

NORMA DE CUIDADO Y ANÁLISIS DOGMÁTICO DE UN CASO DE NEGLIGENCIA MÉDICA

INTRODUCCIÓN. FALLO SELECCIONADO Y PROBLEMAS DOGMÁTICOS

El fallo que será analizado en el presente informe es una sentencia de la Corte Suprema de fecha 23 de abril de 2007, recaída sobre un recurso de casación en el fondo, mediante el cual ésta revocó la condena de 61 días de presidio menor en su grado mínimo que recaía sobre un médico en un caso por cuasidelito de lesiones simplemente graves por negligencia médica, conforme a los artículos 491 y 490 del Código Penal, declarando en su lugar, la absolución del mismo.

Los hechos dados por establecidos en la causa están reproducidos básicamente en el Considerando Quinto de la sentencia de casación en el siguiente tenor *“El día 1 de noviembre de 1996, un hombre fue intervenido de urgencia en la Unidad de Emergencia del Hospital San José, dejándole olvidada en su interior, una pinza quirúrgica, circunstancia que le provocó molestias y dolor abdominal, que impidió que sanara en tiempo y forma las lesiones descritas en el primer informe médico legal que se le practicó como graves (extendiendo el tiempo de convalecencia sin llegar a la recuperación), y requirió además de una nueva intervención quirúrgica para extraer el cuerpo extraño (con un nuevo tiempo de recuperación y cicatrización de la incisión aunque en ninguna parte se hace referencia explícita al período exacto). Por último cabe agregar que a partir de la lectura del fallo podemos extraer que el paciente había llegado hasta la Unidad de Emergencias de dicho Hospital como consecuencia de heridas cortopunzantes realizadas con un cuchillo por otro sujeto en sus cavidades abdominal y torácico, en el contexto de una riña.*

En atención a tales hechos el 20° Juzgado del Crimen de Santiago condenó al médico considerando que los hechos descritos constituyen un obrar negligente y culpable de su parte en el desempeño de su profesión, ya que es contrario a su *Lex Artis*, efectuar una operación quirúrgica de urgencia y no revisar cuidadosamente que se haya extraído del interior del paciente todo el instrumental quirúrgico empleado, lo que provocó la consecuencia inmediata y directa que el paciente no sanara las lesiones que motivaron la intervención, siendo por lo demás necesaria otra, para extraerle el cuerpo extraño, con el consiguiente nuevo período de cicatrización y recuperación. Dichas consideraciones fueron luego ratificadas por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Posteriormente la Corte Suprema en su fallo agrega otra serie de circunstancias fácticas que no habían sido dadas por establecidas en la instancia y, dado que el recurso de casación no había estimado violación alguna de las normas reguladoras de la prueba, recibió por ello serios reparos en el voto de minoría del Ministro Sr. Nibaldo Segura quien estuvo por rechazar dicho recurso. Con todo y para efectos dogmáticos y dado que fue

sobre ellas que la Corte Suprema terminó absolviendo al médico, resulta necesario reflexionar en torno a ellos. Tales hechos son: 1) que gracias a la intervención quirúrgica se le salvó la vida al paciente; 2) inexistencia de daños causados al paciente consecuencia del actuar del médico; y 3) que antes de cerrar la incisión el médico preguntó a la arsenalera si acaso faltaban elementos utilizados en la intervención a lo que ésta respondió negativamente, por lo que procedió a suturar los tejidos.

A mi juicio, las principales deficiencias que presenta el fallo en análisis están dados por la falta de exactitud en identificar cuál o cuáles son las normas de cuidado infringidas y la poca prolijidad en el tratamiento dogmático de los distintos elementos que componen el delito.

Respecto de lo primero, llama la atención de cómo los fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema concluyen en forma dispar en cuanto a si el médico había o no respetado su *Lex Artis*, lo cual deriva de que ambas realizan su análisis respecto de distintas normas de cuidado.

