

SEPARATA:

RESPONSABILIDAD MÉDICA

En esta separata presentamos a Ud. el texto de tres ponencias expuestas en el Seminario sobre “RESPONSABILIDAD MÉDICA”, que se llevó a efecto en el Auditorio del Hospital Naval de Viña del Mar el día 30 de octubre de 2002 y fue organizado en conjunto por el Consejo de Defensa del Estado y la Auditoría General de la Armada de Chile.

RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO*

Guillermo Ruiz Pulido**

1. NOTA PREVIA

Al referirnos a nuestro tema trataremos de simplificar al máximo tanto el lenguaje especializado a utilizar como también los conceptos, evitando todo tecnicismo jurídico exagerado, advirtiendo sí que lo que habrá de decirse corresponde a una verdad sencillamente manifestada para los efectos de su entendimiento; superficial desde el punto de vista de las múltiples variedades y tópicos que, de analizarse con detenimiento y con apego irrestricto a los principios jurídicos que regulan la materia, sólo causaría confusión entre los asistentes e importaría entregar un innecesario bagaje de conocimientos especializados, impropios de una reunión de esta naturaleza.

El discurso necesariamente habría de ser diferente si la charla fuere destinada exclusivamente a juristas. Pero, pensamos, que

* La simplicidad de este trabajo debe comprendérsela en el sentido que tuvo de ser una mera aproximación del tema a un auditorio que, con excepción de los abogados presentes, la mayoría carecía de formación jurídica.

** GUILLERMO RUIZ PULIDO. Abogado Consejero del Consejo de Defensa del Estado.

del modo en que la hemos desarrollado será útil a los médicos asistentes.

2. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD

El concepto “responsabilidad” es una idea que surge con posterioridad a la noción de deber, de obligación; y que importa una consecuencia penosa del incumplimiento de estos últimos.

Sabido es que la responsabilidad es susceptible de distinción; y se acostumbra a señalar que ésta puede ser *moral*, en que es el propio hombre que, en su conciencia, se enjuicia a sí mismo y se autocastiga; *ética*, que es aquella de carácter grupal en que un determinado gremio, una corporación, un consorcio de semejantes o pares, se somete voluntariamente a un código de normas que regulan la actividad común en los términos dados por la propia entidad a la que pertenecen; y finalmente, una responsabilidad *jurídica*, que puede ser –en términos generales– administrativa, civil o penal, en cuanto a los propósitos que a este seminario interesa.

Al referirnos a la responsabilidad de este profesional médico lo haremos exclusivamente en consideración *a aquella de orden jurídico; es decir, examinando las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de deberes impuestos por la ley, le acarrearán.*

3. DESEMPEÑO MÉDICO Y RESPONSABILIDAD JURÍDICA. CIVIL, PENAL Y ADMINISTRATIVA

Un médico que se desempeña en el ejercicio privado de su profesión, responde civil y penalmente por su actividad médica. Y surge, además, la responsabilidad administrativa, en la medida que se encuentra de algún modo subordinado a los órganos de la administración del Estado y a su tuición disciplinaria.

A nosotros corresponderá referirnos a aquella modalidad jurídica de la responsabilidad penal, exclusivamente, que corresponde a la que asume todo profesional médico cualquiera sea el ámbito dentro del cual desempeñe su profesión; pero anticiparemos que la gran diferencia existente entre responsabilidad civil y penal, estriba en que la primera se traduce en la obligación de indemnizar perjuicios por medio del pago en dinero del equivalente al daño causado; y, la

segunda, en que el agente queda sujeto a un castigo de índole punitivo o sanción penal.

Sin perjuicio de lo anterior, tanto la responsabilidad civil, cuanto la penal y administrativa, pueden concurrir copulativamente, al ser todas compatibles.

3.1. Naturaleza formal de la responsabilidad médica

4. Pero, es indispensable intentar determinar el objeto de la responsabilidad médica; el ámbito u órbita dentro de la cual surge o puede surgir la responsabilidad médica. Y para respondernos tal inquietud debemos razonar por medio del sentido común, procurando precisar *a qué se obliga un médico cuando actúa profesionalmente*. Puesto que, si la responsabilidad surge como consecuencia del incumplimiento de una obligación, la respuesta que nos demos acerca de cuál es ésta, nos guiará en la delimitación del ámbito al cual nos referimos. Y procederemos por exclusión: El médico: ¿contrae la obligación de sanar, de curar a su paciente? ¿Es la suya una obligación de *resultado*? ¿O es simplemente una obligación de *medios*? Si la obligación que asume el médico es de “resultado”, “la culpa consiste en no llegar al fin prometido”¹. Y si es de “medios”, la culpa consiste en no haber empleado los medios suficientes con el propósito encomendado, en “no haber sido diligente, prudente o hábil o no haber tomado todas las precauciones que hubieran evitado el daño”². Evidentemente que la responsabilidad médica, como en muchas profesiones liberales, como la abogacía, por ejemplo, la obligación que se contrae sólo es de medios. Jamás de resultado.

4. RESPONSABILIDAD PENAL. CULPA Y DOLO

En términos generales la responsabilidad penal se la hace descansar en uno de estos dos pilares básicos: dolo o culpa.

Obra con dolo el que realiza voluntaria, libre y conscientemente un comportamiento deseado, querido, conociendo que impor-

¹ Enrique Paillás Peña. *Responsabilidad médica*, pág. 18.

² Enrique Paillás Peña, obra citada, pág. 18.

ta una transgresión al ordenamiento jurídico cultural del medio en el cual se desenvuelve.

