



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES
MEMORIA DE TÍTULO

PRINCIPIO DE CONFIANZA EN LA RESPONSABILIDAD PENAL

DERIVADA DEL ACTUAR DEL EQUIPO MÉDICO

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

MATIAS IGNACIO SANDOVAL SERRANO

Profesor guía: Lautaro Contreras Chaimovich

Santiago, Chile

2019

Esta memoria de grado ha sido desarrollada en el marco del proyecto Fondecyt de Iniciación número 1160021, “La determinación del deber de cuidado en los delitos culposos de resultado”.

ÍNDICE

RESUMEN.....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
1.- Planteamiento del problema.....	11
2.- Objeto de la investigación.....	12
3.- Finalidad de la investigación.....	14
4.- Método de la investigación.....	16
5.- Estructura general de la investigación.....	17
CAPÍTULO I	
I.- ORIGEN, UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO IMPRUDENTE Y FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA.....	19
1.- Origen del principio de confianza.....	19
a) Concepto y consecuencias del principio de confianza en el tráfico rodado.....	19
b) Límites al principio de confianza en el tráfico rodado.....	20
i) Circunstancias especiales, críticas o poco claras en la situación vial actual que suponen una peligrosidad elevada.....	21
ii) Casos de infracción frecuente a un deber de tránsito.....	21
iii) Situaciones de evidente infracción al deber de cuidado por terceros o de evidente falta de aptitud para participar en el tráfico.....	22
iv) Conductas propias contrarias a deber.....	23
2.- Ubicación sistemática del principio de confianza en la estructura del delito imprudente.....	25
a) Riesgo permitido y principio de confianza.....	25
b) Principio de confianza como criterio delimitador del deber de cuidado.....	28
3.- Fundamentación dogmática del principio de confianza.....	30
a) Principio de autorresponsabilidad.....	30
b) Ponderación de intereses. Solución correcta.....	32
CAPÍTULO II	
CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA A LA LABOR DEL EQUIPO MÉDICO.....	37

1.- Importancia de la vigencia del principio de confianza en la división del trabajo del equipo médico.....	37
2.- División horizontal del trabajo.....	39
a) Vigencia del principio de confianza en la división horizontal del trabajo.....	39
b) Presupuesto de la vigencia del principio de confianza en la división horizontal del trabajo.....	40
c) Límites al principio de confianza en la división horizontal del trabajo.....	42
i) Circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero o que no está en condiciones de cumplir correctamente con su labor.....	42
ii) Situaciones en que el deber de cuidado propio se define en atención al posible error de otro.....	44
iii) No consideración de otros límites.....	44
3.- División vertical del trabajo.....	46
a) División vertical del trabajo en sentido ascendente.....	46
i) Vigencia del principio de confianza en la división vertical del trabajo en sentido ascendente.....	46
ii) Límites del principio de confianza en la división vertical del trabajo en sentido ascendente.....	47
b) División vertical del trabajo en sentido descendente.....	48
i) Vigencia del principio de confianza en la división vertical del trabajo en sentido descendente.....	48
ii) Delegación de actividades en el personal de colaboración.....	49
iii) Deberes de elección, instrucción y supervigilancia.....	50
aa) El deber de elección.....	50
bb) El deber de instrucción.....	52
cc) El deber de supervigilancia.....	52
iv) Actividades propias del personal de colaboración.....	53
v) Situación del médico tutor en el proceso de especialización.....	54
c) Límites al principio de confianza en la división vertical del trabajo descendente.....	57
III.- CONCLUSIONES.....	59

RESUMEN

En la presente memoria se analiza la ubicación del principio de confianza en la estructura del delito, con especial detención en su relación con el riesgo permitido. Seguidamente se estudia el fundamento del mentado principio, tanto desde la óptica de la autorresponsabilidad como de la perspectiva de la ponderación de intereses. Luego, se examinan los presupuestos y limitaciones al principio de confianza como criterio delimitador del deber de cuidado de los miembros del equipo médico. Para ello, se distingue entre la división horizontal y división vertical del trabajo. En lo relativo a la división horizontal, se pone énfasis en la clara delimitación de los ámbitos de responsabilidad que debe concurrir para su vigencia, y también se explican sus limitaciones. En el ámbito de la división vertical del trabajo, se diferencia la que opera en sentido ascendente de la que se halla en sentido descendente. Sobre la primera se expresan las similitudes en lo referido al presupuesto y límites con la división horizontal del trabajo. En cuanto a la división vertical en orden descendente, se expone acerca de la delegación de funciones en el personal de colaboración, y de los deberes de elección, instrucción y supervigilancia, cuyo cumplimiento es necesario para la vigencia de la confianza.

I.- INTRODUCCIÓN

1.- Planteamiento del problema

En la sociedad actual existe un alto grado de especialización en las funciones que cada persona desempeña¹. Esta situación trae consigo la división del trabajo en el marco de muchas actividades. La labor médica no está exenta de esta división. En ella con absoluta frecuencia intervienen varias personas, de forma sucesiva o simultánea, por lo que es procedente hablar, en definitiva, de un equipo médico o equipo de salud².

La división del trabajo en la actividad médica trae beneficios relacionados con la eficiencia y la seguridad, dado que permite que cada integrante del equipo de salud pueda enfocarse en su tarea sin tener que revisar constantemente la labor de los demás³. No obstante, esta forma de trabajo igualmente genera riesgos, como la falta de comunicación entre los intervinientes del procedimiento⁴. También puede ocurrir que se confíe en el correcto desempeño de la labor del otro y se descuide la propia. Estos riesgos pueden realizarse en una afectación a los bienes jurídicos vida y salud de las personas producto de un obrar imprudente de uno o más miembros del equipo médico.

Una materialización de los riesgos podría tener lugar, por ejemplo, si el médico antes de cerrar la cavidad abdominal de un paciente, le pregunta a la arsenalera designada para el recuento de instrumentos si tiene todas las compresas utilizadas en la intervención quirúrgica, la arsenalera le responde afirmativamente, sin embargo, faltaba una y quedó alojada al interior del paciente. La situación puede ser más compleja si intervienen más personas, así, si un (1) médico prescribe en la ficha clínica la administración de dos medicamentos, uno de ellos por vía intravenosa y el otro por

¹ FEIJÓO, BERNARDO, "El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas", *Revista de derecho penal y criminología* (2000), 55.

² MARAVER, MARIO, *El principio de confianza en el Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva* (Santiago: Thomson Reuters, 2009), 99; De manera similar, referido a la intervención de varias personas en la intervención quirúrgica, utiliza la expresión "equipo de médicos especialistas (...) y auxiliares sanitarios": JORGE, AGUSTÍN, "Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica", *Estudios penales y criminológicos* (1989-1990), 168.

³ JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 170; ROSAS, JUAN, ""Caso "Imprudencia mortal en el equipo médico" SCA de Santiago, 3/04/2005, Rol N° 14193-05""", en *Casos destacados Derecho Penal - Parte General*, coord. Tatiana Vargas (Santiago: Legal Publishing, 2015), 142 ; CONTRERAS, LAUTARO, *Productos defectuosos y Derecho Penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto* (Santiago: RIL Editores, 2018), 47; FEIJÓO, "El principio de confianza", 55.

⁴ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 47.

vía intratecal. Al día siguiente, la (2) enfermera reúne ambos fármacos para que sean administrados por vía intratecal, la (3) auxiliar de enfermería le entrega los medicamentos a la (4) médica, quien los mezcla e inyecta por vía intratecal. A los pocos días el paciente muere.

Los ejemplos relatados no son casos hipotéticos, el primero de ellos ocurrió en Concepción el año 2001⁵. Mientras que el segundo tuvo lugar en Chillán el año 2012⁶. De esta manera, las situaciones en que cobra relevancia la determinación de responsabilidades por imprudencia de alguno de los miembros del equipo médico no se trata del estudio de un asunto puramente teórico, sino de una materia revestida de un interés práctico importante.

Si bien es cierto que en el siglo XIX el comentarista Joaquín Francisco Pacheco en España⁷, e incluso a principios del siglo XX autores como Adolf Chauveau, Faustin Hélie y Henri Robert en Francia⁸, sostenían derechamente la irresponsabilidad penal de los médicos, en la actualidad la protección por parte del Derecho Penal en casos de un actuar imprudente en la actividad médica es indiscutible. Pero de eso no se sigue que sea procedente sancionar a todo el equipo médico por un resultado lesivo⁹. De ahí surge la necesidad de delimitar los deberes de cuidado de cada uno participantes del equipo de salud, estableciendo bajo qué presupuestos se puede confiar en el correcto desempeño de la labor del otro, y cuáles son los límites de tal confianza.

2.- Objeto de la investigación

En los casos de responsabilidad penal por imprudencias en el actuar del equipo médico, es aplicable en primer término, el artículo 491 de nuestro Código Penal, que contempla de manera especial, una sanción para *“el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión”*. Sin embargo, este artículo no incluye a los demás miembros del equipo médico, como kinesiólogos, enfermeros o técnicos en enfermería, y en virtud del principio de legalidad que rige en materia

⁵ Sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 16 de Junio de 2009, ROL 5076-2008. Cons. 2° y 26°.

⁶ Sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Chillán con fecha 16 de Junio de 2017, RIT 6868-2013. Cons. 18°. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Chillán mediante sentencia de 19 Julio de 2017.

⁷ GARRIDO, MARIO, "Responsabilidad del médico y la jurisdicción", *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 13 (1986), 283.

⁸ KÜNSEMÜLLER, CARLOS, "Responsabilidad penal del acto médico", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13 (1986), 262.

⁹ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 48.

Penal, no parece adecuado extralimitarse de lo preceptuado taxativamente en la ley¹⁰, realizando una interpretación analógica para aplicar la disposición a personas que no cuenten con la profesión señalada. De esta manera, para los miembros del equipo médico no comprendidos en lo prescrito en el artículo citado, cobra relevancia lo preceptuado por el artículo 490 del Código Penal que sanciona al *“que por imprudencia temeraria ejecutar un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas”*, y que permite sancionar sin que medie dolo, conductas que lleven un resultado de homicidio o lesiones. A partir de estas disposiciones, queda en evidencia que la norma del artículo 491 del Código Penal exige un estándar de diligencia más elevado que el artículo 490 del mismo cuerpo normativo, cuestión que dificulta su aplicación por analogía a los miembros del equipo médico que no menciona, por constituir una regla menos favorable al hechor. Con todo, cabe precisar que no existe una clara línea en nuestra jurisprudencia acerca de la aplicación del artículo 491 a los profesionales de la salud no referidos por él¹¹. Por lo demás, tampoco existe acuerdo en la doctrina acerca del estándar de culpa al que hace alusión el artículo 491 del Código Penal mediante el uso de la expresión *“negligencia culpable”*. Así, Bustos sostiene que se trataría de un grado intermedio de culpa entre la imprudencia temeraria y la mera imprudencia o negligencia¹², mientras que Hernández la asemeja a la *“culpa leve”*¹³.

También es preciso el estudio del artículo 492 del mismo Código, que de manera más puntual castiga al que *“con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutar un hecho o incurrir en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o*

¹⁰ Sobre el principio de legalidad, Bustos sostiene que *“El Estado no puede exceder lo que está taxativamente señalado en la ley”*. BUSTOS, JUAN, *Obras completas. Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 2° Ed. (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2007), 379.

¹¹ Por una parte, la sentencia confirmatoria dictada por la Corte Suprema con fecha 16 de Junio de 2009, causa ROL 5076-2008, entiende que no resulta aplicable la disposición contenida en el artículo 491 del Código Penal para enfermeras, por cuanto en sus considerandos 5° y 6° fundamenta la sanción a una de ellas por la norma del artículo 490 del mismo Código, exigiendo imprudencia temeraria. Por otra parte, la sentencia de reemplazo dictada con fecha 19 de Enero de 2005 por la Corte Suprema, en la causa ROL 9-2003, condena por el delito del artículo 491 del Código Penal a una tecnóloga médica, sin entrar en una justificación acerca del carácter exhaustivo o no taxativo del precepto referido. Finalmente, en una reciente sentencia de fecha 4 de Octubre de 2018, ROL 3445-17-INA, el Tribunal Constitucional resolvió en fallo dividido (5 votos a favor y 3 en contra), rechazar la solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 491 del Código Penal a una enfermera.

¹² BUSTOS, JUAN, *El delito culposo* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995), 55.

¹³ HERNÁNDEZ, HÉCTOR, *“Artículo 2° “Comentario Héctor Hernández”*”, en *Código Penal Comentado – Libro Primero (Arts. 1° a 105)*, coord. Hector Hernández y Jaime Couso, (Santiago: Legal Publishing, 2011), 117.

simple delito contra las personas”, estableciendo así, una sanción por un estándar más bajo de culpa, pero exigiendo además una infracción de reglamentos.

Estas tres disposiciones, preceptúan delitos de resultado, que castigan conductas en diferentes grados de culpa y que tienen por finalidad la protección de los bienes jurídicos vida y salud de las personas.

Por lo tanto, el objeto de la investigación de esta memoria de prueba son los tipos penales contenidos en los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal, que entran en consideración en caso de imprudencia en el actuar de uno o más miembros del equipo médico.

3.- Finalidad de la investigación

Los tipos penales dispuestos en los artículos 490, 491 y 492 del Código Penal tienen un contenido de carácter general. Se limitan a establecer como requisito de conducta para su configuración el actuar con imprudencia temeraria, negligencia culpable y mera imprudencia con infracción de reglamentos, respectivamente. De esta manera, para el desarrollo de una actividad altamente especializada como la labor médica, las disposiciones mencionadas resultan por sí solas muy amplias y, precisamente por ello, su aplicación acarrea una serie de dificultades. Los preceptos no definen ni establecen criterios específicos para determinar los deberes de cuidado¹⁴. Dicho de otro modo, no resulta sencillo desprender de los tipos penales mencionados cuándo, en concreto, un actuar en el marco de una actividad médica puede ser catalogado como imprudente y cuándo no.

Para determinar los deberes de cuidado, y así lograr la concreción los injustos de conducta, se vuelve necesario acudir a criterios doctrinarios, normas extrapenales y normas extrajurídicas¹⁵. En ese sentido, para resolver sobre el fondo de los casos en que se discute una imprudencia en el

¹⁴ De similar manera, ETCHEBERRY, ALFREDO, “Tipos penales aplicables a la actividad médica”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol.13 (1986), 278-279, ha expresado que “*Se comprende que con esta variedad de conceptos, del todo impropia de un Código Penal, la apreciación en los casos concretos de si ha existido o no negligencia, y si ésta es mera negligencia o negligencia culpable, va a variar enormemente. Dependerá del criterio del juzgador y va a dejar a los médicos en una situación realmente expuesta, privados de la función de garantía que el Derecho Penal está llamado a prestar, porque esta garantía se presta trazando con claridad el límite entre lo permitido y lo prohibido, entre lo lícito y lo castigable (...) El concepto está bastante claro, pero la incertidumbre subsiste al aplicarlo a casos específicos.*”

¹⁵ CORCOY, MIRENTXU, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2ª Ed. (Buenos Aires: B d F, 2016), 94. Para referirse a este asunto utiliza la expresión “*reglas técnicas*”; CONTRERAS, LAUTARO, “Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones”, *Política criminal* (Julio 2018), 397.

actuar del equipo médico, frecuentemente los tribunales recurren a pautas de cuidado establecidas en la *lex artis* médica¹⁶. Con todo, en estos casos subsisten dificultades para delimitar los deberes de cuidado cuando más de uno de los integrantes del equipo médico intervino en la realización del resultado lesivo. Por ejemplo, la Corte Suprema ha debido razonar si una médica puede legítimamente delegar en una enfermera la labor de preparar una inyección intratecal para un paciente enfermo de leucemia¹⁷.

Con el propósito de esclarecer el contenido de los deberes de cuidado en situaciones en que el posible resultado lesivo está condicionado por varias personas, es conveniente recurrir al principio de confianza, que tiene su origen en el tráfico rodado¹⁸. Este principio importa que, para determinar los propios deberes de cuidado, no se deben tener en cuenta las posibles conductas de otras personas contrarias a deber, a menos que existan indicios de que este actuará incorrectamente¹⁹. En la actualidad, la vigencia del principio de confianza supera el campo del tráfico rodado y recibe aplicación en la actuación conjunta en la división del trabajo²⁰. Los ámbitos en que tiene mayor aplicación son en la responsabilidad penal por accidentes laborales, en la responsabilidad penal por el producto, en delitos ambientales y, desde luego, en la división del trabajo de los equipos médicos²¹.

En el ámbito de la medicina se distingue entre la división del trabajo horizontal y la división del trabajo vertical²². Mientras la primera supone cooperación entre personas jerárquicamente

¹⁶ CONTRERAS, "Reglas extrajurídicas", 2; GARRIDO, "Responsabilidad del médico", 285.

¹⁷ Sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 16 de Junio de 2009, ROL 5076-2008. Cons. 6°.

¹⁸ CORCOY, *El delito imprudente*, 314; MARAVER, *El principio de confianza*, 35; KÜNSEMÜLLER, "Responsabilidad penal", 268.

¹⁹ ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 2° Ed. (Santiago: Editorial Civitas, 1997), 1004; CORCOY, *El delito imprudente*, 315; FRISCH, WOLFGANG, *Comportamiento típico e imputación del resultado* (Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004), 207; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 19-20; KÜNSEMÜLLER, "Responsabilidad penal", 268; JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 170; MARAVER, *El principio de confianza*, 120.

