



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Ciencias Penales

**PUNIBILIDAD DEL ERROR DE DIAGNÓSTICO MÉDICO. ANÁLISIS
COMPARATIVO: CHILE Y ESPAÑA.**

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

MILLARAY ANDREA FERRO FERRO
ANA MARÍA TORO GARCÍA

Profesor Guía: Germán Ovalle Madrid
Santiago, Chile
2021

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I. LOS CUASIDELITOS.....	6
I.I. La imprudencia.	6
I.II. El hombre medio.	10
I.III. El principio de la confianza y la previsibilidad del resultado.	12
I.IV. Estructura de los tipos.	14
I.V. Tipos penales en el Código Penal de Chile y España.	16
CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA.	22
II.I. El deber de cuidado.....	22
a) Deber de cuidado objetivo o externo.	23
b) Deber de cuidado subjetivo o interno.....	26
c) Valoración del estándar del deber de cuidado exigido.	27
d) Conocimientos y capacidades específicas del autor.	30
II.II La imprudencia penal médica.	32
a) Concepto tratamiento médico.	32
b) Infracción del deber de cuidado médico.	32
c) Imputación objetiva.	33
II.III. La lex artis en la medicina.	39

a) Deberes y limitaciones en la lex artis médica.	42
CAPÍTULO III. LA PUNIBILIDAD DEL ERROR DE DIAGNÓSTICO MÉDICO.....	45
III.I El error de diagnóstico médico culposo como generador de responsabilidad penal.....	45
a) El error.	45
b) El diagnóstico médico.	48
c) Etapas en el diagnóstico. Síntomas, pruebas, hallazgos clínicos y toma de la decisión diagnóstica.	51
d) Comunicación al paciente y consentimiento informado.	52
e) Infracciones previas del médico penalmente reprochables.	54
f) Algunos problemas de la excesiva judicialización de la actividad médica.	56
III.II. Imputación jurídico-penal por resultado de muerte o lesión a consecuencia del error en el diagnóstico.	58
a) Casos sobre el error penalmente relevante ante los tribunales de justicia en Chile y España.	58
1. Corte Suprema.....	58
2. Tribunal Supremo.....	60
3. Otros tribunales.....	64
III.III. Relevancia penal del error en el diagnóstico médico culposo.	66
a) ¿En qué condiciones podemos perseguir la responsabilidad penal del médico por un diagnóstico erróneo?	67
CONCLUSIONES.....	75
BIBLIOGRAFÍA.....	77

RESUMEN

Este trabajo tiene por finalidad analizar la responsabilidad médica desde el punto de vista del Derecho Penal y se centra en el estudio de la imprudencia y los delitos culposos, dentro del Código Penal de Chile y España, así como los tipos específicos en los que puede enmarcarse la actividad médica. Para esto, se analizan desde los más amplios conceptos, como el principio de la confianza, hasta los más complejos, como la delimitación de la *lex artis* médica, pasando por los conocimientos y capacidades específicas del médico, así como los deberes que debe cumplir ejerciendo su profesión. Así también, se estudian la infracción del deber de cuidado, la relación de causalidad y la imputación objetiva del profesional médico, para llegar en definitiva a cuestionarnos si es posible penalmente sancionar a un médico por un diagnóstico errado, que, en consecuencia, produce la muerte y/o lesión de un paciente.

ABSTRACT

The purpose of this work is to analyze medical liability from the point of view of Criminal Law and focuses on the study of recklessness and culpable crimes, within the Penal Code of Chile and Spain, as well as the specific types in which medical activity can be framed. For this, the broadest concepts are analyzed, such as the principle of trust, to the most complex ones, such as the delimitation of the medical *lex artis*, through the knowledge and specific abilities of the doctor, as well as the duties that must be fulfilled by exercising their profession. Likewise, the infringement of the duty of care, the causal relationship and the objective imputation of the medical professional are studied, in order to finally question whether it is possible to penalize a doctor for a wrong diagnosis, which, consequently, causes the death and / or injury of a patient.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad penal médica es un tópico en permanente cambio y evolución, caracterizada por una especificidad de elementos de análisis que la configuran como un área de especial interés tanto a nivel doctrinario y jurisprudencial. La exigencia de responsabilidad frente a resultados que producen daños en el ámbito médico, se reivindica cada vez con mayor fuerza en los distintos órdenes jurisdiccionales, de ahí la importancia de determinar cuándo realmente podemos imputar esta responsabilidad penal al médico, cuál es la gravedad de la misma, y cómo podemos ajustar la respuesta sancionadora al acto del que proviene.

En ese contexto, es que abordaremos el error de diagnóstico médico desde la óptica de la punibilidad, exponiendo un paralelo entre el ordenamiento jurídico chileno y el español. Intentaremos dilucidar si el diagnóstico erróneo, que lleva a la muerte y/o lesión del paciente es punible penalmente y bajo qué parámetros.

Para ello, debemos presentar y definir una serie de conceptos esenciales para una comprensión acabada que permita una lectura crítica del tratamiento que existe en esta materia. Formularemos estos conceptos desde lo general a lo particular, permeando la totalidad de esta presentación de una exposición de analogía entre ambos ordenamientos, a fin de exhibir en forma simultánea sus similitudes y diferencias.

Así es como, exploraremos conceptos como los cuasidelitos, la imprudencia en sus diversas clasificaciones, la *lex artis* médica, el principio de confianza, la imputación objetiva, el deber de cuidado y los diversos tipos de error, entre otros, exponiendo asimismo los tipos penales relevantes en ambos ordenamientos.

Finalmente, expondremos casos de relevancia y utilidad traducidos en diversas sentencias pronunciadas por los tribunales chilenos y españoles, para el examen crítico respecto a la punibilidad del error de diagnóstico médico, entregando a la persona lectora elementos útiles para el análisis comparado entre ambos países, a fin de lograr apreciar las fortalezas y falencias de cada ordenamiento.

CAPÍTULO I. LOS CUASIDELITOS.

I.I. La imprudencia.

Podríamos decir que, generalmente, la imprudencia en nuestro ordenamiento jurídico se traduce en la culpa, a la cual se alude mediante distintas fórmulas normativas a lo largo de nuestro Código Penal, bajo variadas expresiones, como: “*negligencia o ignorancia inexcusables*”, “*ignorancia culpable*”, “*descuido culpable*”, entre otras.

Para Juan Pablo Mañalich¹, la regulación legal de la imprudencia, pasa por entender la culpa, como un presupuesto de la punibilidad que pertenece al mismo nivel que el dolo. Lo que los distingue, es que el dolo actúa como un presupuesto de la punibilidad que rige “*por defecto*”: esto es, si la ley nada dice, la punibilidad de un hecho con significación delictiva depende de que la realización “*tipo-de-delito*” sea imputable a título de dolo. La diferencia en la estructura de un delito doloso y un delito imprudente radica en el criterio de imputación del respectivo juicio de evitabilidad de la realización del tipo. Para el tipo imprudente es esencial la comprobación de la infracción de una exigencia de cuidado.

Para Enrique Cury, en los cuasidelitos, el sujeto obra con culpa, “*si no imprimió a su acción la dirección final que es capaz de emplear, en la mayoría de los casos (ordinariamente), el hombre común (los hombres).*”² Existe una acción, que es imprudente, pero no es típica en sí, por cuanto fue ejecutada de manera defectuosa. Asimismo, el autor señala que, los tipos que se construyen en base a la culpa, son los más abiertos de la legislación penal, lo cual nos lleva a una construcción que no es ejemplar y que no limita a la Magistratura a los criterios puramente analógicos.

Para Juan Pablo Matus y María Cecilia Ramírez, una persona actúa con culpa o imprudencia si no habiendo “*previsto ni querido el resultado por él producido, podía y debía haberlo previsto y evitado, p. ej., en el caso de quien, al manipular descuidadamente los*

¹ MAÑALICH, J. 2015. La imprudencia como estructura de imputación. Revista de Ciencias Penales, Vol. 42, N° 3. 13-14pp.

² CURY, E. 1982. Derecho Penal. Parte General. 9° ed. Santiago, Chile. Ediciones UC. 334p.

*materiales con que repara el techo de una casa, deja caer inadvertidamente un ladrillo que da muerte a un transeúnte, comete un homicidio culposo o, lo que es lo mismo, un cuasidelito de homicidio (art. 490).”*³. Justificando la sanción a un hecho culposo en que habiendo mediado el debido cuidado “*según sus conocimientos y capacidades*”, el hecho habría podido ser evitado.

Alfredo Etcheberry⁴ considera, refiriéndose a la regla del artículo 490 del Código Penal, que no toda culpa constituye cuasidelito, sino que debe necesariamente tratarse de la “*imprudencia temeraria*”, que incluye las conductas de negligencia. Así también, refiere que Labatut⁵, citando a Viada, señala que la temeridad propia de esta forma cuasidelictual consiste en ejecutar un acto “*sin tomar las precauciones o medidas previas que aconseja la prudencia más vulgar*”, caso en que la imprevisión sería “*inexcusable*”.

Algunas posturas más modernas plantean que la exigencia de cuidado debe entenderse como un estándar objetivo, de modo que lo exigido sea igual para todo destinatario, pero considerando que, “*con el objetivo de comprobar que el autor se ha comportado de modo imprudente, es necesario incorporar sus conocimientos y capacidades en el análisis de la exigencia de cuidado. Por tanto, debe asumirse una postura individualizadora, la que contradice lo sostenido por las posturas generalizadoras, las cuales enfatizan la relevancia de una figura promedio abstracta por sobre el individuo específico que se trata de imputar.*”⁶

Así las cosas, las conductas imprudentes, a diferencia de las dolosas, no buscan los resultados dañosos producidos, sino que no siguen el cuidado necesario y debido para evitar esas consecuencias previsibles. Desde su definición, la imprudencia parece no tener que ver solamente con la tipicidad, pues faltar a un deber de cuidado implica infringir una norma de cuidado. Se determina como un concepto normativo que se vincula con lo antijurídico o injusto.

³ MATUS, J. y RAMÍREZ, M. 2021. Manual de Derecho Penal Chileno: Parte General. 2º Edición Actualizada. Santiago, Chile. Editorial Tirant lo Blanch. 273-274pp.

⁴ ETCHEBERRY, A. 1997. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV. 3º Edición Actualizada. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 344p.

⁵ LABATUT, G. 1959. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 397p.

⁶ REYES, I. 2015. Sobre la construcción de la exigencia de cuidado. Política Criminal, Vol. 10, N° 19. Santiago, Chile.

El tipo describe supuestos imprudentes en abstracto y la tipicidad también supone valoraciones a la hora de atribuir conductas al tipo, solo que a nivel general.⁷

En el derecho español, se ha señalado que, si bien, se han usado indistintamente los términos imprudencia, negligencia o impericia, lo cierto es que son conceptos diferentes. A saber, en la imprudencia, el supuesto es la *extralimitación del riesgo permitido*, en la negligencia, es el de *falta de atención suficiente* y en la impericia, cuando *hay falta de conocimientos o de habilidad para su aplicación*.⁸ A su vez, no todos los grados de imprudencia son punibles, pero sobre esto volveremos más adelante.

Misma distinción entre imprudencia y negligencia afirma Etcheberry, definiendo a la primera como aquella en que la persona “*crea un riesgo o aumenta el riesgo ya existente*”, en tanto la segunda es aquella en que “*se omiten los actos necesarios para prevenir o neutralizar el riesgo*”⁹.

Siguiendo a Suárez-Quñones, la esencia es el descuido, la actuación peligrosa con inobservancia del deber objetivo de cuidado, que es un concepto normativo, un juicio de valor comparativo entre el actuar del sujeto y el deber de cuidado impuesto por una norma de cuidado. Ciertamente es que la conducta típica del tipo de injusto imprudente no está determinada con precisión en la ley, pues el Código Penal sólo habla del que ‘*por imprudencia*’ causare determinado resultado, siendo tipos abiertos, en que el juez o el intérprete de la ley, es quien debe establecer el contenido de la conducta.¹⁰

Y es en materia de esta determinación del estándar de análisis del contenido de la conducta, en que nace el debate respecto a la idoneidad de criterios de aplicación general en la exigencia de conductas uniformes, en oposición al análisis atento a especificidades del hecho y la conducta en particular.

⁷ VARGAS, T. La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal. Revista de Derecho, Año 17, N° 2. Universidad Católica del Norte. 106p.

⁸ SUÁREZ-QUIÑONES, J. 2008. La responsabilidad penal médica por el hecho imprudente. El error de diagnóstico. Jurisprudencia aplicable. Boletín del Ministerio de Justicia. Año 62, N° 2056. 10p.

⁹ ETCHEBERRY, A. 1986. Tipos Penales Aplicables a la Actividad Médica. Revista Chilena de Derecho. Vol. 13, N° 2. 1p.

¹⁰ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 13p.

Para Cadavid, *“la imprudencia puede derivarse del manejo inadecuado de las fuentes de riesgo que en un principio el sujeto podía desplegar lícitamente, o de la ejecución de actuaciones vedadas por el ordenamiento jurídico al sujeto, quien sin embargo las emprende sin orientar el proceso de riesgo a la afectación del bien jurídico.”*¹¹

Es importante destacar, que existen dos componentes psicológicos que son parte de la imprudencia, a saber, la culpa consciente e inconsciente. La primera se da cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa confiando en que el resultado lesivo no ocurrirá. Si el sujeto deja de confiar en esto, asumiendo la posible consecuencia lesiva como un escenario incluso probable, concurre ya dolo eventual. En palabras de Etcheberry, la posibilidad y probabilidad de un resultado dañoso lo deja indiferente y elige obrar de todos modos¹².

Por otro lado, la culpa inconsciente supone que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro.

Además, la legislación española introduce el concepto de la impericia profesional, que es una categoría especialmente importante dentro de los delitos imprudentes. La imprudencia profesional consiste en la carencia de los conocimientos que le son exigibles al sujeto por su cualificación profesional. El Código español toma en consideración estos supuestos en el homicidio, el aborto y las lesiones imprudentes, y, además, añade penas de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargos.¹³

Por lo que, podríamos decir, de forma general, que para el ordenamiento jurídico español *“la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del*

¹¹ CADAVID, A. 2018. Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica. Tesis Doctoral. Departamento de Derecho Público General, Universidad de Salamanca. 88p.

¹² ETCHEBERRY, A. 1986. Op. Cit. 271p.

¹³ JUÁREZ, R. 2018. La imprudencia médico-sanitaria. Máster universitario en acceso a la profesión de abogado. Alcalá de Henares, España. Facultad de Derecho, Universidad de Alcalá. 10p.

lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la lex artis conduzcan a resultados lesivos para las personas.”¹⁴

I.II. El hombre medio empírico.

Es especialmente relevante para Cury¹⁵, si se trata de la culpa, determinar la figura del hombre medio empírico y hacernos la pregunta de si éste hubiese sido capaz de dirigir la acción en forma de evitar que precipitara un curso causal indeseable. Respecto a esto, es importante recoger el concepto del artículo 44 del Código Civil, donde el ordenamiento jurídico plantea, como regla general, la medida de cuidado y diligencia que *“los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”*. Siguiendo al autor, para aplicar el criterio del hombre medio, se le debe situar en un contexto fáctico concreto. La culpa va a depender de si *“el hombre medio empírico podría, en el caso concreto, dirigir el curso causal más certeramente de lo que lo ha manejado el sujeto. De modo que sólo cuentan las particularidades del hecho, no las del sujeto. Nadie está obligado a desplegar más diligencia que la que cabe esperar de un hombre medio, aunque, atendidas sus cualidades particulares, pudiera esperarse de él que personalmente así lo hiciera.”*¹⁶

Así también, señala que debe enfatizarse en que *“un médico, actuando como tal, se le supone capaz de dirigir ciertas acciones con más habilidad que un profesor de literatura o un albañil; pero entre dos médicos no pueden hacerse distinciones cualitativas o cuantitativas, pues esto significa individualizar. Nadie está obligado a desplegar más diligencia que la que cabe esperar de un hombre medio, aunque, atendidas sus cualidades particulares, pudiera esperarse de él que personalmente así lo hiciera. (discutible).”*¹⁷

Precisamente sobre esta discusión, volveremos más adelante, ya que existe una contraposición entre las posturas generalizadoras e individualizadoras para intentar atribuir responsabilidad por un hecho que se ha cometido con culpa, sobre todo en el ámbito de la

¹⁴ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 44p.

¹⁵ CURY, E. Op. Cit. 334p.

¹⁶ Ibid. 335-336pp.

¹⁷ Ibid.

responsabilidad médica, donde cabe preguntarse si debemos exigir al médico el estándar del hombre medio en ejercicio de su profesión, o si podemos apelar a sus propias y específicas capacidades, considerando un caso en concreto.

En este sentido, explorando la particularidad del conflicto entre tales posturas en materia de responsabilidad médica, Matus y Ramírez señalan que *“estos criterios generalizadores llevan a la paradoja de exonerar al médico especialista alegando que solo le corresponde el comportamiento del médico general y sancionar al recién egresado de medicina por no efectuar un diagnóstico propio de quien puede considerarse un médico promedio con años de experiencia.”*¹⁸.

Al respecto, la Jurisprudencia ha determinado que *“De acuerdo con nuestro sistema jurídico la culpa puede ser grave, leve y levísima, sin embargo en nuestro Derecho penal se excluye, es decir, no se exige el cuidado extremo extraordinario, más allá de lo normal, por lo que establecido aquel presupuesto, la disquisición (sic) de los artículos 491 y 492 del Código Penal, hablan del máximo descuido, esto es, se refieren a culpa grave o lata, la denominada mera imprudencia, es decir, a la falta de cuidado que el hombre medio emplea en la actividad que desarrolla, es más que una falta de diligencia elemental, esto es, a las negligencias comunes cometidas por un profesional en el ejercicio de su arte u oficio, entonces, para los especialistas, la negligencia culpable equivale a descuido culpable, la omisión, entonces del deber de cuidado exigible a toda persona prudente y normal que desempeñe esa profesión. La que sin duda ha concurrido en la especie, en atención a como se ha venido razonando, se advierte la omisión por parte del acusado de los elementales deberes de cuidado exigibles a éstos. Existió entonces, un alto grado de previsibilidad, el médico tratante sabía de la existencia del riesgo suicida, fue él quien lo diagnosticó, la diligencia precisa de haber evitado el riesgo, era, ciertamente previsible para un profesional medio de la medicina, como se asentó, en virtud de las declaraciones de los profesionales que concurrieron, que suponía la práctica la disposición de un vigilante las 24 horas del día.”*¹⁹

¹⁸ MATUS, J. y RAMÍREZ, M. Op. Cit. 421p.

¹⁹ TERCER TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, 12 de julio de 2009.

Por lo tanto, se hace evidente la necesidad de incorporar elementos adicionales para la estructura de análisis en la configuración del tipo en conductas susceptibles de enmarcarse como responsabilidad penal médica.

I.III. El principio de la confianza y la previsibilidad del resultado.

En este sentido, Cury²⁰ declara que quienes realizan una acción, pueden contar, dentro de límites razonables, con que los demás observarán una conducta correcta. La regla general prescribe que la magnitud del riesgo permitido es directamente proporcional a la necesidad social del acto, deducida de su naturaleza y la del caso concreto en que se la ejecuta.

Para Cadavid²¹, una condición básica en una sociedad como la actual, consiste en la posibilidad de confiar en que los demás realizarán su comportamiento de manera ajustada a derecho. Si a cada momento hubiera que detenerse a constatar la idoneidad de las actuaciones de las personas en la actividad de riesgo, la vida social se paralizaría. *“En una sociedad de múltiples contactos, los deberes de precaución o de contención de los riesgos del propio actuar pueden verse determinados por la concurrencia de los actuantes de terceros, incluso aunque las relaciones con ellos no estén precedidas de ninguna decisión de aportar conjuntamente al logro de un determinado plan.”*

Tratándose de acciones enmarcadas en el ejercicio de la actividad médica, la necesidad social se posiciona en un nivel muy alto, dado que tanto los beneficios de su ejecución como los posibles daños recaen sobre aspectos esenciales en la vida de las personas.