Y obra con culpa, quien –en términos generales– desatiende el deber de cuidado a que se encuentra obligado en el desempeño de una actividad. De allí que nuestro Código Penal, en sus primeros artículos, nos diga:

Artículo 1º. *Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley.*

Artículo 2º. *Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarían un delito, constituyen cuasidelito si sólo hay culpa en el que las comete.*

5. ACCIÓN U OMISIÓN DOLOSA O CULPOSA

Pero no sólo se puede obrar activa y positivamente con culpa o con dolo. También omitir el deber de actuar puede ser doloso o culposo.

Un ejemplo de omisión dolosa nos aclarará este concepto: Imaginemos los trapevistas del circo que arriesgadamente trabajan sin red. Si el sujeto que debe estirar sus brazos para coger al compañero que hace una acrobacia en el aire se abstiene intencionadamente de cogerlo y el trapevista cae y fallece, se habrá incurrido en una omisión dolosa que importa un verdadero homicidio. Y ejemplo de omisión culposa lo será el de la enfermera que, por descuido, por conversar con una compañera o por ver una telenovela, olvida la recomendación médica de observar periódicamente al pequeño paciente, el que se asfixia como consecuencia de su propio vómito³.

Nos referiremos en primer lugar a la negligencia médica en cuanto es capaz de originar delitos culposos. Enseguida, veremos algunas leyes especiales que comprenden *delitos dolosos* propiamente tales.

³ Reiteramos la simplificación jurídica de este trabajo. Notable es la obra de Sergio Politoff, Francisco Grisolfá y Juan Bustos, "Derecho Penal Chileno, Parte Especial", que trata sobre delitos contra la salud individual, entre otras materias.

6. ELEMENTOS DE LA CULPA

- a) Relación causal entre el acto u omisión culposa y el resultado lesivo.
 - b) Previsibilidad del resultado que, sin embargo, no fue previsto por su autor.
1. c) La víctima ha de ser una persona.

De acuerdo con el N° 13 del artículo 12 del Código Penal se encuentran *exentos de responsabilidad penal* quienes cometieren un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley. Y casos expresamente penados por la ley son aquellos que tienen como víctima a una persona.

Los elementos anteriores no requieren de un gran esfuerzo intelectual para comprenderlos. La relación causal importa el vínculo de hecho, físico, entre el movimiento corporal activo del médico o su omisión pasiva y el resultado lesivo para la salud del paciente. Es decir, el médico actuó o dejó de actuar negligentemente.

La previsibilidad del resultado es una condición objetiva de la culpa. El resultado lesivo debe haber sido *previsible*; pero en el caso concreto, el médico no lo previó.

Si yo conduzco mi automóvil a 190 Km/h, en una vía concurrida de vehículos y peatones, es *objetivamente previsible* que puedo concluir lesionando o dando muerte a alguna persona; como también lo es que el cirujano, en estado de sopor o sin el instrumental y colaboración adecuados, intervenga quirúrgicamente a un paciente.

Como ha dicho un autor, "*el verdadero elemento diferencial de los delitos culposos es la previsibilidad de aquello que no se ha previsto. La previsibilidad, en efecto, es límite necesario y suficiente de la culpa; es el límite necesario, porque sin ella se entra en lo imprevisible, esto es, en lo fortuito; y es el suficiente, porque fuera de ello se entra en lo previsto, esto es, en lo voluntario*"⁴.

En otras palabras, en el caso concreto de que se trate, el médico no previó un resultado normal y regularmente previsible.

⁴Manuel Luzón Domingo. *Tratado de la Culpabilidad*. Tomo I, pág. 232. Editorial Hispano-Europea, 1960.

El tercer elemento, el que por negligencia se destruya una cosa o un objeto, es comprensible que por regla general no se pene o castigue, pues basta la indemnización del perjuicio para compensar al afectado. De allí que, tratándose de daños a las personas, el comportamiento culposo del tercero se sancione penalmente.

7. CULPA. GRADUACIÓN DE LA CULPA

De acuerdo con nuestro sistema jurídico común, la culpa puede ser grave, leve y levísima. se entiende que es grave si el sujeto se abstiene de tomar las más elementales medidas de cuidado en la actividad que se encuentra desarrollando para evitar el daño a personas o cosas; leve, si el sujeto adopta las medidas de precaución normales para evitar dichos daños; y levísima, si el sujeto debe adoptar medidas extraordinarias de cuidado con el propósito aludido. Estos grados de menor a mayor cuidado los exige la ley expresamente en cada caso, de donde deriva el nombre de la culpa. Las tres modalidades son propias del Código Civil, pero en el ámbito penal, en nuestro Código Penal, no se exige el cuidado extremo, extraordinario, más allá de lo normal, para desempeñar una actividad. En otras palabras, la culpa levísima está excluida del campo penal pues se razona sobre la base de aquello que es exigible a una persona intelectualmente normal y no excepcionalmente brillante o inteligente.

Lo anterior se desprende del lenguaje utilizado por el Código Penal en el Título X del Libro II, artículos 490, 491 y 492. Así por ejemplo, el máximo de descuido, la culpa grave o lata, la denomina *imprudencia temeraria* el primer artículo señalado, que textualmente expresa:

Art. 490. El que por imprudencia temeraria ejecutar un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado...Y señala un determinado castigo para cada una de las dos anteriores modalidades delictivas. (Crimen o simple delito).

Y cuando exigió *culpa leve*, es decir, aquella falta del cuidado que todo hombre prudente debe imprimir a sus acciones, habló de *negligencia culpable* o de *mera imprudencia* o *negligencia*, como lo

señalan los artículos 491 y 492. Y sólo citaremos al artículo 491 en la transparencia, con el fin de evitar confusión.

Reiteramos: La imprudencia temeraria de que habla el artículo 490 equivale a culpa grave, es decir, al más torpe de los descuidos o más burda impericia.