²⁰ ROXIN, *Derecho Penal*, 1005; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 44; MARAVER, *El principio de confianza*, 98; FEIJÓO, "El principio de confianza", 52; PUPPE, INGEBORG, "División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica". *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, Nº 4, (2006), 4.

²¹ ROXIN, *Derecho Penal*, 1005; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 44; MARAVER, *El principio de confianza*, 98; FEIJÓO, "El principio de confianza", 52; PUPPE, "División del trabajo", 4.

²² Esta distinción puede encontrarse en: PUPPE, "División del trabajo", 4; CONTRERAS, Lautaro, "El principio de confianza como criterio de delimitación de la responsabilidad de los médicos", *Acta Bioethica*, Nº 25 (2019): 36; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 49; FEIJÓO, "El principio de confianza", 54; JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 171 y 173; VARGAS, Tatiana. "La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, número 2 (2010): 8; GÓMEZ, MARÍA DEL CARMEN. "La responsabilidad penal del médico". En: CAMAS, MANUEL. "Responsabilidad médica" (Valencia:

independientes, que no pueden impartirse órdenes mutuamente²³, la segunda tiene lugar entre personas relacionadas por un vínculo de subordinación y, por tanto, una tiene la posibilidad de impartir instrucciones a la otra²⁴. De esta distinción se siguen consecuencias prácticas, puesto que para poder confiar en el correcto desempeño de la labor de otro en el marco de una u otra división del trabajo, debieran concurrir distintos presupuestos y limitaciones. En ese sentido, no pareciera razonable que un médico cirujano confíe bajo los mismos presupuestos y limitaciones en el adecuado desempeño la labor que realiza un médico anestesista y la que lleva a cabo un técnico en enfermería. Sin embargo, no existe consenso en la doctrina acerca de cuáles son los presupuestos y excepciones de aplicación del principio de confianza en la división del trabajo horizontal y la división del trabajo vertical. Tampoco acerca de cuál es su alcance. Esto no solo se traduce en una dificultad para determinar, en definitiva, las responsabilidades dentro del equipo médico. Además, la falta de claridad acerca de la delimitación de los deberes de cuidado que competen a cada uno de sus miembros, no aporta a la prevención de la realización de los riesgos en los resultados lesivos. De ahí surge la relevancia de estudiar las excepciones y presupuestos que importan en la vigencia del principio de confianza.

En consecuencia, la finalidad de esta investigación es aclarar los presupuestos y limitaciones de aplicación del principio de confianza al interior de un equipo médico, de modo tal de concretar cuáles son los deberes de cuidado que sus miembros han de observar.

4.- Método de la investigación

La finalidad de esta investigación se pretende alcanzar empleando el método dogmático. El estudio del desarrollo doctrinario del principio de confianza es un método adecuado para alcanzar la finalidad propuesta. Ello se justifica al considerar que el mentado principio no se halla consagrado en la legislación positiva chilena. En los ordenamientos jurídicos alemán y español – cuya revisión será de relevancia en la labor investigativa que se emprende – tampoco se reconoce de forma expresa. Sin embargo, se trata de un principio tremendamente consolidado en la

Tirant lo Blanch, 2013), 54; GALÁN, JULIO, *Responsabilidad civil médica*. 5° Ed (Santiago: Thomson Reuters 2017), 278; ROSAS, “Caso “Imprudencia mortal”, 144; MAYER, LAURA; VERA, JAIME, “Caso Pinzas: ¿responsabilidad penal por delito culposo en el ámbito médico? SCS, 23/04/2007, Rol N° 6585-06”, en *Casos destacados Derecho penal - Parte General*, coord. Tatiana Vargas (Santiago: Legal Publishing Chile, 2015), 163.

²³ FEIJÓO, “El principio de confianza”, 54; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 49; CONTRERAS, “El principio de confianza”, 36; JORGE, “Aspectos básicos de la imprudencia”, 171.

²⁴ FEIJÓO, “El principio de confianza”, 54; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 49; CONTRERAS, “El principio de confianza”, 36; JORGE, “Aspectos básicos de la imprudencia”, 173; GALÁN, *Responsabilidad civil médica*, 278.

jurisprudencia alemana y, en menor medida en la jurisprudencia española. En efecto, los tribunales alemanes han aplicado el principio de confianza expresamente en los casos de responsabilidad penal médica²⁵. Consecuentemente, el desarrollo doctrinario que se dedica al estudio y sistematización del principio de confianza para su aplicación en estos sistemas, resulta de utilidad para la concreción de los deberes de cuidado de los miembros del equipo médico, a través del esclarecimiento de los presupuestos y limitaciones a la vigencia del principio de confianza.

5.- Estructura general de la investigación

En primer término, se expondrá acerca del origen del principio de confianza (Parte I, 1). Luego, se explicará la ubicación del principio de confianza en la estructura del delito (Parte I, 2). En seguida, se efectuará un análisis de la fundamentación dogmática de este principio (Parte I, 3). Posteriormente, se explicará la importancia de la vigencia del principio de confianza en la división del trabajo del equipo médico (Parte II, 1). A continuación, se desarrollará la vigencia del principio de confianza en la división horizontal del trabajo del equipo médico, su presupuesto y sus límites (Parte II, 2), para luego hacer lo mismo en relación con la división vertical del trabajo (Parte II, 3). Se advierte que esta es la parte más relevante de la investigación, puesto que, se persigue esclarecer estos presupuestos y limitaciones para concretar los deberes de cuidado de los miembros del equipo médico y precisar de igual forma, cuándo corresponde o no confiar en que la labor que realiza un tercero será llevada a cabo correctamente. Finalmente, se expondrán las conclusiones fundamentales de la investigación (Parte III).

²⁵ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 47.

I.- ORIGEN, UBICACIÓN SISTEMÁTICA EN LA ESTRUCTURA DEL DELITO IMPRUDENTE Y FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA

1.- Origen del principio de confianza

a) Concepto y consecuencias del principio de confianza en el tráfico rodado

El principio de confianza nace en la jurisprudencia alemana y fue creado para determinar la responsabilidad en el ámbito del tráfico rodado²⁶. Posteriormente será recogido por la jurisprudencia española con la misma finalidad²⁷.

En el Derecho del tránsito el principio de confianza cobra relevancia cuando el resultado lesivo está condicionado por el actuar de terceros o las víctimas²⁸. Este principio importa que en la determinación de los deberes de cuidado propios, no deben tomarse en consideración los posibles comportamientos contrarios a deber de otras personas²⁹; esto quiere decir: se puede confiar en que los demás no realizarán conductas imprudentes y, por tanto, no se las debe considerar para el despliegue de las conductas propias. A modo de ejemplo: un conductor que tiene la preferencia de paso no tiene que detenerse al llegar a la esquina porque no es necesario que cuente con la posibilidad de que el otro conductor que se acerca por la calle perpendicular no respete la señal de *Pare*³⁰. De igual manera, para un conductor que maneja por una calle de doble vía, su deber de cuidado se agota en mantenerse dentro de su pista de circulación y no debe contar con que el vehículo que viene de frente traspase el eje de la calzada invadiéndola.

Sin embargo, diariamente las personas infringen las normas del tránsito. A partir de ello, es posible afirmar que el principio de confianza no es una regla de la experiencia, sino una regla de

²⁶ STRATENWERTH, GÜNTER, *Derecho Penal Parte General I*, 4ª Ed. (Colonia: Editorial Hammurabi, 2005), 522; MARAVER, *El principio de confianza*, 35.

²⁷ MARAVER, *El principio de confianza*, 61.

²⁸ En ese sentido: MARAVER, *El principio de confianza*, 98, expresa que “puede decirse que el principio de confianza surge como un principio destinado, fundamentalmente, a determinar la responsabilidad de un sujeto cuando la producción del resultado lesivo se encuentra condicionada por la intervención de terceras personas”.

²⁹ ROXIN, *Derecho Penal*, 1004; FRISCH, *Comportamiento típico*, 207; CORCOY, *El delito imprudente*, 314; PUPPE, “División del trabajo”, 3; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 25; KÜNSEMÜLLER, “Responsabilidad penal”, 268; JORGE, “Aspectos básicos de la imprudencia”, 170; MARAVER, *El principio de confianza*, 120; VARGAS, “La imprudencia médica”, 8.

³⁰ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 26.

Derecho³¹. En ese sentido, la vigencia del principio de confianza en el tráfico rodado tiene consecuencias jurídicas, en tanto incide en la determinación del deber de cuidado de los participantes del tráfico³². Esto permite concluir que aún cuando una conducta haya concurrido para la realización del resultado lesivo, no se le puede reprochar un actuar imprudente por no contar con la conducta infractora de un tercero. Así, si un conductor que circula por una carretera sorpresivamente encontrara un vehículo estacionado después de una curva, de modo que no tuviera posibilidad de detenerse, lo impactara y causara la muerte de su ocupante, no podría reprochársele imprudencia alguna a su conducta, puesto que no tenía que contar con la posibilidad de que un vehículo estuviera estacionado luego de una curva en la carretera, y por lo tanto, no le cabe responsabilidad. Si un conductor que tiene preferencia de paso en un cruce impacta a otro automovilista que no respetó su señal *Pare*, provocando la muerte de éste, no se le puede reprochar al primer sujeto un actuar imprudente por no haber disminuido la velocidad al acercarse a la esquina, porque no debía contar con un posible infractor de la señal *Pare*, por lo que, no es responsable del resultado lesivo.

b) Límites al principio de confianza en el tráfico rodado

Sin perjuicio de lo anterior, la posibilidad de confiar no es ilimitada³³. Es por esto, que el concepto de principio de confianza en el tráfico rodado ha adquirido la siguiente formulación: *para determinar los deberes de cuidado propios, no se deben tener en consideración los posibles comportamientos contrarios a deber de otras personas*. Normalmente se agrega a dicha formulación: *salvo que existan indicios de que estos actuarán incorrectamente*³⁴. En ese sentido, tanto la jurisprudencia – alemana y española – como cierto sector de la doctrina, han aceptado como indicios de actuación incorrecta y, por consiguiente, limitaciones a la vigencia del principio de confianza, las siguientes³⁵: (i) *Circunstancias especiales, críticas o poco claras en la situación vial actual que suponen una peligrosidad elevada*; (ii) *Casos de infracción frecuente a un deber de tránsito* y (iii) *Situaciones de evidente infracción al deber de cuidado por terceros o de evidente falta de aptitud para participar en el tráfico*. Además se ha agregado una cuarta limitación que no

³¹ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 25; PUPPE, "División del trabajo", 3.

³² CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 27.

³³ *Ibíd*, 28.

³⁴ ROXIN, *Derecho Penal*, 1004; FRISCH, *Comportamiento típico*, 207; PUPPE, "División del trabajo", 3; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 19-20; KÜNSEMÜLLER, "Responsabilidad penal", 268; JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 170; MARAVER, *El principio de confianza*, 120.

³⁵ MARAÑER, *El principio de confianza*, 120-137; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 28-33.

tiene que ver con una posible actuación incorrecta de los demás. Dicha limitación consiste en que no podría confiar quien incurre en: *(iv) Conductas propias contrarias a deber*.

(i) Circunstancias especiales, críticas o poco claras en la situación vial actual que suponen una peligrosidad elevada

El principio de confianza no rige cuando en la situación vial concurren circunstancias especiales, críticas o poco claras que impliquen una peligrosidad elevada³⁶. Expresión clara de esto sería, a modo ejemplar, cuando hay un incendio cercano al camino y el humo limita la visibilidad o, bien, cuando condiciones meteorológicas como una niebla espesa producen el mismo efecto³⁷. También si hubo un accidente cercano que afecta la normalidad en el tráfico³⁸.

En estos casos es preciso contar con una conducta incorrecta de terceros y se está obligado a adecuar el deber de cuidado al caso concreto. Así, si el humo o la niebla afectan la visibilidad, se debe disminuir la velocidad hasta alcanzar una adecuada capacidad de reacción y frente a una afectación a la normalidad del tráfico por un accidente es necesario tener en cuenta, por ejemplo, la posibilidad de que una persona que intenta ayudar invada la calzada.

(ii) Casos de infracción frecuente a un deber de tránsito

Igualmente se ha aceptado como excepción a la vigencia del principio de confianza aquellos casos en que concurren infracciones a las reglas del tráfico rodado que “se cometen con tanta frecuencia que un conductor cuidadoso debe contar razonablemente con ellas”³⁹.

Esta limitación ha sido fuertemente criticada por poseer un grado de abstracción que dificulta su concreción en casos prácticos⁴⁰. En ese sentido, resulta complejo determinar cuáles son las infracciones frecuentes, o específicamente, qué tan frecuentes tienen que ser tales infracciones para que sea necesario contar con ellas a la hora de configurar el propio deber de

³⁶ MARAVER, *El principio de confianza*, 132, expresa que “se entiende que la confianza se ve también limitada cuando hay circunstancias objetivas, relacionadas con la situación del tráfico, a partir de las cuales se entiende que es difícil que el tercero llegue a actuar correctamente”; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 32, manifiesta que “El principio de confianza no rige cuando circunstancias especiales como un estrechamiento de la pista de circulación, una mala visibilidad, o condiciones del tránsito confusas llevan a que la situación vial represente un peligrosidad elevada”.

³⁷ MARAVER, *El principio de confianza*, 132.

³⁸ IBÍD, 132.

³⁹ Explica esta limitación: CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 30; Véanse también: STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 523; FRISCH, *Comportamiento típico*, 207.

⁴⁰ MARAVER, *El principio de confianza*, 135; FEIJÓO, “El principio de confianza”, 61.

cuidado. Por lo demás, esta limitación se opone a la idea de que el principio de confianza es una regla de Derecho y no de la experiencia⁴¹. Y con ello se opone también a que, la razón por la que no es necesario tener en cuenta las infracciones de los demás, es normativa y no empírica.

(iii) Situaciones de evidente infracción al deber de cuidado por terceros o de evidente falta de aptitud para participar en el tráfico

El principio de confianza tampoco rige cuando es evidente la infracción del deber ajena, ya sea, porque concurren circunstancias especiales que la hacen evidente, o que ya se haya cometido una conducta infractora con anterioridad⁴². De esta manera, si el conductor nota que el vehículo de adelante se desplaza sin luces de freno, deberá adecuar su conducta a una posible infracción del automovilista que lo antecede; en concreto, deberá tomar la distancia que le permita una mayor capacidad de reacción, ya que es evidente que, si el vehículo de adelante frena nuevamente, sus luces volverán a fallar.

Además, no se puede confiar en la correcta conducta de un tercero cuando este es una persona evidentemente incapaz de involucrarse en el tráfico, esto sucede con niños pequeños, sujetos ebrios, peatones muy ancianos o manifiestamente desorientados⁴³. Así, si el conductor transita por una calle en que juegan niños pequeños, debe adecuar su deber de cuidado disminuyendo la velocidad al punto que sea suficiente para poder detenerse si un niño atraviesa la calzada.

⁴¹ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 30.

⁴² MARAVER, *El principio de confianza*, 132 y 133; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 29; JAKOBS, GÜNTER, *Estudios de derecho penal* (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 177, de forma similar, se refiere a esta limitación en los términos siguientes: “Sólo cuando la infracción de las reglas por parte del otro sujeto pasa a ser externamente cognoscible, cuando el otro desconoce las reglas de un modo cognoscible o cuando el otro se halla dispensando de un modo socialmente adecuado del cuidado habitual”.

⁴³ ROXIN, *Derecho Penal*, 1005, en similar sentido sostiene que esta limitación se refiere a “niños pequeños y en caso de conducta sospechosa también a niños mayores”, “peatones adultos frágiles, de avanzada edad o manifiestamente desorientados”; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 29, en similar sentido indica, a modo ejemplar, que esta limitación se refiere a “niños de corta edad, sujetos ebrios o peatones muy ancianos o enfermos”; MARAVER, *El principio de confianza*, 126, explica que esta limitación comprende a “niños, ancianos y discapacitados”; CORCOY, *El delito imprudente*, 319, explica esta limitación como manifestación del “principio de defensa”: “Según este segundo principio, el interviniente en el tráfico queda obligado a prevenir el defectuoso comportamiento de los demás, sobre todo, en el caso de niños, ancianos o minusválidos”; FRISCH, *Comportamiento típico*, 207, sostiene que esta limitación se refiere a “niños pequeños que aún no están adaptados a las exigencias del tráfico, o a personas ancianas o achacosas”.

(iv) Conductas propias contrarias a deber

Esta limitación supone que el principio de confianza no rige cuando se haya infringido el deber propio. Esto significa que, para poder invocar el principio de confianza sería necesario haber ajustado a deber la conducta propia, por el contrario, quien infringe su deber de cuidado, no podría confiar en que los demás participantes del tráfico se comportarán correctamente⁴⁴. Por ejemplo, el conductor que adelanta en una zona prohibida, y colisiona con el vehículo que viene de frente a exceso de velocidad, no podría excusarse alegando que confiaba en que el automovilista que venía de frente mantendría una velocidad apegada a la norma.

Este límite alcanza un sentido aparente en evitar que ambos sujetos aleguen que confiaban en el correcto comportamiento del otro y así, se exoneren recíprocamente de responsabilidad⁴⁵. Siguiendo con el ejemplo, el conductor que adelantó indebidamente intentaría sostener que confiaba en que el automovilista que venía de frente respetaría el límite de velocidad, y por su parte, este último alegaría que confiaba en que ningún vehículo en el sentido contrario adelantaría donde no estaba permitido. Sin embargo, no parece razonable que quien contravenga su deber de cuidado tenga que contar con todas las posibles infracciones de los demás participantes del tráfico y responder por ellas⁴⁶. Si así fuera se incurriría en un *versari in re illicita*⁴⁷. En ese sentido, no resulta adecuado que un conductor que circula hablando por celular tenga que contar con las conductas incorrectas de los demás, de modo que si sorpresivamente se atraviesa un peatón en la calle u otro automovilista no respeta una luz roja, tenga que responder en todo evento por los resultados lesivos⁴⁸.