Matus y Ramirez señalan que el principio de confianza es aquél *“según el cual la actuación responsable de terceros no concertados excluye la responsabilidad personal en aquellos casos donde concurren diversas personas a la creación de riesgos, de gran importancia en los delitos culposos (cuasidelitos en el tráfico rodado, derivados de la actividad médica, la construcción o la industria)”*²². Entendiendo así, que si bien desde la vereda de, por

²⁰ CURY, E. Op. Cit. 338p.

²¹ CADAVID, A. Op. Cit. 129p.

²² MATUS, J. y RAMÍREZ M. Op. Cit. 299p.

ejemplo, un equipo médico, se acepta la generación de riesgos, en razón de la naturaleza de la conducta ejecutada, estos no son deseados.

En tal contexto, los autores señalan como un filtro preliminar y fundamental el “*determinar la previsibilidad y evitabilidad objetivas del resultado*”²³.

En este sentido, Etcheberry, sostiene que “*la previsión teórica del riesgo debe ir unida a la consideración de las circunstancias concretas en que la actuación médica se desarrolla*”²⁴.

Para Suárez-Quiñones²⁵, es también relevante la previsibilidad objetiva para considerar imprudente un comportamiento, pero es insuficiente. Por ejemplo, conducir un vehículo por una carretera con mucho tráfico es una actividad peligrosa en la que es previsible objetivamente que de ella se derive una colisión y por tanto un daño. Pero, además, se requiere que el conductor desatienda las reglas de cuidado aplicables, en este caso las normas de tráfico. A veces, esas reglas están descritas en preceptos administrativos y su inobservancia constituye una conducción intelectual y valorativamente imprudente. En otras ocasiones, no están escritas, por lo que ha de acudirse a patrones o criterios abstractos como el ‘hombre de inteligencia media’ o a reglas de la experiencia en el ejercicio de determinadas profesiones, llamadas *lex artis*, como en la actividad médica. En este tipo de patrones no escritos, habrá que situarse en la posición del autor en el momento de actuar.

Dentro de los límites razonables, es necesario considerar la previsibilidad del resultado que se produjo realmente, no de cualquier evento típico, y además del resultado, debe ser previsible el curso causal. Por ejemplo, “*el facultativo que ejecuta con negligencia una intervención quirúrgica no responderá por cuasidelito de homicidio si la muerte del paciente es ocasionada por una hemorragia que se hubiera producido aun cuando se hubiese observado todo género de cuidados en la operación.*”²⁶

²³ MATUS, J. y RAMÍREZ M. Op. Cit. 423p.

²⁴ ETCHEBERRY, A. 1986. Op. Cit. 279p

²⁵ SUÁREZ-QUIÑONES, J. 2008. Op. Cit. 14p.

²⁶ CURY, E. Op. Cit. 339p.

Por otro lado, es importante considerar el criterio de la adecuación social de la conducta, puesto que, considerando ese factor podemos decidir si debemos o podemos ejecutar una acción capaz de crear peligro. Por ejemplo, un cancerólogo, cardiovascular u oftalmólogo, pueden intervenir quirúrgicamente aun a costa de riesgos considerables, no así un especialista en cirugía estética. De la misma forma, *“un internista no debe iniciar tratamiento o efectuar una operación quirúrgica cuando la índole de la enfermedad y el estado de su evolución aconsejan y permiten la intervención de especialistas; pero cuando un médico de campo advierte que es indispensable y urgente operar y no se dispone de medios para trasladar al paciente o para obtener el concurso de un cirujano, puede y debe tomar el riesgo.”*²⁷

I.IV. Estructura de los tipos.

Nuestro Código Penal, en su artículo 2º establece que *“Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete.”*

Cury refiere que *“El tipo culposo cumple la tarea de precisar las condiciones bajo las cuales se considera que en la ejecución de una acción se ha omitido colocar la medida de dirección final de que el hombre medio es capaz, a causa de lo cual debe considerársela injusta.”*²⁸

En España, el artículo 10 del Código Penal establece que *“Son delitos las acciones y omisiones, dolosas o imprudentes penadas por la Ley”* y luego el artículo 12 determina que *“Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley”*.

En Derecho Civil, de forma general, se establece que la responsabilidad extracontractual por culpa o negligencia, debe cumplir los siguientes requisitos: a) la acción u omisión; b) la

²⁷ CURY, E. Op. Cit. 339-340pp.

²⁸ Ibid. 333p.

culpa o negligencia; c) el daño; y, d) la relación de causalidad entre la acción u omisión culpable y el daño.²⁹

A su vez, la Jurisprudencia, pronunciándose en el ámbito penal, ha establecido que: *“La estructura del tipo imprudente debe construirse doctrinalmente, constando de tres elementos: a) la tipicidad, cuyo tipo objetivo se compone de la omisión de la diligencia debida, habiendo una relación de causalidad entre la omisión y el resultado lesivo, y su tipo subjetivo compuesto por dos elementos positivos, que son el haber querido realizar la conducta descuidada y la previsibilidad objetiva de los elementos del tipo penal, y uno negativo, el no haber querido el autor cometer el hecho resultante; b) la responsabilidad o reprochabilidad, esto es la previsibilidad o evitabilidad subjetiva del tipo penal; y c) la omisión de la diligencia debida objetiva como fundamento de la imprudencia.”*³⁰

En la misma línea, Matus y Ramírez plantean como presupuestos de la responsabilidad penal a título de culpa: *“i) la acreditación de la tipicidad objetiva en los casos que especialmente se sanciona la culpa, incluyendo el resultado y su previsibilidad y evitabilidad objetiva (imputación objetiva); ii) una infracción concreta de un deber de cuidado objetivo de prever o evitar el resultado; iii) la ausencia de prueba del dolo, al menos eventual; y iv) la prueba de la capacidad del agente de prever o evitar el resultado”*.³¹

En el derecho español³², en cambio, se distingue entre el tipo objetivo y subjetivo del injusto imprudente. En primer lugar, el tipo objetivo consiste en: a) Una acción u omisión voluntaria negligente y reprochable por falta de previsión más o menos relevante; b) La infracción de un deber objetivo de cuidado, factor normativo o externo, representado en normas de convivencia y experiencia tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros; c) Originación de un daño, desvalorado, que el sujeto debía conocer como previsible y prevenible y, desde luego, evitable, caso de haberse observado el deber objetivo de cuidado que tenía impuesto; d) Adecuada relación de causalidad entre el proceder

²⁹ BARROS, E. 2020. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Tomo I. 2º Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 27p.

³⁰ SENTENCIA CORTE SUPREMA, 03 de octubre de 2007, Rol 4.505-2007.

³¹ MATUS, J. y RAMÍREZ, M. Op. Cit. 417p

³² SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 9-11pp.

descuidado e inobservante y el mal resultado antijurídico sobrevenido; e) Relevancia jurídico penal de la relación causal, que el resultado hubiese podido evitarse con una conducta cuidadosa, o al menos, no se hubiera incrementado el riesgo preexistente y que, además, la norma infringida se encontrara orientada a impedir el resultado.

A su vez, siguiendo al autor, el tipo subjetivo está constituido por: a) La intervención voluntaria del autor, pero no intencional o maliciosa, con ausencia total de dolo directo o eventual; y, b) El conocimiento del peligro concreto y actuación del autor, pese a ello, confiando de forma mínimamente fundada en la no producción del resultado.

I.V. Tipos penales en el Código Penal de Chile y España.

Ya hemos advertido que, la construcción de los tipos penales culposos son bastante amplios, donde es relevante el papel que juega el intérprete de la ley, la doctrina y la jurisprudencia, para lograr una concepción más acabada de los límites que comprenden los tipos penales. Respecto a la legislación penal chilena, nos interesan aquellos tipos establecidos en el Título X de nuestro Código Penal, bajo el nombre “De los cuasidelitos”.

Este título comienza con el artículo 490, que establece: *“El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado: 1.º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen. 2.º Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito.”*

Cury³³ señala que la imprudencia temeraria que exige la norma, importa un *“alto grado de irreflexión o descuido y una actuación del agente creadora del riesgo.”* Por sí sola fundamenta el castigo de los hechos, que sin mediar malicia, constituirían crimen o simple delito contra las personas.

³³ CURY, E. Op. Cit. 345p.

En tanto, Matus y Ramírez la definen como “*aquella cuya intensidad es mayor que la de la simple imprudencia, pero no alcanza a un dolo eventual*”³⁴, es decir, existe en términos objetivos una previsibilidad y posibilidad del riesgo, pero el agente no lo acepta en su actuar.

Luego, el artículo 491 establece que “*El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior. Iguales penas se aplicarán al dueño de animales feroces que, por descuido culpable de su parte, causaren daño a las personas.*”

Los autores citados, conceptualizan como mera imprudencia la definida en el art. 491, y señalan que “*la referencia a las profesiones vinculadas con el cuidado de la salud humana debe entenderse como una advertencia acerca de la existencia de su regulación específica más allá de la lex artis, o procedimientos de diagnóstico y tratamientos contemplados en los libros de medicina*”³⁵.

Respecto a esta norma, podríamos decir a grandes rasgos, que la Jurisprudencia ha establecido que “*Para que pueda haber responsabilidad por el ejercicio de la actividad médica, es necesario comprobar copulativamente, que el autor sea un médico y que su actuar haya sido en el ejercicio de la profesión; que la acción del médico haya producido un mal en la persona del paciente; que el médico haya actuado con negligencia culpable, y que exista relación de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante.*”³⁶

Así también, ha referido que “*Dado que el médico anestesista obró con imprudencia culpable al no respetar las prescripciones de su ciencia o arte, pues confesadamente no leyó la ficha clínica de la paciente, estando obligado a ello por la ‘lex artis’, ordenando la inyección vía intravenosa de una sustancia a la cual la víctima era alérgica, lo que no hubiera sucedido*

³⁴ MATUS, J. y RAMÍREZ, M. Op. Cit. 429p.

³⁵ Ibid. 429p.

³⁶ SENTENCIA CORTE SUPREMA, 19 de enero de 2005, Rol 9-2003.

*si hubiera obrado con la diligencia y cuidado que prescribe su profesión, debe ser sancionado en virtud de la figura del artículo 491 inciso primero del Código Penal.”*³⁷

Mario Garrido Montt³⁸, en este sentido sostiene que, de los términos empleados por los artículos 490, 491 y 492 de nuestro Código Penal, se puede inferir una cierta cadena de graduación. Así, la expresión “*negligencia culpable*” utilizada por el citado artículo 491 del Código Penal se traduciría en una exigencia de mayor cuidado respecto de la fórmula de sujeto activo universal del artículo 490, fundado en que las profesiones descritas en aquella norma son creadoras de riesgos que precisan de más “*acuciosidad en quien las realiza*”.³⁹

Por su parte, el artículo 492 expresa que “*Las penas del artículo 490 se impondrán también respectivamente al que, con infracción de los reglamentos y por mera imprudencia o negligencia, ejecutare un hecho o incurriere en una omisión que, a mediar malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas. A los responsables de cuasidelito de homicidio o lesiones, ejecutados por medio de vehículos a tracción mecánica o animal, se los sancionará, además de las penas indicadas en el artículo 490, con la suspensión del carné, permiso o autorización que los habilite para conducir vehículos, por un período de uno a dos años, si el hecho de mediar malicia constituyera un crimen, y de seis meses a un año, si constituyera simple delito. En caso de reincidencia, podrá condenarse al conductor a inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal, cancelándose el carné, permiso o autorización.*”

A este respecto, Matus y Ramírez señalan que es en esos mismos reglamentos donde se contiene y/o desprende el grado de la culpa o mínimo del deber de cuidado exigible. Sin embargo, afirman que “*la sola infracción de otras disposiciones de dichas regulaciones, que no apuntan a la subjetividad del agente, por sí solas no permiten configurar el cuasidelito.*”⁴⁰

³⁷ SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 03 de marzo de 2008, Rol 14.193-2005.

³⁸ GARRIDO, M. 2010. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. 4° ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 172p.

³⁹ MARTÍNEZ, M. 2011. La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico. Política criminal, Vol. 6, N° 12. 215-216pp.

⁴⁰ MATUS, J. y RAMÍREZ, M. Op. Cit. 429p.

Para Cury⁴¹, en los artículos 490 y 492, donde se castiga al que por imprudencia temeraria ejecuta un hecho que si mediara malicia, constituiría crimen o simple delito, el legislador ha querido referirse a una acción no típica capaz de provocar los resultados característicos de los crímenes y simples delitos contra las personas. Respecto a las acciones u omisiones, nada se ha dicho, por lo tanto, el autor considera que cualquiera satisface su exigencia, siempre que se ejecute sin la orientación final suficiente, para evitar que, por la índole de su fuerza causal, provoque el resultado típico. En cambio, en el artículo 491, existe un principio de especificación, son solo aquellas acciones de los profesionales aludidos, con una suerte de mayor rigurosidad. Señala también el autor, respecto al artículo 492, que la mera imprudencia solo es punible cuando existe una infracción de reglamento, considerando como tales, la violación de una norma legal o constitucional.

Para Etcheberry en cambio, *“la disposición del artículo 490 expresamente sanciona a quien ‘ejecutare un hecho’, razón por la cual debe excluirse la omisión, sin perjuicio de que ella pueda entenderse comprendida en el artículo 492. Cuando la ley quiere referirse a ambas formas de conducta, generalmente emplea la fórmula ‘ejecutare un hecho o incurriere en una omisión’, como en el propio Art. 492.”*⁴²

Así también, el autor señala, respecto al artículo 491, que subjetivamente, esta disposición es más amplia que la del artículo 490, pues supone un grado menor de culpa. *“Basta con ‘negligencia culpable’ en el inciso primero, y ‘descuido culpable’, en el segundo. Ello se debe al especial deber de prudencia o cuidado que pesa sobre quienes ejercen el arte de curar y sobre quienes poseen un animal en situación de causar serios daños a los demás, lo que hace punible su negligencia aunque no llegue a constituir ‘imprudencia temeraria’.”*⁴³

Por lo anterior, Cury señala que Etcheberry observa que es incorrecta la afirmación de que en el derecho penal la culpa no admite graduación, aunque el lenguaje empleado en el ordenamiento jurídico penal sea distinto al que se emplea en el Código Civil.⁴⁴

⁴¹ CURY, E. Op. Cit. 341p.

⁴² ETCHEBERRY, A. Op. Cit. 344p.

⁴³ Ibid. 345p.

⁴⁴ CURY, E. Op. Cit. 345p.

A su vez, en el Código Penal Español, la imprudencia se castiga sólo cuando a consecuencia del comportamiento negligente, se lesionan determinados bienes jurídicos de especial trascendencia, como la vida, salud, medio ambiente, y otros. Los delitos que se enlazan con conductas imprudentes, que puedan afectar a los profesionales médicos, son: homicidio imprudente (art. 142), lesiones imprudentes (art. 152), lesiones al feto imprudentes (art. 158), manipulación genética imprudente (art. 159) y sustitución imprudente de un niño por otro en centros sanitarios (art. 220).⁴⁵ Para este trabajo, nos interesan aquellas relacionadas con el homicidio y lesiones imprudentes en contexto de la relación médico-paciente.

El artículo 142 del Código Penal Español establece: *“1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años [...] Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años. 2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de tres meses a dieciocho meses [...].”*

Mientras que el artículo 152, determina: *“1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido: 1.º Con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147. 2.º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149. 3.º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150 [...]. Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a cuatro años.”*

Como podemos ver, además de la pena establecida para el delito-base, existe la aplicación de la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio

⁴⁵ JUÁREZ, R. Op. Cit. 9p.

o cargo, por un periodo de tiempo determinado. En la legislación española, la imprudencia profesional no se corresponde a un criterio idóneo para definir el límite mínimo de la culpa punible, sino a un concepto que sirve para definir la aplicabilidad de la agravación prevista en caso de culpa grave o temeraria.⁴⁶

Más adelante en este trabajo, expondremos qué rol juegan los tipos penales en los distintos ordenamientos jurídicos en la determinación de la viabilidad de imputar responsabilidad penal a un médico por incurrir en un error de diagnóstico que lleva a la muerte y/o lesión de un paciente.

⁴⁶ PERIN, A. 2018. La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada. Política criminal, Vol.13, N° 26. Santiago, Chile. 882p.

CAPÍTULO II. RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA.

II.I. El deber de cuidado.

En el tipo de injusto imprudente la esencia es el descuido, la actuación peligrosa con inobservancia del deber de cuidado. Un juicio de valor comparativo entre el actuar del sujeto y el deber de cuidado impuesto por una norma de cuidado. Podemos observar que, en ambas legislaciones, la conducta típica no está determinada con precisión en la ley, se habla del que *'por imprudencia'* causare determinado resultado, son tipos abiertos, en que el juez o el intérprete de la ley, deben establecer el contenido de la conducta.⁴⁷

Para Cadavid⁴⁸, el deber de cuidado puede ser caracterizado como un concepto normativo, que implica, en primer lugar, la adopción de las medidas necesarias para evitar que con la realización de un comportamiento se ponga en riesgo al bien jurídico, y, en segundo lugar, la no ejecución de la conducta que se proyecta realizar, si con ella ha de crearse una situación de peligro desaprobado para el bien jurídico que no se puede controlar. Es por esto que, en los casos en que no se puedan garantizar las condiciones mínimas de seguridad para los bienes jurídicos que exige el ordenamiento jurídico, con el objetivo de propiciar su indemnidad, o la reducción a mínimos tolerables de los riesgos asociados a esa actuación, el sujeto deberá abstenerse de realizar el comportamiento.

Según la doctrina penal española más moderna, el delito imprudente en la actividad sanitaria exige en la estructura de su tipo: *"a) La inobservancia de los deberes objetivos de cuidado que impone la concreta actividad; b) La producción de muerte o lesiones; c) Una relación de causa a efecto entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido; d) Imputación objetiva del resultado."*⁴⁹

Suárez-Quñones plantea que, en el caso de la imprudencia médica, por ser una actividad humana de especial naturaleza en que se encuadra, impide poder describir con mayor precisión

⁴⁷ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 13p.

⁴⁸ CADAVID, A. Op. Cit. 89p.

⁴⁹ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 13 febrero 1997, 1997/728.

todos los comportamientos imprudentes que se pueden dar, lo importante es encontrar un punto de referencia con el que comparar las conductas realizadas para poder determinar si ha constituido una conducta imprudente o no, y a esto nos referimos con el deber de cuidado en su dimensión objetiva y subjetiva.

En nuestro país, la doctrina, respecto al contenido del deber de cuidado, cuya infracción constituye el desvalor de la conducta imprudente, le reconoce una singular estructura, conforme a la cual se configuran un deber de cuidado interno y un deber de cuidado externo.⁵⁰

Debido a lo anterior, es necesario establecer si el deber de cuidado se determinará en función de la adecuación externa del comportamiento, si depende solo de la actitud interna que adopte el sujeto, o si, finalmente, es un proceso complejo, integrado por aristas de carácter externo e interno.

a) Deber de cuidado objetivo o externo

Al respecto Cury⁵¹ señala que, el criterio para decidir si se puede o no se puede emprender la ejecución del hecho, dependerá de su adecuación social. Las acciones que son socialmente adecuadas caen fuera del tipo, por muy peligrosas que fueren, y aún si afectan ciertos bienes jurídicos. Por otro lado, la decisión depende en muchos casos del contexto en que se ejecute, por ejemplo, una línea aérea debe operar, no así una feria de diversiones con aparatos que importan riesgo en su uso. *“La regla general prescribe que la magnitud del riesgo permitido es directamente proporcional a la necesidad social del acto, deducida de su naturaleza y la del caso concreto en que se le ejecuta.”*⁵²

El deber de cuidado externo, *“que tiene como presupuesto el deber de cuidado interno, prescribe ajustar la conducta a la situación peligrosa advertida con el objeto de evitar la producción de un resultado lesivo típico, pudiendo asumir tres modalidades: a) Como un deber*

⁵⁰ ROSAS, J. 2011. La delimitación del deber de cuidado en la imputación de responsabilidad penal por imprudencia médica. Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 5. Universidad de Los Andes. 5p.

⁵¹ CURY, E. Op. Cit. 339p.