En efecto, mientras la primera lo hace en función del deber de *revisar cuidadosamente, de forma personal, que se hubiere extraído del interior del paciente todo el instrumental quirúrgico empleado en la intervención antes de cerrar la incisión*, la segunda lo hace respecto del deber del médico de *vigilar el correcto desempeño del trabajo de las demás personas que componen su equipo y en especial de la arsenalera*. Quiero destacar que, según mi parecer, resulta innegable que la identificación de la norma de cuidado, en casos como éste, en donde cae analizar la *Lex Artis* de una determinada actividad que no encuentra regulación específica en el Ordenamiento Jurídico, constituye ciertamente una ***cuestión de hecho***, respecto de la cual se ha de rendir prueba. Por definición un juez no conoce cuáles son las prescripciones de cuidado que la medicina impone a sus profesionales, ni mucho menos cómo éstas pueden ir variando según cada caso concreto; y aunque el juez tuviere noticias de ella, le está vedado recurrir a dicho conocimiento privado, ajeno a todo tipo de control de las partes.

Dicho lo anterior, es criticable la forma de cómo los distintos tribunales determinaron la norma de cuidado infringida: respecto de los de instancia, por su simplicidad en que ésta es “descubierta”, como si fuera *obvio* que el médico en el caso concreto se encontraba obligado a revisar personalmente que no hubieren instrumentos al interior del paciente (y nada es obvio en lo uno no conoce); y respecto del de casación que en verdad ni siquiera se pronuncia respecto de la norma de cuidado recién aludida (por lo demás ya dada por establecida como hecho por la instancia sin facultad de modificación) y discurrir sobre otra norma de cuidado, esta vez, sobre el deber de vigilancia que el médico tendría sobre el trabajo de las personas que conforman su equipo, (nuevamente sin estar facultada la Corte Suprema para ello). Veremos que de uno y otro deber se siguen consecuencias diversas.

Además el fallo presenta serias deficiencias en el tratamiento dogmático de las dificultades que presenta, lo que resulta patente cuando afirma que “...no aparece que el médico que intervino en la operación del paciente le haya causado con su actividad un mal, entendiéndose por éste, uno que le haya causado un daño, ya que no se ha podido establecer

claramente que haya actuado en su oficio con negligencia culpable...”. Es palmaria la confusión conceptual en que incurre respecto de la relación causal, imputación objetiva y culpabilidad.

Cabe indicar como problemas dogmáticos del fallo (referidos al médico) la relación de causalidad entre su conducta y los resultados lesivos; la existencia de la creación de un riesgo no permitido y jurídico-penalmente relevante; la realización de ese riesgo en el resultado y la procedencia del principio de confianza; la identificación de cuál o cuáles son las normas de cuidado infringidas y cuál o cuáles son los fines de las mismas; la determinación de la norma de cuidado como una averiguación concreta del caso en particular y como una cuestión de hecho; la exigibilidad de otra conducta a nivel de culpabilidad; cómo lo anterior puede tener incidencia en la regulación legal; y si existe necesidad de pena de acuerdo al fin preventivo general del Derecho Penal. Los mismos problemas cabe analizar y complejizar respecto de la conducta de la arsenalera e incluso del sujeto que profirió las heridas al paciente; no obstante, los problemas seleccionados versarán sólo primordialmente en lo que respecta al médico.

I. CREACIÓN DE UN RIESGO O PELIGRO NO PERMITIDO Y JURÍDICO-PENALMENTE RELEVANTE PARA EL BIEN JURÍDICO INTEGRIDAD CORPORAL Y SALUD

El problema sobre el punto se presenta en la medida que el médico por medio de su intervención logró salvar la vida del paciente, quien llegó en un gravísimo estado de salud al pabellón como consecuencia de heridas cortopunzantes que le habían sido inferidas en su tórax y abdomen por otro sujeto. Al efecto, podría ser sostenido que la conducta del médico lejos de crear un peligro para la integridad corporal y salud del paciente, lo que hizo fue salvar su vida, de manera tal que lo que hubo fue una verdadera disminución del riesgo o, cuanto menos, la sustitución de uno por otro de menor entidad.

Esto último fue planteado en el recurso de casación presentado por el abogado del imputado y luego acogido por la Corte Suprema. Así el fallo en su Considerando Sexto sostiene que la intervención quirúrgica se desarrolló “...conforme a las técnicas normales de su *lex artis*, salvando la vida del paciente, sin que exista de su parte negligencia culpable”. Mientras que posteriormente, en el Considerando Octavo afirma que la conducta del médico no es negligente, pues “...es posible concluir que realizó su labor en buena forma, salvando la vida del ofendido quien presentaba heridas vitales y graves por acción de armas blancas, además de un estado de ebriedad manifiesto...”.