Negligencia culpable, mera imprudencia o negligencia y descuido culpable, tratándose de los médicos, significa culpa leve, es decir, la omisión del deber de cuidado exigible a toda persona prudente y normal que desempeñe tal profesión. Es innecesario por obvio, señalar que el médico, en consecuencia, responde por las culpas grave y leve en su ejercicio o labor profesional.

8. SANCIÓN DE LA CULPA

Las sanciones de todos los delitos culposos a que nos hemos referido, son unas mismas, trátase o no de profesionales médicos. Pero son mayores o menores en cada caso, *según la gravedad de las consecuencias de la acción u omisión culposa*:

Si el hecho hubiese importado un **crimen**, por ejemplo, la muerte del paciente, su castración; o si se dejó al ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme, la sanción es de reclusión o relegación menor en sus grados mínimo a medio. Esto es, desde sesenta y un días a tres años de privación de libertad.

Si sólo se causaron lesiones que no importen las consecuencias recientemente dichas, nos encontraríamos en presencia de un **simple delito** y la sanción es reclusión o relegación menores en sus grados mínimos –de sesenta y uno a quinientos cuarenta días de privación de libertad– o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales.

A menos que se hubiese tratado de lesiones leves en cuyo caso no se daría sanción penal por no castigarse la cuasifalta.

Se entiende por relegación la traslación del condenado a un punto habitado del territorio de la República con prohibición de salir de él, pero permaneciendo en libertad.

Pero debemos ser cuidadosos al observar estas normas y advertir la contradicción que existe respecto del médico que en el

desempeño de su profesión, negligentemente, causa *lesiones leves*. Y éste es un párrafo especialmente dedicado a los abogados que escuchan estas notas: Recordemos que se entienden por lesiones corporales, además de *las mutilaciones, las lesiones propiamente tales*, las que se clasifican en *lesiones graves* (artículo 397); y éstas, en *simplemente graves* (art. 397 N° 2); y *graves-gravísimas* (397 N° 1). *Lesiones menos graves* (artículo 399); y *leves*, artículo (494 N° 5), últimas éstas, que importan una *simple falta*.

Pues bien, cualquiera persona que cause culposamente *lesiones leves* –(esto es, “*las que en concepto del tribunal no se hallaren comprendidas en el artículo 399, atendidas la calidad de las personas y circunstancias del hecho*”, agregando nuestra jurisprudencia que la enfermedad o incapacidad para el trabajo no exceda quince a dieciséis días)–, se encuentra exenta de responsabilidad penal, incluido el médico, pues no se origina un hecho que de mediar malicia “constituiría un crimen o simple delito”: sólo una falta. Y sin embargo, el artículo 494 N° 10, como veremos a continuación, lo sanciona aun cuando no cause daño a las personas.

9. NEGLIGENCIA MÉDICA SIN CAUSAR DAÑO

Cabe señalar que existe una situación especialísima en el Código Penal en virtud de la cual se sanciona al médico que desempeña su profesión *con descuido* aun cuando no cause daño a su paciente. Y así lo señala el número 10 del artículo 494 del Código Penal al señalar que:

“El médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas” será sancionado con una multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales.

10. NEGLIGENCIA MÉDICA CON RESULTADO LESIVO

Debemos examinar principalmente el tema de la negligencia médica que es el que nos ha convocado con mayor interés en esta oportunidad, entre otras razones, por ser éstos de mayor frecuencia que los delitos dolosos propiamente tales. La negligencia es una

modalidad o manifestación de la culpa en el desempeño profesional y puede darse o tener lugar en diferentes situaciones del comportamiento médico.

11. ACTOS MÉDICOS DE RIESGO CULPOSO

Principalmente éstos pueden tener lugar en el *diagnóstico de la patología y en el tratamiento médico; asimismo, en el acto quirúrgico o en el pos operatorio del paciente.*

El error culpable en el diagnóstico normalmente influirá en el tratamiento médico, el cual, por lo mismo, importará a su vez un segundo equívoco, que generalmente será el que origine el cuasidelito médico.

Pudiera darse el caso de un diagnóstico erróneo y un tratamiento acertado; de un diagnóstico erróneo no seguido de tratamiento y de un diagnóstico acertado seguido de tratamiento equívoco. En los dos primeros casos estaremos en presencia de la falta del artículo 494 N° 10, castigado, como dijimos, con una pena pecuniaria de multa, desde el momento en que hubo negligencia profesional sin causar daño; y en el último, de una falta, de un cuasidelito o de un cuasicrimen según los eventuales resultados producidos o causados, si los hubo.

El verdadero daño al paciente tendrá lugar en el tratamiento indicado como idóneo, que se hizo descansar en el error de diagnóstico.

12. CASO DE ERROR DE DIAGNÓSTICO

Como ejemplo de error de diagnóstico se cita el caso de un médico de un Instituto de Seguros que a un paciente "que hacía tiempo sufría dolores en la región alta del tórax que le habían hecho disminuir su capacidad para el trabajo" y al que había examinado con anterioridad, no le encontró ninguna perturbación cardíaca, pero, para quedar más convencido, le mandó que subiera dos veces una escalera de ciento diecinueve gradas con el fin de volver a examinarlo luego, de acuerdo con la buena práctica diagnóstica aconsejada por Barlocco y por Lautey Walter (1924 y 1926, respectivamente), de fatigar el corazón para poner en evidencia las eventuales

perturbaciones; sin embargo, a la segunda subida el individuo cayó fulminado y no le sirvió ningún remedio. Sin duda su muerte dependió de un ataque estenocardiaco, pues de la autopsia resultó una aortitis sífilítica”⁵.