⁵² Ibid. 340p.

de omitir acciones peligrosas, correspondiendo a quien se enfrenta a una acción cuya realización implica una peligrosidad tan elevada que no podrá ser emprendida sin la consiguiente infracción del deber de cuidado; b) Como un deber de preparación, información previa y de formación continua, que será aplicable para quien exige emprender ciertas acciones peligrosas, antes y durante el desarrollo de las mismas, y c) Como un deber de actuar prudente o cuidadosamente en situaciones peligrosas para evitar un resultado lesivo.”⁵³

Otros autores⁵⁴ consideran que la manera en que determinamos cuándo un sujeto se ha comportado de forma imprudente tiene que realizarse mediante un estándar objetivo que exija de manera equivalente a quienes tengan la misma capacidad y actúen en un mismo contexto, por lo que comparar diferentes niveles de cuidado conlleva asumir iguales circunstancias de actuación. Incluso, *“el contexto de actuación tiene tal relevancia que modifica las expectativas de cuidado respecto de la misma persona: no se le exige lo mismo a aquel médico que tiene que diagnosticar y tratar una enfermedad en circunstancias ‘normales’ que aquél que debe hacer lo mismo en la vía pública luego de un accidente que sufrió un peatón al ser atropellado por un vehículo.”* Esto no significa que toleremos descuidos de su parte, sino que es el propio estándar el que resulta alterado, a cualquier médico en la misma situación tiene que exigírsele lo mismo, resulta comprensible que la situación de urgencia afecte los niveles de cuidado. Por ende, la asunción de un estándar objetivo permite dar cuenta de forma equivalente de la precaución exigida a un sujeto determinado en un contexto determinado.

Se ha entendido igualmente, que la noción de deber de cuidado objetivo tiene directa relación con el concepto de antijuricidad de la conducta imprudente. Sin embargo, en el contexto de responsabilidad penal médica, a este respecto existe discrepancia entre la postura doctrinaria nacional y los fallos jurisprudenciales en cuanto a la suficiencia de la mera existencia de la *lex artis* como fundamento de antijuricidad, en atención a cuestionamientos en razón de su obligatoriedad y validez normativa como elemento constituyente de deberes de cuidado⁵⁵.

⁵³ ROSAS, J. Op. Cit. 8-9pp.

⁵⁴ REYES, I. Op. Cit. 65p.

⁵⁵ MATUS, J. y RAMÍREZ, M. Op. Cit. 418p.

Para Suárez-Quiñones⁵⁶, en la dimensión objetiva del deber de cuidado no interesa saber cómo lo ha adoptado o podía adoptar el autor, sino cuál es el estándar que se requiere en la vida, en la relación social con los demás, considerando la conducta enjuiciada. Surge de *‘la comparación entre la conducta que hubiese seguido un hombre razonable y prudente, consciente y cuidadoso del círculo al que pertenece el autor’* y *‘en la situación y conocimiento de éste y la conducta cuestionada.’* Luego, distingue dos elementos: Intelectual y valorativo, el primero es la consideración de todas las consecuencias de la conducta que, conforme a un juicio razonable eran de previsible producción. El segundo, según el cual, sólo es contraria al cuidado aquella conducta que queda por debajo de la medida adecuada socialmente.

A su vez, el Tribunal Supremo ha establecido que el *“deber de cuidado ha de establecerse primero, y medido después, en función de todas las concurrentes circunstancias, entre ellas la clase de actividad sobre la que se realiza el juicio de reprochabilidad, el riesgo o riesgos que comporta para las personas o las cosas, y la especialidad técnica o científica.”*⁵⁷

En resumen, en el ordenamiento jurídico español, cuando la *“doctrina mayoritaria emplea la expresión tipo objetivo, suele aludir con ella a los elementos de la tipicidad ajenos a la psiquis del sujeto o a tendencias de ánimo que tienen que ver con la generación y realización del proceso de riesgo desaprobados por el Legislador, a lo que habrán de aunarse otras características relacionadas con formas específicas de tipicidad que el Legislador haya previsto.”*⁵⁸

El autor señala que, en la actualidad, es muy difícil sostener la diferenciación entre un tipo objetivo y uno subjetivo sobre la base de la pertenencia de los elementos de la psiquis del sujeto, pues si entendemos la tipicidad objetiva en el sentido de lo dotado de una determinada capacidad de significación intersubjetiva, obliga a reconocer que la concurrencia de algunos datos pertenecientes a la psiquis del sujeto es uno de los factores que determina el sentido y significación de la actuación.

⁵⁶ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 13-14pp.

⁵⁷ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 04 de septiembre de 1991, 1991/6021.

⁵⁸ CADAVID, A. Op. cit. 87p.

b) Deber de cuidado subjetivo o interno

Cury⁵⁹ considera que, puesto que hay acciones riesgosas que el derecho permite, el problema de distinguirlas, pertenece al ámbito de la antijuridicidad, por ende, la prudencia que se le exige al sujeto se valorará en el juicio de antijuridicidad, donde, se debe establecer si se observó o no la prudencia de que es capaz el hombre medio, si era posible para el sujeto en el caso concreto, observar esa medida de cuidado.

El deber de cuidado interno, como principio de la exigencia general de cuidado, consiste en la *“observación de las condiciones bajo las cuales se realiza una acción y en el cálculo de la evolución o curso que ésta seguirá y de las posibles circunstancias concomitantes que pueden presentarse, lo cual implica advertir la existencia y cercanía del peligro en su gravedad aproximada y del valor del bien jurídico expuesto al riesgo.”*⁶⁰

En este sentido, se adiciona como elemento a considerar *“tanto el carácter cambiante y dependiente de las circunstancias particulares en cada caso, tanto en relación con los pacientes como con los profesionales de la salud y los medios disponibles”*⁶¹.

Respecto a este punto Jescheck señala que *“El primer deber que se deduce de la exigencia general de cuidado es el de advertir el peligro para el bien jurídico protegido y valorarlo correctamente, pues todas las precauciones tendientes a la evitación de un daño dependen, en su especie y cantidad, del conocimiento del peligro amenazante. Ello constituye el cuidado interno que Binding caracterizó como 'deber de examen previo'. Consiste en la observación de las condiciones bajo las cuales tiene lugar una acción, en el cálculo del curso que va a seguir y de las eventuales modificaciones de las circunstancias que la rodean, así como en la reflexión acerca de cómo puede desarrollarse y qué consecuencias se pueden derivar de un peligro advertido.”*⁶²

⁵⁹ CURY, E. Op. Cit. 340p.

⁶⁰ ROSAS, J. Op. Cit. 7-8pp.

⁶¹ MATUS, J. y RAMÍREZ, M. Op. Cit. 430p.

⁶² JESCHECK, H. Op. Cit. 797p.

Montealegre⁶³ señala que en el ejercicio de la actividad médica, el deber de cuidado interno, puede resumirse en dos hechos fundamentales, la evaluación adecuada del paciente y el examen de la propia capacidad del médico.

La doctrina española, a su vez, considera que, la valoración subjetiva de la conducta atiende a la capacidad individual del autor, a su nivel de conocimientos, previsibilidad y experiencia, ya sea de conocimientos inferiores o superiores. La doctrina mayoritaria considera que la postura correcta es basar la institución en un concepto objetivo del deber de cuidado, que está dado por los superiores conocimientos del autor, no considerando los que son inferiores.⁶⁴

En la actualidad, algunos autores⁶⁵ estiman que, *“la capacidad del sujeto se tiene en cuenta a la hora de determinar cuál es su deber de cuidado, es decir, si carece de la preparación suficiente para afrontar una situación de riesgo, entonces su deber de cuidado no consiste en controlar en la medida de lo posible dicho riesgo, sino en sencillamente no realizar la actividad, precisamente para no incrementar el riesgo que dicha situación conlleva. Por lo tanto, el deber de cuidado se configura en virtud de las capacidades personales del sujeto y ello no quiere decir que se exija más al que más sabe sino al contrario, se le exige lo mismo que al menos experto: desplegar todo su saber para evitar la lesión del bien jurídico protegido.”*

c) Valoración del estándar del deber de cuidado exigido.

Desde los autores más tradicionales se planteó que el deber de cuidado en el injusto sería el deber objetivo, lo cual generó controversia con las posturas más modernas, ya que este modelo se trataba de un mandato general de cuidado, tomando como referencia el *“hombre consciente y cuidadoso”*, distinguiéndolo del deber subjetivo de cuidado, que alude a la capacidad individual del agente, valoración que a contrario sensu, se situaba en la culpabilidad. Se planteaba el paradigma del cirujano extraordinariamente capacitado, que en una intervención quirúrgica de alto riesgo, que requería su mayor grado de pericia, se limitaba a emplear las capacidades o conocimientos normales exigibles a un médico medio, producto de lo cual fallecía

⁶³ MONTEALEGRE, E. Op. Cit. 288p.

⁶⁴ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 14p.

⁶⁵ JUÁREZ, R. Op. Cit. 11p.

el paciente. Si consideramos el planteamiento tradicional del deber objetivo de cuidado, la conducta del cirujano resultaría atípica y, consecuentemente, impune, pues habría cumplido con el deber objetivo de cuidado que le era exigible. Sin embargo, las posturas más modernas refutan que la impunidad sería la consecuencia necesaria, sosteniendo que, si el médico conscientemente no utiliza su capacidad especial, podría imputársele un homicidio doloso por omisión.⁶⁶

Autores como Jescheck y Weigend⁶⁷, sostuvieron que, en el caso mencionado, no habría inconveniente para considerar al médico responsable de un delito imprudente por comisión, pues habría *“incumplido el deber objetivo de cuidado que le era exigible, dado que el juicio sobre su observancia debía efectuarse a partir de la situación concreta del destinatario de la norma de cuidado, pues haría referencia a lo exigible al que se encuentra en la precisa situación del autor, a partir de un juicio ex ante, siendo abarcados los conocimientos especiales del agente.”* Por su parte, otro sector de la doctrina, como Jakobs⁶⁸ y Roxin⁶⁹ defendieron directamente la idea de que los conocimientos y capacidades especiales deben ser valorados a nivel de injusto y no en la culpabilidad.

Dentro de los defensores de esta tesis subjetivo-individualizadora en la doctrina chilena, está Van Weezel⁷⁰, quien ha sostenido que tanto las capacidades especiales, como los rendimientos inferiores deben ser valoradas a nivel de injusto, por cuanto el tipo imprudente se construye en base a esta omisión de la norma de cuidado, por lo que la capacidad para realizar la conducta debida del sujeto, es necesaria.

Como contraargumento a las tesis generalizadoras, se advierte que *“tienden a confundir la falta al deber de cuidado objetivo con el subjetivo, lo que produce la identificación de la*

⁶⁶ ROSAS, J. Op. Cit. 9-10pp.

⁶⁷ JESCHECK, H. y WEIGEND, T. 2002. Tratado de Derecho Penal, Parte General. 5° ed. Granada, España. Editorial Comares. 798p.

⁶⁸ JAKOBS, G. 1995. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. 2° ed. Madrid, España. Editorial Marcial Pons. 385p.

⁶⁹ ROXIN, C. 1997. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 2° ed. Madrid, España. Editorial Civitas. 1018p.

⁷⁰ VAN WEEZEL, A. 1999. Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes. Revista Chilena de Derecho. Vol. 26, N° 2. 330p.

culpa con la responsabilidad objetiva por el resultado que se seguiría de la sola infracción al deber de cuidado externo”⁷¹.

Sin embargo, para Rosas⁷², *“esta solución sólo sería predicable respecto de los supuestos en que el deber externo se manifiesta en un ‘deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas’ y no en los que se concreta en un ‘deber de omitir acciones peligrosas, quienquiera que las realice’”. Conforme a este planteamiento, el chofer inexperto o médico principiante no le correspondería el deber de no-actuar, sino el de tomar los resguardos exigidos por el ordenamiento jurídico como podría ser el ser supervisado por un chofer o un médico experimentado, por lo que, a pesar de ello, no advierte el peligro que desencadena un resultado lesivo, a causa de su déficit de capacidades o conocimientos, no habría incurrido en una infracción del deber de cuidado que le era exigible, razonamiento que me parece acertado, atendido que, al adoptar los resguardos previstos, los sujetos habrían actuado prudentemente.”*

Por su parte, Vargas⁷³ considera que la mera infracción de un deber objetivo de cuidado mediante un comportamiento externo, aunque se concrete en el resultado, no parece satisfacer exigencias de imputación de la imprudencia. *“El resultado debe estar conectado a la conducta también por un nexo subjetivo: por la previsibilidad del riesgo, se haya o no previsto. Normalmente, el agente que realiza una conducta médica prevé que puede producirse un resultado dañoso y confía en que no ocurrirá, no busca su efectiva producción como fin (directamente) ni como medio (indirectamente)”*.

Cadauid⁷⁴ considera que una adecuada comprensión del concepto de cuidado exige reconocer que la adecuación externa está delimitada por lo que el sujeto hubiera podido advertir respecto al contexto situacional en el que iba a realizarse la actividad de riesgo y a la entidad de éste. De esa manera se determina el marco externo de conductas susceptibles de considerarse generadoras de riesgos desaprobados, pero ello no implica que para calificar la conducta como imprudente, deban infringirse ambos deberes de cuidado, ni tampoco que el incumplimiento del

⁷¹ MATUS, J. y RAMÍREZ, M. Op. Cit. 421p.

⁷² ROSAS, J. Op. Cit. 11p.

⁷³ VARGAS, T. Op. Cit. 123p.

⁷⁴ CADAVID, A. Op. Cit. 97-98pp.

deber de información en relación con un comportamiento adecuado externamente, permita considerarlo contrario a derecho. La conducta externamente adecuada, incluso por razones fortuitas, no será imprudente, aunque al desplegarla no se haya observado el deber de cuidado interno.

El autor manifiesta que *“el cuidado debido en la correspondiente situación no solo es relativo, por depender del contexto situacional en el que la actuación es realizada, sino que además tiene un carácter mensurable y dinámico, por lo que la variación en las condiciones de aparición del riesgo puede obligar a adecuar las medidas de cuidado necesarias para la neutralización o disminución de aquél hasta el umbral de lo permitido.”*⁷⁵

d) Los conocimientos y capacidades específicas del autor.

Para algunos autores, el deber de cuidado se configura en virtud de las capacidades personales del sujeto, pero esto no quiere decir que se exija más al que más sabe sino al contrario, se le exige lo mismo que al menos experto: desplegar todo su saber para evitar la lesión del bien jurídico protegido.

En esa línea, se ha sostenido que para imputar responsabilidad culposa en el ámbito del ejercicio de actividades médicas, no basta probar la mera infracción a la *lex artis* *“sino también el aspecto subjetivo de la actuación negligente o imprudente del médico, esto es, la posibilidad real, en el caso concreto, de representarse el resultado lesivo y evitarlo, que se fundamenta en la actualización de sus personales conocimientos y aptitudes”*⁷⁶.

Al respecto Vargas⁷⁷ ha señalado que constituye un problema considerar la influencia de los conocimientos y capacidades especiales del médico, ya que si *“tales capacidades se dejan fuera de la norma de cuidado, un médico particularmente experto que no haga uso de ellas y provoque la muerte o lesión del paciente no creará un riesgo prohibido si cumple la norma de cuidado que se establece por parámetros medios.”* A juicio de la autora, esos conocimientos no

⁷⁵ CADAVID, A. Op. Cit. 143p.

⁷⁶ MATUS, J. y RAMÍREZ, M. Op. Cit. 366p.

⁷⁷ VARGAS, T. Op. Cit. 115p.

tienen relevancia para el contenido injusto de la conducta, ya que ese médico experto tendrá un deber de cuidado específico, y por lo tanto, no dejará libre al experto que no utiliza sus conocimientos y capacidades especiales, a pesar de que cumpla según los parámetros objetivos del “*médico medio*”.

En la doctrina española⁷⁸ existen dos posiciones respecto a este tema. La mayoritaria, es la que se conoce como la “*teoría de los dos peldaños*”, en la cual el tipo del delito imprudente se completa con la contravención de baremos objetivos, relegando el estudio de las capacidades especiales del autor, al ámbito de la culpabilidad. Para esta postura la atención a las circunstancias personales del autor no tiene lugar de forma individual, sino en cuanto miembro de una generalidad o colectivo cuya pertenencia obliga a determinadas formas de comportamiento.

La segunda postura viene representada por aquellos autores que conceden relevancia a dichos aspectos a la hora de configurar el injusto de la conducta y puede contemplarse en realidad como una fase más en la evolución de la concepción personal de lo injusto. Esta concepción señala que, en último término, todo se reduce a comprobar si el sujeto individualmente considerado estaba en condiciones de evitar el resultado lesivo.

En contraposición a estas dos posturas, nace una nueva tesis, que sostiene que la valoración de las capacidades inferiores, debe hacerse en sede de culpabilidad, mientras que las capacidades especiales habrían de valorarse en sede de injusto. Esta sería la única solución que permitiría castigar por imprudencia a quien no utiliza las capacidades especiales que posee.

En el ámbito de la actividad médica, al deber de cuidado pertenecen aspectos como el conocimiento de la especial debilidad del paciente o su estado físico, circunstancias que pueden convertir en peligroso un tratamiento que en otro caso estaría perfectamente indicado. Pero también, se deben considerar como conocimientos especiales aquellos proporcionados por la experiencia. Por ejemplo, “*en el caso del anestésista que antes de proceder a la anestesia del paciente no mide su presión arterial, o en el médico que no se asegura de que la enferma a la que prescribe un tratamiento contraindicado en caso de embarazo o se halla en tal estado. En*

⁷⁸ JUÁREZ, R. Op. Cit. 19p.

ninguno de estos casos encontrará el Tribunal dificultad alguna para tachar la conducta como negligente."⁷⁹

II.II La imprudencia penal médica.

a) Concepto tratamiento médico.

Para poder enmarcarnos dentro de la responsabilidad médica, es necesario determinar qué entendemos por tratamiento médico o sanitario. Podríamos decir que es *"la acción llevada a cabo por un médico en el ejercicio de su actividad profesional, dirigida a favorecer las condiciones de vida de un ser humano"*.⁸⁰ Distinguiendo por ende, tres aristas: *"a) La finalidad curativa: el tratamiento ha de ir encaminado a beneficiar la salud del paciente mediante la prevención o el mejoramiento de su enfermedad; b) La indicación de dicho tratamiento para el fin curativo, es decir, debe ser objetivamente apropiado para la curación del paciente; c) Su ejecución conforme a la 'Lex Artis'. La valoración acerca de si el tratamiento se ha ejecutado o no conforme a la lex artis debe realizarse mediante un juicio a priori, es decir, teniendo en cuenta el estado de la ciencia y la experiencia médico-quirúrgica en el momento del tratamiento."*⁸¹

Otros autores han referido que es *"aquella actividad profesional del médico dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar directa o indirectamente la salud, o a mejorar el aspecto estético de una persona"*.⁸²

b) Infracción del deber de cuidado médico.

El deber de cuidado médico quiere decir que se exige un nivel mínimo de capacidad necesaria, por debajo del cual debemos abstenernos de actuar. Por otro lado, impone un resultado previsible que se averigua mediante el procedimiento de sustitución, esto es, se compara con la actuación que hubiera llevado a cabo otro profesional médico en idénticas

⁷⁹ JUÁREZ, R. Op. Cit. 20p.

⁸⁰ BARREIRO, A. 1989-1990. Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. Estudios penales y criminológicos. Nº 14, 143p.

⁸¹ JUÁREZ, R. Op. Cit. 23p.

⁸² ROMEO, C. 1981. El médico y el Derecho penal. Barcelona, España. Editorial Bosch. 12p.

circunstancias y antes de que se produjera el resultado. Esto es lo que se conoce como “*lex artis ad hoc*”.⁸³

Para un sector de la doctrina, en el ámbito médico deben considerarse ciertas variables que de por sí constituirían responsabilidad por infringir los deberes de cuidado, entre las que encontramos las circunstancias personales del autor, por ejemplo, su edad avanzada o enfermedad que repercute en la habilidad. Si el médico está por debajo de las capacidades mínimas para realizar la operación de que se trate, tales deficiencias, antes ya que en el deber objetivo de cuidado, influyen en la permisibilidad misma del riesgo emprendido. Dichas circunstancias, determinan que haya de valorarse como no permitido el hecho mismo de emprender la actividad, porque tales condiciones, impiden considerar que los riesgos que deriven de aquélla sean inevitables. Se trata, en definitiva, de la ‘*culpa por asunción*’, cuyo fundamento se vincula a la doctrina de la ‘*actio libera in causa*’. Así también, se relaciona con la capacidad del autor en el ámbito médico, la figura del “*médico medio*”. Se trata de valorar la capacidad mínima que es exigible al profesional para realizar la actividad de que se trate, entendiendo por tal el conjunto irrenunciable de condiciones físicas y psíquicas que sitúan la intervención en los límites de normalidad e impiden, por tanto, valorarla como negligente.⁸⁴

Al respecto, el Tribunal Supremo Español ha resuelto que “*la responsabilidad médica o de los técnicos sanitarios procederá cuando en el tratamiento efectuado al paciente se incida en conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado en estos casos no tanto por el error, si lo hubiere, sino por la dejación, el abandono, la negligencia y el descuido de la atención que aquél requiere*”.⁸⁵

c) Teoría de la imputación objetiva.