A mi juicio las anteriores reflexiones de la Corte Suprema son erradas, estando determinadas fundamentalmente por la incapacidad de la misma en individualizar correctamente los deberes de cuidado del médico que tienen significación en la correcta solución dogmática del caso y en el “lugar” apropiado en que deben ser tratados en consideración a los distintos elementos del delito. Respecto de tales deberes me ocuparé en

los Números II y III de este informe por presentar en las problemáticas allí analizadas cuestiones de mayor interés. Por ahora me limitaré a afirmar la creación del riesgo.

Desde luego, una intervención quirúrgica que salva la vida de un paciente constituye una actuación que desde el punto de vista del derecho no merece ser calificada de típica, mas lo que sucede en el caso en análisis es que las lesiones e incapacidad sufridas por el paciente no son atribuidas al normal período de recuperación inherente a la misma. Si a consecuencia de ésta el paciente debe ser hospitalizado y se ve por ello impedido para trabajar, por un determinado período para la necesaria recuperación y cicatrización de las incisiones, no es posible afirmar que en tal caso haya una creación de un riesgo, por el contrario, ciertamente estamos ante una disminución de éste del todo elogiabile.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que sucede en el presente caso es algo distinto. El médico olvidó extraer una pinza desde el interior de la cavidad abdominal del paciente antes de suturar los tejidos, por lo que tiempo después y en atención a las molestias y padecimientos sufridos por éste, fue necesario una nueva operación con el correlativo período de sanación e incapacidad.

De esta manera, la pregunta no es si el médico salvó la vida del paciente. No si acaso éste se encontró en mejores condiciones después de la intervención salvadora del primero. Lo pertinente es reflexionar acerca de si **suturar la piel externa de un paciente dando por finalizada una intervención quirúrgica sin extraer previamente una pinza utilizada en la misma, desde su cavidad abdominal, ha creado o no un riesgo o peligro no permitido, de una manera jurídico-penalmente relevante, de sufrir la afectación de la integridad corporal o salud del mismo .**

Parece indiscutible que cualquier observador inteligente, con los conocimientos especiales del autor concreto y desde una perspectiva *ex ante*, consideraría que la conducta antedicha aumenta el riesgo o peligro para el bien jurídico correspondiente, es decir, aumenta los riesgos de sufrir padecimientos referidos a las molestias y complicaciones que pueda significar la presencia de un elemento extraño al interior del cuerpo, junto con aquellos derivados de la realización de una nueva intervención con el propósito de extraerlo.

Por otro lado, cabe concluir que tal riesgo o peligro, en base a una valoración político criminal, resulta jurídico-penalmente relevante, de suerte que es plenamente esperable por el Derecho Penal (bajo una consideración en abstracto y desde una perspectiva *ex ante* en el análisis de este primer punto de la imputación objetiva), que un médico en toda intervención quirúrgica, aun en una situación de urgencia, quite todos los utensilios, herramientas, apósitos, etc. que se encuentran al interior del cuerpo del paciente antes de cerrar la incisión, cualquiera sea el tamaño de ésta, en atención a las graves consecuencias que esto puede traer para la salud e integridad corporal de las personas y al fin preventivo general del mismo.

Finalmente, tampoco es correcto concluir que no exista creación del riesgo dado que en una intervención quirúrgica como la del caso en análisis, el peligro del olvido de un instrumento al interior del paciente constituye una contingencia inherente a la misma.

Pienso que discurrir de ese modo es dejar de lado la necesaria abstracción del análisis *ex ante* que debe ser realizado aquí; de modo que la solución pertinente para tal problemática ha de ser examinada consecuentemente en atención a los puntos II y III de este informe, a saber, por un lado, en lo referido a la realización del riesgo creado en el resultado y el fin de la norma de cuidado infringida y, por el otro, a nivel de culpabilidad en lo que respecta a si era exigible al médico en el caso concreto el que se determinara conforme a la norma.