⁴⁴ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 30-31; MARAVER, *El principio de confianza*, 120; CORCOY, *El delito imprudente*, 317; FEIJÓO, "El principio de confianza", 57.

⁴⁵ PUPPE, "División del trabajo", 4.

⁴⁶ FEIJÓO, "El principio de confianza", 58; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 31; MARAVER, *El principio de confianza*, 121; CORCOY, *El delito imprudente*, 318.

⁴⁷ MARAVER, *El principio de confianza*, 123; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 32; La Real Academia Española define el principio *versari in re illicita* en los términos siguientes: "Principio de origen en juristas medievales y canonistas legitimador de la responsabilidad por el resultado o responsabilidad puramente objetiva derivada de actos ilícitos, que ha influido en la regulación histórica del caso fortuito, la preterintencionalidad y los delitos cualificados por el resultado. Su formulación es *versari (o qui versatur) in re illicita, respondeat etiam pro casu, o sea, 'tratándose de una materia, de una actuación ilícita, se responderá incluso del caso fortuito', esto es, se responderá de sus consecuencias, incluso de las imprevisibles o producidas por caso fortuito*". <https://dej.rae.es/lema/versari-in-re-illicita> Visitada el 12 de Mayo de 2019.

⁴⁸ MARAVER, *El principio de confianza*, 121.

Para esclarecer la confusión a que conduce esta limitación es necesario recordar que, conforme al concepto revisado, el principio de confianza tiene relevancia en la configuración del deber de cuidado propio, pero no permite determinar por sí solo la responsabilidad⁴⁹. Mientras que el fundamento aparente de esta excepción se desarrolla a partir de situaciones en que lo relevante no es la determinación del deber de cuidado, sino la relación que existe entre la contrariedad a deber y la imputación en el resultado⁵⁰. De esta manera, en el caso del conductor que adelanta en la zona prohibida, no se discute si infringió o no su deber de conducta (¡eso está claro!). En cambio, el análisis se centra en que el resultado lesivo pueda ser imputado al comportamiento del conductor infractor. Para la determinación de tal imputación, se debe verificar el cumplimiento del último requisito de la teoría de la imputación objetiva del resultado, el cual importa la realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado lesivo⁵¹. Esta realización del riesgo tendrá lugar en circunstancias en que con una probabilidad rayana a la certeza, la observancia del deber de cuidado hubiera evitado el resultado lesivo⁵².

Finalmente, las conductas contrarias a deber como una limitación a la confianza constituyen una proposición tautológica⁵³. Puesto que, una vez que se transgrede el deber de cuidado propio, ya no tiene sentido preguntarse si es necesario tener en cuenta o no las infracciones de los demás para configurar el deber de conducta propio, precisamente porque ya fue infringido. En consecuencia, este límite deviene en innecesario⁵⁴. Y el problema que surge a raíz de los casos de infracción al deber de cuidado propio debe ser resuelto según los criterios que la teoría de la imputación objetiva ha desarrollado en materia de realización de riesgos en el resultado.

⁴⁹ PUPPE, "División del trabajo", 4; MARAVER, *El principio de confianza*, 124; Para revisar el concepto de principio de confianza, ver *supra* I.1.a.

⁵⁰ CORCOY, *El delito imprudente*, 317; FEIJÓO, "El principio de confianza", 59; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 31-32; Explica esta idea: MARAVER, *El principio de confianza*, 123-124.

⁵¹ Exponen el requisito referido en similares términos: FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva del resultado – Desarrollo, fundamentos y cuestiones abierta*, (Barcelona: Atelier, 2004), 52; FRISCH, WOLFGANG, *Estudios sobre imputación objetiva*, (Santiago: Legal Publishing, 2012), 15; BACIGALUPO, ENRIQUE, *Derecho Penal. Parte General*. 2º Ed. (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999), 271; BACIGALUPO, ENRIQUE, *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 5º Ed. (Madrid: Akal Ediciones, 1998), 188; CONTRERAS, LAUTARO, "Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado", *Revista de Estudios Judiciales*, Nº 30 (2019): 98.

⁵² CONTRERAS, "Tratamiento penal", 98.

⁵³ MARAVER, *El principio de confianza*, 124; FEIJÓO, "El principio de confianza", 57.

⁵⁴ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 31.

2.- Ubicación sistemática del principio de confianza en la estructura del delito imprudente

a) Riesgo permitido y principio de confianza

El conductor de un vehículo crea el riesgo de atropellar a un peatón, los miembros del equipo médico que interviene quirúrgicamente a un paciente crean el riesgo de que este adquiera una infección, quien tiene una piscina pública en funcionamiento crea el riesgo de que alguien se ahogue, la persona que saca a pasear a su perro crea el riesgo de que este muerda y lesione a alguien, el que fríe papas en su cocina crea el riesgo de que el aceite caliente se ponga en contacto con el fuego e inicie un incendio, quien saluda a otra persona de un apretón de manos genera el riesgo de contagio de una infección⁵⁵. A la luz de estos ejemplos, resulta claro que vivimos en una sociedad en que casi todas las conductas que desplegamos generan, en mayor o menor medida, riesgos para los bienes jurídicos⁵⁶. Aún cuando estos riesgos existen desde antes del desarrollo de la técnica, lo cierto es que se han incrementado con ella, y la muestra paradigmática de esto, son los riesgos creados por el uso de vehículos motorizados en el tráfico rodado⁵⁷.

A pesar de la constante exposición al riesgo, no resulta razonable pretender la eliminación de todos aquellos que tienen aptitud para lesionar bienes jurídicos⁵⁸. Nadie podría sostener seriamente la prohibición de todas las actividades mencionadas por los riesgos que estas suponen, prohibiciones de ese tipo generarían limitaciones insoportables a la libertad de actuación⁵⁹. Además, se afectaría la utilidad social que estas actividades reportan⁶⁰. Es por esto que, para que las conductas riesgosas sean tolerables y se enmarquen dentro del límite de lo permitido, los sujetos han de observar deberes de cuidado que reduzcan los riesgos adecuadamente⁶¹. Así, los

⁵⁵ Ejemplo del riesgo creado en un apretón de manos es empleado en: JAKOBS, GÜNTER, *La imputación objetiva en Derecho penal*, (Madrid: Editorial Civitas, 1996), “La imputación objetiva”, 117.

⁵⁶ FRISCH, *Comportamiento típico*, 86; FRISCH, WOLFGANG, *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en el Derecho penal*, 2° Ed. (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2014), 25; JAKOBS, *La imputación objetiva*, 117, en similar sentido sostiene que “Cualquier contacto social entraña un riesgo (...)”.

⁵⁷ JAKOBS, *Estudios de derecho penal*, 172; JAKOBS, *La imputación objetiva*, 104; MARAVER, *El principio de confianza*, 344; BUSTOS, *Obras completas*, 599.

⁵⁸ BACIGALUPO, *Derecho Penal*, 272; BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, 188; FRISCH, *Comportamiento típico*, 87; FRISCH, *Desvalorar e imputar*, 25; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 507; JAKOBS, *La imputación objetiva*, 117, sobre este punto señala que “Puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgos no es factible”.

⁵⁹ BACIGALUPO, *Derecho Penal*, 272; BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, 188; FRISCH, *Comportamiento típico*, 86; CONTRERAS, “Reglas extrajurídicas”, 392; BUSTOS, *Obras completas*, 599.

⁶⁰ CONTRERAS, “Reglas extrajurídicas”, 392.

⁶¹ En ese sentido: JAKOBS, *Estudios de derecho*, 174; FRISCH, *Estudios sobre imputación*, 54.

automovilistas están obligados a respetar una serie de normas de tránsito, existen deberes de asepsia que los miembros del equipo médico deben cumplir para evitar que las personas intervenidas adquieran una infección, las piscinas públicas deben contar con un salvavidas y las personas que pasean a perros de determinadas razas deben hacerlo con correa con arnés y un bozal.

Luego de observar correctamente los deberes de cuidado, algunos riesgos residuales persistirán y serán tenidos como riesgos permitidos⁶². Como es evidente, puede suceder que alguno de estos riesgos lesione efectivamente un bien jurídico. De este modo, puede ocurrir que el conductor que maneja de noche respete todos los límites de velocidad y lo haga con las luces adecuadas, pero en su camino se atraviese sorpresivamente una persona, o bien, si en el marco de una intervención quirúrgica se observa una técnica aséptica adecuada, puede que el paciente se contagie con una bacteria que no estaba contemplada dentro de aquellas que las obligaciones de higiene perseguían evitar, o puede ser que en la piscina varios niños tengan una emergencia simultáneamente y el salvavidas no pueda concurrir al auxilio de todos. En todos estos casos, aún cuando el riesgo creado se haya materializado en un resultado lesivo, no será procedente el reproche penal por no haber existido una infracción al deber de cuidado⁶³; se estará frente a un riesgo tolerado por el Derecho. En ese sentido, el riesgo permitido no necesariamente consiste en un riesgo relevante, más bien se trata de un peligro residual que de modo general no se encuentra prohibido, y que forma parte de la libertad general de actuación⁶⁴.

Para la doctrina mayoritaria el principio de confianza es una manifestación del riesgo permitido⁶⁵. Afirmación que resulta acertada al tener en cuenta que el principio de confianza supone como regla general no considerar una posible conducta infractora de otras personas para la determinación del deber de cuidado propio, lo que trae como consecuencia la aceptación de

⁶² JAKOBS, *La imputación objetiva*, 103; En ese sentido: FRISCH, WOLFGANG, *La imputación objetiva del resultado – Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (Barcelona: Atelier, 2015), 41.

⁶³ En ese sentido: BUSTOS, *El delito culposo*, 67; CORCOY. *El delito imprudente*, 324.

⁶⁴ FRISCH, *Estudios sobre imputación*, 41-42.

⁶⁵ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 34. En este sentido: JAKOBS, *Estudios de derecho*, 176, “El riesgo permitido más importante probablemente en la práctica se otorga con base en las modalidades de comportamiento de varias personas vinculadas causal o finalmente (principio de confianza)”, 218, “El ámbito del principio de confianza tiene una genuina analogía con el del riesgo permitido (...)”; BUSTOS, *El delito culposo*, 67, refiriéndose al riesgo permitido (como causa de atipicidad) sostiene: “de ahí que haya surgido en el ámbito del tránsito, como una concretización de esta causa de atipicidad, el llamado principio de confianza”; CORCOY. *El delito imprudente*, 322, “(...) el principio de confianza se configura como una forma particular de aparición del riesgo permitido”.

una posible conducta incorrecta de los demás, que podría materializarse en una lesión a un bien jurídico. Piénsese en el conductor que se acerca a una esquina en que tiene preferencia de paso y no disminuye la velocidad, porque no considera la posibilidad de que desde la calle perpendicular se acerque un automovilista que no respete la señal *Pare*. Situación análoga acontece con el médico cirujano que realiza una transfusión de sangre a un paciente en medio de una intervención quirúrgica y no realiza exámenes en orden a comprobar que el tipo de sangre del rotulado sea el correcto, porque no toma en cuenta la posibilidad de que el tecnólogo médico haya cometido un error en la realización del examen o al rotular el recipiente.

En ambos casos referidos para la lesión al bien jurídico se requiere una conducta incorrecta de otro sujeto, ya sea la inobservancia de la señal *Pare* por el otro conductor, o bien, que el tecnólogo médico haya confundido las muestras a la hora de etiquetarlas. Pero esto no obsta a que, el conductor que tenía preferencia de paso y el médico que realiza la transfusión, crean riesgos que podrían evitarse si para la configuración de su deber de cuidado hubiesen tenido a la vista la eventual infracción de otras personas. Estos riesgos no se crearían si en el primer caso, el conductor disminuyera la velocidad al acercarse a todas las esquinas, o si el médico repitiese personalmente los exámenes que determinan el tipo de sangre para confirmar que el rótulo del recipiente sea el correcto. Sin embargo, mandatos formulados en orden a evitar la creación de tales riesgos importarían limitaciones insoportables a la libertad de actuación y, desde luego, afectarían la utilidad social que reporta la conducción de vehículos y la práctica de cirugías. Por lo tanto, la conducta del automovilista que no tiene en consideración la posible infracción de otra persona de la señal *Pare*, y la del médico que no tiene en cuenta la eventual inobservancia del tecnólogo médico, serán tenidas como riesgos permitidos.

En consecuencia, la determinación del deber de cuidado propio, sin la obligación de tener en cuenta la posible conducta incorrecta de los demás, trae consigo la creación de peligros que no se generarían si, se tuvieran en consideración tales infracciones a la hora de determinar el deber de conducta propio. De esta manera, queda demostrado que el principio de confianza es una auténtica manifestación del riesgo permitido⁶⁶.

⁶⁶ Véase cita nota n° 65.

b) Principio de confianza como criterio delimitador del deber de cuidado

La posición dominante en la doctrina sostiene que el elemento decisivo para la configuración del delito imprudente es la contrariedad al deber de cuidado⁶⁷. En realidad, esto no es algo distinto que la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado⁶⁸. Cuestión que se explica porque, para que un peligro sea tenido como no tolerado por el ordenamiento jurídico, es preciso que haya sido creado con infracción a una norma de conducta destinada a la protección de un bien jurídico⁶⁹. Luego, el riesgo jurídicamente desaprobado se presenta como la contracara del riesgo permitido⁷⁰, o lo que es conceptualmente más preciso: un riesgo jurídicamente permitido.

Como fue explicado, el riesgo permitido, consiste en un peligro residual, que resulta de haber observado el deber de cuidado y que forma parte de la libertad general de actuación⁷¹. En ese sentido, el riesgo permitido juega un rol en la determinación del deber de conducta, puesto que, la concurrencia de este tipo de peligro excluye la infracción al deber de cuidado⁷². En este punto, corresponde establecer la relación con el principio de confianza.

En tanto manifestación del riesgo permitido, la vigencia del principio de confianza limita el deber de cuidado propio y amplía la libertad de actuación al no tener que considerar las conductas erróneas de otras personas⁷³. Expresado en otros términos, la vigencia del principio de confianza excluye la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado⁷⁴. Así, quien conduce a 50 km/h en una zona urbana y atropella a un peatón que se introduce repentinamente en la calzada, aún si se comprobase que de haber conducido a 40 km/h habría podido reaccionar a tiempo y esquivarlo, deberá estimarse que no creó un riesgo jurídicamente desaprobado, debido a que, para la configuración de su propio deber de cuidado podía confiar en la correcta conducta de los

⁶⁷ FRISTER, HELMUT, *Derecho Penal Parte General*, 4ª Ed. (München: Editorial Hammurabi, 2000), 250; En ese sentido: STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 501-503; CONTRERAS, "Reglas extrajurídicas", 391; MIR, SANTIAGO, *Derecho Penal Parte General*, 9ª Ed. (Montevideo: Editorial B de F, 2015), 292; JAKOBS, *Estudios de derecho*, 171; BUSTOS, *Obras completas*, 604; ROXIN, *Derecho Penal*, 999; CORCOY, *El delito imprudente*, 67.

⁶⁸ CORCOY, *El delito imprudente*, 324; FRISTER, *Derecho Penal*, 250; FRISCH, *Desvalorar e imputar*, 22; ROXIN, *Derecho Penal*, 1001; JAKOBS, *Estudios de derecho*, 214; CONTRERAS, "Reglas extrajurídicas", 391; MAYER, "Caso Pinzas", 159.

⁶⁹ CONTRERAS, "Reglas extrajurídicas", 392.

⁷⁰ FRISCH, *Estudios sobre imputación objetiva*, 49.

⁷¹ Ver *supra* I.2.a.

⁷² ROXIN, *Derecho Penal*, 998.

⁷³ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 63-65.

⁷⁴ ROXIN, *Derecho Penal*, 1000.

peatones. Sin embargo, la posibilidad de confiar no es irrestricta⁷⁵. Por ello, el principio de confianza tiene presupuestos y límites que condicionan su vigencia y, consecuentemente, inciden en la determinación de los contornos del deber de cuidado. A modo de ejemplo, en una situación en que el conductor puede ver con alguna anticipación a un niño pequeño corriendo tras un balón de fútbol que salta a la calle, ya no le es permitido confiar en que el menor no ingrese a la calzada. Por lo tanto, para que el automovilista no cree un riesgo jurídicamente desaprobado, debe adecuar su deber de cuidado disminuyendo la velocidad lo suficiente para poder reaccionar a tiempo.

La idea del riesgo jurídicamente desaprobado cobra relevancia con la teoría de la imputación objetiva de resultado, dado que no es posible imputar objetivamente un resultado a una conducta si esta no creó un riesgo prohibido⁷⁶. Sobre el punto, el principio de confianza ofrece pautas para la determinación del carácter aprobado o desaprobado de un riesgo⁷⁷. Pero la utilidad que reporta este principio no alcanza a la determinación acerca de que el resultado lesivo sea una consecuencia específica de la conducta infractora. Tal determinación es una cuestión que debe resolverse acudiendo a los criterios que la teoría de la imputación objetiva ha desarrollado en materia de realización del riesgo en el resultado. Es justamente por esto que no es posible establecer como un límite a la confianza la infracción al deber propio. Cuando ya se infringió el deber de cuidado propio, el problema no es sobre el carácter aprobado o desaprobado del riesgo creado, sino de la relación entre la conducta infractora y la imputación en el resultado⁷⁸.