Algunas cuestiones previas que debemos considerar para poder atribuir objetivamente el resultado son, en primer lugar, la relación de causalidad, esto es que la conducta imprudente

⁸³ VÁSQUEZ, Susana. 1999. El fenómeno de la responsabilidad médica: En el ámbito penal. Lecciones de Derecho Sanitario. 647p.

⁸⁴ JUÁREZ, R. Op. Cit. 22p.

⁸⁵ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 18 de noviembre de 1991, 1991/9448.

sea la causa del resultado producido, además, está el nexo de antijuridicidad, donde debe existir una específica relación normativa entre la conducta descuidada y el resultado producido.

La relación de causalidad entre la acción y el resultado producido se constatará según la teoría de la “*equivalencia de condiciones*” y bajo la fórmula de la “*condición ajustada a las leyes de la experiencia*”: una acción será condición del resultado producido cuando haya originado efectivamente éste según la ley de la causalidad y con arreglo a los conocimientos que nos ofrece la experiencia.⁸⁶

Al respecto, Piña señala que existen una serie de operaciones del sistema jurídico-penal en que, habiendo resultado y su consecuente imputación, no existe una relación de causalidad entre este último y la conducta desplegada por el agente. Esto puede apreciarse claramente en el ámbito de las omisiones impropias o comisión por omisión. En estos casos, la posición de garante que ostenta el omitente permite que se le impute el resultado aun cuando no lo ha causado. Por ejemplo, “*el padre que no asiste a su hijo que mientras juega en el balcón sufre una caída, queda colgado de un brazo y posteriormente cae. El padre no ha "causado" las lesiones. Sin embargo, si bien no hay causalidad, sí hay imputación. Por otra parte -y precisamente a la inversa- no siempre que se causa un resultado lesivo ha de responderse por el daño causado, por lo que podemos vislumbrar que la imputación de resultado y la causalidad no necesariamente coinciden.*”⁸⁷

La teoría de la imputación objetiva aplicada a los delitos imprudentes significa que el resultado se produce como consecuencia de la infracción del deber objetivo de cuidado y, que dicho resultado, está fuera de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado infringida.

La imputación objetiva tiene como base una premisa fundamental: una vez demostrada la causalidad, se le puede imputar al sujeto la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, si se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, que se concreta en la producción del resultado típico. En términos generales, se consideran como criterios de imputación, los siguientes: “*la disminución y elevación del riesgo; el riesgo permitido; el fin de protección de la norma; el*

⁸⁶ JUÁREZ, R. Op. Cit. 31p.

⁸⁷ PIÑA, J. 2003. Causalidad e imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el Derecho Penal. Revista Chilena de Derecho. Vol. 30 N° 3. 516-517pp.

principio de insignificancia; la creación de un riesgo jurídicamente relevante; la realización del peligro inherente a la acción base y la conducta alternativa conforme a derecho.”⁸⁸

Ángel Torio⁸⁹ señala que, los elementos que debemos considerar para imputar objetivamente son:

- La acción peligrosa, jurídicamente desaprobada. El punto central está en determinar si la prohibición penal incide antes de la producción del resultado, motivando la prevención de los hechos futuros, o después, cuando el resultado ya se ha producido. Por lo tanto, no pueden considerarse peligrosas aquellas acciones que en el momento de su iniciación no representaban un peligro jurídicamente relevante para la lesión de un bien jurídico. No pueden ser imputados aquellos resultados que son producto de cursos causales ocurridos por fuera de todo cálculo racional. El juicio sobre el peligro tiene que ser realizado por un espectador objetivo (el juez) situado en el momento en que se va a realizar la acción, y entran en consideración todas las circunstancias del caso concreto cognoscibles por ese espectador objetivo y las conocidas por el autor.

- La realización del peligro, una vez comprobada la relación causal entre el comportamiento del autor y el resultado, hay que demostrar que la acción peligrosa creada por él, se ha materializado en el resultado típico. Si el peligro (jurídicamente desaprobado) creado por el sujeto, no es el mismo que se concreta en el resultado producido, no le puede ser imputado al sujeto. No se trata de determinar si la conducta ha condicionado el resultado, porque se parte de ese supuesto, se trata de establecer si existe una relación de riesgo entre la conducta del autor y la modificación del mundo exterior.

- La desaprobación del peligro. En los delitos culposos no basta con que la acción represente un alto peligro para los bienes jurídicos. Es indispensable que entre en contradicción con una norma jurídica concreta. Por esta razón, no le es imputable al sujeto un resultado,

⁸⁸ MONTEALEGRE, E. 1987. La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado. Revista Chilena de Derecho. Vol. 14, N° 2. Pontificia Universidad Católica de Chile. 267p.

⁸⁹ TORIO, A. 1986. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. N° 9. Madrid, España. 34-37pp.

cuando el mismo se ha producido dentro del riesgo permitido, o cuando la acción disminuye el riesgo para el bien jurídico o no se encuentra dentro del fin de protección de la norma.⁹⁰

Montealegre⁹¹ plantea que existen ciertos criterios de la imputación objetiva que son especialmente aplicables a la actividad médica, en primer lugar encontramos la disminución del riesgo, el cual consiste en el derecho que tiene el médico a ocasionar daños para evitar riesgos futuros de mayor gravedad, por ejemplo, para evitar la muerte de una paciente aquejada de cáncer en el útero, se le ocasione una pérdida funcional de los órganos de la reproducción, como consecuencia de la radioterapia. Esto se relaciona con el estado de necesidad justificante con un elemento común: la existencia de una situación de peligro (lejano en el uno, inminente en el otro), que sólo puede conjurarse mediante una lesión al bien jurídico, para evitar un daño mayor.

En segundo lugar, estamos en presencia de la conducta alternativa conforme a derecho, que consiste en los casos en que el autor ha infringido con su conducta un deber de cuidado, quebrantando el reglamento de circulación o los principios que rigen la *lex artis*. Además, desde el punto de vista causal, ha ocasionado la lesión al bien jurídico. No obstante, a pesar de ello, se demuestra que ese mismo resultado, probablemente también se hubiera producido si el sujeto actuaba reglamentariamente.

En tercer lugar encontramos el fin de protección de la norma, que en palabras de Gimbernat consiste en que *“los deberes de diligencia, cuya infracción es lo que hace que una acción sea imprudente, persiguen impedir determinados resultados. Si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber, el autor estará exento de responsabilidad. Cual sea ese fin de la norma es algo que se puede determinar perfectamente utilizando los métodos corrientes de la interpretación jurídico-penal.”*⁹²

En último lugar, encontramos la aceleración culposa de la causalidad. Este caso se verifica cuando el bien jurídico de la vida o la integridad personal está irremediamente perdido, y el médico adelanta el resultado como consecuencia de la infracción a un deber de

⁹⁰ MONTEALEGRE, Eduardo. Op. Cit. 269-272pp.

⁹¹ Ibid. 272-281pp.

⁹² GIMBERNAT, E. 1965. Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos. Revista de Derecho de la Circulación. Nº11-12. Madrid, España. 682p.

cuidado. Por ejemplo, un paciente con cáncer gástrico, estado IV, a quien solamente le quedan dos o tres meses de vida. El cirujano, con el fin de que pueda ingerir alimentos durante los últimos días que le quedan, lo interviene quirúrgicamente para realizar una gastroentero anastomosis. Sin embargo, por descuido inexcusable, le deja una compresa en el estómago, ocasionando una infección que le produce la muerte inmediata. La doctrina en estos casos ha considerado que no le es imputable al médico acelerar o adelantar el resultado, cuando el bien jurídico estaba irremediabilmente perdido.⁹³

Para Vargas⁹⁴, en el ámbito de la imprudencia médica todo injusto ha de imputarse objetiva y subjetivamente. Su atribución pasa primero por verificar una conducta, un resultado y una relación causal, según el supuesto descrito en el tipo penal y luego, *“por la imputación objetiva y subjetiva de la conducta y del resultado según la norma primaria que se deduce del tipo, que importa la creación de un riesgo prohibido ex ante, la perturbación a un bien protegido y una relación de riesgo que los conecte objetiva (imputación objetiva del resultado) y subjetivamente (conciencia potencial de riesgo por deber de prever el resultado).”*

Así, la imprudencia exige para imputar un injusto: conducta creadora de un riesgo jurídicamente relevante; resultado antijurídico; causalidad entre acción y efecto, si procede, relación de riesgo entre la conducta riesgosa y el resultado jurídico; y previsibilidad de tal resultado por esa conducta se haya o no previsto, es decir: conciencia de riesgo o infracción de una norma subjetiva de cuidado. Claro que solo habrá delito y procederá la imputación total o final cuando se determine que el cumplimiento de la norma le era exigible concretamente al autor, que pasa a ser *“autor culpable”*.⁹⁵

En la legislación española, dentro de la teoría de la imputación objetiva en los cuasidelitos, debemos considerar varios criterios, en primer lugar, la relación de adecuación, esto es que el resultado sea generalmente previsible como una consecuencia típica de la conducta, por lo tanto, pudo haber sido tenido en cuenta en la formación de voluntad por parte

⁹³ MONTEALEGRE, E. Op. Cit. 281p.

⁹⁴ VARGAS, T. Op. Cit. 127-128pp.

⁹⁵ Ibid. 128p.

del autor. Quedarán fuera de la imputación objetiva los resultados causados por el autor que no son objetivamente previsibles.

Respecto a los resultados previsibles, el Tribunal Supremo Español⁹⁶ ha fallado, *“en relación con la conducta del cirujano y anestesista que no se dieron cuenta de la hemorragia que sufría la embarazada a la que acababan de practicar una cesárea, lo que le provocó la muerte: ‘La gravedad de la imprudencia en que incurrieron los recurrentes es indudable porque para los dos era fácilmente previsible el riesgo, para los dos tenía una gran importancia la norma de cuidado que respectivamente les incumbía y por los dos debió ser ponderado el inestimable valor del bien jurídico que dependía de su actuación’.*

En segundo lugar, debemos atender al fin de protección de la norma, esto es que el resultado sea expresión concreta de la infracción de la norma de cuidado y que en aquél (el resultado) se materialice o se realice el riesgo que la norma quería evitar. *“Este nexo o relación de riesgo, referido al fin de protección de la norma, se manifiesta en distintos supuestos y conforme a determinados criterios: a) Los supuestos de conducta alternativa ajustada a Derecho: faltará el nexo de antijuricidad, aún cuando el autor cause el resultado típico mediante una conducta descuidada, si el resultado típico causado se hubiera producido igualmente con una conducta cuidadosa. b) La teoría del incremento del riesgo: existirá imputación objetiva cuando la conducta incorrecta (infractora de la norma de cuidado) del autor ha incrementado la probabilidad de producción del resultado típico en comparación con el riesgo permitido. c) La finalidad de protección de la norma: no se da el nexo de antijuricidad, que caracteriza la imputación objetiva, cuando el resultado causado por el autor mediante una conducta descuidada queda fuera del ámbito de protección de la norma violada.”*⁹⁷

En el siguiente caso, podemos observar cómo funcionaría atribuir la responsabilidad bajo los criterios que explicamos anteriormente. *“Un anestesista utiliza en una operación cocaína en lugar de otro producto, que era el correcto, y el paciente muere, pero luego se demuestra con la autopsia que hubiera fallecido igual aunque se le hubiera administrado el que correspondía, dado su grave estado. En este supuesto concurren todos los requisitos, incluido*

⁹⁶ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 23 de octubre de 2001, 2001/9074.

⁹⁷ JUÁREZ, R. Op. Cit. 32-33pp.

el de la relación de causalidad, pero puesto que el resultado hubiera ocurrido igual aunque le hubiera administrado el producto idóneo, la solución correcta será la absolución. Una buena defensa será la encargada de demostrar con habilidad que el resultado se hubiera producido de igual forma pese a suministrar al paciente el producto correcto, es decir, (que se hubiera observado el cuidado objetivamente debido), pero mientras haya una causa posible o probable y la defensa consiga que exista una duda en el Tribunal, éste deberá aplicar el principio ‘in dubio pro reo’ y absolver al procesado aplicando el beneficio de la duda.’⁹⁸

II.III. La lex artis en la medicina.

Para Cury, la lex artis⁹⁹ de la profesión del sujeto es “*el conjunto de principios y normas técnicas cuyo dominio es exigido a cuantos ejercen la actividad en razón de la cual despliega la conducta creadora del peligro*”. Según palabras del autor, el médico que no estudia, se transforma paulatinamente en un criminal, pero el derecho no puede establecer preceptos extraordinarios, sino que debe siempre ponderar con el hombre medio, por ejemplo, no se le podría exigir a un médico que prevea lo que pudiera prever el premio nobel de Medicina, aunque él mismo hubiese obtenido ese reconocimiento, si el gran cirujano ha empleado la atención que prescribe la lex artis en la intervención quirúrgica, no habrá culpa, aunque pudo haber sido capaz de más.¹⁰⁰

La lex artis es así el parámetro de inserción de la actividad profesionalmente realizada con la norma de cuidado cuya inobservancia desencadena el resultado, es la regla de actuación que establece la ciencia médica, el criterio valorativo de la corrección del acto sanitario ejecutado por el profesional de la enfermería y cuya infracción es la que desencadena el resultado como condición necesaria de éste.¹⁰¹

Braghetto y Vicent señalan que la lex artis médica puede valorarse objetivamente comparando la conducta ejercida con la “*práctica comúnmente aceptada en el ejercicio de la*

⁹⁸ JUÁREZ, R. Op. Cit. 32-33pp.

⁹⁹ Según el Diccionario Médico de la Universidad de Navarra, la lex artis es el conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en la actualidad. Por definición, es cambiante con el progreso técnico de la medicina, así como con las peculiaridades personales de cada paciente.

¹⁰⁰ CURY, E. Op. Cit. 337p.

¹⁰¹ JUÁREZ, R. Op. Cit.

*medicina y el componente subjetivo de la conducta donde tienen relevancia de estándar del establecimiento, la pericia media aceptada y las circunstancias de tiempo y lugar”*¹⁰².

Para los autores, la responsabilidad penal médica requiere una *“conducta desviada del profesional, respecto de aquella aceptada en la práctica médica y que exista una relación causal entre esta conducta y el daño no justificado”*¹⁰³.

Misma línea de pensamiento sostiene Pizarro W., señalando que busca sancionar *“al médico que se ha apartado de su lex artis en la ejecución del acto médico”*¹⁰⁴.

Otros autores la definen como *“aquella suma de reglas generales de carácter técnico, máximas de experiencias y conocimientos emitidos que han sido aceptados y aprobados por la comunidad científica, y que resultan aplicables al conjunto de la actividad médico sanitaria.”*¹⁰⁵

Para Romeo, *“la lex artis siempre ha de ir referida al caso concreto por las variedades que puede presentar con la situación típica prevista por las ciencias médicas. En este sentido, puede decirse que el contenido de la lex artis es variable según las diversas circunstancias con que se enfrente el facultativo: material, lugar, personal ayudante, etc. Pero dentro de estas circunstancias en que se encuentre y en relación al caso concreto que debemos intervenir, las exigencias de la lex artis son siempre las mismas.”*¹⁰⁶

Vargas¹⁰⁷, por su parte, considera que se ha aumentado el nivel de cuidado al considerar los reglamentos que establecen los deberes médicos, ya que si se infringen, permiten sancionar por *“mera imprudencia o negligencia”* según el art. 492. *“Independientemente que estas reglas del arte médico aparezcan en protocolos, son parámetros exigibles que concurren a determinar el cuidado debido según las circunstancias, que no fijan un cuidado excesivo y determinan responsabilidad por culpa leve, ni establecen un cuidado mínimo que haga responsable por culpa grave. La posición de garante del facultativo médico exige que ponga todos los medios que tenga a su disposición dentro de los límites de su propia actividad y, dentro de estas*

¹⁰² BRAGHETTO, I. y VICENT, J. 2000. Manual de riesgos y complicaciones : procedimientos anestésicos y quirúrgicos: bases para un consentimiento informado. Santiago, Chile. Universidad de Chile. 5p.

¹⁰³ Ibid.

¹⁰⁴ PIZARRO, C. 2008. Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas. Revista Médica Chile. 539-543pp.

¹⁰⁵ ROSAS, J. Op. Cit. 23p.

¹⁰⁶ ROMEO, C. Op. Cit. 15p.

¹⁰⁷ VARGAS, T. Op. Cit. 114p.

condiciones, la lex artis establece exigencias medias, reglas para la conducta profesional media, según las circunstancias del caso concreto.”

Según Matus y Ramírez, la actuación médica acorde a la lex artis supone una “*falta de antijuricidad material que excluye la tipicidad*” de la conducta, justificando su análisis desde la vereda de la tipicidad en atención al posible efecto disuasivo que tendría en la actividad médica desarticular esa relación¹⁰⁸.

Al respecto Cadavid¹⁰⁹ señala que la lex artis debe ser entendida como criterio que ayuda a precisar el deber de actuación en el caso concreto, y que ésta debe tomar siempre en consideración la “*tipicidad*” del caso, respecto a lo establecido en los protocolos. Considerando la necesidad de valorar las particularidades del caso concreto, es que la doctrina diferencia los conceptos de lex artis, a la que se suele aludir como lex scientiae y de lex artis ad-hoc, entendiendo que es la última, a la que en rigor se debe limitar la referida designación.

No obstante, considerar a la lex artis ad hoc, como parámetro de referencia del deber de cuidado del médico, esto conlleva varios inconvenientes.

Siguiendo a Rosas¹¹⁰, podemos destacar en primer lugar que, el contenido de la lex artis médica no se encuentra codificado en normas jurídicas, esto responde a que la medicina es una ciencia en constante evolución, por lo que si se estableciera una reglamentación legal estricta de la actividad, se estaría bloqueando su consecuente desarrollo. Es posible que un tratamiento que era adecuado según la lex artis de hace unos años, ya no lo sea para la que está actualmente vigente, por tanto, debe contrastarse la actuación del médico con la que esté vigente al momento en que realiza su intervención. En nuestro país, la doctrina reconoce que cierto contenido de la lex artis se enmarca dentro de los códigos de ética profesional, así como los protocolos clínicos y guías médicas.

¹⁰⁸ MATUS, J. y RAMÍREZ M. Op. Cit. 362p

¹⁰⁹ CADAVID, A. Op. Cit. 114p.

¹¹⁰ ROSAS, J. Op. Cit. 13-14pp.

En segundo lugar, se considera problemático que el juicio valorativo acerca de la adecuación de la conducta del médico a la *lex artis* tendrá que ser emitido por médicos y no por juristas. Si bien es el juez quien falla y decide al momento de la sentencia, necesariamente, por su carácter de lego en la ciencia médica, deberá ser auxiliado por un perito, independiente de que su dictámen no sea vinculante para el juez, en muchas ocasiones debe confiar en lo que él prescriba. Este elemento crítico se hace patente incluso en algunas definiciones de *lex artis* médica, al incorporar como elemento “*los conocimientos, habilidades y destrezas aceptadas por sus pares*”¹¹¹, definiendo al mismo cuerpo médico considerado a un nivel de par como la única persona calificada para determinar la adecuación o no de su aplicación.

En tercer lugar, se critica que la noción de *lex artis*, como un parámetro general de actuación integrado por reglas de carácter técnico, en muchos casos es deficiente, dado que son de vital importancia las circunstancias especiales que concurren en el acto médico concreto.