Tratándose de intervenciones quirúrgicas lo primero es efectuar un juicio certero acerca de su conveniencia; y enseguida es menester efectuar diferentes exámenes previos con el propósito de evitar riesgos innecesarios, como saber si el paciente sufre de diabetes; o indagar acerca del suero del donante sanguíneo si lo pudiere haber; o cuál es el grupo sanguíneo del paciente si fuere necesaria una transfusión; o el omitir un examen radiológico o interpretarlo equivocadamente cuando éste se hizo necesario, etc.

En todo caso el médico debe atenerse a la *lex artis*, es decir, a los procedimientos generalmente admitidos y aceptados para el caso particular de que se trate. Y esta *lex artis* debe responder al estado actual de la ciencia; no a uno pretérito. Y es indispensable la preparación permanente del médico como modalidad de exclusión del riesgo del error culposo. Debe seguir los progresos de la ciencia; conocer los nuevos medicamentos y procedimientos quirúrgicos que superen otros anteriores; mantener una práctica profesional adecuada al caso en que le corresponda intervenir. E irá apartando, de ese modo, posibles equívocos culpables en su actuar profesional.

El médico tiene que obedecer a las reglas generalmente admitidas por la ciencia y el arte de la salud especializada a la cual se dedica, obrando con prudencia, recurriendo a la opinión de otros especialistas en aquellos casos dudosos y que puedan debilitar o exceder su juicio médico.

La impericia es una modalidad de culpa que obliga al médico a conocer sus personales limitaciones frente al acto que habrá de realizar. Y sólo reconociéndola y evitando su actuación en tal situación, podrá excluir un comportamiento criminal.

Sólo se estima lícito permitirse alguna audacia en el tratamiento médico o quirúrgico del paciente, ante una enfermedad incurable o de inminente riesgo mortal.

⁵ Enrico Altavilla, *La Culpa*, pág. 540. Editorial Temis. Bogotá, 1956. Traducción de José J. Ortega Torres.

13. ESPECIALIDAD OBSTÉTRICA

La situación de la obstetricia es particularmente delicada. Si no tanto en nuestro país, sí lo es en los Estados Unidos de Norteamérica en donde, sabemos, los médicos están obligados a mantener un seguro respecto de su actividad eventualmente susceptible de ser estimada *mal praxis*; y en que las indemnizaciones son verdaderamente cuantiosas. Se cuenta “*que es raro encontrar a un médico norteamericano al que no hayan entablado alguna demanda*”; y se agrega que “*se estima que entre 70 y 80 por ciento de los obstetras han sido acusados de mala praxis*”⁶.

14. DONACIÓN DE ÓRGANOS

- a) Pudiera también darse negligencia médica a propósito de equívocos o errores culposos originados en actos médicos contemplados en la Ley N° 19.451, que estableció las normas para el trasplante y donación de órganos. Recordemos que sólo pueden extraerse órganos de una persona viva, legalmente capaz, previo informe positivo de *aptitud física* que debe ser certificada *a lo menos por dos médicos distintos de los que vayan a efectuar la extracción o el trasplante*. La comprobación de esta aptitud física del donante se encuentra expuesta al error médico de quienes la certifican, pudiendo ocurrir un resultado lesivo o dañino para dicho donante del cual deberán responder los médicos en cuestión.
- b) También es posible, aunque muy improbable, que aquella persona que no expresó su autorización para efectuar el trasplante de sus órganos en vida, encontrándose en estado de muerte, sean éstos transplantados una vez efectuada que sea la certificación unánime e inequívoca por un equipo de médicos, uno de cuyos integrantes, al menos, deberá desempeñarse en el campo de la neurología o neurocirugía. Si se da un error en cuanto a esta circunstancia del estado de muerte del sujeto, es obvio que se incurrirá en responsabilidad penal por el consecuente cuasidelito de que se trate.

⁶ José Pablo Vergara Bezanilla, “La mercantilización del daño moral”, artículo publicado en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, año 1, julio 2000, N° 1, pág. 67, citando a Tania Wills, obra, “El miedo de vivir”.

15. CIRUGÍA ESTÉTICA

Párrafo especial merece este tipo de cirugía en que el consentimiento del paciente no tiene eficacia justificante de la culpa del médico; y en que la jurisprudencia se inspira en criterios de rigor especial pues el operador no obedece un fin de salud ni obra en estado de necesidad, sino que lo hace por fines de vanidad del paciente y su intervención dice relación con órganos sanos y no enfermos como ocurre con la cirugía en general.

16. RECHAZO O INTERRUPCIÓN DE ASISTENCIA MÉDICA

Son dos hipótesis distintas:

- La primera, el rechazo, consiste en eludir el inicio de la prestación médica y tiene lugar en los siguientes casos:
 - a) Cuando se tiene el deber jurídico de actuar, como ocurre con los médicos subordinados a un determinado régimen administrativo.
 - b) Cuando se tiene el deber jurídico de actuar, como consecuencia de un contrato de prestación de servicios.
 - c) Cuando accidentalmente el médico se encuentra ante un imprevisto, como podría ocurrir si no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado, herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiere hacerlo sin detrimento propio, según el N° 14 del mismo artículo 494. (Si bien ésta es una norma que afecta por igual a médicos o a quienes no lo son, la mayor entidad de la sanción afectará indudablemente a los primeros).
- La segunda, la interrupción de asistencia médica, consiste en haber iniciado el servicio médico pero en abstenerse de continuarlo. Tiene consecuencias legales indeseadas, cuando existe el deber jurídico de obrar, como en los casos recién citados.

La literatura jurídica menciona como ejemplos de interrupción de asistencia médica cuando ésta se basó en razones económicas, en que un profesional no quiso continuar el tratamiento empezado porque supo que no se le había pagado al médico anterior.