La cuestión acerca de si un riesgo se encuentra permitido o desaprobado, tiene lugar en la configuración del injusto de conducta, esto es, en el alcance de la libertad de actuación que el Derecho le reconoce a las personas frente a una posible lesión de bienes jurídicos⁷⁹. Dicho de otro modo, la determinación del carácter jurídicamente desaprobado o tolerado de un riesgo, depende de las conductas que son abarcadas por la prohibición contenida en el tipo penal, por lo que, se trata de un problema de conducta típica⁸⁰. En ese sentido, el riesgo permitido se corresponde con

⁷⁵ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 28.

⁷⁶ FRISCH, *La imputación objetiva*, 109; FRISCH, *Estudios sobre imputación*, 34.

⁷⁷ En ese sentido: CORCOY, *El delito imprudente*, 77; FEIJÓO, "El principio de confianza", 46.

⁷⁸ Véase *supra* I.1.b.iv.

⁷⁹ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 64.

⁸⁰ FRISCH, *Comportamiento típico*, 82; FRISCH, *Estudios sobre imputación*, 52.

las conductas no comprendidas en el tipo, de manera que, excluye la tipicidad⁸¹. Por su parte, el principio de confianza en tanto es útil para la concreción del límite entre el carácter prohibido o permitido de una conducta, constituye un criterio que tiene lugar en la determinación de la tipicidad o atipicidad de un comportamiento.

En suma, el principio de confianza tiene lugar en la esencia del delito imprudente delimitando el deber de cuidado o, en otras palabras, determinando el carácter permitido o prohibido de un riesgo. En consecuencia, constituye un criterio que opera como un asunto de conducta típica.

Habiéndose esclarecido la ubicación en la estructura del delito imprudente del principio de confianza, corresponde dilucidar el fundamento dogmático a que responde este principio en la delimitación del deber de cuidado.

3.- Fundamentación dogmática del principio de confianza

No existe consenso en torno al fundamento dogmático del principio de confianza. Ello se evidencia al constatar las diversas justificaciones que la dogmática ha reconocido. En la actualidad, la discusión gira en torno a que el fundamento de este principio puede ser hallado en el a) *principio de autorresponsabilidad*⁸² o si responde a una b) *ponderación de intereses*⁸³.

a) Principio de autorresponsabilidad

El principio de autorresponsabilidad parte de la base de que el ordenamiento jurídico reconoce la libertad de actuación de los ciudadanos y su responsabilidad⁸⁴. En razón de lo cual, establece que, por regla general, las personas sólo son responsables por las conductas que despliegan y los resultados acaecidos, y al contrario, nadie es responsable por los resultados de las inobservancias al deber de cuidado llevadas a cabo por otras personas que son igualmente libres y responsables⁸⁵. De esta manera, quienes postulan que el principio de confianza encuentra su

⁸¹ BACIGALUPO, *Derecho Penal*, 272; BACIGALUPO, *Principios de Derecho Penal*, 188; MIR, *Derecho Penal*, 299; BUSTOS, *El delito culposo*, 67; CORCOY, *El delito imprudente*, 296; FRISCH, *Estudios sobre imputación*, 53.

⁸² De esta opinión: FEIJÓO, "El principio de confianza", 51; MARAVER, *El principio de confianza*, 288; aparentemente también: JAKOBS, *La imputación objetiva*, 105.

⁸³ De esta opinión: STRATENWERTH, *Derecho Penal* 523; FRISCH, *Comportamiento típico*, 202-203; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 43-44.

⁸⁴ MARAVER, *El principio de confianza*, 171.

⁸⁵ IBÍD, 171; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 523; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 37; FEIJÓO, "El principio de confianza", 50

fundamento dogmático en el principio de autorresponsabilidad, sostienen que la posibilidad de confiar estaría dada por la imposibilidad de responsabilizar a los individuos por las infracciones al deber de cuidado cometidas por terceras personas⁸⁶. Entonces no habría que estar preocupados de que la conducta desplegada por terceros se ajuste a Derecho. En términos sencillos, se podría confiar en que los terceros ajustarán su actuar al deber de cuidado, porque en caso de no hacerlo, sólo ellos serán responsables.

Esta teoría tiene la virtud de salvar el problema que produce la vigencia del principio de confianza en las conductas desplegadas por niños pequeños, personas muy ancianas o manifiestamente desorientadas⁸⁷. Estos supuestos tratan la situación de personas que no son responsables o que no pueden ser consideradas responsables por la creación de un determinado riesgo, entonces inmediatamente se excluye la aplicación del principio de confianza, ya que, no se puede contar con la posibilidad de confiar en que actuarán conforme a deber⁸⁸. No obstante, es conveniente señalar que este problema no se presenta en la actividad del equipo médico, toda vez que, se trata de una actividad en que todos los participantes son responsables de los riesgos que crean, y no participan niños, ni ancianos o personas que, en general, no puedan ser considerados responsables en el marco de un procedimiento realizado por el equipo médico. En consecuencia, la ventaja de la fundamentación del principio de confianza en el principio de autorresponsabilidad, en la actividad del equipo de salud deviene en ilusoria.

Por lo demás, esta teoría presenta un importante inconveniente. Si el fundamento para confiar es que todas las personas son responsables por sus conductas, al margen de los casos de sujetos no responsables, no habría razón para que el principio de confianza tenga excepciones de aplicación⁸⁹. Expresado en otros términos, no existiría motivo para dejar de confiar, aún si es evidente que la otra persona va a infringir su deber de cuidado, puesto que esa persona sería la única responsable por su actuar. Este problema tiene su correlato en la práctica. Piénsese en el siguiente ejemplo: el vehículo de adelante se desplaza sin luces de freno, de modo que parece evidente que ante una nueva detención de la marcha sus luces de freno volverán a fallar, ¿el conductor que lo antecede debería confiar en que se comportará de acuerdo a su deber de cuidado, y que en la próxima detención la señal de freno funcionará correctamente sólo porque

⁸⁶ FEIJÓO, "El principio de confianza", 50.

⁸⁷ En ese sentido: CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 38.

⁸⁸ MARAVER, *El principio de confianza*, 289; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 38.

⁸⁹ STRATENWERTH, *Derecho Penal*, 523; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 39.

continúa siendo autorresponsable? Referido a la labor del equipo médico, si en el marco de una intervención quirúrgica el cirujano nota que el monitor de signos vitales no ha sido encendido por el anestesista, ¿debería el primero confiar en que el segundo podrá reaccionar adecuadamente ante una emergencia de la paciente solo porque sigue siendo autorresponsable? En ambos casos, salta a la vista que la respuesta debiera ser negativa. Por tanto, el principio de autorresponsabilidad no parece ser el fundamento dogmático más adecuado para el principio de confianza.

b) Ponderación de intereses. Solución correcta

La fundamentación dogmática del principio de confianza mediante una ponderación de intereses parte de la base de que este es una manifestación del riesgo permitido, por consiguiente, ambos poseen el mismo fundamento⁹⁰. Como la cuestión acerca del carácter permitido o prohibido de un riesgo es asunto de tipicidad, resulta adecuado evaluar los postulados de la teoría de la conducta típica acerca de su justificación.

La teoría de la conducta típica explica que la determinación del carácter permitido o prohibido de un riesgo responde a una ponderación de intereses: por un lado, la libertad general de actuación, con todas las ventajas sociales que conlleva y por otra parte el interés en la conservación de bienes jurídicos⁹¹, como la vida, salud individual y patrimonio de las personas. Esta teoría arranca de la siguiente constatación: toda prohibición constituye una limitación a la libertad general de actuación⁹². Además, la imposición de una pena supone una restricción a derechos fundamentales⁹³. Estas prohibiciones persiguen la conservación de bienes jurídicos, pero es incorrecto pretender una protección absoluta de tales bienes, puesto que, ello significaría una limitación insoportable a la libertad general de actuación, anulando las ventajas sociales que supone⁹⁴. Es por esto que, las desaprobaciones jurídicas de las conductas, requieren cumplir con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁹⁵. De esta manera, la ponderación lleva a legitimar ciertos riesgos que se tendrán como permitidos, en tanto son una expresión de la libertad general de actuación, con los beneficios sociales que ello supone. Estos

⁹⁰ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 41; Explica este planteamiento: MARAVER, *El principio de confianza*, 168.

⁹¹ FRISCH, *Comportamiento típico*, 90-91.

⁹² IBÍD, 84.

⁹³ IBÍD, 92.

⁹⁴ IBÍD, 86.

⁹⁵ FRISCH, *Comportamiento típico*, 89; FRISCH, *Desvalorar e imputar*, 25-26.

riesgos son los resultantes de haber observado el deber de cuidado, por lo que, tienen carácter residual. En ese orden de ideas, la ponderación también legitimará limitaciones a la libertad de actuación en orden a alcanzar una adecuada protección de los bienes jurídicos, con apego a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y que se materializarán en el carácter desaprobado de ciertos riesgos, o la imposición de ciertos deberes de cuidado. En lo relativo al principio de confianza, en tanto manifestación del riesgo permitido, para la teoría de la conducta típica su fundamentación igualmente responde a una ponderación de intereses entre la libertad general de actuación y la protección de bienes jurídicos⁹⁶.

Debe coincidirse con la fundamentación dogmática que la teoría de la conducta típica ofrece respecto del principio de confianza. Esto se debe a que, la ponderación de intereses se expresa en la vigencia de este principio, por cuanto supone que no se debe tener en cuenta la conducta infractora de terceros o del propio titular de los bienes jurídicos, limitando así el deber de cuidado propio, cuestión que será tenida como un riesgo permitido que amplía la libertad de actuación de los participantes de las actividades en que rige, y con ello, se constatan considerables ventajas sociales. Al confiar en que la conducta desplegada por terceros o la víctima será efectuada con ajuste a su deber de cuidado, junto con asegurar una cierta esfera de libertad de actuación a las personas, favorece ciertos contactos sociales de carácter anónimos⁹⁷, permite optimizar la eficiencia y seguridad, tanto en el tráfico vehicular como en las actividades caracterizadas por la división del trabajo, sobre todo cuando se trata de labores complejas y que requieren un alto grado de especialización, como la actuación del equipo médico, entre otros beneficios. En el tráfico rodado, al no contar con la posible conducta defectuosa de las demás personas, aumenta la libertad de actuación, por ejemplo, al no ser necesario disminuir la velocidad antes de un cruce en que se tiene preferencia de paso, cuestión que reporta beneficios, como una mejoría de la fluidez en la circulación. Similar situación tiene lugar en la división del trabajo del equipo de salud, así, en el marco de una intervención quirúrgica, al no tener que contar el médico cirujano con la posible conducta defectuosa del médico anestesista, aumenta su libertad de

⁹⁶ En ese sentido: FRISCH, *Comportamiento típico*, 208; Explican este planteamiento de la teoría de la conducta típica: CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 65-66; MARAVER, *El principio de confianza*, 168.

⁹⁷ La idea del favorecimiento de los contactos sociales de carácter anónimos como beneficio de la confianza es desarrollada por: FEIJÓO, "El principio de confianza", 50.

actuación, y puede dedicarse exclusivamente a su labor, lo que sin duda es socialmente ventajoso⁹⁸.

Por otra parte, habrá ocasiones en que la ponderación se inclinará por la protección de bienes jurídicos, por lo que se justificarán, presupuestos cuya concurrencia será necesaria para la vigencia de la confianza; y límites que contienen hipótesis que de verificarse no permitirán confiar en el correcto desempeño de las demás personas. Sin perjuicio de esto, una formulación que pretenda una prohibición absoluta a la posibilidad de confiar, debiendo tener en cuenta todas las posibles infracciones de otras personas, tendría como consecuencia una limitación insoportable a la libertad de actuación, generaría riesgos incalculables en cada contacto social⁹⁹, y condenaría a la sociedad a la eliminación de las actividades en que rige la confianza, ya que, las personas se inhibirían de realizarlas para evitar la responsabilidad por las infracciones de otros. Aún, una formulación que pretenda una limitación excesiva a la posibilidad de confiar, no solo afectaría de forma desmedida la libertad de actuación y las ventajas que trae, también llevaría a situaciones en que terminarían desprotegiéndose o derechamente afectándose los bienes jurídicos¹⁰⁰. Así, si el cirujano tuviera que controlar que el anestesista calcule y administre la dosis correcta de propofol, no podría concentrarse en su propia labor y esta se vería afectada, pudiendo lesionar la vida o la salud del paciente. En el tráfico vial, si todos los conductores tuvieran que detenerse en todas las intersecciones, generaría confusiones en la coordinación en el paso y podría provocar más accidentes.

En razón de lo expuesto, la ponderación debe resolverse de modo que garantice un grado de libertad general de actuación, aceptando limitaciones a esta en orden a alcanzar una adecuada protección de los bienes jurídicos. En ese sentido, la resolución de la ponderación debe atender a los postulados de la teoría de la conducta típica. Como la vigencia del principio de confianza es una expresión de la libertad general de actuación, resulta preciso que los presupuestos y límites a la confianza respondan a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido

⁹⁸ Sobre la importancia del principio de confianza en la división del trabajo del equipo médico se volverá más adelante. Véase *infra* II.1.

⁹⁹ Aunque fundamenta el principio de confianza en el principio de autorresponsabilidad, y entiende que la confianza en la conducta correcta de terceros se corresponde con la confianza con la propia vigencia de la normas, desarrolla esta idea: FEIJÓO, "El principio de confianza", 41.

¹⁰⁰ En ese sentido: FRISCH, *Comportamiento típico*, 260.

estricto¹⁰¹. Así, quien conduce en una carretera y nota que el vehículo que lo antecede frena sin que sus luces enciendan, ya no puede confiar en que éstas funcionen la próxima vez que frene, por lo que, se justificará un límite a la confianza. Ahora bien, una excepción a la confianza que se ajuste a los criterios señalados supondría que el conductor debe adecuar su deber de cuidado y aumentar la distancia con el automóvil de adelante, de modo que pueda reaccionar a tiempo si frena sin que sus luces funcionen. Por el contrario, no respondería a la necesidad y proporcionalidad si se impusiera a todos los conductores que sus vehículos deban contar con un sistema de frenado automático frente a situaciones como la descrita. Al menos en la actualidad, una limitación de ese tipo supondría una afectación innecesaria y desproporcionada a la libertad de actuación.

Cabe señalar que, la vigencia del principio de confianza, sus presupuestos y excepciones, no en pocas ocasiones tendrán su expresión en normas pre-penales o normas pre-jurídicas¹⁰², como las normas del tránsito, la *lex artis*, usos médicos o protocolos clínicos u hospitalarios, en tanto estas normas obedezcan a una adecuada ponderación de intereses, que exprese correctamente el alcance de la tipicidad de la norma¹⁰³. En ausencia de tales normas, la vigencia del principio de confianza, sus presupuestos y excepciones, serán legitimados mediante el equilibrio en los intereses.

En definitiva, nos parece que la teoría de la conducta típica propone la correcta fundamentación dogmática del principio de confianza, en tanto explica que éste responde a una adecuada ponderación de intereses entre la libertad general de actuación, con todas las ventajas sociales que conlleva y la conservación de bienes jurídicos. De esta manera, se legitima la configuración del deber de cuidado propio sin que sea necesario tener en cuenta la posible conducta defectuosa de terceros o el propio titular de los bienes jurídicos, garantizando un grado de libertad general de actuación, con los beneficios que reporta a la sociedad. Asimismo, permite

¹⁰¹ Explican este planteamiento de la teoría de la conducta típica: CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 65-68; MARAVER, *El principio de confianza*, 168.

¹⁰² En similar sentido, pero referido al riesgo permitido en relación con normas pre-penales, Frisch sostiene que “*La respuesta a la pregunta acerca de la existencia de una creación de riesgo permitida o desaprobada no resulta difícil para el penalista, pues tal cuestión –al menos en su aspecto esencial- frecuentemente ya está decidida pre-prenalmente*”. FRISCH, *Estudios sobre imputación*, 60-61.

¹⁰³ Puede ocurrir que las normas extrajurídicas no respondan a una adecuada ponderación de intereses, ya sea por imponer gravámenes excesivos al ejercicio de la libertad de actuación, como también pueden proteger de un modo insuficiente los bienes jurídicos, por ejemplo, si la norma deviene en obsoleta o si fue creada privilegiando intereses de forma desmedida. Explica este planteamiento: CONTRERAS, “Reglas extrajurídicas”, 406-407.

justificar adecuados presupuestos y limitaciones a la confianza para asegurar la protección de bienes jurídicos, mediante el cumplimiento de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

II.- CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA A LA LABOR DEL EQUIPO MÉDICO

1.- Importancia de la vigencia del principio de confianza en la división del trabajo del equipo médico

En la labor del equipo médico cada uno de sus integrantes tiene asignadas labores propias y especializadas, que llevan a cabo de manera sucesiva o simultánea, por lo que, se trata de una labor caracterizada por la división del trabajo¹⁰⁴. Esta separación de funciones trae beneficios asociados a la eficiencia y la seguridad, puesto que cada miembro del equipo médico puede dedicarse de manera exclusiva a sus labores sin tener que verificar permanente el trabajo de los demás¹⁰⁵. Esto reduce los costos y tiempos de espera en las prestaciones médicas; permite el aprovechamiento de conocimientos altamente especializados de cada interviniente¹⁰⁶; el desarrollo de tareas en paralelo, que posibilitan la práctica de procedimientos más seguros y complejos. Por ejemplo, el médico cirujano puede concentrarse únicamente en su labor en la intervención quirúrgica y no debe verificar que el médico anestesista haya aplicado la dosis correcta para dormir al paciente; también hace posible situaciones en que se demandan dos labores encaminadas al mismo fin. A modo de ejemplo, se exige al médico cirujano que verifique visualmente que no queda ninguna compresa al interior de la cavidad abdominal y luego, la situación debe ser confirmada por la arsenalera mediante la cuenta de las compresas retiradas.