Misma línea de pensamiento que sigue Cadavid¹¹² al señalar que no se puede considerar que cualquier infracción a los protocolos médicos que fundamentan la *lex artis*, pueda ocasionar una infracción al deber de cuidado médico, y para esto, acompaña el siguiente ejemplo: “*La aceptación en la comunidad científica de la necesidad de someter al paciente con sospecha de determinado tipo de lesión a medios de diagnóstico que no constan en los protocolos, pero que son avalados y sugeridos por la ciencia médica en ese momento. En ese sentido, constituye una infracción del deber de cuidado o de actuación no ordenar la práctica de dicho medio diagnóstico, por ejemplo, una escanografía a un paciente con trauma severo de cráneo, de empleo generalizado en un determinado sector, pero no incluido en algún protocolo, omisión por la cual no se detecta la naturaleza y la extensión de una lesión intracraneal, con la consiguiente privación al paciente de un tratamiento que pudiera mejorar su condición.*”

a) Deberes y limitaciones en la *lex artis* médica.

¹¹¹ GARCÍA, C. 2019. La medicina defensiva en la práctica de la radiología. *Rev. chil. radiol.* [En línea]. Vol. 25, N° 1. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-93082019000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0717-9308. <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-93082019000100002>. 2-4pp. [Consulta: 09 de octubre de 2021]

¹¹² CADAVID, A. Op. Cit. 116-117pp.

Siguiendo a Rosas¹¹³, podríamos decir que existen ciertos deberes específicos dentro del ejercicio de la medicina, que en nuestro país están establecidos en el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, y que, por lo tanto, son exigibles desde el punto de vista de la responsabilidad médica.

En primer lugar, el deber de actualizar los conocimientos científicos, según su tiempo y respecto al progreso científico y resultados contrastados por la experiencia. Esto se recoge en el Código de Ética del Colegio Médico de Chile, en su artículo 13, que establece: “*el médico deberá mantener su capacidad clínica, conocimientos, habilidades y destrezas actualizados [...]*”. Así, los médicos deben revisar constantemente las publicaciones en su área o asistir a congresos y cursos de actualización o especialización.

En segundo lugar, el deber de valorar las capacidades y limitaciones propias respecto a la ejecución de un determinado tratamiento. Antes de iniciar un tratamiento o intervención médico-quirúrgica, el médico debe realizar una autoevaluación de sus propias capacidades y limitaciones respecto a la actividad que emprenderá. Si el caso resulta de tal complejidad, que el médico, luego del examen de sus limitaciones, hace aconsejable recurrir a la colaboración de otro colega o especialista, tendrá la obligación de hacerlo, pues de no hacerlo incurrirá en un evidente incumplimiento del deber de cuidado que le es exigible. El artículo 22, inciso 3°, del Código de Ética establece: “*Actúa con imprudencia aquel médico que [...] careciendo de los recursos o preparación adecuados, efectuar una atención sometiendo al paciente a un riesgo innecesario*”. Así también el artículo 13 del mismo Código establece que el médico “*cuando sea necesario, deberá recurrir a la interconsulta para una mejor atención*”.

En tercer lugar, encontramos el deber de informar el tratamiento al paciente. “*Por ejemplo, si el médico omite la información adecuada sobre el alcance y significación del tratamiento, para obtener el consentimiento del paciente para la ejecución del mismo, infringe su deber de cuidado, al igual que, en sentido opuesto, si el médico, en caso de enfermedades graves, transmite al paciente una información despiadadamente, de lo cual deriva un*

¹¹³ ROSAS, J. Op. Cit. 15p.

empeoramiento de la salud del paciente.”¹¹⁴ En este sentido, el artículo 24 del Código de Ética establece: “*El médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible acerca de: b) El diagnóstico, alternativas de tratamiento, sus riesgos y beneficios, y el pronóstico de su enfermedad [...]*” y que: “*toda información que a juicio del médico pudiere causar sufrimiento grave al paciente, deberá ser proporcionada con prudencia, utilizando expresiones medidas.*”

Consideramos de gran relevancia destacar que, dentro de los deberes específicos que atañen al médico, existen otros de acuerdo a la fase de la actividad médico-quirúrgica que se lleva a efecto. Para efectos de este trabajo, nos interesa principalmente analizar la etapa de diagnosis en la actividad médica. Adelantaremos de forma somera, que el diagnóstico es la etapa posterior a la presentación de la sintomatología del paciente al médico, quien pudo o no, haber indicado pruebas de diversa índole para lograr arribar a un diagnóstico, o sea, identificar la enfermedad que aqueja al enfermo. Cuestión que analizaremos en profundidad en el próximo capítulo.

¹¹⁴ ROSAS, J. Op. Cit. 16p.

CAPÍTULO III. LA PUNIBILIDAD DEL ERROR DE DIAGNÓSTICO MÉDICO.

III.I El error de diagnóstico médico culposo como generador de responsabilidad penal.

a) El error.

Para poder adentrarnos en el error en materia del diagnóstico médico y determinar si es punible o no, considerando la imputación de responsabilidad al médico que no diagnosticó correctamente la patología, lo que llevó consecuentemente a la muerte y/o lesión del paciente, debemos comenzar por repasar someramente el error en materia penal.

Si bien, debemos adelantar que el error actúa principalmente como un excluyente del dolo, es importante abordar cómo afectaría en los delitos imprudentes, y de qué manera podría jugar un rol en la responsabilidad en la actividad médica.

En principio Cury¹¹⁵ señala que debemos distinguir entre el error de tipo y de prohibición, siendo el primero aquel que recae sobre una circunstancia perteneciente al hecho típico, y, en el caso del segundo, si solo se refiere a la licitud o ilicitud de la realización del hecho. El error de tipo excluye el dolo, mientras que el error de prohibición tiene influencia únicamente sobre el juicio de reproche.

Misma distinción realizan Matus y Ramírez, conceptualizando el error de prohibición como *“la ignorancia o falso concepto de la realidad normativa institucional que regula la conducta”*¹¹⁶ y señalando como efecto del error de tipo *“excluir la responsabilidad a título doloso, dejando subsistente la culposa —cuando el cuasidelito existe—, si es atribuible a imprudencia o negligencia del agente”*. En tal sentido, afirman que *“si el error es atribuible a la responsabilidad del agente, quien no actualiza sus propios conocimientos y potencialidades o, dicho coloquialmente, ‘no abre bien los ojos’, la responsabilidad del agente no se extingue,*

¹¹⁵ CURY, E. Op. Cit. 310-315pp.

¹¹⁶ MATUS, J. y RAMÍREZ M. Op. Cit. 412p.

sino que muta en un hecho imprudente, castigado en Chile como cuasidelito, excepcionalmente y con penas mucho más bajas que el delito doloso respectivo”¹¹⁷.

Así también, destaca Cury que es de suma relevancia determinar si el error de tipo es evitable o inevitable. El tipo de error *“es inevitable cuando el sujeto ni previó ni podía prever cuál era la situación real; es decir, cuando ni aun empleando la diligencia debida hubiera podido salir de él. En tal caso, el elemento subjetivo del tipo queda excluido; no solo el dolo, sino también la culpa desaparecen y, por ende, también la tipicidad. Por el contrario, el error de tipo es evitable cuando la situación real podía ser prevista por el agente, de suerte que si hubiera observado la diligencia debida, habría podido salir de él. En esta hipótesis es menester distinguir según si la ley contempla el correspondiente tipo culposo o no. En el primer caso, el dolo queda excluido, pero subsiste la culpa y, como es posible la punibilidad al título correspondiente, ella procede; en el segundo, la desaparición del dolo implica la eliminación del único tipo posible y, por consiguiente, también de toda sanción penal.”¹¹⁸*

Para Roxin¹¹⁹, en cambio, en el derecho penal podemos distinguir cuatro tipos de error: error de tipo, error de prohibición, error sobre circunstancias justificantes y error sobre circunstancias excluyentes de la culpabilidad.

Para el autor, el error de tipo excluye en cualquier caso el dolo, pero subsiste la punición del hecho culposo bajo dos requisitos, que la comisión culposa del delito sea punible y que el error haya sido vencible. En el caso del error de prohibición, al momento de cometer el hecho, al autor le falta la comprensión de estar cometiendo un injusto. A su vez, el error sobre las circunstancias justificantes, consiste principalmente en la actuación del agente bajo una suposición errónea de circunstancias que justifican su actuar, lo que eventualmente puede conducir a la punibilidad de la imprudencia. Por último, el error sobre circunstancias exculpantes, consiste en que la amenaza penal en realidad no podía ser ejecutada, porque no existía en realidad el peligro supuesto.

¹¹⁷ MATUS, J. y RAMÍREZ M. Op. Cit. 406p.

¹¹⁸ CURY, E. Op. Cit. 315p.

¹¹⁹ ROXIN, C. Op. Cit. 196-224pp.

En general, las normas sobre el error, se constituyen por reglas que excluyen la imputación en alguno de sus niveles, dependiendo de la clase de error que padezca el agente al momento de la realización de la conducta. En caso de subsistir la responsabilidad penal por ser calificado el error como superable o vencible, ello solo puede ocurrir bajo un criterio de imputación únicamente extraordinario.¹²⁰

Así, si el error recae sobre las circunstancias fácticas de la realización del tipo delictivo, se afecta la imputación en el primer nivel, dificultando la constitución del injusto subjetivo, sea doloso o imprudente, como una infracción de deber, dada la comprensión errónea de los hechos por el sujeto y, no habiendo sido capaz de evitar la realización del comportamiento antinormativo. Por lo tanto, si al destinatario puede hacerse responsable de su falta de cuidado por comprender erróneamente las circunstancias fácticas relevantes, entonces podrá imputársele un cuasidelito, de haberse previsto por el legislador.¹²¹

Al contrario, un error de prohibición, es uno que afectará el segundo nivel de imputación, se verá afectada la capacidad de motivación conforme a derecho, repercutiendo directamente en el reproche de la conducta por no haber consciencia de la ilicitud en su actuar. Entonces, si ese déficit de motivación conforme a derecho se debe a una falta de cuidado del mismo sujeto, quien no pudo advertir en la oportunidad-para-la-acción el carácter antinormativo de su conducta, se excluirá el injusto doloso, subsistiendo una imputación imprudente, dada la conexión funcional entre el dolo y la consciencia de la ilicitud.¹²²

Así las cosas, el error tiene especial importancia considerando el deber de previsión del profesional médico. Se llega al error de tipo por desconocimiento de factores de riesgo para impedir crear un riesgo prohibido. Sin embargo, no cualquier error de tipo parece ser tolerado a modo de riesgo permitido. En algunos casos se evidencia un error inevitable, como el profesional que realiza una herida leve al hemofílico y, que confirma al referir la *“imprudencia*

¹²⁰ PADILLA, Nicolás. 2021. Doctrina Penal Chilena del siglo XXI: Estudio de la Escuela de la Universidad de Chile (I). Una especial referencia a la teoría analítica del hecho punible del profesor Juan Pablo Mañalich. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 238-239pp.

¹²¹ Ibid.

¹²² MAÑALICH, J. 2003. Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. Revista de Estudios de la Justicia. 118p.

de conocimiento” a una falta de cuidado interno. Allí se constata la infracción de la “*norma de cognoscibilidad*”, por la posibilidad de superar el desconocimiento mediante información previa. No se trata de la mera posibilidad de representación del resultado sino de la posibilidad misma de evitar el desconocimiento que de algún modo se carga al agente. Luego de destacar la relevancia de la infracción del deber objetivo de cuidado, reclama que para el “*facultativo era exigible conocer*”, existe un primer deber de cuidado relativo al conocimiento que además determina un segundo deber de cuidado objetivo, aunque se remita en ocasiones a un conocimiento de riesgos real. Parece distinguirse dos errores evitables: uno respecto del conocimiento y otro relativo a la conducción del agente ante la producción del resultado.¹²³

b) El diagnóstico médico.

Para determinar si podemos imputar jurídico-penalmente una muerte y/o lesión del paciente, que se ha producido por un error de diagnóstico del médico tratante, debemos especificar ciertos conceptos de gran relevancia, como lo es, el diagnóstico médico.

La ciencia médica comprende dos ámbitos complementarios, pero diferentes, que son la patología y la clínica. La patología es aquella que se ocupa del estudio de la enfermedad, “*cuyos elementos constitutivos son la etiología (se ocupa de la causa de la enfermedad), la patogenia (trata de esclarecer el mecanismo que pone en marcha la causa para consumir el efecto), la fisiopatología (se ocupa del curso anómalo de los procesos vitales de la enfermedad para explicar el origen y significado de sus manifestaciones), la anatomía patológica (estudia el sustrato anatómico del proceso morbo), la sintomatología (analiza la forma de manifestarse la enfermedad mediante síntomas –subjetivos– y signos –datos objetivos– en combinaciones características) y la patocronía (estudia el desarrollo en el tiempo de la enfermedad).*”¹²⁴

Por su parte, la clínica comprende “*la actividad del médico, junto al enfermo, realizada con el fin de ayudarlo a recuperar la salud o, en todo caso, aliviarla. Si la patología es una parte teórica de la medicina, la clínica es eminentemente práctica, y se concreta en tres puntos,*

¹²³ VARGAS, T. 2017. Algunos antecedentes sobre el complejo "deber de previsión" médico. Revista de Derecho, Vol. 30, N° 1. Valdivia, Chile. Universidad Austral de Chile. 366-367pp.

¹²⁴ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 34p.

el diagnóstico (identificar la enfermedad), el pronóstico (precisar el futuro próximo y remoto de la enfermedad) y el tratamiento (aplicación de los recursos higiénicos, dietéticos, farmacológicos, físicos, quirúrgicos y psicológicos para atacar la causa de la enfermedad, los mecanismos que la hacen efectiva o sus síntomas).”¹²⁵

La diagnosis, constituye la fase previa a la operación, relativa a certificar si existen los síntomas indicativos del diagnóstico de una enfermedad que amerita la intervención quirúrgica. En esta etapa, *“al médico cirujano le corresponde, entre otros deberes: la recolección ordenada y completa de los datos anamnésicos, la interpretación exacta de todos los síntomas clínicos manifestados en el enfermo, el uso oportuno de todos los medios auxiliares de investigación científica y la justa valoración de los resultados obtenidos de tales investigaciones, el conocimiento preciso de los diversos cuadros nosográficos (catálogo de enfermedades) esquematizados por la patología, y de sus múltiples variantes individuales de acuerdo a la experiencia clínica. Evidentemente estos deberes están encaminados a que el cirujano confirme un diagnóstico dado por otro médico o lo modifique, y elija el tratamiento médico-quirúrgico que estime más adecuado para tratar al paciente, lo que se vincula con el principio de libertad de terapia problemática.*”¹²⁶

El diagnóstico médico es un complejo proceso que involucra un acabado razonamiento deductivo en el ámbito científico, esto se lleva a cabo a través de la semiología médica, que es *“el estudio de los signos de las enfermedades, es decir, de los síntomas, entendiéndose por tales los fenómenos espontáneos o provocados, subjetivos u orgánicos que sobrevienen en todo proceso morboso, desde su comienzo con la causa inicial, hasta su terminación con las últimas consecuencias. El estudio de los síntomas se realiza primero reconociéndolos por una serie de procedimientos, maniobras y métodos, es decir la semiotécnica, que no es otra cosa que la exploración clínica, o sea el examen médico, y luego interpretándolos para reconocer su causa, es decir el diagnóstico.*”¹²⁷

¹²⁵ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 34-35pp.

¹²⁶ ROSAS, J. Op. Cit. 15-16pp.

¹²⁷ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 35p.

Así también se afirma en el sistema español, donde la diagnosis constituye el momento clave de todo tratamiento médico, ya que permite *“verificar si existen síntomas objetivos y cuál es la naturaleza y gravedad de la enfermedad. El juicio de diagnosis presupone, entre otras cosas: la recogida ordenada y completa de los datos anamnésticos, la interpretación exacta de los síntomas clínicos manifestados en el enfermo, el uso oportuno de todos los medios auxiliares de investigación científica (como las investigaciones microscópicas, clínicas, bacteriológicas, serológicas) y la justa valoración de tales investigaciones; el conocimiento preciso de los cuadros nosográficos –que describen, diferencian, y clasifican las enfermedades– esquematizados por la patología.”*¹²⁸

El diagnóstico médico entonces, puede definirse como *“la serie de actos médicos que tienen por objeto recoger todos los signos susceptibles de ser interpretados por el médico y deducir, del conjunto de hechos comprobados, cuál es la naturaleza de la afección que tiene el enfermo, encajando esa situación particular en un cuadro patológico conocido mediante la formulación del juicio diagnóstico.”*¹²⁹

Al respecto, Cadavid¹³⁰ señala que el diagnóstico médico *“es la actividad tendiente a establecer el origen de los padecimientos del paciente a partir del conjunto de los signos y síntomas presentados por él.”* Es el punto de partida del tratamiento que se le ha de ofrecer o brindar al enfermo, dependiendo de las condiciones en que se halle de consentir. El cuadro clínico que da lugar al diagnóstico puede ser equívoco, por ejemplo, porque varias enfermedades distintas manifiesten signos y síntomas similares, que pueden desorientar al profesional respecto a la naturaleza y entidad de los padecimientos que está llamado a tratar.

El autor manifiesta que, en general, se ha entendido en el ordenamiento jurídico español, que *“la posibilidad de que el diagnóstico se oriente en el sentido de alguna de las patologías que sin ser la causante de la enfermedad pudiera explicar signos y síntomas como los del*

¹²⁸ JUÁREZ, R. Op. Cit. 31p.

¹²⁹ DE LA QUINTANA, M. 1988. La Responsabilidad Civil del médico. Madrid, España. Editorial Trivium. 22p.

¹³⁰ CADAVID, A. Op. Cit. 120p.

paciente, sería la razón para afirmar que del error de diagnóstico no se deriva responsabilidad penal.”¹³¹

- c) Etapas en el diagnóstico. Síntomas, pruebas, hallazgos clínicos y toma de la decisión diagnóstica.

Como mencionamos anteriormente, el diagnóstico médico se ha transformado en un proceso que comprende varias etapas, en primer lugar, encontramos la investigación del síntoma mediante el estudio clínico. Los médicos más experimentados, a partir del interrogatorio inicial que se realiza al paciente, plantean posibles hipótesis, basándose en el síntoma principal, para luego proseguir con preguntas adicionales que puedan confirmarla, corrigiendo o reduciendo la lista de posibilidades. Este proceso se apoya en la historia clínica del paciente, considerando enfermedades actuales, antecedentes clínicos previos, antecedentes familiares, sociales y la exploración física del paciente.¹³²

La segunda etapa de este proceso comprende la práctica de pruebas de diagnóstico, la cual, sin duda, es la que más cambios ha experimentado con el tiempo, debido a la rapidez de los avances científicos, nuevas técnicas y equipamiento. En esta parte del proceso, el médico ordena pruebas de laboratorio, técnicas de diagnóstico por imagen, tomografía axial computerizada, resonancia magnética, tomografía por emisión de positrones, entre otras, las cuales constituyen pruebas esenciales en determinados supuestos para lograr el diagnóstico. De todas formas, debe tenerse en cuenta que ninguna prueba de diagnóstico es completamente precisa, y en general, los informes sobre el resultado de las pruebas se expresan en términos predictivos positivos y negativos. Por otro lado, debe considerarse que esta etapa, en general, incluye la participación de otros profesionales del ámbito médico, e incluso, de otros centros médicos, además de ciertos efectos secundarios que pueden darse en el caso de algunos exámenes, como en las pruebas radiológicas. Es por esto, que el médico siempre debe ponderar y optar por la prueba más eficaz, menos cara y que constituya el menor riesgo para el paciente.¹³³

¹³¹ CADAVID, A. Op. Cit. 120p.

¹³² SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 36p.

¹³³ Ibid. 36-37pp.

Luego, el médico debe integrar los hallazgos clínicos con los resultados de las pruebas a fin de valorar las probabilidades del diagnóstico, esto quiere decir que, dado que las pruebas de diagnóstico no son concluyentes, es labor del médico interpretar los resultados de los exámenes y analizar cuáles podrían confirmar el diagnóstico, en base a qué tan probable es la incidencia de esa enfermedad, considerando para esto, el teorema de Bayes, que consiste en la probabilidad de que estemos ante una determinada enfermedad es directamente proporcional a su frecuencia en la población general y a la frecuencia con la cual se presente en dicha enfermedad el conjunto de síntomas y signos que el enfermo padece.¹³⁴

Así las cosas, el diagnóstico habrá de identificar la enfermedad que padece el paciente, las peculiaridades de la misma derivadas de su individualidad, establecer y valorar el trastorno funcional, la localización y naturaleza de la lesión, la patogenia y la etiología.