Y el de un cirujano, que en el momento de prepararse para operar a una enferma, ya colocada en la mesa de operaciones, ordenó que la volvieran a la sala pues supo que la familia no había completado el pago de los honorarios. La enferma murió⁷.

17. INCUMPLIMIENTO DE DEBERES MÉDICOS CASTIGADOS A TÍTULO DE FALTA

El Código Penal reconoce también la existencia de ciertos deberes propios de la profesión médica que, en el caso de incumplimiento, castiga a título de falta, aplicando una sanción pecuniaria de una a cuatro unidades tributarias según norma el artículo 494 de dicho Código, en sus números 9, 11 y 12.

- a) En efecto. En su número 9º reprime con dicha sanción al facultativo que, *“notando en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito grave, no diere parte a la autoridad oportunamente”*.
- b) Asimismo, reconoce *el deber del médico-cirujano –y también del farmacéutico, dentista o matrona– que, obligados a efectuar los turnos señalados por la autoridad administrativa–, no presten sus servicios profesionales en dichas oportunidades*, lo que significa que, conjuntamente con la sanción administrativa que la falta conlleva, se aplica, además, la sanción penal aludida.

Finalmente, castiga al médico, cirujano, farmacéutico, matrona o cualquiera otro que, llamado en calidad de perito o testigo, se negare a practicar una operación propia de su profesión u oficio o a prestar una declaración requerida por la autoridad judicial, en los casos y en la forma que determine el Código de Procedimientos y sin perjuicio de los apremios legales.

En otras palabras, además de encontrarse facultado el juez para arrestarlo mientras no preste la colaboración de que se trata, puede castigársele penalmente como autor de la falta omisiva señalada.

⁷ Enrico Altavilla, *La Culpa*, pág. 570. Editorial Temis. Bogotá, 1956. Traducción de José J. Ortega Torres.

18. DELITOS MÉDICOS DEL CÓDIGO PENAL

El Código Penal contempla algunas figuras en que señala, como eventual sujeto activo o colaborador del delito, a un médico.

El primero de ellos es un delito de falsedad instrumental. En efecto, el artículo 202, establece que:

“el facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público, será castigado con reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales”.

La sanción puede importar una pena privativa de libertad de sesenta y un días a tres años, siendo indiferente si se obró con espíritu de lucro o gratuitamente.

El servicio público, a nuestro juicio, es una voz muy amplia, que bien podría importar evitar el desempeño de vocal en una mesa de votación electoral, por ejemplo, como también el de cumplir con el llamamiento de un tribunal a desarrollar determinadas funciones.

El segundo de los delitos en que puede incurrir un médico es en el de *violación del secreto profesional*, que consiste en *haber conocido por razón de su profesión médica los secretos de un particular y los descubriere con perjuicio de éste*, en cuyo caso está expuesto a una sanción de reclusión menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales.

Reclusión menor en sus grados mínimo a medio importa una sanción privativa de libertad que se inicia en sesenta y un días y puede concluir en tres años. *Este delito está contemplado en el inciso segundo del artículo 247 del Código que examinamos.*

El tercero de los delitos en que un médico puede incurrir, es el contemplado en el artículo 313 b), del aludido Código; y que reza así:

“El que, estando legalmente habilitado para el ejercicio de una profesión médica o auxiliar de ella ofreciere, abusando de la credulidad del público, la prevención o curación de enfermedades o defectos por fórmulas ocultas o sistemas infalibles, será penado con presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a veinte unidades tributarias mensuales”.

Su comprensión es muy simple y no requiere de mayores comentarios. Tal vez, sólo decir que debe entenderse por profesiones

auxiliares de la medicina, aquellas que cuentan con autorización del Director General de Salud, según indica el artículo 112 del Código Sanitario.

El cuarto delito propio de un médico está contemplado en el artículo 345 del Código Penal, que señala:

“El facultativo que, abusando de su oficio, causare el aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el artículo 342, aumentadas en un grado”.

Es decir, la pena básica privativa de libertad podría ascender a presidio mayor en su grado mínimo, esto es, de cinco años y un día a diez años, *siempre que razonemos sobre la base de contar con el consentimiento de la mujer. Si tal consentimiento no existe, la penalidad es mucho mayor.* A ello hay que agregar ciertas penas accesorias a las que nos referiremos más adelante.

Esta disposición debe conjugársela y armonizársela con la norma contenida en el artículo 119 del Código Sanitario en cuanto este último señala que *no podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto.*

Los comentarios que surgen, son los siguientes:

- a) La regla del Código Sanitario se encuentra establecida en su Libro V, que trata Del Ejercicio de la Medicina y Profesiones Afines; particularmente, al referirse al desempeño de la matrona y la naturaleza de sus consultorios.
- b) Si bien es cierto, la norma recién citada corresponde al artículo único de la Ley N° 18.826, de 15 de septiembre de 1989, que sustituyó otra anterior del mismo Código Sanitario, que contemplaba el aborto terapéutico, *a nuestro juicio éste no ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico.*
- c) La razón que me asiste para pensar de ese modo es que el Código Penal sanciona al médico que practica o colabora en un aborto, *sólo si abusa de su profesión*; y se abusa de algo, dentro de nuestro clásico pensamiento jurídico, *cuando se da un mal uso, un uso pervertido, a la facultad de que se tiene*, de donde desprendo un nuevo comentario: Si el médico practica o colabora en un aborto terapéutico, ineludible e inevitable, en que no se da otra posibilidad para salvar la vida de la mujer que llevarlo a cabo, dicho médico habrá

obrado no sólo *justificadamente*, pues lo habrá hecho en el ejercicio y uso legítimos de su profesión y actividad médica de salvar una vida **–(no abusó de su profesión médica)–**; sino que *–además, y especialmente para los abogados presentes– no se habría dado siquiera la tipicidad, al faltar dentro del tipo, lo que considero un verdadero elemento subjetivo de aquel, cual es la conciencia del abuso y no del uso de la propia profesión, acompañada del ánimo de salvar la vida de la madre. De ese modo, la culpabilidad descrita en la figura queda desvanecida por el fin terapéutico de la intervención profesional.*

