, Santiago 2013, Profesor Guía Antonio Bascuñán Rodríguez.

Otros:

Bullemore, Vivian:

1. Apuntes Curso de Derecho Penal Especial, "Los Delitos contra la salud Individual", año 2003.
2. Apuntes Curso de Derecho Penal General, Universidad de Chile "La Culpabilidad", Tomo II, año 2000.

Colegio Americano de Médicos

"Manual de ética" 1998

Chomalí, K, Teresa:

"Elementos de la Teoría de Consentimiento Informado", Medwave, año 4 N° 1, Edición Enero 2004. Actas de Reuniones Clínicas "Más Vida".

Justiniano, Digesto., 9, 2 ,9 Pr1.

Real Academia Española:

Diccionario de la Lengua Española, Madrid 2001, Edic. II.