Por lo anterior, es que el diagnóstico médico comprende dos esferas, una técnica y una social. Como acto técnico, toma la forma de un ‘deber saber hacer’ según ese ‘qué’ y ese ‘por qué’. Como acto social el diagnóstico es moral con las dos posibilidades que esta afirmación envuelve: ser ‘*moralmente bueno*’ y ser ‘*moralmente malo*’, porque su obtención final y comunicación al paciente, afectarán la vida de esa persona, del enfermo, por ende, es de vital importancia las consecuencias sociales que se derivarán de este acto.¹³⁵

Dada la relevancia de esta etapa de la actividad médica en que el profesional toma una decisión basada en la sintomatología y los resultados de las pruebas que fueron realizadas al paciente, es que cabe preguntarse si el médico, al elegir un diagnóstico erróneo por sobre el correcto, y las consecuencias que de ello derivan, como un tratamiento infructuoso o la tardía atención de la enfermedad que sí padecía el enfermo, puede imputársele penalmente al profesional, o solo será objeto de indemnización de perjuicios en sede civil, si se produce la muerte y/o lesión del paciente.

d) Comunicación al paciente y consentimiento informado.

¹³⁴ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 37p.

¹³⁵ Ibid. 38p.

Una vez que el médico ha tomado la decisión respecto al diagnóstico del paciente, debe cumplir con la trascendente misión de comunicárselo al propio enfermo, independientemente si el diagnóstico es acertado o no, subyacen las circunstancias en que el enfermo recibe el conocimiento de su patología, existirán casos en que tal comunicación no será problemática, por ejemplo, en el caso en que el médico debe decirle al paciente que tiene una úlcera gástrica. Pero fuera de estos casos, hay otros, en los cuales el médico se verá obligado a pensar muy responsablemente en cómo comunicar, por ejemplo, un cáncer, o una enfermedad terminal al paciente.¹³⁶

El médico ha de cumplir con el deber de la información al paciente, lo cual, lejos de constituir un mero formalismo para salvaguardar la responsabilidad del profesional médico, constituye un requisito fundamental para configurar la *lex artis* médica. Sin él, la actuación del profesional vulnera el derecho fundamental a la salud. En la práctica médica, la regulación legal del consentimiento informado es escasa y será la Jurisprudencia, a través de las sentencias de los distintos Tribunales, las que van acotando su alcance y contenido.¹³⁷

Respecto al consentimiento de la víctima, Vargas¹³⁸ señala que por sí solo tiene una vigencia muy restringida, sobre todo cuando se trata de bienes vinculados con la existencia de la persona, como lo son la vida, salud e integridad corporal. *“La voluntad de la víctima-paciente como justificación no se considera aisladamente, sino que en una situación de conflicto entre bienes y males, propia de un estado de necesidad. El consentimiento informado fija un ámbito permitido, pero aun así el facultativo puede no desempeñarse con el cuidado al que estaba obligado. Si su conducta excede de los límites tolerados, crea un riesgo penalmente relevante y cabe su imputación al agente.”*

En este sentido, Trigo señala que la calidad y la seguridad de la prestación de servicios sanitarios incluye, necesariamente, la noción de consentimiento informado. *“Solo un paciente debidamente informado puede participar de forma consciente y activa en el cuidado propio de la salud y en el mantenimiento de un nivel adecuado de calidad de vida, con reflejo en aspectos*

¹³⁶ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 38-39pp.

¹³⁷ JUÁREZ, R. Op. Cit. 29p.

¹³⁸ VARGAS, T. Op. Cit. 120p.

como la toma de decisiones; e incidencia también en otros factores como la prevención o la adherencia al tratamiento.”¹³⁹ Por lo anterior, en la legislación española se reconoce que el diagnóstico erróneo o tardío como supuestos de mala praxis médica son susceptibles de dar lugar a la imputación de responsabilidad civil de los profesionales médico-sanitarios. La pregunta es si además, pueden dar lugar a la responsabilidad penal de quien las comete.

Por su parte, Cadavid¹⁴⁰ manifiesta que, sin la autorización derivada del otorgamiento de una adecuada información, los riesgos de la actuación médica quedan radicados en quien los genera, es decir, el profesional médico, que por falta de la información, no ha permitido al paciente decidir al respecto, y, consecuentemente, asumir las consecuencias derivadas de ello. La información por parte del médico y la posterior aceptación de los riesgos, por parte del paciente, traslada la responsabilidad por ellos a este último. *“Así las cosas, si de alguno de los riesgos inherentes al acto médico se derivara un resultado de lesión, en principio éste se le deberá imputar a quien jurídicamente los haya asumido. De esa manera, el ‘consentimiento’, que en condiciones normales presta el paciente, constituye el mecanismo idóneo para radicar en él, los riesgos derivados de la prestación sanitaria realizada por un tercero.”*

Al respecto, en Chile, el Código de Ética médico establece en su artículo 24 que *“El médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible acerca de: Su identidad, el área de su competencia profesional y sus límites, y el diagnóstico, alternativas de tratamiento, sus riesgos y beneficios, y el pronóstico de su enfermedad. Cuando la atención sea realizada en equipo, uno de sus integrantes será responsable de establecer la interlocución principal con el paciente. Toda información que a juicio del médico pudiere causar sufrimiento grave al paciente, deberá ser proporcionada con prudencia, utilizando expresiones mesuradas. La voluntad del paciente de no ser informado, o la de delegar en otra persona la información, deberá ser respetada.”*

e) Infracciones previas del médico que son penalmente reprochables.

¹³⁹ TRIGO, Belén. 2014. Responsabilidad por efectos adversos, diagnóstico tardío o erróneo y derecho a una segunda opinión médica. Vol. 24 Extraordinario XXIII Congreso. 233-234pp.

¹⁴⁰ CADAVID, A. Op. Cit. 203p.

Como regla general, podríamos decir que los médicos no pueden prometer ni comprometer un resultado concreto, sino que deben poner en funcionamiento los medios necesarios en la búsqueda de los mismos, su obligación es de medios, y no de resultado.

Así, el artículo 21 del Código de Ética médico establece que *“Ningún médico, por la naturaleza de la ciencia y arte que profesa, puede asegurar la precisión de su diagnóstico, ni garantizar la curación del paciente.”*

Dicho esto, existen ciertas infracciones en que el médico no habrá actuado ilícitamente por no haber acertado en el diagnóstico efectuado, sino por haber actuado de forma descuidada y con incumplimiento de sus deberes en el proceso de toma de la decisión diagnóstica. Si producto de lo anterior, se produce la muerte y/o lesión del paciente, existen ciertos criterios¹⁴¹ que nos sirven para dilucidar si el médico vulneró su deber objetivo de cuidado, cometiendo una serie de infracciones previas, y por ende, estaremos en condiciones de reprocharle penalmente dicho resultado y perseguir su responsabilidad penal.

Así, debemos considerar: *“a) Cuando el médico actúa sin tener capacidad técnica suficiente para abordar la actuación médica; b) Cuando el médico adopta las medidas terapéuticas sin haber determinado previamente el diagnóstico; c) Cuando emite un diagnóstico sin haber examinado previamente al paciente; d) Cuando para emitir el diagnóstico no se ha valido de todos los instrumentos y medios técnicos y auxiliares a su alcance; e) Cuando no toma en consideración para emitir el diagnóstico eventualidades remotas pero científicamente posibles; f) Cuando los resultados de los análisis y pruebas complementarias de todo tipo no son tenidos en cuenta o no son convenientemente valorados, de forma inexcusable, para la emisión del diagnóstico; g) Cuando existe un retraso injustificado en la emisión del diagnóstico que por tanto puede calificarse de tardío.”*¹⁴²

Y es, precisamente, respecto al deber del médico, en que para emitir el diagnóstico no se ha valido de todos los instrumentos y medios técnicos y auxiliares a su alcance, constituye la

¹⁴¹ ROMEO, C. 1985. El médico ante el derecho. Madrid, España. Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica. 73p.

¹⁴² SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 40p.

infracción del deber objetivo de cuidado que está en la base de la mayoría de las sentencias condenatorias penales por error de diagnóstico culpable en el médico, como analizaremos más adelante.

f) Algunos problemas de la excesiva judicialización de la actividad médica.

Al respecto Perin¹⁴³ señala que estamos en presencia de una medicina cada vez más moderna, técnica e invasiva que genera nuevas expectativas en la población y supone, un cambio cultural. Las nuevas técnicas generan nuevas exigencias, las cuales encuentran nuevos espacios de reivindicación en el contexto dado por el paradigma paternalista de la relación médico-paciente, dando paso al principio de autonomía y tendiente a configurarse cada vez más como una relación contractual y pseudomercantil.

Lo anterior, ha fomentado el fenómeno de la denominada “*medicina defensiva*”¹⁴⁴, esto es, la tendencia de los profesionales de la salud, condicionados por el temor a la sanción, a desviarse del criterio del mejor resultado para el paciente, para actuar conforme el objetivo principal de alejar, o al menos disminuir, el riesgo de incurrir en algún tipo de responsabilidad. Este temor a la sanción se puede convertir en el primer criterio de actuación de los profesionales, llevándolos a excederse en el uso de cuidados médicos para que no se les pueda reprochar ninguna falta u omisión, o bien a deshacerse de los casos clínicos más complejos, o con menores probabilidades de éxito, esto es, aquellos casos que exigirían acudir a tratamientos o estrategias terapéuticas más arriesgadas e inciertas en cuanto a los beneficios alcanzables para el paciente.

Sigue la autora, señalando que esta actitud puede originar graves alteraciones en la relación médico-paciente, que deja de desarrollarse en condiciones de mutua confianza y sobre la base de los principios rectores de beneficencia, no maleficencia y autonomía. Podría suceder entonces que los médicos recurran al consentimiento informado como instrumento mediante el cual desplazar toda responsabilidad al propio paciente, o bien, cuando se sobreutilizan pruebas radiológicas o medicamentos. Estas conductas pueden exponer a los pacientes a mayores riesgos

¹⁴³ PERIN, A. Op. Cit. 865-867pp.

¹⁴⁴ Según el Diccionario Médico de la Universidad de Navarra, la Medicina defensiva corresponde a “El modo de ejercer la medicina que intenta evitar denuncias por mala práctica médica. Consigue este objetivo realizando un número excesivo de pruebas diagnósticas para descartar incluso situaciones insólitas, cuando ya está razonablemente claro otro diagnóstico y asegurando que el enfermo firma su consentimiento escrito a todas las pruebas o tratamientos que se le realizan”.

de sufrir perjuicios evitables, y en algunos casos graves e irreversibles, incrementándose de esta forma la desconfianza y el aumento de juicios.

A su vez, Portero¹⁴⁵ señala que esta creciente judicialización de la actividad médica, ha generado un miedo entre los profesionales que conlleva importantes repercusiones. Una de ellas es que las especialidades que son más susceptibles de reclamación, como por ejemplo, la anestesia o la ginecología, empiezan, en algunos países, a ser poco solicitadas por los aspirantes a las especialidades, con lo que pueden acabar siendo deficitarias.

Por otro lado, uno de los mayores efectos del miedo a verse enfrentado ante los Tribunales de Justicia, es la aparición de la llamada medicina defensiva, que el autor define como *“aquella que el médico o grupo de médicos desarrollan por el miedo a cometer un error diagnóstico, y que se caracteriza básicamente, por un retraso en la aplicación de un tratamiento, por la solicitud de pruebas e interconsultas con otros compañeros de forma serial y exagerada”*. Este tipo de medicina se convierte potencialmente en generadora de responsabilidad, al producirse un retraso en la aplicación de las medidas necesarias para la recuperación de la salud del paciente.¹⁴⁶

Para Perin, una de las soluciones a este problema sería redefinir la culpa como categoría normativa y criterio de imputación de responsabilidad por resultados lesivos, otorgándole un alcance más limitado. *“Una primera opción sería acudir al criterio de la gravedad, exigiendo la culpa grave del profesional. Este resultado, a su vez, podría lograrse, por ejemplo: (a) ajustando el parámetro normativo de precisión del deber de cuidado y bajando, a la inversa, el nivel de exigibilidad objetiva; o bien, (b) sobre la base de la teoría de la ‘doble dimensión’ de la culpa –según la cual, además de la infracción de cuidado debido, se requiere la existencia de un poder efectivo de previsión y evitación–, exigiendo que al sujeto imputado le fuera subjetivamente exigible el cumplimiento del cuidado debido. Otra manera de redefinir el alcance de la culpa médica sería regular la heterointegración normativa del deber de cuidado del profesional por medio de fuentes técnicas, estableciendo que sólo ciertas normas*

¹⁴⁵ PORTERO, G. 2002. Responsabilidad penal culposa del médico: Fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia. Revista Latinoamericana de Derecho Médico y Medicina Legal. Vol. 6, N° 2. 90p.

¹⁴⁶ Ibid.

extrajurídicas puedan determinar el contenido del deber de cuidado del médico, el alcance del error penalmente relevante y, de esta manera, la frontera del ‘riesgo permitido’.”¹⁴⁷

III.II. Imputación jurídico-penal por resultado de muerte o lesión a consecuencia del error en el diagnóstico.

- a) Casos sobre el error penalmente relevante ante los tribunales de justicia en Chile y España.

Sobre este acápite debemos adelantar que, nuestra Jurisprudencia muy rara vez se ha pronunciado sobre este tema, existiendo muy pocos casos que puedan relacionarse al error en el diagnóstico que provoca la muerte, o bien un daño o lesión en un paciente. No es algo que nuestros Tribunales traten regularmente, por lo que no existe un mayor desarrollo en nuestro país, a diferencia de España, como analizaremos.

1. Corte Suprema

Desde los inicios de nuestra justicia penal, los tribunales han determinado que el error en el diagnóstico no es reprochable penalmente. Esto queda claro en un caso emblemático¹⁴⁸, cuya sentencia de sobreseimiento se dictó el 20 de noviembre de 1897, donde *“un médico fue llamado para atender a una paciente, la cual se creía embarazada. Luego de reiteradas atenciones médicas, en junta con otros profesionales se diagnosticó un tumor uterino. Con el objeto de determinar y conocer el tumor, el médico imputado practicó una exploración por vía uterina, de lo cual concluyó la necesidad de una intervención quirúrgica. Días después, el facultativo fue requerido por la enferma, quien experimentaba fuertes dolores, y el galeno concluyó que la dolencia era consecuencia del desprendimiento del tumor, por lo que procedió a aplicar una inyección de morfina, retirándose posteriormente del lugar. Momentos más tarde, la paciente dio a luz a un niño muerto. El médico fue acusado de realizar un diagnóstico errado,*

¹⁴⁷ PERIN, A. Op. Cit. 867-868pp.

¹⁴⁸ PUGA, F. 1896. Compendio de medicina legal adaptado a la legislación chilena. Imprenta Cervantes. Santiago, Chile. 653-660pp.

que derivó en la muerte de un feto que nació sin la debida atención médica, quien pudo haber sufrido algún daño por las maniobras de exploración practicadas por el facultativo. El informe médico legal señaló que sólo existían dos modos de afirmar con certidumbre la existencia de un embarazo: los latidos del corazón y los movimientos fetales. El feto pesaba y medía la mitad de un individuo normal de ocho meses de gestación. El Promotor Fiscal opinó que no era razonable confundir un tumor con un feto. En su informe sugirió recalificar el delito al artículo 491 del Código Penal, es decir, un cuasidelito por negligencia culpable en el ejercicio de la profesión, ya que la causa se había iniciado como un supuesto delito de aborto. Sin embargo, la causa fue sobreseída definitivamente, al estimarse por autopsia que el feto de todas maneras no hubiera sobrevivido, aún sin la realización de las intervenciones quirúrgicas por parte del facultativo. Se estimó la presencia de un error médico excusable, en razón que los latidos del feto pudieron no haber sido percibidos por la obesidad de la madre, además de poseer una configuración anatómica inferior a la normal de los fetos de su misma etapa de gestación, razón por la cual, el facultativo fue declarado inocente.”¹⁴⁹

Lo anterior, no demuestra más que la responsabilidad de los médicos no era un tema que se discutiera en tribunales. El estatus del que gozaban, en cuanto se pensaba que eran personas con indubitable capacidad y conocimientos, que raramente cometían errores, lo que hacía impensable exigirles responsabilidad por sus actuaciones defectuosas. Debemos considerar también que, los conocimientos científicos en materia médica eran incomparablemente rudimentarios en relación a los que actualmente existen, lo que hacía mucho más difícil la actuación de los médicos. Por último, un tema que subsiste hasta el día de hoy, la falta de conocimientos e información que poseían tanto los ciudadanos como los jueces que debían resolver casos, obligaba recurrir a informes de especialistas, los que influían bastante en el resolución del caso.¹⁵⁰

En el siguiente caso, que si bien no trata directamente sobre el error de diagnóstico, sí existió un error en el tratamiento aplicado al paciente, donde existía un procedimiento menos invasivo disponible, pero el médico optó por el más agresivo, lesionando al menor. Al respecto,

¹⁴⁹ VENEGAS, L. 2007. Factores de imputación en la responsabilidad civil médica. Evolución de la doctrina y jurisprudencia chilena. Revista Escuela de Derecho. N° 8. 16-17pp.

¹⁵⁰ Ibid. 17-18pp.

la Corte Suprema, falló, en sentencia del 19 de diciembre de 2006, que *“el médico, en su intervención le causó lesiones graves a un menor, a pesar de que uno de los informes periciales rendidos durante la etapa de prueba señalaba que existía un método menos agresivo disponible para tal procedimiento. Se estimó que el derecho del galeno a elegir fundadamente el tratamiento a aplicar (existían informes que señalaban que dicho tratamiento era contraindicado para menores) no configura culpa penalmente relevante en caso que la actuación previa y consiguiente fuese conforme a la lex artis médica, efectuada de manera oportuna y diligente.”*¹⁵¹ Bajo este argumento, la Corte resolvió absolver al médico, entendiendo que, si bien se produjeron lesiones, la actuación del profesional no se alejó de lo que la lex artis le indicaba, al actuar oportuna y diligentemente. Esto es, sin duda, reprochable.

Otro caso que podemos mencionar, es la sentencia de la Corte Suprema¹⁵² de 28 de enero de 1999, que dispuso en su considerando 9º, previo a la infracción de deberes de cuidado en la conducción del médico, *“que ante las características de los síntomas que presentaba el niño [...] dicho facultativo, de acuerdo a los conocimientos que su profesión le proporciona, debió prever, a pesar de la indicación del paramédico que ‘aparentemente estaba bien’, que se trataba de un caso complejo que requería su asistencia en el Servicio para examinar al paciente con el fin de que esto le permitiera tener un diagnóstico real y directo; más aún que había sido solicitado insistentemente por los padres en la misma Urgencia, a las 23:30 horas, y ante cuya negativa, concurren personalmente a su casa, con lo que habría podido constatar la obstrucción intestinal que presentaba el paciente y aplicar el tratamiento adecuado”*. La Corte aprecia más que una mera posibilidad de conocer el estado real en que se encontraba el niño. La obligación de prever se conecta además directamente con el diagnóstico real y concreto que determina el tratamiento a seguir.¹⁵³

2. Tribunal Supremo

¹⁵¹ MARTÍNEZ, M. Op. Cit. 247p.

¹⁵² SENTENCIA CORTE SUPREMA, 28 de enero de 1999. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, N°1, 71-82pp.

¹⁵³ VARGAS, T. Op. Cit. 361-362pp.

Cadavid¹⁵⁴ señala que, por muchos años la jurisprudencia española ha aludido a una cláusula general, según la cual, salvo un error “grosero”, el error de diagnóstico no constituye imprudencia, y en consecuencia, no debe generar responsabilidad penal.