Ahora bien, para que la división del trabajo tenga sentido y sus beneficios puedan ser aprovechados, no puede ocurrir que todo el equipo médico sea responsable por las infracciones de alguno de sus miembros. Si así fuere, cada integrante tendría que vigilar constantemente la actividad desarrollada por cada uno de sus colegas y colaboradores, y entonces, se perderían las ventajas de la separación de funciones¹⁰⁷. Lo que traería como consecuencia la creación de riesgos innecesarios para los bienes jurídicos. En tal consideración, la vigencia del principio de confianza hace posible la división del trabajo¹⁰⁸, y sus ventajas en el ámbito médico. Esto se debe a que,

¹⁰⁴ MARAVER, *El principio de confianza*, 99; CONTRERAS, "El principio de confianza", 36; JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 169.

¹⁰⁵ JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 170; ROSAS, "Caso "Imprudencia mortal", 142; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 47; FEIJÓO, "El principio de confianza", 55.

¹⁰⁶ CONTRERAS, "El principio de confianza", 36.

¹⁰⁷ JAKOBS, *Estudios de derecho*, 219, en similar sentido ha sostenido que: "Estas y otras divisiones del trabajo serían imposibles si cada uno tuviese que controlar absolutamente todos los que cooperan con él: de tanto tener que controlar el comportamiento de los demás nadie llegaría a cumplir con plena dedicación sus propias obligaciones (...)".

¹⁰⁸ JAKOBS, *La imputación objetiva*, 106; JAKOBS, *Estudios de derecho*, 219.

permite que en principio, cada integrante se enfoque y responda solo por la labor que le fue asignada, sin tener que contar con la conducta defectuosa de los demás ¹⁰⁹.

Por otra parte, la división del trabajo en la actividad médica genera riesgos, como posibles problemas de coordinación por una confusa delimitación de las funciones, errores por falta de comunicación entre los intervinientes del procedimiento, o que un integrante del equipo médico posea una calificación deficiente o experiencia insuficiente, entre otras¹¹⁰. De esta forma, podría ocurrir que por desconocimiento del proceder del otro, en una intervención quirúrgica el anestesista y el cirujano suministren cada uno una dosis de novocaína al paciente, que por sí solas sean inocuas, pero sumadas sean letales. Es por esto, que resulta necesario esclarecer bajo qué presupuestos y con qué limitaciones es posible confiar en la correcta labor de los demás. Sobre el punto, es preciso tener en cuenta que los parámetros de la confianza dentro del equipo médico no pueden establecerse con independencia de la naturaleza de la relación que media entre sus miembros. En ese sentido, no resulta atendible que un médico cirujano confíe bajo los mismos presupuestos y limitaciones en la corrección de una tarea llevada a cabo por un médico anestesista y la desplegada por un técnico en enfermería. Por lo tanto, para el estudio de la vigencia del principio de confianza en la división del trabajo del equipo médico se distingue entre las relaciones enmarcadas en la división del trabajo horizontal y la división del trabajo vertical¹¹¹.

La división horizontal del trabajo es aquella relación de colaboración que se constata entre personas jerárquicamente independientes y que no tienen posibilidad de impartirse instrucciones u órdenes entre sí¹¹². El ejemplo paradigmático de esta división se halla en la relación que existe entre el anestesista y el cirujano¹¹³. Pero también se verifican otros casos como el del médico y el farmacólogo clínico, o el del tecnólogo médico a cargo del banco de sangre y el médico cirujano.

La división vertical del trabajo es aquella que se verifica en las relaciones de personas entre las cuales existe un vínculo de subordinación, y en que una de ellas está facultada para impartir

¹⁰⁹ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 48.

¹¹⁰ JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 170; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 47.

¹¹¹ Esta distinción puede encontrarse en: PUPPE, "División del trabajo", 4; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 49; CONTRERAS, "El principio de confianza", 36; FEIJÓO, "El principio de confianza", 54; JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 171-173; VARGAS, "La imprudencia médica", 8; GÓMEZ, "La responsabilidad penal", 54; GALÁN, *Responsabilidad civil médica*, 278; ROSAS, "Caso "Imprudencia mortal", 144; MAYER, "Caso Pinzas", 163.

¹¹² CONTRERAS, "El principio de confianza", 36; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 49; FEIJÓO, "El principio de confianza", 54; JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 171.

¹¹³ GÓMEZ, "La responsabilidad penal", 55; GALÁN, *Responsabilidad civil médica*, 281.

órdenes o instrucciones a la otra¹¹⁴. El ejemplo paradigmático es entre el médico y el enfermero¹¹⁵. Pero existen otros ejemplos, como la relación que media entre el médico y la arsenalera, o entre la enfermera y el técnico en enfermería.

2.- División horizontal del trabajo

a) Vigencia del principio de confianza en la división horizontal del trabajo

En las relaciones mediadas por una división horizontal del trabajo el principio de confianza se aplica plenamente, lo que supone que, por regla general, los sujetos no deben contar con la posible infracción a deber por parte de sus colegas¹¹⁶. Si por el contrario, tuvieran que vigilar constantemente la labor de sus pares, no podrían enfocarse en sus propias tareas, desvirtuando la división del trabajo y creando riesgos innecesarios para los bienes jurídicos¹¹⁷. De esta manera, el cirujano puede confiar en que el anestesista estará atento a cualquier complicación que podría provocar el suministro de propofol en el paciente durante la intervención, y no tiene el deber de vigilar su reacción al medicamento, a su vez, el anestesista puede confiar en que el cirujano no olvide ningún instrumento en la cavidad abdominal del paciente¹¹⁸. Así mismo, el médico puede confiar en que el medicamento indicado por el farmacólogo clínico es el adecuado para la recuperación del sujeto, y este puede confiar en que la información clínica del paciente suministrada por el galeno es la correcta.

Sobre esta materia, encontramos en nuestra jurisprudencia un caso en que el anestesista en una intervención quirúrgica solicitó por segunda vez dos unidades de glóbulos rojos para una paciente cuya sangre correspondía al grupo O RH positiva, en esa ocasión la tecnóloga médica envió las muestras rotuladas con el nombre de la paciente, pero en su interior contenía sangre del grupo A RH positiva. La sangre fue transferida a la operada, situación que provocó su muerte a las pocas horas. Mediante sentencia de fecha 19 de enero de 2005, la Corte Suprema condenó a la tecnóloga médica por el delito dispuesto en el artículo 491 del Código Penal, al estimar que actuó con negligencia culpable, y absolvió al anestesista, por cuanto sostuvo que no le correspondía un deber de supervigilancia sobre la labor de la condenada:

¹¹⁴ FEIJÓO, "El principio de confianza", 54; JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 173; CONTRERAS, "El principio de confianza", 36; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 49; GALÁN, *Responsabilidad civil médica*, 278.

¹¹⁵ JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 173.

¹¹⁶ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 49.

¹¹⁷ CONTRERAS, "El principio de confianza", 37. En sentido similar: FEIJÓO, "El principio de confianza", 55.

¹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo", *Derecho y Salud* Vol. 2, (1994): 51.

“UNDÉCIMO (...) No es posible que en medio de una intervención quirúrgica complicada en la que la labor del anestesista debe estar dirigida no sólo a suministrar la anestesia sino también a vigilar los índices vitales del paciente, su trabajo también deba ser de supervigilancia de cada uno de los actos de las demás personas que intervengan en el proceso médico que se lleva a cabo. En esta situación concreta no ha podido ser previsible para el encausado que desde la unidad de sangre del hospital se haya enviado bajo los rótulos de la paciente, sangre no compatible”¹¹⁹.

b) Presupuesto de la vigencia del principio de confianza en la división horizontal del trabajo

Para que el principio de confianza rija en la división horizontal del trabajo es necesaria la concurrencia de una clara delimitación de los ámbitos de responsabilidad de cada miembro del equipo médico¹²⁰. Esto se debe a que, solo es razonable contar con la corrección de la labor de un colega cuando existe claridad de que es el encargado de llevarla a cabo. Si por el contrario, hay dudas respecto del sujeto que debe desarrollar la tarea, el principio de confianza pierde su vigencia y serán responsables por su ejecución todos los involucrados¹²¹. Por ejemplo, si en una determinada situación en un centro de salud no existe claridad acerca de quién es el profesional a cargo de efectuar la entrevista previa a una intervención quirúrgica para conocer las alergias de un paciente, el anestesista no puede confiar en que esta será realizada por el cirujano, ni viceversa.

La delimitación de los ámbitos de responsabilidad puede hallarse: en los protocolos internos de los recintos clínicos u hospitalarios; en normas extrapenales; en la caracterización de roles que tiene lugar a través de la especialización y profesionalización de la ciencia médica; en prácticas comunes o usos médicos; e incluso de acuerdos entre profesionales¹²².

En cuanto a los protocolos internos de los recintos clínicos u hospitalarios, si ellos describen con claridad la labor a ejecutar y la persona competente para hacerlo, se podrá no tomar en cuenta la posible infracción de otro sujeto, es decir, se puede confiar¹²³.

Por otra parte, existen ámbitos de competencia contenidos en normativa extrapenal¹²⁴. Por ejemplo, por medio de la Resolución Exenta N° 1031 dictada por el Ministerio de Salud el año 2012, este aprobó la Norma N°3 sobre seguridad del paciente y calidad de la atención respecto de:

¹¹⁹ Sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 19 de enero de 2005, Rol: 9-2003, cons. 11°.

¹²⁰ CONTRERAS, “El principio de confianza”, 37; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 49; GÓMEZ, “La responsabilidad penal”, 55.

¹²¹ CONTRERAS, “El principio de confianza”, 37.

¹²² *Ibíd*, 37-38.

¹²³ *Ibíd*, 37.

¹²⁴ *Ibíd*, 37.

“Aplicación de lista de chequeo para la seguridad de la cirugía”. En ella se establece que es el Primer Cirujano el responsable de que la lista de chequeo que persigue evitar que se olviden cuerpos extraños, se aplique cabalmente en cada intervención. De esta forma, los demás médicos que participan en la intervención no deben supervigilar la correcta aplicación de la lista de chequeo.

También puede ocurrir que la delimitación de esferas de responsabilidad provenga de la caracterización de roles que surge de la especialización y profesionalización de la ciencia médica. En este punto juegan un rol determinante las reglas extrajurídicas o *lex artis*, y los programas de estudio diferenciados para cada especialidad¹²⁵. Por lo demás, reafirma la relevancia de estas reglas y programas la ausencia de una ley o disposición reglamentaria sobre especialidades médicas en nuestro ordenamiento jurídico.

Otra forma de delimitar las tareas asignadas a cada integrante del equipo de salud es mediante los usos médicos o prácticas comunes de un recinto clínico u hospitalario. Así, puede ser que no se cuente con un protocolo escrito pero que sea una práctica común que en un establecimiento de salud se designe a un médico de turno para situaciones de emergencia, de manera que tenga la obligación de encontrarse donde pueda ser contactado, y pueda asistir personalmente de ser necesario. Lo relevante, es que exista claridad en cuanto a la persona y la tarea encomendada, de lo contrario, la confianza no regirá.

Finalmente, la delimitación de ámbitos de responsabilidad puede tener su origen en acuerdos entre profesionales¹²⁶. Tal acuerdo tiene lugar cuando legítimamente se delega alguna tarea en un colega y este la acepta. Al respecto, encontramos en nuestra jurisprudencia un caso en que una anestesista solicitó la desintubación de una paciente intervenida a un cirujano, y este aceptó, pero al momento de efectuar la tarea no extrajo la gasa que servía de sello, provocando un paro respiratorio seguido de uno cardíaco. Mediante la realización de las maniobras de rigor la enferma recuperó el pulso mas no el conocimiento, finalmente fue trasladada a la Unidad de Cuidados Intensivos donde falleció de un segundo paro. La Corte de Apelaciones de Concepción mediante sentencia dictada el día 29 de mayo de 1985, y confirmada por la Corte Suprema por sentencia de 3 de enero de 1986, absolvió a la anestesista y condenó al cirujano por el delito del

¹²⁵ Ibíd, 38.

¹²⁶ Ibíd, 38.

artículo 491 del Código Penal, tras estimar que la desintubación se encontraba en su esfera de responsabilidad como consecuencia del acuerdo alcanzado entre los médicos:

“17 (...) Pues bien, si se considera –ateniéndose únicamente a la versión del procesado– que la anestésista, al término de la operación quirúrgica, le solicitó que extubara a la paciente “porque ella no iba a poder hacerlo” y él aceptó realizar esa acción, que quizás es la más importante del último período del proceso de anestesia, resulta que, de hecho y voluntariamente, asumió la responsabilidad de lo que pudiera suceder en esa fase del proceso.”¹²⁷

c) Límites al principio de confianza en la división horizontal del trabajo

Como se ha explicado, en la división horizontal del trabajo si se verifica una clara delimitación de las funciones, un miembro del equipo de salud puede, en general, confiar en que su par realizará sus labores adecuadamente. Sin embargo, existen determinadas situaciones en que sostener que no se deben tener en cuenta las infracciones a deber de cuidado de los colegas crearía riesgos inadmisibles por el ordenamiento para la protección de bienes jurídicos. De esta manera, el principio de confianza en la división horizontal del trabajo es exceptuado cuando concurren: *i) Circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero o que no está en condiciones de cumplir correctamente con su labor; e ii) Infracciones al deber de cuidado propio que se define en atención al posible error o infracción de otro.*

Cabe señalar que, existen otros límites al principio de confianza que han sido aceptados en el Derecho del Tránsito por la jurisprudencia comparada y por parte de la doctrina¹²⁸. Sin embargo, corresponde descartarlos como excepciones a este principio en la división horizontal del trabajo del equipo médico, lo que será analizado en el apartado: *iii) No consideración de otros límites.*

i) Circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero o que no está en condiciones de cumplir correctamente con su labor

En la división horizontal del trabajo, si en atención a las circunstancias concretas en que se desenvuelve la actividad es cognoscible que un colega del equipo médico comenzó a infringir o

¹²⁷ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 29 de mayo de 1985, Rol N° 13294-84, cons. 17°. Confirmada por sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 28 de enero de 1986, Rol N° 24679-85.

¹²⁸ MARAVER, *El principio de confianza*, 120-137; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 28-33. Véase *supra* I.1.b.

infringirá su deber de cuidado, ya no rige el principio de confianza¹²⁹. Ejemplos de esta limitación son el caso del médico que está seguro de que el farmacólogo confundió un medicamento y recomendó uno equivocado, o el del cirujano que presencia que el anestesista no conectó el monitor de signos vitales¹³⁰. En estas situaciones corresponde que se adecúe el deber de cuidado propio a la inobservancia de la otra persona, y tal adecuación puede implicar que se suspenda la actividad¹³¹. De esta forma, el médico está obligado a no seguir la indicación errónea del farmacólogo, y el cirujano debe solicitar al anestesista la conexión del monitor. Es importante destacar que no basta con la sola sospecha de que el colega está desplegando una conducta defectuosa, es preciso que concurren circunstancias concretas que evidencien el carácter inminente o actual de la infracción¹³².

Una clara expresión de las circunstancias que deben concurrir para que tenga lugar esta limitación se encuentra en los hechos del caso conocido por el Tercer Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, que fue resuelto por sentencia de 22 diciembre de 2009, confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago por sentencia de 28 de abril de 2010, que condenó por el delito del artículo 491 del Código Penal al anestesista y al cirujano que participaron en la intervención quirúrgica. En tal caso, el monitor de signos vitales arrojó señales de baja saturación que fueron desatendidos por el anestesista, aquellas señales de anormalidad eran tan evidentes que llamaron la atención de la auxiliar de enfermería, quién preguntó por la situación al anestesista, pero al no recibir respuesta salió del pabellón a buscar a la enfermera de la clínica para consultar por lo ocurrido. La enfermera notó que la paciente se encontraba en estado cianótico, y solo por su advertencia el cirujano detuvo la intervención, sin embargo, el paro en que se encontraba la paciente le provocó la muerte¹³³. A pesar de no haber sido reconocidas por el Tribunal como un límite, las señales del monitor de signos vitales, las interrogantes y movimientos de auxiliar de enfermería, constituyen circunstancias que excluyen la posibilidad de confiar en el correcto

¹²⁹ En ese sentido: FEIJÓO, "El principio de confianza", 60; CONTRERAS, "El principio de confianza", 38; PUPPE, "División del trabajo", 4; JAKOBS, *Estudios de derecho*, 177; MARAVER, *El principio de confianza*, 299.

¹²⁹ SILVA, "Aspectos de la responsabilidad", 51.

¹³⁰ *Ibíd*, 51.

¹³¹ FEIJÓO, "El principio de confianza", 60. Véase también: MARAVER, *El principio de confianza*, 300.