- d) *Es cierto que significa lo anterior, que el médico debe y debió haber hecho lo imposible por salvar ambas vidas; y que, además, debiera contar, a lo menos, con una segunda opinión médica de un especialista; y aún así, contar también con el consentimiento informado de la mujer; de su pareja si ésta no puede darlo; o del pariente más próximo o cercano de aquella, atendidas las circunstancias del momento. Considero, también, que si es imposible obtener un consentimiento informado de alguna de dichas personas, el médico tiene el deber de obrar practicando el aborto, si fundadamente cree que sólo de ese modo evita la muerte de la mujer; y que en caso de no intervenir, son ciertas, de acuerdo con la ciencia y experiencia médicas de ese momento, tanto la muerte de la mujer cuánto la del propio feto.*

Se ha escrito, al respecto, que *“una opinión muy difundida reconoce en tales casos la existencia de un verdadero estado de necesidad, de un conflicto de bienes de un valor desigual, un bien de mayor valor, la vida de la madre, fruto ya logrado, ser con vida consciente, vida con honda eficacia sobre otras vidas, y un bien de menor valor, vida inconsciente, puramente fisiológica, vida que no anima a un ser humano propiamente dicho, sino a una esperanza de él. La solución jurídica del conflicto, conforme a las normas penales generales, es el sacrificio del bien menor.*

El aborto practicado, en este caso, se considera por la doctrina dominante lícito y permitido, y numerosas legislaciones declaran expresamente su impunidad”⁸.

⁸ Eugenio Cuello Calón. “Tres temas penales”. (El aborto), pág. 64.

En todo caso, las legislaciones que permiten el aborto terapéutico como justificante del hecho, exigen, generalmente, la concurrencia de varios requisitos: a) que se trate de preservar la vida o la salud de la mujer encinta; b) consentimiento de la mujer; c) que la intervención abortiva sea practicada por un médico⁹.

Una quinta situación en que puede verse agravada la responsabilidad penal del médico, dada su calidad y desempeño profesionales respecto de su paciente, *dice relación con los abusos sexuales en que pueda incurrir, cuando dicho paciente se encuentra bajo su cuidado y curación*. Los abusos sexuales pueden variar desde simples tocaciones libidinosas o impúdicas revestidas o teñidas de sexualidad, hasta una violación. Así lo menciona y dispone el artículo 368 del Código Penal.

19. DELITO PENAL MÉDICO EN LEY ESPECIAL

La Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en su artículo 8°, contiene una disposición por medio de la cual castiga severamente al médico que, sin necesidad médica o terapéutica, recetare alguna de las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o psíquica capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud pública. La pena es de presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales. Es decir, la pena privativa de libertad oscila entre cinco años y un día a quince años. Ejemplos de este tipo de drogas lo son el clorhidrato o sulfato de cocaína, la heroína, la morfina, el opio, el ácido lisérgico, anfetaminas, mescalinas, metanfetaminas, paraexilo, pepap, alfaprodina, alobarbital, betametadolo, butalbital, codeína, difenoxina, fenproporex, etc.

Los comentarios propios a esta norma, son los siguientes:

- a) El delito se entiende consumado por el solo hecho de *recetar*, aun cuando el paciente no adquiera la droga o si adquiriéndola, no la ingiere.
- b) La penalidad lleva anexa la inhabilitación absoluta y perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos; y la de

⁹ *Id.* autor y obra anterior, pág. 68.

- inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena.
- c) Existe un reglamento vigente que determina cuáles sustancias son aquellas que pueden originar responsabilidad penal.

20. JURISPRUDENCIA SOBRE NEGLIGENCIA MÉDICA¹⁰

- a) **Corte Suprema.**
25 de abril de 1991.

Hechos establecidos:

El día 27 de junio de 1983, los padres de una menor de cuatro meses y once días de edad la condujeron hasta la Posta de Urgencia del Hospital de Niños Roberto del Río, diagnosticándosele gripe, bronquitis e hipertemia y se le recetó penicilina. Al no evidenciar mejoría, nuevamente se la llevó al día siguiente a la misma Posta de Urgencia. Se le diagnosticó bronquitis obstructiva, recetándosele "citoden". Como la lactante empeorara, al día subsiguiente, 29 de junio, fue conducida al Consultorio Independencia del Servicio Nacional de Salud y, examinada por un determinado médico quien constata "mal estado general, dificultad respiratoria severa, bronconeumonía" y extiende hoja de interconsulta solicitando tratamiento con hospitalización. Recibida la menor en el Servicio de Urgencia del Hospital Roberto del Río, a las 15.05 horas de ese mismo día 29 de junio, es atendida por el médico que fuera procesado, quien la examina superficialmente, omite tomarle la temperatura, no solicita exámenes de rayos "X", estima que el médico anterior ha exagerado en su apreciación y diagnóstico, y receta inyección de penicilina sódica. Que, según las normas de atención de niños y adolescentes del Ministerio de Salud, procedía hospitalizar a la paciente en casos como el de la menor, lo que el médico no hizo y devolvió a la paciente a su domicilio. La lactante vuelve a su casa donde muere aproximadamente a las 04.00 horas del día 30 de junio, trece horas después de haber sido examinada por el médico en cuestión. Las

¹⁰ Se ha omitido deliberadamente el nombre y apellidos de los médicos de que tratan las sentencias que, en parte, se transcriben a continuación.

alegaciones de éste, de que su examen fue superficial debido al exceso de trabajo y de no haberla hospitalizado por falta de camas, fueron desvirtuadas plenamente. La causa de la muerte de la menor fue “bronconeumonía”.