Al respecto, el Tribunal Supremo asevera que *“La medicina no forma parte de las ciencias exactas, intervienen con frecuencia elementos inaprehensibles, se interfieren y sorprenden riesgos extraños de difícil previsibilidad, propiciando errores de diagnóstico, dentro de tolerables márgenes, que pueden escapar al rigor de la incriminación penal. Otros errores de este tipo, por razón de su quantum -notable dimensión de la equivocación padecida-, tornarán inexcusable el comportamiento del médico, máxime si resulta detectable un proceder irreflexivo, la falta de adopción de cautelas de generalizado uso, la ausencia de normales verificaciones o padecimiento. El reproche viene dado en estos casos no tanto por el yerro de juicio como por la dejación de atenciones o comprobaciones sobre las que aquél ha de asentarse”*.¹⁵⁵

Un caso¹⁵⁶ que vale la pena mencionar, es donde se condena a un médico de urgencias domiciliarias, que no modificó sus indicaciones tras una segunda visita a una paciente a quien encontró un cuadro similar al de la primera visita, desestimando los indicios de un cuadro de especial gravedad: *“la conducta debe calificarse de negligente en extremo, pues prescindiendo del error inicial en el diagnóstico de la afección, lícito hasta cierto punto, por no ser exigible ni en éste ni en ningún otro aspecto de la vida la infalibilidad, la culpa del facultativo arranca en el momento en que por segunda vez visita a la enferma que continuaba con los fuertes dolores abdominales del principio, acentuados ya en esta ocasión y sin más comprobaciones que el control del pulso y exploración táctil del vientre, receta y administra un tranquilizante para remediar el nerviosismo y estado de ansiedad de la doliente, cuando lo que debió haber hecho fue ordenar de modo inmediato y con urgencia su ingreso en la correspondiente Residencia Sanitaria a fin de que, previas las oportunas investigaciones, se diagnosticase el mal con precisión y se adoptasen las medidas quirúrgicas o medicamentosas adecuadas, las que posiblemente hubiesen evitado el mortal desenlace”*.

¹⁵⁴ CADAVID, A. Op. Cit. 120-128pp.

¹⁵⁵ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 29 de marzo de 1988.

¹⁵⁶ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 23 de febrero de 1979.

En el sentido contrario, se eximió de responsabilidad a una médica de prisiones que diagnosticó como catarro, lo que era una tuberculosis, en un paciente que en general había gozado de buena salud, pero cuyo cuadro pulmonar evolucionó hacia el agravamiento, y que falleció por causa de la enfermedad que sí padecía. Sobre la persistencia del diagnóstico inicial por la médica, dice la sentencia: *“Ella creyó que se trataba de una normal complicación del catarro diagnosticado 11 días antes, que se le había pasado a las vías respiratorias bajas, y mandó un tratamiento que nadie ha dicho que fuera inadecuado a dicho diagnóstico. Después el enfermo no volvió a consulta, y es de suponer que seguiría con la medicación ordenada y las precauciones propias del caso con la esperanza de su curación, cuando de modo súbito falleció a los 7 días. No cabe personalizar en la procesada la responsabilidad que pudiera derivarse del mal estado de los rayos X, y, menos aún, una responsabilidad penal, aunque sea a título de imprudencia, que necesariamente ha de apoyarse en la realidad probada de un comportamiento negligente. La procesada actuó haciendo una correcta aplicación de sus conocimientos médicos y un uso adecuado de los medios que tenía a su alcance.”*¹⁵⁷

Otra sentencia que se refiere al error de diagnóstico que incidió directamente en el fatal desenlace, donde se condenó al médico *“porque conociendo la existencia de un traumatismo craneoencefálico que podía revestir gravedad por el persistente estado de seminconsciencia del sujeto, no completó los datos elementales e indispensables para el diagnóstico, máxime cuando la embriaguez podía enmascarar el cuadro, decidiendo calificar de leve el traumatismo y disponer el alta hospitalaria sin practicar otras pruebas, especialmente la tomografía axial computarizada (TAC) que hubieran denunciado oportunamente la presencia del edema y hemorragia cerebral que llevó a un resultado irreparable.”*¹⁵⁸

En otra ocasión, respecto al error de diagnóstico relacionado con la obligación del médico de validarse de todos los instrumentos y medios técnicos y auxiliares a su alcance, el Tribunal Supremo¹⁵⁹ determinó que *“ante los fuertes dolores abdominales que padecía la embarazada, diagnostica, sin consultar con ningún urólogo u otro facultativo, que esos dolores*

¹⁵⁷ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 20 de diciembre de 1990.

¹⁵⁸ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 8 de junio de 1994.

¹⁵⁹ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 22 de enero de 1999, 1999/96.

son consecuentes a un cólico nefrítico, indica su ingreso en una clínica donde queda internada como una enferma más, y no obstante evidenciarse, por la analítica (sangre y orina) y ecografía obstétrica practicada, una marcada disminución del líquido amniótico y obra abdominal y de gestación (indicativa de 'trabajo de parto'), insiste en su inicial diagnóstico y no le practicó reconocimiento ginecológico alguno. Tampoco ofrece cuestión que el acusado omitió varias acciones que le eran debidas, así, en primer lugar, prescindió de consultar con un urólogo u otro especialista respecto a las molestias de que se quejaba la embarazada y ello le llevó, por dos veces, a hacer un diagnóstico equivocado, atribuyendo a un inexistente cólico nefrítico lo que eran dolores lumbares propios de 'trabajo de parto', igualmente omitió el deber que le era inexcusable de reconocer ginecológicamente a la embarazada, especialmente ante los resultados que presentaban los análisis y la ecografía practicada; y en definitiva, omitió atender un parto en el momento en el que todos los síntomas lo hacían necesario. No había nada que restringiera o limitara su capacidad para realizar la acción que omitió y que le era exigible."

Otra sentencia que es de relevancia, el Tribunal Supremo determinó que «*La omisión del deber de cuidado que se imputa a la acusada consiste en no haber utilizado todos los medios de diagnóstico que estaban a su alcance antes de dar el alta médica hospitalaria a la niña. El cauce procesal en el que se residencia el motivo exige el más riguroso respeto al relato de hechos que se declaran probados y en ellos se expresa que la acusada, en el Servicio de Urgencias del «Hospital G.» de Burgos, efectuó una exploración a la niña María Cruz, que se había despertado ese día con vómitos y fiebre de 39 grados, conforme a un protocolo médico previamente establecido, prescribió y suministró a la niña un tratamiento y medicación que todos los peritos, incluidos los de la acusación, han considerado correctos, y antes de dar el alta domiciliaria esperó el resultado de la analítica que había solicitado, y tras interesarse por su estado y evolución de la enferma a la que había diagnosticado faringotitis, sin que se hubiesen detectado signos meníngeos, le dio el alta, con la medicación que se consideró adecuada y aconsejándose el seguimiento de su evolución por el Médico de cabecera de la niña. Una vez transcurridas más de ocho horas, la niña se despertó con llanto y su madre le suministró una toma de biberón quedando nuevamente dormida. Fue posteriormente cuando los padres detectaron un color amoratado en el cuerpo de su hija y la trasladaron de nuevo al*

«Hospital G.» y a su ingreso en el Servicio de Medicina Pediátrica la enferma presentaba, entre otros síntomas, petequias múltiples diseminadas de varios tamaños, se le administró medicación, se le practicó una intubación ortotraqueal, se le realizó extracción analítica de sangre y se efectuó una punción lumbar y practicadas dichas operaciones y dado que el estado de la enferma no mejoraba se dispuso su traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos donde falleció posteriormente siendo la causa de su muerte una sepsis fulminante con fracaso multiorgánico de muy probable etiología meningocócica, si bien dicha causa no fue confirmada por el resultado de los cultivos microbiológicos realizados con las muestras tomadas a la enferma. El Tribunal de instancia, en el segundo y tercero de sus fundamentos jurídicos, explica que debe descartarse todo posible error de diagnóstico, ya que los informes periciales, incluido el de la acusación particular, reconocen lo correcto del diagnóstico y tratamiento y concluye que la conducta de la Doctora acusada no puede ser objeto de reproche penal alguno ni siquiera a título de culpa, en cuanto no ha habido ningún acto negligente al que anudar casualmente el resultado acaecido.”¹⁶⁰

3. Otros tribunales.

La Audiencia Provincial de Madrid¹⁶¹ ha fallado que “a) La no incriminación, vid. delito o falta, de la imprudencia en función de un error científico o del diagnóstico equivocado, cuando se haya cumplido en el reconocimiento de la “lex artis”, salvo cuando por su propia categoría y entidad cualitativa resultan de extraordinaria gravedad, es decir, sólo la equivocación burda, inexplicable, absurda, podrá dar lugar a un delito que se produce en este ámbito y generalmente, no tanto por el actuar médico con o sin acierto, sino por el abandono, desidia o dejación de sus más elementales obligaciones. b) Tampoco se reputa como elemento constitutivo, sin más, de la imprudencia, el hecho de carecer el facultativo de una pericia que pueda considerarse extraordinaria o de cualificada especialización, la imprudencia ha de medirse desde la perspectiva del médico normal. c) No es posible en este campo hacer una formulación de generalizaciones aplicables a todos los supuestos, sino que es indispensable, acaso con mayor razón que en otros sectores, la individualizada reflexión sobre el supuesto

¹⁶⁰ SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 10 de diciembre de 200, 2001/11362.

¹⁶¹ SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, enero de 2000.

concreto que se trate. d) Más allá de puntuales diferencias técnicas o científicas, salvo cuando se trate de supuestos muy calificados, ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional, que pudiendo evitar con una diligencia exigible a un médico normal, el resultado lesivo para una persona, no pone a contribución una actuación encaminada a contrarrestar las patologías existentes, con mayor o menor acierto, si este arco de posibilidades está abierto a la actuación ordinaria del profesional de la medicina; es decir, que ha de apreciarse en conjunto, la intervención del profesional en el diagnóstico, en la terapia, operación quirúrgica y sus reacciones en el curso de la enfermedad.”

Por otro lado, la Corte de Apelaciones de Rancagua¹⁶², en sentencia de fecha 24 de abril de 2008, absolvió al médico que diagnosticó erradamente un dolor testicular, remitiendo al paciente a su hogar y recetando antiinflamatorios, en circunstancias que se trataba de una atrofia testicular, lo cual acarreó la extirpación del órgano, sosteniendo la judicatura que: *“Como se sabe, no todo error médico constituye, per se, una negligencia culpable. Según Terragni, por lo general ‘en la actividad curativa aún el empleo correcto de la lex artis puede desembocar en un resultado infausto, ya que la Medicina no tiene todas las posibilidades de solución a los problemas de salud que pueden presentarse, ni siquiera en aquellos casos en que se sostenga que el profesional ha podido ejecutar algo más de lo ofrecido, si la falta de curación igual pudo ocurrir aún con una conducta suya más propicia.’ Suponiendo un error de diagnóstico, aparece de los antecedentes reseñados y de los que se acumulan en el fallo en examen, que tal yerro no habría sido grosero, porque la enfermedad diagnosticada guardaba relación –incluso el informe del Servicio Médico Legal, aún desfavorable para el causado, lo consigna– con el cuadro presentado y comunicado por el paciente. El examen ecográfico posterior demostró que había una inflamación del epidídimo, de modo que en cuanto a la localización, signos y prognosis consecuente, la conducta del médico en cuestión no resulta atrabiliaria.”*

Tal como lo señala el fallo, al no estar en presencia de un error mayúsculo ni esencial, por cuanto el médico acusado desplegó una atención bajo un estándar mínimo exigible en condiciones complejas (atención de urgencia, servicios especiales de atención cerrados,

¹⁶² SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, 24 de abril de 2008.

ausencia de un profesional especializado en el tema), no se configuran los presupuestos de la figura típica.¹⁶³

III.II. Relevancia penal del error en el diagnóstico médico culposo.

La doctrina española ha determinado ciertos parámetros para lograr imputar jurídico-penalmente un resultado de muerte y/o lesión a una conducta en el marco de la actividad médica. Se requiere, junto a la inexistencia de dolo, que concurran los siguientes elementos:

- La creación de un riesgo típicamente relevante en relación a la vida y/o salud de la persona del paciente, elemento que en el injusto imprudente se vincula, como hemos dicho, con la infracción de la norma de cuidado, esto es, la acomodación o no del profesional en su actuación al estándar técnico aplicable al caso.

- La denominada relación de riesgo, o imputación objetiva, en sentido estricto, es decir, la prueba de que el resultado de muerte y/o lesión producido es imputable al riesgo ex ante creado, o más concretamente, a la norma de cuidado vulnerada por el facultativo en cuestión, debiendo acreditarse en los casos de omisión que el tratamiento o actuación correcta hubiera evitado en una probabilidad rayana a la seguridad dicho resultado lesivo.¹⁶⁴

Suárez-Quñones¹⁶⁵ señala que la jurisprudencia de la Segunda Sala del Tribunal Supremo, mantiene ciertos parámetros sobre la responsabilidad penal del médico, los cuales podemos resumir en los siguientes:

- La conducta del médico ha de entenderse en su justa valoración, considerando que se trata de una de las actividades humanas que más riesgo puede originar, al incidir directamente sobre la salud y vida de las personas, sujeto además al acierto o error de los profesionales médicos.

¹⁶³ MARTÍNEZ, M. Op. Cit. 249p.

¹⁶⁴ JUÁREZ, R. Op. Cit. 13-14pp.

¹⁶⁵ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 43-44pp.

- La práctica de las actividades médicas exige una cuidadosa atención a la *lex artis*, sin embargo, no se pueden sentar reglas absolutas dado el constante avance de la ciencia, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el diverso factor humano sobre el que actúa, que obliga a métodos y atenciones diferentes.

- Queda fuera del ámbito penal la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional, pero sí debe sancionarse la equivocación inexcusable o la incuria sobresaliente.

- La determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones.

a) ¿En qué condiciones podemos perseguir la responsabilidad penal del médico por un diagnóstico erróneo?

De modo general, en la legislación española, con posterioridad a la reforma del Código Penal de 1995, las tipologías de casos de culpa leve o de ausencia de culpa en materia de mala praxis médica, se materializan en el error científico o de diagnóstico, cuando preceda a una actuación posterior conforme a la *lex artis* (o sea, que el tratamiento efectuado sea acorde a la enfermedad erróneamente diagnosticada).¹⁶⁶ Como hemos analizado, sólo será imputable aquel error de diagnóstico que sea abiertamente grotesco, porque se entiende que si el médico no se aleja de la *lex artis* al aplicar el correspondiente tratamiento médico de forma oportuna, no será responsable penalmente.

Al respecto Suárez-Quñones señala que, *“el diagnóstico que el médico comunicó al paciente, puede no resultar correcto con la verdadera patología que padece, pero sí acorde con el cuadro clínico que presentaba al momento de ser atendido. La simple existencia de un error,*

¹⁶⁶ MARTÍNEZ, M. Op. Cit. 241p.

no implica necesariamente vulneración del deber objetivo de cuidado médico, por ende, no implica necesariamente responsabilidad, y menos responsabilidad penal.”¹⁶⁷

El planteamiento básico deriva de la idea de que la medicina es una disciplina necesariamente imprecisa dada la gran cantidad de variables que concurren en su ejercicio, que además se manifiestan de manera muy diferente en los distintos casos: la integridad física y mental de las personas, las formas de manifestarse la enfermedad, y la respuesta a los tratamientos médicos, para mencionar solo algunas, que bien podrían explicar la formulación de diagnósticos erróneos.

No obstante, la Jurisprudencia se ha encargado de matizar esta regla a la que ella misma atribuye carácter general; y, con frecuencia, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha aludido a este enunciado, pero para desconocer el efecto eximente del error de diagnóstico, sobre la base de que su entidad en el caso concreto, sí amerita la imputación de imprudencia al profesional de la salud, con lo que la capacidad del error de diagnóstico para eximir de responsabilidad dependería de su entidad.

Para empezar con el análisis, hay que destacar que la calificación de un diagnóstico como erróneo puede hacerse desde una perspectiva ex ante o desde una perspectiva ex post. En la generalidad de los casos, la constatación desde una perspectiva ex post, de que ha habido un error de diagnóstico no genera especiales problemas en un ordenamiento jurídico que confiere eficacia motivadora a las normas penales, que, en este caso, imponen el deber de actuación cuidadosa y que como consecuencia de ello valoran la ilicitud del comportamiento desde una perspectiva ex ante. Por ende, la constatación solo ex post de que el paciente padecía una enfermedad distinta de aquella que se le diagnosticó y por la que se le inició tratamiento, no es suficiente para atribuirle una actuación ilícita al profesional. De hecho, afirma Valdivia que *“[a]sumiendo que siempre se puede precisar ex post la dolencia específica de un paciente, el médico incurriría sistemáticamente en culpa cada vez que no logre averiguarla, con prescindencia de sus esfuerzos, de los medios técnicos disponibles, de la complejidad del caso*

¹⁶⁷ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 39p.

y de su urgencia. En otros términos, de la causa inmediata del daño, proveniente de la patología o condición de salud del paciente, se inferiría la culpa del médico”¹⁶⁸.

La indagación respecto a los efectos eximentes o no del error de diagnóstico debe hacerse desde una perspectiva ex ante, dado que la calificación del comportamiento como imprudente o no depende de dicha perspectiva y, en consonancia con ello, habrá de valorarse las razones que dieron lugar a formular el diagnóstico erróneo.

Para que el error de diagnóstico no sea manifestación de la infracción de un deber de cuidado, debe haberse producido tras una adecuada recopilación de la información relativa a los signos y síntomas del paciente (la denominada anamnesis), y atender a otros criterios como la intensidad y duración de los signos, el tipo de enfermedades que pudieran explicarlos, la “tipicidad” del caso y la especificidad de los signos, la disponibilidad de recursos, etc.

Si los signos detectados se reconocen como equívocos, pudiendo corresponder a enfermedades de disímil gravedad, será necesario adoptar medidas para establecer a cuál de los cuadros posibles obedece el padecimiento del paciente, pues mientras más graves o comprometedoras de su salud sean las enfermedades que pudieran explicarlos, mayores esfuerzos demandará la indagación a efectos de una adecuada formulación del diagnóstico. De la misma manera, tras la formulación del diagnóstico, habrá de atenderse a la evolución con el tratamiento iniciado a partir de él, para establecer si se hace necesaria su modificación o la del diagnóstico inicial.

Por ende, si desde el comienzo alguna de las alternativas diagnósticas se refiere a dolencias de una entidad suficiente como para poner en grave peligro la vida del paciente o su salud, el deber de cuidado implica realizar controles que ayuden a evitar el desencadenamiento incontrolado de los riesgos asociados a dichas patologías. Ello implica entonces, que el diagnóstico de la enfermedad no es inmodificable y que debe revisarse en función de los

¹⁶⁸ VALDIVIA, J. 2018. Medical malpractice in public hospitals. *Rev. méd. Chile* [En línea]. Vol. 146, N° 9 [citado 2021-10-09], pp.1028-1032. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872018000901028&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0034-9887. <http://dx.doi.org/10.4067/s0034-98872018000901028>. [Consulta: 09 de octubre de 2021]

resultados de los tratamientos adoptados tras el diagnóstico o diagnósticos iniciales, y que durante el tratamiento han de emplearse de manera sucesiva los medios adecuados para detectar o descartar cualquiera de las posibles alternativas que pudieran ocasionar el cuadro del paciente; e implica también que ante un riesgo potencialmente mayor para la vida o la salud, mayores deben ser las medidas a adoptar para establecer su origen y el tratamiento que se debe dispensar.

Lo que en el fondo significa lo anterior, y a ello conducen los planteamientos recientes de la doctrina y la jurisprudencia, es que se debe matizar la afirmación según la cual el error de diagnóstico es un factor que impide la imputación de imprudencia. En realidad el de diagnóstico es un error de tipo, que ha de ser valorado de conformidad con las reglas establecidas para apreciar su vencibilidad o invencibilidad. También el diagnóstico está sujeto a reglas de cuidado.

Aunque no existe un cuerpo teórico en la jurisprudencia en relación con el error de diagnóstico, en los pronunciamientos del Tribunal Supremo Español analizados, se pudo constatar la relevancia que se confiere para la valoración del error de diagnóstico al hecho de ordenar exámenes de laboratorio y otras ayudas diagnósticas que permitieran establecer el origen de los problemas de salud del paciente. La orden de las mismas, ha permitido descartar en algún caso la existencia de imprudencia por error en el diagnóstico, incluso cuando se conoce la mala calidad de los equipos en que se han practicado.

A su vez, Silva¹⁶⁹ señala que *“la única interpretación razonable de la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia es la de que el médico no puede ser hecho responsable por un diagnóstico fallido, esto es, por un mero “resultado” de error, por muy grave que este resultado sea. Por contra, el análisis ha de centrarse en la conducta que debe ser valorada para dilucidar si ha de conducir a responsabilidad o no. De conformidad con esta idea, el error en el diagnóstico en sí mismo, puede ser punible si se trata de un error vencible”*.