¹³² FEIJÓO, "El principio de confianza", 61; GÓMEZ, "La responsabilidad penal", 57; MARAVER, *El principio de confianza*, 304.

¹³³ Sentencia dictada por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago con fecha 22 de diciembre de 2009, Rol 123-2009, cons. 11° pp. 284 y 285, y cons. 14° p. 363. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago por sentencia de 28 de abril de 2010, Rol 24-2010.

desempeño de la actividad de un colega del equipo médico, ya que, hacen cognoscible que está infringiendo su deber de cuidado.

Esta limitación igualmente importa que no se puede confiar en el correcto desempeño de un colega cuando es cognoscible que no está en condiciones de cumplir correctamente su labor¹³⁴. Esto ocurre, por ejemplo, si se encuentra bajo las influencias del alcohol, notoriamente exhausto, o si ha dado muestras de inexperiencia que hacen evidente que incurrirá en un error. En este punto, también es relevante que se verifiquen circunstancias concretas que den cuenta de la condición no adecuada de la otra persona.

ii) Situaciones en que el deber de cuidado propio se define en atención al posible error de otro

En ciertas situaciones el deber de cuidado propio tiene por finalidad evitar que la conducta errónea de otra persona provoque un resultado lesivo¹³⁵. De esta forma, para la configuración del deber de cuidado propio se debe considerar la posible conducta defectuosa del colega¹³⁶. Se trata de casos en que los deberes de ambas personas quedan superpuestos, en tanto persiguen evitar la creación del mismo riesgo¹³⁷. Y en consecuencia, para ninguno de los sujetos rige el principio de confianza. No puede confiar aquel cuya conducta va a ser asegurada por otra persona, y tampoco puede hacerlo el que tiene el deber definido en función del posible error¹³⁸. Por ejemplo, un médico general al efectuar un examen físico, palpa una hernia en un paciente, y lo deriva a un cirujano abdominal. El médico general no puede realizar el examen físico de forma deficiente justificándose en que luego será examinado por otro profesional, y por su parte, el cirujano debe repetir el examen físico y el revisar nuevamente la hernia.

iii) No consideración de otros límites

En la división horizontal del trabajo del equipo médico no exceptúan la vigencia del principio de confianza: las *“circunstancias especiales, críticas o poco claras que suponen una peligrosidad elevada”* (1); los *“casos de infracciones frecuentes”* (2); la *“evidente falta de aptitud para participar en la actividad”* (3); y *“las conductas propias contrarias a deber”* (4).

¹³⁴ CONTRERAS, “El principio de confianza”, 38.

¹³⁵ MARAVER, *El principio de confianza*, 293.

¹³⁶ *Ibíd*, 293.

¹³⁷ *Ibíd*, 293.

¹³⁸ *Ibíd*, 293.

En cuanto a la primera excepción, (1) éstas inciden en la determinación de la confianza en la correcta labor del otro. Este planteamiento no puede ser tenido como un límite al principio de confianza en la labor del equipo médico, puesto que, el alto grado de abstracción de esta formulación supone que el espectro de conductas que podría calificarse como “especiales” o “críticas” sería tan amplio que haría confusa su concreción, y el principio de confianza perdería sentido como criterio delimitador del deber de cuidado. En tal sentido, una noción con tal grado de imprecisión generaría incertidumbre en la protección de bienes jurídicos. En cambio, para que determinadas situaciones produzcan el efecto de excluir la confianza, como se explicó más arriba, deben tratarse de *circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero o que no está en condiciones de cumplir correctamente con su labor*¹³⁹. Por su parte, las circunstancias poco claras que son relevantes para la determinación de la confianza en el otro impiden la posibilidad de confiar, pero no como una limitación al principio, sino porque no se cumpliría con el presupuesto de la confianza en la división horizontal del trabajo del equipo médico, esto es, la clara delimitación de los ámbitos de responsabilidad¹⁴⁰.

En segundo término, debe descartarse como límite al principio de confianza los “casos de infracciones frecuentes” (2), tomando en consideración del alto nivel de abstracción que supone identificar la frecuencia que debieran tener tales infracciones¹⁴¹⁻¹⁴². Pero más aún, porque la actividad que desarrolla el equipo médico es altamente riesgosa, y está en juego la protección de los bienes jurídicos vida y salud de las personas, por lo que, no puede haber espacio para el despliegue de la labor médica en tolerancia de infracciones frecuentes.

En tercer lugar, en la división horizontal del trabajo no constituye una limitación al principio de confianza la “evidente falta de aptitud para participar en la actividad” (3). Tal limitación está pensada en relación con niños pequeños, ancianos o personas desorientadas en el tránsito, que no debieran tener participación en el equipo médico. En cambio, en la división horizontal del equipo de salud, los sujetos pueden contar con la concurrencia de pares que sí tienen aptitud para desarrollar su actividad. En todo caso, supuestos como la evidente inexperiencia de algún colega, son comprendidos en la limitación compuesta por: *Circunstancias concretas que evidencien el*

¹³⁹ Véase *supra* II.2.c.i.

¹⁴⁰ Véase *supra* II.2.b.

¹⁴¹ Véase *supra* I.1.b.ii.

¹⁴² MARAVER, *El principio de confianza*, 304.

*comportamiento incorrecto del tercero o que no está en condiciones de cumplir correctamente con su labor*¹⁴³.

Finalmente, “las conductas propias contrarias a deber” (4) no constituyen una excepción a la confianza. Como fue explicado, no corresponde que por una infracción al deber propio se deba contar con todas las posibles infracciones de otras personas, y responder por ellas a todo evento¹⁴⁴. Además, el principio de confianza opera en la configuración del deber de cuidado propio, de manera que no tendría sentido preguntarse si se debe tener en cuenta o no la conducta defectuosa de un colega para configurar el deber propio, cuando se parte de la premisa de haber incurrido en una conducta propia contraria a deber, es decir, el deber de cuidado ya se infringió. No obstante, esto no significa que quien despliega una conducta contraria a deber, sea siempre responsable. Para fundar la responsabilidad por los resultados de muerte o lesiones que hayan tenido lugar después de una conducta infractora de un miembro del equipo médico es preciso que se verifique, como requisito de la teoría de la imputación objetiva de resultado, la realización del riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado lesivo¹⁴⁵. Lo que supone que la observancia del deber de conducta hubiera evitado tal resultado, con una probabilidad rayana a la certeza¹⁴⁶.

3.- División vertical del trabajo

Para efectos de determinar los alcances del principio de confianza en la división vertical del trabajo del equipo médico, es preciso distinguir entre la posibilidad de confiar que asiste al subordinado respecto de la conducta adecuada y correctas instrucciones de su superior - sobre estos casos nos referiremos a la “división vertical en sentido ascendente”¹⁴⁷ - por otro lado, cabe el estudio de la posibilidad de confiar del superior jerárquico en la corrección de la conducta del subordinado, lo que corresponde a la “división vertical en sentido descendente”¹⁴⁸.

a) División vertical del trabajo en sentido ascendente

i) Vigencia del principio de confianza en la división vertical del trabajo en sentido ascendente

¹⁴³ Véase *supra* II.2.c.i.

¹⁴⁴ Para una explicación más detallada acerca de los motivos para descartar este límite, véase *supra* I.1.b.iv.

¹⁴⁵ Véase cita nota n° 51.

¹⁴⁶ CONTRERAS, “Tratamiento penal”, 98.

¹⁴⁷ Concepto acuñado por: FEIJÓO, “El principio de confianza”, 55.

¹⁴⁸ Concepto acuñado por: IBÍD, 55.

En la división del trabajo en orden ascendente el principio de confianza tiene plena vigencia. Se trata de una situación en que el subordinado recibe instrucciones de una persona que posee mayor preparación y respecto de las cuales, en principio no tiene posibilidad de incidir¹⁴⁹. Por lo tanto, la división del trabajo vertical en orden ascendente tiene consecuencias para la confianza similares a las de la división horizontal. De esta manera, el subordinado puede, en general, confiar en que la conducta desplegada y las instrucciones emanadas de su “superior jerárquico”, serán correctas. Por ejemplo, la situación en que una anestesista que por no revisar la ficha clínica instruye a un técnico en enfermería la inyección de metamizol (dipirona) a una paciente alérgica al medicamento, lo que provoca su muerte por un shock anafiláctico. En este caso, a pesar de que el técnico en enfermería es quien suministra el medicamento, no le cabe responsabilidad, debido a que, podía confiar en que la médica había ajustado su conducta a deber y ordenado la inyección correctamente.

ii) Límites del principio de confianza en la división vertical del trabajo en sentido ascendente

La vigencia del principio de confianza en la división vertical en sentido ascendente se verá limitada por las mismas causas que la división horizontal del trabajo¹⁵⁰. Tales son: *i) Circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero o que no está en condiciones de cumplir correctamente con su labor¹⁵¹; y ii) Situaciones en que el deber de cuidado propio se define en atención al posible error de otro¹⁵²*. La primera excepción tiene lugar, por ejemplo, si una enfermera experimentada nota que un médico le instruye que inyecte por la vía intravenosa un medicamento que debe ser suministrado por la vía intratecal, frente a esta situación, debe adecuar su conducta al error del galeno y solicitarle que corrija la prescripción del fármaco¹⁵³.

En cuanto a la segunda excepción, el caso paradigmático en que un sujeto debe asegurar que no se realice un riesgo por la posible conducta errónea de otro miembro del equipo médico, y por lo tanto, en que sus deberes quedan superpuestos, es aquel en que el cirujano antes de proceder a cerrar la cavidad abdominal de un paciente debe realizar un examen visual para verificar que no quede ningún instrumento en su interior, mientras que, la arsenalera debe contar

¹⁴⁹ En ese sentido: IBÍD, 55.

¹⁵⁰ Ver *supra* II.2c.

¹⁵¹ Ver *supra* II.2c.i.

¹⁵² Ver *supra* II.2c.ii.

¹⁵³ Ejemplo empleado por: PUPPE, "División del trabajo", 4.

que el número de piezas extraídas coincida con el utilizado para comprobar que no quede ningún cuerpo extraño alojado en la zona operada. En este caso, el principio de confianza no rige para ninguno de los sujetos¹⁵⁴. La arsenalera no puede efectuar una cuenta negligente de los instrumentos amparada en que el médico efectuará un examen visual. Y por su parte, tampoco el cirujano puede evadir el examen visual de la zona operada justificando su conducta en que la arsenalera debía contar los instrumentos utilizados. En tal sentido, el Juzgado de Garantía de Chillán, mediante una reciente sentencia de fecha 16 de Junio de 2017, confirmada por la Corte de Apelaciones de Chillán por sentencia de 19 de Julio de 2017, absolvió al médico cirujano de una intervención quirúrgica en que quedaron compresas alojadas al interior de la paciente, sosteniendo que este cumplió su deber de efectuar un examen visual antes de proceder al cierre de la zona operada¹⁵⁵. En el caso descrito, el cirujano podía confiar en que el recuento del instrumental efectuado por la arsenalera era correcto.

b) División vertical del trabajo en sentido descendente

i) Vigencia del principio de confianza en la división vertical del trabajo en sentido descendente

En la división vertical del trabajo en sentido descendente el principio de confianza tiene vigencia, pero su aplicación es más limitada que en la división del trabajo horizontal y la división vertical en sentido ascendente¹⁵⁶. Esto se explica porque en la división vertical en orden descendente se trata la posibilidad de confiar en un subordinado que tiene una preparación menos intensa¹⁵⁷. No obstante, esto no supone tratar a los integrantes del personal de colaboración como sujetos irresponsables¹⁵⁸. En cambio, para que rija la confianza y el superior jerárquico pueda configurar su deber de cuidado sin contar con eventuales infracciones del subordinado, es necesario que se trate de una actividad propia del personal de colaboración o una actividad que le sea legítimamente delegable, y además, que se cumpla con deberes de elección, instrucción y supervigilancia¹⁵⁹.

¹⁵⁴ MARAVER, *El principio de confianza*, 293.

¹⁵⁵ Sentencia pronunciada por el Juzgado de Garantía de Chillán con fecha 16 de Junio de 2017, RIT O-6868-2013, cons. 14°. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Chillán por sentencia de 19 de Julio de 2017, ROL 208-2017.

¹⁵⁶ FEIJÓO, "El principio de confianza", 55.

¹⁵⁷ En ese sentido: IBÍD, 55.

¹⁵⁸ IBÍD, 56.

¹⁵⁹ CONTRERAS, "El principio de confianza", 38.

ii) Delegación de actividades en el personal de colaboración

El sentido de la división del trabajo supone que los facultativos puedan delegar actividades en el personal de colaboración. La delegación de labores médicas está expresamente contemplada en el inciso 2° del artículo 113 del Código Sanitario¹⁶⁰. Esta norma dispone que los miembros del personal de colaboración pueden realizar algunas funciones de diagnóstico, pronóstico o tratamiento de pacientes, siempre que medie indicación y supervigilancia médica.

Ahora bien, nuestro ordenamiento jurídico no regula de forma explícita la delegación de actividades no médicas en el personal de colaboración. Sin embargo, es correcto entender que al estar permitida la transferencia de funciones médicas en el personal de colaboración, con mayor razón lo está la delegación de tareas no médicas. Esto cobra sentido porque la realización de labores no médicas implica una menor calificación y complejidad que la ejecución de labores médicas. De esta forma, si la delegación de actividades médicas no supone la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, tampoco lo hará la delegación de tareas menos complejas, como lo son las labores no médicas, y en consecuencia, no será eficaz para fundar la imprudencia temeraria o la negligencia culpable que exigen los artículos 490 y 491 del Código Penal, respectivamente.

La delegación de actividades médicas y no médicas en el personal de colaboración es una manifestación de la división del trabajo. De esta manera, permite la materialización de sus beneficios que se asocian a la eficiencia y la seguridad en la prestación médica, como la dedicación exclusiva por parte de los médicos a las actividades para las que su conocimiento y especialización son indispensables¹⁶¹. No obstante, la delegación de actividades, al igual que la división del trabajo, acarrea riesgos para los bienes jurídicos. Estos riesgos pueden originarse por una insuficiente preparación o experiencia del personal de colaboración, por mala una comunicación o deficiente comprensión de la actividad delegada, o bien, producto de la falta de supervisión en la ejecución de la tarea¹⁶². Para evitar la realización de tales riesgos en resultados lesivos, y que sean tenidos como tolerados por el ordenamiento jurídico, los facultativos que deleguen funciones en el personal de colaboración deben cumplir con deberes de elección, instrucción y

¹⁶⁰ Ibíd, 40.

¹⁶¹ Ibíd, 40.

¹⁶² Ibíd, 40.

supervigilancia¹⁶³. Tales deberes son el presupuesto para la vigencia del principio de confianza en la división vertical del trabajo descendente, de manera una vez cumplidos, los médicos no tienen que contar con la posible conducta defectuosa del personal de colaboración¹⁶⁴.

iii) Deberes de elección, instrucción y supervigilancia

aa) El deber de elección

El deber de elección está compuesto por dos obligaciones. Por un lado, es preciso escoger correctamente la actividad que se va a transferir y por otra parte, es necesario seleccionar debidamente la persona a la que se encomendará la labor¹⁶⁵. La combinación adecuada de ambas obligaciones, esto es, la transferencia de una actividad legítimamente delegable a una persona que la pueda ejecutar correctamente, determinará el cumplimiento del deber de elección.

En cuanto al deber de elección de la tarea, el inciso 2° del artículo 113 del Código Sanitario limita la referencia de la delegación a “algunas actividades” de carácter médico y no ofrece pautas más específicas para determinar qué tareas son transferibles y cuáles no. Por lo tanto, es relevante atender a las pautas ofrecidas por la *lex artis* y la *praxis médica*. Sin perjuicio de ello, es necesario aportar criterios jurídicos que permitan dilucidar las labores que son delegables y las que no lo son¹⁶⁶.

La doctrina ha sostenido que son delegables las labores que poseen una baja dificultad o peligrosidad, y cuando no se verifiquen circunstancias que hagan altamente imprevisible la reacción del paciente. Si concurren estos requisitos, la elección de la actividad a delegar se habrá efectuado debidamente y regirá el principio de confianza¹⁶⁷. Por su parte, mientras más riesgosa o difícil sea la ejecución de la tarea, o mientras más imprevisibles sean las reacciones del paciente, se estará más lejos de una labor delegable¹⁶⁸.

En este punto, es necesario distinguir entre tres grupos de actividades. En primer lugar, se encuentran aquellas actividades reservadas exclusivamente a los médicos. Dentro de este grupo se hallan la toma de decisiones y la ejecución de medidas diagnósticas y de tratamiento del

¹⁶³ JORGE, “Aspectos básicos de la imprudencia”, 174.

¹⁶⁴ CONTRERAS, “El principio de confianza”, 38; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 52.

¹⁶⁵ CONTRERAS, “El principio de confianza”, 39.

¹⁶⁶ *IBÍD*, 41.

¹⁶⁷ *IBÍD*, 39 y 41.

¹⁶⁸ *IBÍD*, 41.

paciente que, debido a su elevado peligro o dificultad técnica, requieren de un conocimiento teórico y una experiencia práctica solo exigible a los profesionales médicos¹⁶⁹. Se trata de labores que son indelegables. El médico que las delegue habrá infringido su deber de elección, y por tanto, no puede ampararse en el principio de confianza. En segundo término, están las actividades cuya ejecución se puede transferir al personal de colaboración, pero debe existir una supervisión médica directa para que rija la confianza¹⁷⁰. Y en tercer lugar, se hallan las tareas que se pueden delegar, y el médico solo tiene la obligación de estar disponible para ser contactado si se presenta alguna emergencia¹⁷¹.