El médico fue sancionado como autor del cuasidelito de homicidio, de conformidad con el artículo 491 del Código Penal, a una pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, accesoria de suspensión de cargo y oficio público durante el tiempo de la condena y al pago de las costas de la causa.

**b) Corte Suprema.
2 de junio de 1993¹¹.**

Hechos establecidos:

El 26 de febrero de 1987 la paciente ingresó a la Clínica Londres a fin de que un determinado médico le efectuara una operación correctora de mamas pues tenía problemas estéticos debido al gran tamaño de ellas. La operación, que no debió durar más de dos horas, sobrepasó las seis, despertando la paciente con grandes dolores y malestar general. Su pezón izquierdo se puso obscuro y perdió su sensibilidad. Más tarde comenzó a supurarle el pecho izquierdo, el que se endureció y le causó dolor, encontrándose con cicatrices feísimas. Pasados algunos días, como la mama seguía supurando y comenzara a despedir mal olor, el cultivo efectuado reveló estafilococos aureus, debiendo ser ingresada a la posta Central para un aseo quirúrgico, bajo anestesia general.

El Servicio Médico Legal concluyó que la cirugía plástica realizada no tuvo resultados satisfactorios por una defectuosa reconstitución de las mamas y por la presencia de cicatrices notoriamente visibles que obligaban a efectuar una cirugía reparadora.

El Ministerio de Salud, al revisar el pabellón de operaciones de la clínica Londres, concluyó que no cumplía con los requisitos mínimos exigibles a un Pabellón de operaciones, más aún, utilizando anestesia general. Que ello constituye un riesgo significativo para la seguridad del paciente expuesto a una intervención quirúrgica

¹¹ Esta sentencia aparece en el Internet CD-ROM sobre Jurisprudencia del Código Penal de la Base de Datos del Diario Oficial.

mediana o mayor. Además, para cirugía de larga duración, carecía de monitor cardíaco, desfibrilador y drogas para enfrentar emergencia interoperatoria. Por otra parte, las jeringas, si bien esterilizadas, envueltas en gasa, no permitían su uso para administración de drogas por alto riesgo de contaminación.

Los tribunales sancionaron al médico en cuanto autor de cuasidelito de lesiones graves, a una pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, accesorias y costas.

- c) **Corte Suprema.**
20 de junio de 1996.
Causa Beraud con Fisco¹².

Hechos establecidos:

El señor Beraud ingresó al Hospital Militar de Santiago el día 5 de julio de 1993 para ser intervenido quirúrgicamente de su cadera derecha, la que estaba afectada de artrosis, y para que se le sometiera a un procedimiento de “artoplastía total de cadera derecha”, con la implantación de prótesis. El 6 de julio fue llevado al pabellón N° 2 para ser sometido a la indicada operación de la cadera derecha, sin embargo de lo cual fue intervenido quirúrgicamente en su cadera izquierda, en forma equivocada, implantándosele la prótesis de que se disponía para la otra cadera. No hubo indicación quirúrgica de ninguna especie con relación a la cadera izquierda que le fue intervenida. En el transcurso de la intervención a la cadera izquierda el equipo médico se percató del error en que se estaba incurriendo, decidiéndose continuar hasta su término la operación de la cadera izquierda, para continuar posteriormente con la intervención de la cadera derecha que era la única que se había programado y la única con indicación quirúrgica. Por indicación de su médico tratante, el paciente había adquirido una prótesis modelo Charnley para ser implantada en su cadera derecha. Treinta minutos después de haberse iniciado la intervención en la cadera izquierda y teniendo el cirujano ya seccionado el fémur, se percató que la cabeza femoral extraída no presentaba los signos de la artrosis que había motivado la indicación

¹² Rol de ingreso en Corte Suprema: N° 33.393-95.

quirúrgica, dándose cuenta que estaban interviniendo la cadera equivocada. Ante tal evidencia los demás miembros del equipo quirúrgico, observando las radiografías puestas en el Negatoscopio, constataron la efectividad de la equivocada intervención y, comprobado el error quirúrgico y previa deliberación entre el cirujano, el ayudante 1º, la anestesista y otro traumatólogo que concurrió al llamado del cirujano y por manifestar la anestesista no existir contraindicación anestésica para proseguir, el equipo quirúrgico adoptó la decisión de continuar con la operación de la cadera izquierda, implantándose en ella la prótesis de que se disponía para la cadera derecha, para continuar, concluido ese primer acto quirúrgico, con la operación de la cadera derecha. Es decir, se efectuaron dos actos operatorios sucesivos.

Uno de los médicos, al efectuar su defensa, señaló que no se habría causado mal a la salud del afectado señor Beraud, sino que se le habría producido una acción benéfica al implantársele también una prótesis en su cadera izquierda, a lo que se razonó por nuestros tribunales que tal alegación no era admisible desde que el mal causado no puede analizarse con la consideración de si la artoplastía total de cadera izquierda que indebidamente se le hizo, causó o no provecho a dicho paciente, puesto que el daño sufrido por este paciente se consumó y agotó, sin otras exigencias ni circunstancias, al haber sólo intervenido un miembro sano sin indicación quirúrgica ninguna. Se señala, además, que al darse cuenta el equipo médico de su error, el proceso operatorio era irreversible. El hueso roto no podía reconstruirse o reconstituirse. Su reposición o reubicación y nueva localización eran imposibles. Se agregó: “como consecuencia de ese carácter irreversible del corte indebido de la cabeza femoral, dio a la lesión el carácter de una lesión permanente y definitiva por la separación obligada de ese componente óseo natural de la extremidad izquierda del paciente”. “Y que para los efectos de la sanción penal del hecho resulta irrelevante e indiferente en este caso la subsiguiente prosecución del acto quirúrgico con la implantación de una prótesis no prevista ni programada en esa extremidad”. “Las lesiones causadas al ofendido están constituidas por el solo hecho de habersele operado de un miembro sano”.