II. REALIZACIÓN DEL RIESGO EN EL RESULTADO. PRINCIPIO DE CONFIANZA. NORMAS DE CUIDADO Y FIN DE PROTECCIÓN

Como lo indiqué, el análisis realizado en el fallo es deficitario en cuanto a identificar claramente los deberes de cuidado infringidos por el médico. Ello explicaría a mi juicio el hecho de que, a pesar de razonar “teóricamente en base a los mismos hechos” (cuestión claramente no respetada por el tribunal de casación) la Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema hayan llegado a conclusiones dispares. Mientras la primera sostuvo que el médico no respetó su *Lex Artis*, esta última afirmó precisamente lo contrario, a lo que cabe agregar el voto disidente del Ministro Sr. Niblado Segura quien compartió lo sostenido por los fallos de instancia.

Es por lo anterior y para un correcto análisis que conviene examinar previamente **a qué obligaba específicamente la *lex artis* al médico**. Me referiré a dos deberes distintos que recaerían sobre el médico por ser así sostenido en las sentencias de instancia y en el fallo de casación, a saber, primero, *cerciorarse personalmente de que no existan elementos extraños al interior del cuerpo antes de cerrar la incisión y quitarlos en caso de que existan*; y segundo, *supervisar el trabajo de las personas que componen su equipo médico, especialmente el de la arsenalera*.

La identificación de ambos deberes resulta relevante en la medida que el abogado del médico sostuvo en su recurso de casación en el fondo que éste cerró la incisión dado que la arsenalera le indicó que tenía todos utensilios usados en la intervención, es decir, no faltaba ninguno, por lo que mal podría haber pensado que uno de ellos se encontraba aún al interior del paciente.

El fallo de la Corte Suprema recoge la anterior alegación y lo hace de una manera que reviste mucho interés desde el punto de vista dogmático. Sin ser así de explícito, es posible reconstruir sus razonamientos de la siguiente manera: El médico está invocando a su favor la aplicación del *principio de confianza*¹, en virtud del cual y dada la especificidad de la labor de cada uno de los intervinientes en la operación y su consecuente división del trabajo, éste se encontraba en condiciones de confiar en el de los demás, razón por la que el resultado lesivo que se produjo ha de ser atribuido a la arsenalera, al señalar que no faltaban instrumentos, y no a su conducta, a pesar de ser creadora de un riesgo no permitido y jurídico penalmente relevante como ya se indicó en el punto I del presente informe. En otras palabras, analizado ahora el resultado lesivo concreto desde una perspectiva *ex post*, sería posible estimar que éste se produjo, no como efecto de la plasmación del peligro

creado por el médico, sino sólo en conexión causal con el mismo, cuestión insuficiente para estimar su conducta como típica.

No obstante, el anterior razonamiento choca con una dificultad, pues se ha sostenido que el principio de confianza debe retroceder cuando quien lo invoca posee especiales deberes de vigilancia u otras misiones de control respecto de aquél en quien dice confiar². Lo anterior es lógico, ¿cuánto podría confiar un individuo en el trabajo de otro si él mismo está llamado a vigilar a este último? La Corte Suprema se hace cargo de ello, aunque no de un modo directo, pero sí realizando una construcción argumentativa que me parece correcta. Primero, afirma en abstracto el deber de vigilancia del médico respecto de su equipo como jefe y responsable de la intervención, para luego, dadas las circunstancias concretas del caso, excluir dicho deber y favorecerlo con el principio de confianza. Así, aduce que la complejidad de la intervención, el contexto en que ésta se da y los riesgos ciertos en que se encontraba el paciente de fallecer, no le permitían vigilar de un modo *normal* el trabajo de la arsenalera, so peligro de descuidar el suyo y con ello disminuir las posibilidades de realizar una intervención exitosa y salvar la vida del paciente.

Existe empero a mi juicio cierta pobreza en la determinación de los elementos fácticos sobre los cuales la Corte Suprema llega a dicha conclusión, pues pareciera seguirse de la misma que en un pabellón de urgencias casi nunca el médico cirujano que realiza la intervención tendría deberes de vigilancia respecto de su equipo, lo que según mi parecer no es razonable ni conveniente. Sin perjuicio de lo anterior, considero correcto el razonamiento, mas éste no se hace cargo de todos los deberes de cuidado del médico.