Por otra parte, el deber de elección de la persona se entenderá cumplido cuando se seleccione a un sujeto que cuente con la calificación formal y material para realizar la tarea encomendada¹⁷². La calificación formal consiste en el grado técnico o universitario que da cuenta de los conocimientos que posee el delegado, lo que normalmente será verificado por el departamento de recursos humanos del establecimiento de salud, y no por el médico que transfiere la tarea¹⁷³. Pero puede el médico, confiar en la correcta verificación de la calificación formal del personal de colaboración¹⁷⁴. En cuanto a la calificación material, esta dice relación con que el delegado se encuentre efectivamente preparado para efectuar de forma correcta la labor, y cuyos conocimientos no sean insuficientes u obsoletos¹⁷⁵. Tal calificación se cumple, si el sujeto tiene experiencia en la ejecución de la tarea, de lo contrario, el médico debe comprobar que el sujeto está preparado para enfrentar adecuadamente la actividad e intensificar la supervisión¹⁷⁶.

La inobservancia al deber de elección de la persona, es decir, la no verificación de las adecuadas capacidades del delegado, tiene como consecuencia la imposibilidad de transferir la actividad a aquel sujeto sin crear un riesgo jurídicamente desaprobado. En ese sentido, la Corte Suprema mediante sentencia pronunciada el día 10 de marzo de 2011, confirmó la condena de una médica por el delito del artículo 491 del Código Penal, por estimar que actuó con

¹⁶⁹ *IBÍD*, 41.

¹⁷⁰ *IBÍD*, 41.

¹⁷¹ *IBÍD*, 41.

¹⁷² *IBÍD*, 39. Véanse también: SILVA, "Aspectos de la responsabilidad", p. 51; FEIJÓO, "El principio de confianza", p. 66.

¹⁷³ CONTRERAS, "El principio de confianza", 39.

¹⁷⁴ *IBÍD*, 39.

¹⁷⁵ *IBÍD*, 39.

¹⁷⁶ FEIJÓO, "El principio de confianza", 67-68.

“negligencia” al delegar la inyección endovenosa a un técnico en enfermería que no se encontraba capacitado para ello. Tal actividad, en cambio, podía ser transferida a un enfermero¹⁷⁷.

bb) El deber de instrucción

Para dar cumplimiento al deber de instrucción -y que rija el principio de confianza-, es necesario que el médico entregue al personal de colaboración indicaciones correctas, claras y completas, detallando la actividad a realizar y respecto de qué paciente¹⁷⁸. Por el contrario, si las instrucciones son defectuosas, imprecisas o incompletas se habrá infringido este deber¹⁷⁹. Para asegurar la comprensión por parte del personal de colaboración, idealmente las instrucciones deben ser entregadas por escrito. Pero como las condiciones fácticas inherentes a la labor del equipo médico en muchos casos no lo permiten, en tales situaciones, se deben utilizar fórmulas que posibiliten el aseguramiento de la comprensión de la tarea por parte del delegado, como solicitarle que repita la instrucción encomendada¹⁸⁰.

La relevancia del cumplimiento de este deber queda de manifiesto en la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago el día 3 de marzo de 2008, en que se condena a título de homicidio imprudente, por el delito del artículo 491 del Código Penal, al anestesista que erróneamente ordenó al auxiliar paramédico la inyección intravenosa de dos gramos de dipirona a una paciente alérgica al medicamento, lo que le provocó un shock anafiláctico, y posteriormente la muerte¹⁸¹.

cc) El deber de supervigilancia

El deber de supervigilancia respecto del personal de colaboración que realiza actividades médicas delegadas está contemplado expresamente en el inciso 2° del artículo 113 del Código Sanitario¹⁸². Este deber consiste en que el médico supervise que el delegado efectúe

¹⁷⁷ Sentencia de reemplazo dictada por la Corte Suprema con fecha 10 de marzo de 2011, Rol N° 2285-10, cons. 5° y 6°.

¹⁷⁸ CONTRERAS, “El principio de confianza”, 39.

¹⁷⁹ FEIJÓO, “El principio de confianza”, 56.

¹⁸⁰ CONTRERAS, “El principio de confianza”, 39-40; Véanse también: FEIJÓO, “El principio de confianza”, 56; PUPPE, “División del trabajo”, 4.

¹⁸¹ Sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 3 de marzo de 2008, Rol N° 14193-05, cons. 5°.

¹⁸² CONTRERAS, “El principio de confianza”, 40.

correctamente la labor encomendada¹⁸³. Y en el evento de presenciar una actuación defectuosa, debe intervenir¹⁸⁴.

A diferencia de los deberes de elección e instrucción, este deber se mantiene durante la etapa de ejecución, por lo que, en principio constituye un presupuesto que condiciona más intensamente la confianza¹⁸⁵. De ahí la relevancia de determinar la intensidad que ha de tener la supervisión. Si el deber de supervigilancia obligase al facultativo a presenciar personalmente toda la ejecución, se perdería el sentido de la delegación de funciones y todas sus ventajas¹⁸⁶. Además, supondría una limitación insoportable a la libertad de actuación, y en muchos casos provocaría riesgos innecesarios para los bienes jurídicos del paciente. De esta forma, una adecuada ponderación de los bienes jurídicos en juego importa que la supervisión se limite a aspectos concretos de la actividad, o que se efectúen revisiones aleatorias a la labor desempeñada por el personal de colaboración¹⁸⁷. Y mientras más experiencia tengan los sujetos, menos intensa debe ser la supervisión, y viceversa. Sin embargo, en ocasiones excepcionales, cuando se deleguen actividades complejas por primera vez, o cuando el sujeto receptor de la delegación sea aún inexperto, se admite que la supervigilancia sea permanente, y de esa forma se asegure una adecuada protección de los bienes jurídicos¹⁸⁸.

Finalmente, si la actividad delegada se trata de aquellas que permita al médico ausentarse del lugar de su ejecución, para el cumplimiento del deber de supervigilancia será necesario que el galeno se encuentre disponible para ser contactado, y concurrir al establecimiento si se presenta alguna emergencia¹⁸⁹.

iv) Actividades propias del personal de colaboración

Existen actividades que son propias del personal de colaboración, y que no responden a una delegación de funciones¹⁹⁰. Las tareas que corresponden a los enfermeros se encuentran descritas, en términos generales, en el inciso 4° del artículo 113 del Código Sanitario, que señala que dicho personal es el encargado de la gestión del cuidado relativo a la promoción, mantención y

¹⁸³ MARAVER, *El principio de confianza*, 141.

¹⁸⁴ FEIJÓO, "El principio de confianza", 56.

¹⁸⁵ MARAVER, *El principio de confianza*, 141.

¹⁸⁶ CONTRERAS, "El principio de confianza", 40; MARAVER, *El principio de confianza*, 142.

¹⁸⁷ MARAVER, *El principio de confianza*, 142.

¹⁸⁸ CONTRERAS, "El principio de confianza", 40.

¹⁸⁹ *IBÍD*, 40.

¹⁹⁰ *IBÍD*, 41-42.

restauración de la salud; el deber de velar por la administración de los recursos de asistencia del paciente; entre otras¹⁹¹. Mientras que las labores que corresponden al personal auxiliar paramédico y técnico de enfermería, están comprendidas en el artículo 7° del Reglamento que regula el ejercicio de las profesionales auxiliares de la medicina, odontología, química y farmacia u otras relacionadas con la conservación y restablecimiento de la salud¹⁹². Además, en muchos casos será posible hallar una descripción más detallada de las tareas del personal de colaboración en los protocolos internos de los recintos de salud.

Respecto de las actividades propias del personal de colaboración igualmente rige el principio de confianza. De esta manera, los demás miembros del equipo de salud pueden contar con la conducta ajustada a deber de parte de las enfermeras, auxiliares paramédicos y técnicos de enfermería. Con todo, a diferencia de lo que ocurre con las actividades delegadas en el personal de colaboración, en las tareas que les son propias, el deber de control recae en las enfermeras supervisoras o en los enfermeros jefes de la unidad, tal como se desprende de las secciones IV y V de la Norma General Técnica N° 1 sobre organización funcional de enfermería en los establecimientos asistenciales de los servicios de salud¹⁹³.

v) Situación del médico tutor en el proceso de especialización

En la labor que desempeña el equipo médico existe una relación entre sujetos que para efectos del análisis de la vigencia y presupuestos del principio de confianza, es conveniente tratar separadamente del vínculo que se verifica entre los facultativos y el personal de colaboración, debido a sus particularidades: la relación que media entre los médicos tutores y el médico en proceso de especialización.

Los procesos de especialización médica dependientes del Ministerio de Salud contemplan una etapa de formación en que los profesionales deben cumplir con un programa de especialización elaborado por un centro de formación¹⁹⁴⁻¹⁹⁵. En algunos casos son tenidos como

¹⁹¹ Ibíd, 42.

¹⁹² Ibíd, 42.

¹⁹³ Ibíd, 42.

¹⁹⁴ CLOUET-HUERTA, DIEGO; GONZÁLEZ, BÁRBARA; CORREA KATHERINE, “Especialización médica en Chile: tipos, mecanismos y requisitos de postulación. Una actualización de los procesos para los médicos generales”. *Revista médica Chile*, N° 11 (Noviembre 2017): 1456-1459.

¹⁹⁵ El Reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización a que se refiere la Ley N° 19.664, aprobado por Decreto N° 91 del año 2001 del Ministerio de Salud, define en su

funcionarios del establecimiento y perciben una remuneración¹⁹⁶. Mientras que en el caso de los becarios, la beca no es considerada cargo o empleo, pero reciben un estipendio mensual¹⁹⁷. Por su parte, el médico tutor, según el artículo 7° del Reglamento de Becarios de la Ley N° 15.076, es el encargado de la supervisión del cumplimiento del programa de especialización¹⁹⁸.

En cuanto a la vigencia del principio de confianza en la relación que se verifica entre estos sujetos, atendido que los profesionales en proceso de especialización cuentan con el grado de médico cirujano, a simple vista podría pensarse que se trata de una relación que corresponde a la división horizontal del trabajo. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el médico cirujano se encuentra en una fase de aprendizaje, y aún no cuenta con las competencias para ejercer la especialidad. En tal consideración, son subordinados y reciben instrucciones del tutor, por lo que, se trata de una relación enmarcada en la división vertical del trabajo. En consecuencia, para que el tutor pueda confiar en la correcta ejecución de las tareas que lleva a cabo el médico que se especializa, es necesario que cumpla con los presupuestos de la división vertical del trabajo, es decir, tiene que observar los deberes de elección, de instrucción y de supervigilancia¹⁹⁹. Con todo, se debe tener en cuenta que a lo largo de la especialización, el sujeto adquiere conocimientos y experiencia de forma progresiva, por lo que, se amplía su capacidad material para enfrentar las tareas, y con ello, su ámbito de responsabilidad²⁰⁰. En razón de estas circunstancias, es preciso tener algunas consideraciones especiales a la hora de determinar los deberes de elección y de supervigilancia del tutor.

En lo relativo al deber de elección, conforme a lo dispuesto en el primer inciso del artículo 5° del Reglamento de Becarios, la selección de los becados es efectuada por la Subsecretaría del Ministerio de Salud o por un Servicio de Salud. Por su parte, el Reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización, en el inciso 2° de su artículo 6°,

artículo 1°, inciso 3°, literal c), al Centro Formador como la “Universidad que imparte programas de postgrado conducentes a la obtención de una especialidad”.

¹⁹⁶ CLOUET-HUERTA, “Especialización médica en Chile”, 1457-1459.

¹⁹⁷ El Reglamento de Becarios de la Ley 15.076, en el Sistema Nacional de Salud, Decreto N° 570 dictado en 1990 por el Ministerio de Salud, dispone lo siguiente: En el inciso 3° de su artículo 1° que “La beca no constituye cargo o empleo (...)”; en el inciso 2° de su artículo 19° que “El estipendio mensual que percibirá el becario será una cantidad equivalente al sueldo base mensual por 44 horas semanales de trabajo de un profesional funcionario que cumple jornada diaria (...)”.

¹⁹⁸ Reglamento de Becarios de la Ley 15.076, en el Sistema Nacional de Salud, aprobado por Decreto N° 570 dictado en 1990 por el Ministerio de Salud. En lo sucesivo este cuerpo normativo será referido como “Reglamento de Becarios”.

¹⁹⁹ Ver *supra* II.3.b.iii.

²⁰⁰ GALÁN, *Responsabilidad civil médica*, 301.

prescribe que la selección de profesionales funcionarios a los programas de especialización se regirá por bases y procedimientos técnicos, las que se encuentran a cargo del Ministerio de Salud²⁰¹. De esta manera, el médico tutor en nada incide en la elección de la persona, y en consecuencia, no tiene ningún deber en ese orden. No obstante, dentro de la esfera de atribuciones del tutor sí se encuentra la determinación de las funciones que delega al profesional que se está especializando. Al respecto, la primera prevención a considerar es que el tutor puede legítimamente delegar, sin supervisión alguna, y en todo momento del proceso de especialización, actividades para las que la calificación de un médico cirujano sea suficiente, y no se requiera de la especialidad. Algo distinto ocurre con la delegación de tareas propias de la especialidad médica. Esto se debe a que, la calificación formal del facultativo en proceso de especialización será el grado de médico cirujano, y tal certificación no da cuenta de que el galeno tenga aptitudes para efectuar tareas propias de la especialidad. Por lo tanto, lo relevante para la configuración del deber de elección de la tarea es la calificación material del sujeto. Para la comprobación de que cuenta con esta calificación, es preciso que el tutor recurra al programa de especialización. Estos programas consisten en la planificación de una serie de actividades curriculares que contemplan la delegación de tareas propias de la especialidad de forma progresiva, según el avance en la formación, y la superación de de objetivos planteados²⁰². En consecuencia, el médico tutor o los médicos especialistas que presten servicios en las unidades en que se está realizando la formación, que deleguen actividades al médico en proceso de especialización aplicando correctamente el programa, cumplirán con el deber de elección, y por consiguiente, regirá en su favor el principio de confianza²⁰³.

En cuanto al deber de supervigilancia, este se encuentra expresamente consagrado respecto de los becarios en el inciso 2° del artículo 10° del Reglamento de Becarios. Mientras que en

²⁰¹ Reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización a que se refiere la Ley N° 19.664, aprobado por Decreto N° 91 del año 2001 del Ministerio de Salud. En lo sucesivo este cuerpo normativo será referido como “Reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización”.

²⁰² Explicando la regulación de la materia en el ordenamiento jurídico español, GALÁN, *Responsabilidad civil médica*, 294, sostiene que: “(...) los residentes deberán desarrollar, de forma programada y tutelada, las actividades previstas en el programa asumiendo de forma progresiva, según el avance en su formación, las actividades y responsabilidad propia del ejercicio autónomo de la especialidad.”

²⁰³ GALÁN, *Responsabilidad civil médica*, 303, en términos negativos sostiene que: “El médico tutor o los médicos especialistas que presten servicios en las distintas unidades asistenciales donde se estén formando los médicos residentes podrán incurrir en responsabilidad si permiten al MIR [Médico Interno Residente] realizar un acto médico para el que aún no se encuentra adecuadamente cualificado y se produce un daño que hubiera podido evitarse con otro proceder”.

relación con los profesionales funcionarios que son parte del programa de especialización, está expresamente dispuesto en el inciso 1° del artículo 15° del Reglamento sobre acceso y condiciones de permanencia en programas de especialización. La particularidad de este deber radica en la relación inversa que se verifica entre la formación del médico en proceso de especialización, y el deber de supervigilancia que pesa sobre el médico tutor. Esto se traduce en que, a medida que el primero va adquiriendo conocimientos y experiencia de forma progresiva, y con ello aumentando su ámbito de competencias, correlativamente va disminuyendo la intensidad de la supervisión sobre las tareas que desarrolla. Planteado en otros términos, la obligación de supervigilancia del médico tutor es de carácter decreciente²⁰⁴. De esta manera, en la fase inicial del proceso de especialización la supervisión debe ser permanente²⁰⁵. Y en la medida en que el médico cirujano vaya superando las evaluaciones y avanzando adecuadamente en el programa de especialización, la supervisión corresponderá a las actividades más riesgosas o complejas, y en los casos en que tenga dudas o se estime que carezca de competencias, pero no respecto de todos los actos médicos de la especialidad²⁰⁶.

c) Límites al principio de confianza en la división vertical del trabajo descendente

Luego de analizar el contenido de los deberes de elección, instrucción y supervigilancia en la división vertical del trabajo descendente, es preciso dilucidar si en ella tienen cabida los límites al principio de confianza. En principio no habría razón para descartar la aplicación del presupuesto y los límites al principio de confianza de la división horizontal del trabajo a la división vertical del trabajo descendente. Sin embargo, las particularidades de los presupuestos de la división vertical descendente hacen que algunas de estas formulaciones devengan en superfluas. En ese sentido, el presupuesto que dice relación con una clara delimitación de los ámbitos de responsabilidad de cada miembro del equipo médico, en esta división del trabajo es absorbido por el deber de instrucción, puesto que, supone dar indicaciones que dejen claramente establecida la labor delegada, y consecuentemente, delimitar los ámbitos de responsabilidad²⁰⁷. También la limitación referida a las *“Circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero o que no está en condiciones de cumplir correctamente con su labor”*, se vuelve innecesaria. Esto se

²⁰⁴ Ibíd, 296

²⁰⁵ En ese sentido: Ibíd, 295.