En definitiva, se condenó a los procesados (5) a la pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo y accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena y como autores de cuasidelito de lesiones. Además, solida-

riamente, se les condenó al pago de la cantidad de cuarenta millones de pesos, equivalentes, a esa fecha, a 3.283 unidades de fomento.

**d) Corte Suprema.
15 de diciembre de 1997¹³.**

Hechos establecidos:

Son los siguientes: En una determinada paciente, el 25 de septiembre de 1990, se intentó llevar a cabo un procedimiento endoscópico tendiente a confirmar la existencia de cálculos en el colédoco que fracasó pues no se pudo canular la papila de Vater.

El 4 de octubre siguiente, los profesionales realizaron, en dos sesiones diferentes, en la tarde de ese día, dos colangiografías inyectándosele un medio de contraste en el colédoco y, a continuación, se la sometió a una papilotomía, introduciéndosele en dicho conducto hepático el instrumento denominado “canastillo” destinado a coger y extraer los dos cálculos que se habían detectado, operación esta última que fracasó. A continuación se hizo presente un cuadro de pancreatitis aguda que la llevó a la muerte el día 8 de ese mes de octubre.

Se resolvió que el acusado se desentendió de los antecedentes clínicos de la enferma y la sometió a un procedimiento mecánico invasor que implicó serio riesgo para ésta. Que el riesgo era previsible y evitable para el médico especialista tratante; y que el procedimiento terapéutico, llamado “de canastillo”, no era de urgencia inmediata, sino postergable, “como quiera que la coledocolitiasis no fue la causa del cólico intestinal de los días anteriores, sin que hubiera constancia de que en los días intermedios la paciente acusara nuevos trastornos. Se agregó, que no era “estrictamente indispensable realizar la posterior papilotomía y extracción de los cálculos *que bien pudo hacerse mediante cirugía tradicional o clásica*”. Y que las maniobras médicas de que se trató fueron la causa de la pancreatitis fulminante que derivó en la muerte de la paciente”.

En otras palabras, se estimó “que el riesgo que amenazaba la salud de la paciente, a raíz de las reiteradas operaciones mecánicas

¹³ Rol de ingreso Corte Suprema: N° 324197. *Rev. de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XCIV, N° 3, septiembre a diciembre, 1997.

del día 4, era mayor que el que afrontaba si se difería la extracción de los cálculos biliares por ese otro método”.

Se sancionó al cirujano a un año de reclusión menor en su grado mínimo como autor del cuasidelito de homicidio de su paciente y al pago de una indemnización de \$ 30.000.000, conjuntamente con la Pontificia Universidad Católica de Chile.

e) **Corte Suprema.**
28 de enero de 1999¹⁴.

Hecho establecido:

El 21 de mayo de 1991, Exequiel Alejandro Aravena Espinoza, de dos años y cuatro meses de edad, padecía vómitos, por lo que fue llevado por sus padres al Hospital de Constitución donde fue ingresado al servicio de urgencia a las 12:30 horas, siendo atendido por un paramédico que dio como diagnóstico probable “emesis y estado viral” y le prescribió un supositorio de dipirona, en caso de urgencia, y media tableta cada seis horas de hidróxido de aluminio y un régimen liviano. El mismo día, como el menor continuaba con vómitos, fue nuevamente trasladado al establecimiento hospitalario y admitido en urgencia a las 23:30 horas; y como su madre exigió reiteradamente que fuera atendida por un médico, el paramédico hizo llamar al médico de turno y le señaló el diagnóstico del niño y que los padres insistían en su presencia, respondiendo el médico que a esa hora no iría y que continuara con el mismo tratamiento. Ante dicha negativa los padres del menor concurren con éste, en brazos, a la casa del médico de turno ubicada frente al hospital para que lo atendiera. Se les contestó que a esa hora no podía atenderlo y no lo examinó. A las 04:00 horas de esa madrugada el menor falleció a causa de deshidratación aguda, producto de vómitos profusos ocasionados por un cuadro de obstrucción intestinal a raíz de una torsión intestinal al guiarse el intestino sobre el eje del divertículo de Meckel (resto embrionario), vestigio del conducto onfalomecentérico.

El día 21 de mayo el Servicio de Urgencia del Hospital de Constitución funcionó con el sistema de turnos de llamada.

¹⁴ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XCVI, año 1999. N° 1. Enero-Abril.

Se estableció, además, como consecuencia de las diversas pericias médico legales, incluso el servicio Médico Legal de Santiago, que la obstrucción intestinal del niño se pudo pronosticar con un examen clínico a tiempo y que existió la posibilidad de que un tratamiento precoz y apropiado hubiere evitado su muerte. Dicho tratamiento, se dijo, se inicia con una hidratación endovenosa, instalación de una sonda gástrica o intestinal por vía nasal y luego, según evolución, finaliza con una intervención quirúrgica.

Se estimó por nuestros tribunales que el médico omitió culposamente su deber de concurrir al llamado y cuidado del paciente, encontrándose de turno, por lo que se le consideró autor del cuasidelito de homicidio del menor, condenándosele a una pena de trescientos días de reclusión menor en su grado mínimo, accesoria correspondiente y a una indemnización de \$ 20.000.000.