Es cierto que, dadas las circunstancias concretas del caso, disminuye su deber de vigilancia pudiendo invocar el principio de confianza a su favor, respecto de la actuación de la arsenalera, pero *¿qué ocurre con su propio deber de cerciorarse de que no existan elementos extraños al interior del cuerpo del paciente antes de suturar?* Respecto de éste, según mi parecer, no cabe ahora analizar si acaso éste desaparece o disminuye por la dificultad de la intervención al modo del deber de vigilancia, pues al referirse aquél a una actividad que directamente debía ser desarrollada por el médico, nada tiene que ver el principio de confianza y constituye por tanto un juicio que ha de ser realizado a nivel de *culpabilidad*, en el sentido de si le era exigible o no el comportamiento de acuerdo a la norma de cuidado como se verá en el punto III de este informe. Por lo demás y parafraseando a Martínez Escamilla, aunque esta autora lo hace respecto de la influencia de una eventual culpa por parte de la víctima, considero igualmente aplicable su pensamiento a la conducta de la arsenalera, en el sentido de que *dado que la norma infringida por el médico tiene por objeto neutralizar el riesgo derivado precisamente de una eventual imprudencia de ésta, entonces habrá necesariamente que afirmar la realización de su creación de riesgo en el resultado lesivo sin que en virtud de la culpa de ella pueda degradarse la de aquél*³.

Lo anterior aparece reafirmado al analizar si acaso existe una relación de riesgo entre la infracción del deber de cuidado del médico y el resultado lesivo en el paciente. En este sentido cabe afirmar que el hecho de que el médico haya cerrado el cuerpo de aquél sin cerciorarse personalmente de que no existían cuerpos extraños al interior del mismo, sin duda aumentó de un modo jurídicamente desaprobado las posibilidades de que se produjera

un resultado tal y como se produjo. Ciertamente, el fin de la norma de cuidado que le impone al médico cirujano a cargo de una intervención el deber de revisar que no hayan elementos quirúrgicos al interior del cuerpo del paciente antes de suturar los tejidos, tiene por objeto evitar las complicaciones y padecimientos que pueda traer aparejado un elemento extraño al interior del cuerpo del paciente para su salud e integridad corporal, evitando así consiguientemente además una nueva operación con el propósito de extraerlo y el consustancial nuevo período de recuperación. En otras palabras, son precisamente esos padecimientos los que la norma de cuidado, primero tiene la aptitud general de reducir y, segundo, quiere efectivamente evitar⁴. Ahora bien, si dadas las particularidades del caso, aquello era exigible o no al médico, es un juicio que se relaciona con la culpabilidad y no con la tipicidad de la conducta.

III. CULPABILIDAD. NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA, FINES Y DETERMINACIÓN DE LA PENA Y CÓDIGO PENAL

La culpabilidad se ha entendido como “*el último requisito indispensable para la imposición de la pena y a la vez la medida de la misma en tanto establecería el límite máximo de la sanción penal*”⁵. Como se aprecia, la culpabilidad constituye ciertamente una garantía individual, que a pesar de no estar expresamente recogida en nuestra Constitución Política de la República, necesariamente emana de todo Estado Democrático de Derecho respetuoso de los Derechos Humanos, configurando de esta manera un límite al ejercicio de la soberanía y, por ende, del poder punitivo estatal⁶. De esta manera, no basta para la imposición de una pena el hecho de haber cometido un injusto, sino que es necesario además que el agente sea *imputable*, que este *conozca la antijuridicidad del hecho* y que se haya *encontrado en la posibilidad real de comportarse conforme a los requerimientos de la norma*. El problema en el presente caso se plantea en este último sentido de la culpabilidad, es decir, respecto de la *(in)exigibilidad de otra conducta*. En otras palabras, toca ahora analizar si el mandato general de cuidado y previsión de la norma pudo ser cumplido por el médico dado el contexto, en el entendido de que si no se le puede reprochar a éste que hubiere actuado de otro modo, entonces, desaparece necesariamente la culpabilidad, por lo que se deberá analizar la especial dificultad de la situación en que se vio envuelto en su afán de salvar la vida del paciente.