²⁰⁶ Ibíd, 306.

²⁰⁷ Sobre el *Presupuesto de la vigencia del principio de confianza en la división horizontal del trabajo*, véase *supra* II.2.b. Sobre el *Deber de instrucción*, véase *supra* II.3.b.iii.bb.

debe a que, contempla situaciones que no permiten confiar, pero que debieran ser subsanadas mediante el deber de supervigilancia²⁰⁸.

Algo distinto ocurre con la excepción que consiste en *“Situaciones en que el deber de cuidado propio se define en atención al posible error de otro”*²⁰⁹. En el marco de la división vertical del trabajo parte de la constelación de supuestos a que se refiere este límite quedan comprendidos en los deberes generales de elección, instrucción y supervigilancia, toda vez que, precisamente la finalidad de estos deberes radica en evitar un posible error por parte de algún miembro del personal de colaboración o un médico en proceso de especialización. Así, la razón por la que el médico que va efectuar una delegación está obligado a elegir cuidadosamente una actividad legítimamente transferible y a una persona que tenga la capacidad material y formal adecuada para llevarla a cabo, es justamente para evitar una errónea ejecución de la misma. Sin perjuicio de esto, en esta división del trabajo existe una constelación de *situaciones en que el deber de cuidado propio se define en atención al posible error de otro* y no se encuentra contemplado en los deberes generales de elección, de instrucción y supervigilancia. Se trata de casos en los que existe un deber de cuidado ya no de carácter general, sino uno específico definido en atención al posible error de otro. El caso paradigmático de esta limitación fue explicado desde la óptica del delegado en la división vertical ascendente, es aquel que tiene lugar en una intervención quirúrgica cuando antes de cerrar la cavidad abdominal del paciente, el cirujano tiene la obligación de verificar visualmente que no quede ningún cuerpo extraño al interior, y la arsenalera debe llevar la cuenta de los instrumentos utilizados para confirmar la situación²¹⁰. En estos casos, los deberes de ambos sujetos quedan superpuestos y el principio de confianza no rige para ninguno de ellos²¹¹.

²⁰⁸ Sobre el límite referido a *“Circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero o que no está en condiciones de cumplir correctamente con su labor”*, véase *supra* II.2.c.i. Sobre el *Deber de supervigilancia*, véase *supra* II.3.b.iii.cc.

²⁰⁹ Sobre el límite referido a *“Situaciones en que el deber de cuidado propio se define en atención al posible error de otro”*, véase *supra* II.2.c.ii.

²¹⁰ Véase *supra* II.3.a.ii.

²¹¹ MARAVER, *El principio de confianza*, 293.

III.- CONCLUSIONES

I.- El principio de confianza constituye una verdadera manifestación del riesgo permitido²¹². Cuestión que se explica en que el referido principio supone que en la determinación de los deberes de cuidado propios, no deben tomarse en consideración los posibles comportamientos contrarios a deber de otras personas²¹³. De esta manera, conlleva la creación de peligros que no se producirían si tales infracciones se tuvieran en cuenta al momento de determinar el deber de cuidado propio.

II.- En tanto manifestación del riesgo permitido, el principio de confianza comparte su fundamento dogmático, que se halla en una adecuada ponderación de intereses²¹⁴. De acuerdo con la teoría de la conducta típica, la ponderación sopesa por un lado, la libertad general de actuación, con todas las ventajas sociales que supone y por otro lado el interés en la protección de bienes jurídicos²¹⁵, como la vida, salud individual y patrimonio de las personas. Esta ponderación de intereses legitima la vigencia del principio de confianza, ya que, este supone no tener en cuenta las infracciones de terceros o del propio titular del bien jurídico, cuestión que expresa un riesgo permitido que amplía la libertad de actuación de las personas que participan en las actividades en que rige. Por otra parte, habrá situaciones en que la ponderación se inclinará por la conservación de bienes jurídicos, y justificará presupuestos que serán necesarios para la vigencia de la confianza, y límites o excepciones que contienen supuestos cuya concurrencia impedirá la posibilidad de confiar en el correcto actuar de los demás.

²¹² JAKOBS, *Estudios de derecho*, 176, "El riesgo permitido más importante probablemente en la práctica se otorga con base en las modalidades de comportamiento de varias personas vinculadas causal o finalmente (principio de confianza)", 218, "El ámbito del principio de confianza tiene una genuina analogía con el del riesgo permitido (...)"; BUSTOS, *El delito culposo*, 67, refiriéndose al riesgo permitido (como causa de atipicidad) sostiene: "de ahí que haya surgido en el ámbito del tránsito, como una concretización de esta causa de atipicidad, el llamado principio de confianza"; CORCOY, *El delito imprudente*, 322, "(...) el principio de confianza se configura como una forma particular de aparición del riesgo permitido".

²¹³ ROXIN, *Derecho Penal*, 1004; FRISCH, *Comportamiento típico*, 207; CORCOY, *El delito imprudente*, 314; PUPPE, "División del trabajo", 3; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 25; KÜNSEMÜLLER, "Responsabilidad penal", 268; JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 170; MARAVER, *El principio de confianza*, 120; VARGAS, "La imprudencia médica", 8.

²¹⁴ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 41; Explica este planteamiento: MARAVER, *El principio de confianza*, 168.

²¹⁵ FRISCH, *Comportamiento típico*, 90-91.

III.- La labor del equipo médico está caracterizada por la división del trabajo²¹⁶, cuestión que trae consigo ventajas asociadas a la eficiencia y seguridad²¹⁷, pero también supone ciertos riesgos relacionados principalmente con fallas en la coordinación o insuficiente preparación de algún miembro²¹⁸. Para que la división del trabajo tenga sentido, sus ventajas puedan ser aprovechadas y sus riesgos minimizados, resulta imprescindible la aplicación del principio de confianza, determinando con claridad su vigencia, presupuestos y excepciones. El punto de partida de la determinación de estos tópicos supone distinguir entre la división del trabajo horizontal y la división del trabajo vertical.

IV.- En las relaciones entre miembros del equipo médico mediadas por la división horizontal del trabajo el principio de confianza rige plenamente, de modo que, por regla general, sus participantes no deben contar con alguna posible infracción de sus colegas para determinar su propio deber de cuidado²¹⁹. Para que tenga lugar la vigencia del principio de confianza en la división horizontal del trabajo se requiere de un presupuesto: la concurrencia de una clara delimitación de los ámbitos de responsabilidad de cada miembro del equipo médico²²⁰. Además, la aplicación del principio de confianza en la división del trabajo horizontal cuenta con excepciones:

- a) Circunstancias concretas en que se lleva a cabo la actividad del equipo médico que hacen cognoscible que un colega comenzó a infringir o infringirá su deber de cuidado²²¹, o cuando es igualmente cognoscible que el colega no está en condiciones de cumplir correctamente su labor²²². Frente a estas circunstancias no regirá el principio de confianza.
- b) Situaciones en que el deber de cuidado tiene por finalidad evitar que la conducta errónea de otra persona provoque un resultado lesivo²²³. En estos casos, el deber de cuidado de la persona cuyo comportamiento está definido en atención del posible error y el deber de aquel cuya conducta va a ser asegurada, se superponen, ya que, persiguen

²¹⁶ MARAVER, *El principio de confianza*, 99; CONTRERAS, "El principio de confianza", 36; JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 169.

²¹⁷ FEIJÓO, "El principio de confianza", 55; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 47.

²¹⁸ JORGE, "Aspectos básicos de la imprudencia", 170; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 47.

²¹⁹ CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 49.

²²⁰ CONTRERAS, "El principio de confianza", 37; CONTRERAS, *Productos defectuosos*, 49; GÓMEZ, "La responsabilidad penal", 55.

²²¹ En ese sentido: FEIJÓO, "El principio de confianza", 60; CONTRERAS, "El principio de confianza", 38; PUPPE, "División del trabajo", 4; JAKOBS, *Estudios de derecho*, 177; MARAVER, *El principio de confianza*, 299.

²²² CONTRERAS, "El principio de confianza", 38.

²²³ MARAVER, *El principio de confianza*, 293.

evitar la creación del mismo riesgo²²⁴. Así, ninguno de estos sujetos podrá confiar en el correcto desempeño del otro para determinar su propio deber²²⁵.

V.- Para determinar los alcances del principio de confianza en la división vertical del trabajo del equipo médico, es necesario abordar esta división del trabajo separadamente en su sentido ascendente y en su sentido descendente²²⁶. En una relación mediada por la división vertical de trabajo ascendente el principio de confianza rige plenamente, dicho de otro modo, el subordinado puede, en general, confiar en que la conducta desplegada y las instrucciones emanadas de su superior jerárquico, serán correctas. Esta vigencia de la confianza tiene limitaciones que son compartidas con la división horizontal del trabajo: *i) Circunstancias concretas que evidencien el comportamiento incorrecto del tercero o que no está en condiciones de cumplir correctamente con su labor; y ii) Situaciones en que el deber de cuidado propio se define en atención al posible error de otro.*

VI.- En lo relativo a la división vertical del trabajo en sentido descendente, el principio de confianza tiene vigencia, pero su aplicación es más limitada que en la división del trabajo en orden ascendente y que en la división del trabajo horizontal²²⁷. Para que los médicos puedan confiar en la correcta labor de sus subordinados, es preciso que se trate de alguna actividad propia del personal de colaboración o una actividad que les sea legítimamente delegable. El inciso 2° del artículo 113 del Código Sanitario autoriza expresamente la posibilidad de delegar funciones médicas de diagnóstico, pronóstico o tratamiento de pacientes²²⁸. Si bien nuestro ordenamiento jurídico no contempla expresamente la delegación de actividades no médicas en el personal de colaboración, estas deben entenderse con mayor razón autorizadas, ya que, se trata de tareas menos complejas y que requieren menor preparación. Además, para que rija la confianza en la delegación de actividades médicas y no médicas en el personal de colaboración, es necesario cumplir con deberes de elección, instrucción y supervigilancia²²⁹:

²²⁴ Ibíd, 293.

²²⁵ Ibíd, 293.

²²⁶ Conceptos acuñados por: FEIJÓO, "El principio de confianza", 55.

²²⁷ Ibíd, 55.

²²⁸ CONTRERAS, "El principio de confianza", 38.

²²⁹ Ibíd, 38.

- a) *El deber de elección* se cumple seleccionando correctamente la actividad que se va a transferir y escogiendo debidamente a la persona a la que se encomendará la labor²³⁰.
- b) *El deber de instrucción* se verifica entregando al personal de colaboración indicaciones correctas, claras y completas, detallando la tarea encomendada y respecto de qué paciente²³¹.
- c) *El deber de supervigilancia* importa que el médico supervise que la labor del delegado sea realizada correctamente²³², y que intervenga si presencia alguna actuación defectuosa²³³. Normalmente la supervisión se limitará a aspectos concretos de la actividad, o bien, a la realización de revisiones aleatorias.

En cuanto a las labores propias del personal de colaboración, estas no responden a una delegación de funciones. Es por esto que, para que los demás miembros del equipo médico puedan confiar en la corrección de la conducta desplegada por enfermeras, auxiliares paramédicos y técnicos de enfermería, en sus labores propias, el deber de control corresponde a las enfermeras supervisoras o a los enfermeros jefes de unidad.

En la división vertical del trabajo del equipo médico en orden descendente, luego de la verificación de los deberes de elección, instrucción y supervigilancia solo limitarán la confianza situaciones en que el deber de cuidado propio, *de carácter específico*, se define en atención al posible error de otro. En estos casos, tal como fue explicado desde la óptica de la división del trabajo vertical ascendente, el deber de cuidado de la persona que tiene definido su deber en atención al posible error de otro y el deber de aquel cuya conducta va a ser asegurada, persiguen evitar la creación del mismo riesgo²³⁴. Por este motivo, ninguno de estos sujetos podrá confiar en el comportamiento ajustado a deber del otro para determinar su propia conducta²³⁵.

VII.- Finalmente, La relación que media entre los médicos tutores y los médicos en proceso de especialización se enmarca dentro de la división del trabajo vertical. De esta manera, para que el tutor pueda confiar en la correcta conducta de su aprendiz debe observar los deberes de elección, instrucción y supervigilancia. Atendido que a medida que avanza el programa de

²³⁰ IBÍD, 39.

²³¹ IBÍD, 39.

²³² MARAVER, *El principio de confianza*, 141.

²³³ FEIJÓO, "El principio de confianza", 56.

²³⁴ MARAVER, *El principio de confianza*, 293.

²³⁵ IBÍD, 293.

especialización, el médico en proceso de especialización adquiere mayores conocimientos y experiencia, el deber de elección permitirá delegar tareas más complejas progresivamente, y la supervisión será cada vez menos intensa.

Bibliografía

- BACIGALUPO, ENRIQUE -.1998. *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 5º Ed. Madrid: Akal Ediciones.
- . 1999. *Derecho Penal. Parte General*. 2º Ed. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- BUSTOS, JUAN -.1995. *El delito culposo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- . 2007. *Obras completas. Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 2ª Ed. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- CLOUET-HUERTA, DIEGO; GONZÁLEZ, BÁRBARA; CORREA, KATHERINE -.“Especialización médica en Chile: tipos, mecanismos y requisitos de postulación. Una actualización de los procesos para los médicos generales”. *Revista médica de Chile*, (Noviembre 2017): 1454-1462.
- CONTRERAS, LAUTARO -.“Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones”. *Política criminal* (Julio 2018): 387-444.
- 2018. *Productos defectuosos y Derecho Penal. El principio de confianza en la responsabilidad penal por el producto*. Santiago: RIL Editores.
- “El principio de confianza como criterio de delimitación de la responsabilidad de los médicos”. *Acta Bioethica*, 25 (2019): 35-43.
- <https://actabioethica.uchile.cl/index.php/AB/article/view/53565/56179>
- “Tratamiento penal de los casos de concurrencia de riesgos en el tráfico rodado a través de la teoría de la imputación objetiva del resultado”. *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 30 (2019): 95-110.
- CORCOY, MIRENTXU -.2016. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. 2ª Ed. Buenos Aires: B d F.
- ETCHEBERRY, ALFREDO -. “Tipos penales aplicables a la actividad médica”, *Revista Chilena de Derecho* (1986): 271-280.
- FEIJÓO, BERNARDO -.“El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas”. *Revista de derecho penal y criminología* (2000): 37-76.
- FRISCH, WOLFGANG -. 2004. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- 2004. *La imputación objetiva del resultado – Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas*. Barcelona: Atelier.
- . 2012. *Estudios sobre imputación objetiva*. Santiago: Legal Publishing.

- . 2014. *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en el Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- FRISTER, HELMUT -. 2000. *Derecho Penal Parte General*. 4ª Ed. München: Editorial Hammurabi.
- GALÁN, JULIO -. 2017. *Responsabilidad civil médica*. 5ª ed. Santiago: Thomson Reuters.
- GARRIDO, MARIO -. "Responsabilidad del médico y la jurisdicción". *Revista Chilena de Derecho* (1986): 281-288.
- GÓMEZ, MARÍA DEL CARMEN -. 2013. "La responsabilidad penal del médico". En *Reponsabilidad médica*, coord. Manuel Camas, 54-61. Valencia: Tirant lo blanch.
- HERNÁNDEZ, HÉCTOR -. 2011. "Artículo 2º "Comentario Héctor Hernández"". En *Código Penal Comentado – Libro Primero (Arts. 1º a 105)*, coords. Héctor Hernández y Jaime Couso, 105-122. Santiago: Legal Publishing Chile.
- JAKOBS, GÜNTER -. 1996. *La imputación objetiva en Derecho penal*. Madrid: Editorial Civitas.
- . 1997. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Editorial Civitas.
- JORGE, AGUSTÍN -. "Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica". *Estudios penales y criminológicos* (1989-1990): 137-176
- KÜNSEMÜLLER, CARLOS -. "Responsabilidad penal del acto médico". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13 (1986): 260-269.
- MARAVÉ, MARIO -. 2009. *El principio de confianza en Derecho Penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- MAYER, LAURA; VERA, JAIME -. 2015. "Caso Pinzas: ¿responsabilidad penal por delito culposo en el ámbito médico? SCS, 23/04/2007, Rol N° 6585-06". En *Casos destacados Derecho penal - Parte General*, coord. Tatniana Vargas, 149. Santiago: Legal Publishing.
- MIR, SANTIAGO -. 2015. *Derecho Penal Parte General*. 9ª Ed. Montevideo: Editorial B de F
- PUPPE, INGEBORG -. "División del trabajo y de la responsabilidad en la actuación médica". *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, N°4 (2006): 2-13 .
- ROSAS, JUAN -. 2015. "Caso "Imprudencia mortal en el equipo médico" SCA de Santiago, 3/04/2005, Rol N° 14193-05". En *Casos destacados Derecho penal - Parte General*, coord. Tatiana Vargas. Santiago: Legal Publishing Chile.
- ROXIN, CLAUS -. 1997. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, 2º Ed. Santiago: Editorial Civitas.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA -. "Aspectos de la responsabilidad penal por imprudencia de médico anestesista. La perspectiva del Tribunal Supremo". *Derecho y Salud*. Vol. 2 (1994): 41-58.

STRATENWERTH, GÜNTER -. 2005. *Derecho Penal Parte General I*, 4ª Ed. Colonia: Editorial Hammurabi.

VARGAS, TATIANA -. "La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N°2 (2010): 99-132.