Como hemos analizado, por regla general, *“el simple error científico o diagnóstico equivocado no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya cualitativa o cuantitativamente una equivocación inexcusable. Los simples errores*

¹⁶⁹ SILVA, J. 1999. Medicinas alternativas e imprudencia, Barcelona, España. Editorial Bosch. 13-14pp.

científicos o de diagnóstico no pueden ser objeto de sanción penal, a no ser que sean de magnitud tal que de modo evidente se aparten de lo que hubiera detectado cualquier médico de nivel y preparación similar y con semejantes medios a su alcance, y lo mismo cabe decir de la mayor o menor precocidad o rapidez en el diagnóstico de algunas enfermedades que tan graves consecuencias acarrearán si no se detectan en el momento de su aparición inicial. Solo la equivocación burda, inexplicable, absurda podrá dar lugar a un delito que se produce en este ámbito y generalmente, no tanto por el actuar médico con o sin acierto, sino por el abandono, desidia o dejación de sus más elementales obligaciones.”¹⁷⁰

En atención a las limitaciones de la medicina moderna, el médico que adopta un tratamiento errado con resultado típico sólo responderá por su negligencia incontestable y patente, y no cuando éste opta (entre varias alternativas científicamente admisibles), eligiendo “aquella que a su juicio y según las particularidades resulta más apta”. Asimismo, como hemos reiterado, sólo el error científico o fallo técnico invencible podrá exculpar al médico de su responsabilidad, no así aquél que era salvable tomando las medidas de previsión y cuidado mínimas requeridas para el caso.¹⁷¹

Para Etcheberry¹⁷², nuestra legislación en esta materia necesita una revisión de los preceptos penales. El tratamiento propiamente penal debe reservarse solamente para un caso, que es el caso de abandono del enfermo por parte del médico, porque allí sí que existe una culpa moral que reprocharle si de este abandono resulta la pérdida de la vida o un daño para la salud del paciente. El autor señala que los daños que puedan resultar de imprudencia, negligencia o de impericia sólo deben dar origen a indemnización civil. Y, en segundo lugar, que el concepto mismo o los límites de lo que debe considerarse conducta imprudente o conducta negligente por parte de un médico deben recibir necesariamente una mayor precisión y una delimitación más clara que las existentes, con las disposiciones absolutamente vagas y por lo tanto penalmente peligrosas contenidas en nuestro Código Penal.

¹⁷⁰ SUÁREZ-QUIÑONES, J. Op. Cit. 40p.

¹⁷¹ MARTÍNEZ, M. Op. Cit. 243p.

¹⁷² ETCHEBERRY, A. Op. Cit. 279-280pp.

En el mismo sentido se pronuncia Vargas¹⁷³, considerando que el comportamiento del facultativo médico puede crear un riesgo prohibido, porque excede los límites permitidos o porque derechamente tiene lugar fuera del ámbito tolerado, que se realiza en un resultado dañoso cuya producción ni siquiera haya sido previsible por tal conducta. En este caso, aunque se imputa una conducta peligrosa y se causa una consecuencia lesiva que se conecta objetivamente con ella, falta no solo la representación del resultado como posible efecto de tal comportamiento, sino que ni siquiera cabía semejante previsión. Hacer responsable al agente supondría cargarlo con las consecuencias de su conducta por ser peligrosa sin considerar nexos subjetivos, que se asemeja a los llamados “*delitos cualificados por el resultado*”, donde se obliga a soportar otras gravosas “*ramificaciones*” imprevisibles por estar conectadas objetivamente con la conducta del agente. Las declaraciones que afirmen alguna clase de responsabilidad objetiva en materia penal han de rechazarse. Es difícil que ocurran supuestos como los descritos porque normalmente los resultados son previsibles aunque en el hecho no se prevean, sobre todo en el ámbito médico. Así, la previsibilidad del resultado por la conducta que se realiza muestra el lado subjetivo de la imprudencia.

Por su parte, Rosas¹⁷⁴ señala que en la determinación del deber de cuidado deben valorarse tanto los conocimientos especiales como la capacidad individual del agente, lo que implica que si el facultativo se ha limitado a cumplir con el estándar del médico-medio cuidadoso, podrá igualmente considerarse su conducta imprudente si disponía de una capacidad superior, cuyo empleo hubiera evitado el resultado lesivo. Para descartar la infracción de deber de cuidado que corresponde a un médico hay que considerar, principalmente, que su conducta se ha ajustado a la ‘*lex artis ad hoc*’, esto es, valorando observancia de las reglas técnicas propias de la ciencia médica en atención a las circunstancias del caso concreto, incluidas, la urgencia y medios disponibles para la intervención.

El Código de Ética médico en Chile, establece en su artículo 22 que “*Falta a la ética el médico que en la atención de un enfermo actúe con negligencia, imprudencia o impericia. Será negligente aquel profesional que, poseyendo el conocimiento, las destrezas y los medios adecuados, no los haya aplicado. Actúa con imprudencia aquel médico que, poseyendo los*

¹⁷³ VARGAS, T. Op. Cit. 124p.

¹⁷⁴ ROSAS, J. Op. Cit. 29p.

recursos y preparación necesarios para la atención de un paciente, los aplicare inoportuna o desproporcionadamente, como también si, careciendo de los recursos o preparación adecuados, efectuare una atención sometiendo al paciente a un riesgo innecesario. Un diagnóstico equivocado; el fracaso de un tratamiento o de cualquier otra acción médica, habiéndose usado todos los elementos disponibles, no constituyen necesariamente negligencia. Constituye impericia la falta de los conocimientos o destrezas requeridas para el acto médico de que se trata. La falta de recursos tecnológicos, cuya existencia no dependa del médico tratante, no acarrea responsabilidad alguna para el facultativo. No obstante, es deber de todo médico comunicar formalmente a sus superiores jerárquicos las deficiencias del sistema sanitario en que trabaja, cuando éstas puedan afectar la adecuada atención de los pacientes.”

En materia de error o ‘defecto’ de diagnóstico, se ha señalado que a nivel jurisprudencial chileno existirían dos formas de calificarlo: *“cuando el curso de acción dispuesto por el médico no aparece respaldado por los antecedentes técnicos con que cuenta”* o *“que el médico no haya detectado la dolencia que aqueja al paciente”*¹⁷⁵

En opinión de Carlos Pizarro, la imputación de culpa por error de diagnóstico en Chile *“es una situación de excepción, siendo sólo posible cuando se trata de un diagnóstico usual, cuya equivocación revela una negligencia severa”*¹⁷⁶.

Reafirma tal postura un estudio realizado por la Biblioteca del Congreso Nacional, que en el análisis de la responsabilidad civil médica a nivel de doctrina y jurisprudencia, arroja como resultado que en el ordenamiento jurídico nacional, en materia de imputación de responsabilidad médica a título culposo, que *“el simple error del diagnóstico no hace responsable al médico que lo realice, siempre que haya agotado todas las posibilidades científicas con que cuenta para llegar a determinar la enfermedad de que se trata”*¹⁷⁷.

Además, dicha publicación señala dos casos en que efectivamente existe responsabilidad médica en el diagnóstico errado: *“cuando por negligencia no procede a la búsqueda de todos*

¹⁷⁵ VALDIVIA, J. Op. Cit.

¹⁷⁶ PIZARRO, C. 2008. Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas. Rev Méd Chile. 541p.

¹⁷⁷ La responsabilidad civil médica en la doctrina y en la jurisprudencia. 2003. Serie estudios. Biblioteca del Congreso Nacional. Santiago, Chile. Año 13, N° 277. [En línea], <https://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/2003/estudios_pdf_estudios/nro277.pdf3> 10p. [Consulta: 09 de octubre de 2021]

los factores que le pueden servir de base a su análisis y cuando existe en su conducta ignorancia crasa en la apreciación de las cosas que necesariamente se deben saber y que por sus características no pueden ser confundidas en el momento de diagnosticarlas”¹⁷⁸.

Reconoce asimismo, la noción de ‘error científico’, en el cual habiendo agotado las posibilidades de análisis en el proceso de diagnóstico, igualmente existe un error en la calificación del diagnóstico que se atribuye a la complejidad del caso en particular y que, por regla general, de acuerdo a lo analizado en materia doctrinaria y jurisprudencial por tal estudio, no hace responsable al médico.

¹⁷⁸ La responsabilidad civil médica en la doctrina y en la jurisprudencia. Op. Cit.

CONCLUSIONES

De la revisión y análisis de material bibliográfico doctrinario y jurisprudencial de ambos ordenamientos, podemos enunciar las siguientes conclusiones:

- En términos de responsabilidad médica, configurada en el ámbito de la imprudencia, se observa un deseo y múltiples manifestaciones de precisión conceptual a fin de diferenciar la imprudencia de la negligencia que es consistente entre ambos países.
- La regulación normativa, en cuanto a la especificidad del desarrollo del tipo, dista bastante entre un ordenamiento y otro, siendo bastante más genérico y abstracto en el caso chileno, y de un grado más detallado y expreso en el caso español.
- Ambos ordenamientos manifiestan como característica esencial en materia de imprudencia, la idea de descuido o inobservancia de un deber de cuidado.
- Se aprecia una dirección similar respecto del debate entre las tesis subjetivo individualizadoras y las generalizadoras, inclinándose ambos ordenamientos por la primera.
- Si bien existe un debate de posturas común, existe un mayor desarrollo conceptual, en España respecto a la consideración de las capacidades y conocimientos específicos del autor, existiendo posturas que lo plantean en el ámbito de la culpabilidad versus en el análisis del injusto.
- Hay desarrollo de literatura común en respuesta al fenómeno de la medicina defensiva, pudiéndose apreciar que los elementos de la posibilidad de aumento de costos de la prestación médica y el efecto disuasivo al ejercicio de la actividad médica constituyen una preocupación compartida.
- En cuanto a desarrollo jurisprudencial, se devela una preocupante diferencia entre ambos, existiendo en el caso español una amplitud de contenido y cobertura temporal de la que Chile carece.
- Aún así, se aprecia que ambos ordenamientos parten todo análisis casuístico desde la premisa de que no todo error de diagnóstico constituye negligencia o imprudencia.
- Finalmente, tanto en Chile como en España existe un alto estándar de requisitos para lograr considerar un error diagnóstico como un acto punible.

- En el caso español, por regla general, el simple error de diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya, cualitativa o cuantitativamente, una equivocación inexcusable. El error debe ser de tal magnitud, que de modo evidente se aparte de lo que hubiera detectado cualquier médico de nivel y preparación similar y con semejantes medios a su alcance.
- Así también, la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la *lex artis*, conduzcan a resultados lesivos para las personas.
- Del análisis de sentencias podemos señalar los siguientes requisitos en relación a la calificación de punibilidad del error de diagnóstico médico: 1) Uso de todos los recursos, instrumentos y medios diagnósticos a disposición del facultativo; 2) Correcta aplicación de los conocimientos médicos tomando como baremo al “médico medio”; 3) Magnitud y efectos del error, pues se parte de la base que la infalibilidad no es exigible y, por lo tanto, existen supuestos de error diagnóstico tolerables y; 4) Requisitos específicos que surjan de la naturaleza particular de cada caso en concreto, sea por su complejidad, condiciones de hecho, entre otros.
- En el caso chileno existe mayor dispersión a nivel de recursos jurídicos que permitan construir una noción unívoca respecto a la punibilidad del error médico. Quizá pueda deberse a la “civilización” de la responsabilidad médica, que pueda o no estar influenciada por la más acabada regulación y facilidad de prueba en sede civil, pero la respuesta a tal interrogante queda entregada al desarrollo futuro en este tópico.

BIBLIOGRAFÍA

LEYES

- CHILE. 1874. Código Penal de Chile. Quinta edición actualizada al 03 de febrero de 2021.
- CHILE. 1855. Código Civil de Chile. Edición actualizada al 11 de septiembre de 2020.
- Código de Ética del Colegio Médico de Chile. 2008.
- ESPAÑA. 2010. Código Penal de España. Edición actualizada al 02 de julio de 2021.

DOCTRINA

- BARREIRO, Agustín. 1989-1990. Aspectos básicos de la imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. Estudios penales y criminológicos. Nº 14.
- BARROS, Enrique. 2020. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Tomo I. 2º Edición. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- BRAGHETTO, Ítalo y VICENT, Jesús. 2000. Manual de riesgos y complicaciones: procedimientos anestésicos y quirúrgicos: bases para un consentimiento informado. Santiago, Chile. Universidad de Chile.
- CADAVID, Alfonso. 2018. Imprudencia punible y actividad médico-quirúrgica. Tesis Doctoral. Departamento de Derecho Público General, Universidad de Salamanca.
- CURY, Enrique. 1982. Derecho Penal. Parte General. 9º ed. Santiago, Chile. Ediciones UC.
- DE LA QUINTANA, Manuel. 1988. La Responsabilidad Civil del médico. Madrid, España. Editorial Trivium.

- ETCHEBERRY, Alfredo. 1997. Derecho Penal, Parte General, Tomo II. 3° ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

- ETCHEBERRY, Alfredo. 1997. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo IV. 3° ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

- ETCHEBERRY, Alfredo. 1986. Tipos Penales Aplicables a la Actividad Médica. Revista Chilena de Derecho. Vol. 13, N° 2.

- GARRIDO, Mario. 2010. Derecho Penal, Parte General, Tomo II. 4° ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

- GIMBERNAT, Enrique. 1965. Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos. Revista de Derecho de la Circulación. N°11-12. Madrid, España.

- JAKOBS, Günther. 1995. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Madrid, España.

- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. 2002. Tratado de Derecho Penal, Parte General. 5° ed. Granada, España. Editorial Comares.

- JUÁREZ, Rocío. 2018. La imprudencia médico-sanitaria. Máster universitario en acceso a la profesión de abogado. Alcalá de Henares, España. Universidad de Alcalá, Facultad de Derecho.

- LABATUT, Gustavo. 1959. Derecho Penal, Parte Especial, Tomo II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

- MARTÍNEZ, Marco. 2011. La graduación del deber de cuidado en el delito culposo por actos de mala praxis médica: un análisis dogmático, jurisprudencial y económico. *Política criminal*, Vol. 6, N° 12.

- MAÑALICH, Juan. 2003. Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación. *Revista de Estudios de la Justicia*.

- MAÑALICH, Juan. 2015. La imprudencia como estructura de imputación. *Revista de Ciencias Penales*, Vol. 42, N° 3.

- MATUS, Jean y RAMÍREZ, María. 2021. *Manual de Derecho Penal Chileno: Parte General. 2° Edición Actualizada*. Santiago, Chile. Editorial Tirant lo Blanch.

- MONTEALEGRE, Eduardo. 1987. La culpa en la actividad médica: imputación objetiva y deber de cuidado. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 14, N° 2. Pontificia Universidad Católica de Chile.

- PADILLA, Nicolás. 2021. *Doctrina Penal Chilena del siglo XXI: Estudio de la Escuela de la Universidad de Chile (I). Una especial referencia a la teoría analítica del hecho punible del profesor Juan Pablo Mañalich*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

- PIZARRO, Carlos. 2008. Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas. *Revista Médica Chile*. 136: 539-543pp.

- PERIN, Andrea. 2018. La redefinición de la culpa (imprudencia) penal médica ante el fenómeno de la medicina defensiva. Bases desde una perspectiva comparada. *Política criminal*, Vol.13, N° 26. Santiago, Chile.

- PIÑA, Juan. 2003. Causalidad e imputación. Algunas consideraciones acerca de su ubicación y relevancia en el Derecho Penal. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 30 N° 3.

- PORTERO, Guillermo. 2001. Responsabilidad Penal Culposa del Médico: Fundamentos para el establecimiento de la negligencia o impericia. Latinoamericana Derecho Médico y Medicina Legal. Vol. 6, N° 2.

- PUGA, Federico. 1896. Compendio de medicina legal adaptado a la legislación chilena. Imprenta Cervantes. Santiago, Chile.

- REYES, Ítalo. 2015. Sobre la construcción de la exigencia de cuidado. Política Criminal, Vol. 10, N° 19. Santiago, Chile.

- ROMEO, Carlos. 1981. El médico y el Derecho penal. Barcelona, España. Editorial Bosch.

- ROSAS, Juan. 2011. La delimitación del deber de cuidado en la imputación de responsabilidad penal por imprudencia médica. Doctrina y Jurisprudencia Penal N° 5. Universidad de Los Andes.

- ROXIN, Claus. 1997. Derecho Penal, Parte General, Tomo I. 2° ed. Madrid, España. Editorial Civitas.

- ROXIN, Claus. 2007. La Teoría del Delito en la Discusión Actual. 1° ed. Lima, Perú. Editorial Jurídica Grijley.

- SILVA, Jesús. 1999. Medicinas alternativas e imprudencia, Barcelona, España. Editorial Bosch.

- SUÁREZ-QUIÑONES, Juan. 2008. La responsabilidad penal médica por el hecho imprudente. El error de diagnóstico. Jurisprudencia aplicable. Boletín del Ministerio de Justicia. Año 62, N° 2056

- TORIO, Ángel. 1986. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. N° 9. Madrid, España.
- TRIGO, Belén. 2014. Responsabilidad por efectos adversos, diagnóstico tardío o erróneo y derecho a una segunda opinión médica. Vol. 24, Extraordinario XXIII Congreso.
- VAN WEEZEL. Alex. 1999. Parámetros para el enjuiciamiento de la infracción al deber de cuidado en los delitos imprudentes. Revista Chilena de Derecho. Vol. 26. N° 2.
- VARGAS, Tatiana. 2017. Algunos antecedentes sobre el complejo "deber de previsión" médico. Revista de Derecho, Vol. 30, N° 1 (junio). Valdivia, Chile. Universidad Austral de Chile.
- VARGAS, Tatiana. 2010. La imprudencia médica. Algunos problemas de imputación de lo injusto penal. Revista de Derecho, Año 17, N° 2. Universidad Católica del Norte.
- VÁSQUEZ, Susana. 1999. El fenómeno de la responsabilidad médica: En el ámbito penal. Lecciones de Derecho Sanitario.
- VENEGAS, Loretto. 2007. Factores de imputación en la responsabilidad civil médica. Evolución de la doctrina y jurisprudencia chilena. Revista Escuela de Derecho. N° 8.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

- GARCÍA, Cristián. 2019. La medicina defensiva en la práctica de la radiología. 2019. *Rev. Chil. Radiol.* [En línea]. Vol. 25, N° 1. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-93082019000100002&lng=es&nrm=iso <http://dx.doi.org/10.4067/S0717-93082019000100002>.

- La responsabilidad civil médica en la doctrina y en la jurisprudencia. 2003. Serie estudios. Biblioteca del Congreso Nacional.(Santiago, Chile). Año 13, N° 277. [En línea], <https://www.bcn.cl/bibliodigital/pbcn/estudios/2003/estudios_pdf_estudios/nro277.pdf3>
- VALDIVIA, José. 2018. Medical malpractice in public hospitals. *Revista Médica Chile* [En línea]. Vol. 146, N° 9. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872018000901028&lng=es&nrm=iso>.<http://dx.doi.org/10.4067/s0034-98872018000901028>.

JURISPRUDENCIA

- SENTENCIA TERCER TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO, 12 de julio de 2009.
- SENTENCIA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 03 de marzo de 2008, Rol 14.193-2005.
- SENTENCIA CORTE SUPREMA, 28 de enero de 1999. Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales, N°1.
- SENTENCIA CORTE SUPREMA, 19 de enero de 2005, Rol 9-2003.
- SENTENCIA CORTE SUPREMA, 03 de octubre de 2007, Rol 4.505-2007.
- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 23 de febrero de 1979.
- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 29 de marzo de 1988.
- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 20 de diciembre de 1990.
- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 04 de septiembre de 1991, 1991/6021.

- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 18 de noviembre de 1991, 1991/9448.
- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 8 de junio de 1994.
- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 13 febrero 1997, 1997/728.
- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 22 de enero de 1999, 1999/96.
- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 23 de octubre de 2001, 2001/9074.
- SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO, 10 de diciembre de 2001, 2001/11362.
- SENTENCIA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, enero de 2000.