De lo anterior se ocupa la sentencia en estudio al afirmar en el Considerando Cuarto que la intervención quirúrgica no fue una operación sencilla, dado que el paciente al ingresar al pabellón presentaba “...*múltiples heridas en su intestino, producto de heridas cortopunzantes de carácter graves, que comprometieron órganos vitales internos, torácicos y abdominales, que hacían necesaria una inmediata intervención para salvar su vida, y luego de la utilización de una gran cantidad de pinzas quirúrgicas, dada la premura en aras del bien superior que era evitar la muerte del paciente, quedó olvidada una de ellas al interior del cuerpo del ofendido...*”. Con posterioridad, aunque de manera confusa y desordenada, inquiera, en el Considerando Séptimo, si acaso realmente el médico pudo efectuar las acciones con mayor cuidado. No obstante, como lo indiqué, y erróneamente a mi juicio, el fallo extravía el rumbo y responde dicha inquietud en base al *deber de*

vigilancia que el médico tenía respecto de la arsenalera excluyendo de su parte un actuar negligente y por ende la tipicidad de la conducta.

Examinaré ahora la relevancia que podrían tener las consideraciones apuntadas a nivel de la culpabilidad, afirmada ya la tipicidad culposa de la conducta del médico en base al deber de cerciorarse personalmente de que no existían elementos extraños al interior del paciente antes de suturar los tejidos, para luego examinar cómo puede ser ello recogido por nuestra legislación positiva.

En el caso no se presentan cuestionamientos relativos a que el médico realizador del injusto se encontraba por debajo del baremo del *hombre medio*, por lo que, siguiendo las reflexiones del profesor Mera⁷, no constituye un atentado en contra del necesario criterio individualizador del análisis de la culpabilidad recurrir a dicha figura con el objeto de *excluir*la; es decir, si el médico se comportó de un modo razonable, si realizó las actividades que en este caso cualquier médico promedio habría realizado, dadas las circunstancias del caso, entonces cabe excluir a su respecto la culpabilidad.

Entonces, dada la especial situación de complejidad ¿Podía el médico haber realizado la conducta que la norma de cuidado esperaba que hiciera? ¿el *hombre medio* (más bien el “*médico cirujano de urgencia medio*”) habría realizado lo mismo en su lugar? Entiendo que sobre el punto faltan mayores precisiones acerca de hechos concretos sobre los cuales excluir la culpabilidad, los que no se encuentran probados en el fallo. En efecto, no resulta indiferente poder conocer circunstancias tales como el tamaño de la pinza olvidada; el lugar exacto en que ésta se alojó; si existía la posibilidad de que el médico la pudiera ver a simple vista, sin condicionar el éxito de la intervención; si efectivamente persistían las complejidades del cuadro clínico del paciente una vez que el médico ya había realizado todo su trabajo al interior del cuerpo y faltaba sólo suturar la incisión o herida; cuánto tiempo duró la intervención y en qué consistió concretamente; saber si el cierre de la piel se hizo todo de una sola vez o fue necesario efectuarlo por partes; con qué instrumental contaba el médico y de qué forma éste lo podría haber ayudado, etc.

De acuerdo a lo anterior y de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 del Código Penal, precepto que, al presumir la *voluntariedad* de la conducta no se está refiriendo al dolo como se pensó otrora, sino que, corresponde a una verdadera *presunción de culpabilidad*⁸, considero que el mérito de los hechos probados en la causa no son suficientes para destruir la presunción antedicha.

Con todo, cabe preguntar, por tener efectos prácticos en el presente caso como se verá, de qué manera podría ser recogido por nuestro Código Penal el hecho de que le fuera inexigible al médico haberse comportado conforme al deber de cuidado. Al respecto existe la tentación de entender a la culpabilidad como un elemento especial del tipo del artículo 491 del Código Penal, al exigir éste para configurar el cuasidelito en cuestión que haya *negligencia culpable*, de manera que si no concurrían todos los elementos de la misma, entonces simplemente no habría conducta típica. Esa pareciera ser la solución entregada por el fallo cuando en el Considerando Quinto desglosa las exigencias descritas en el precepto citado, concluyendo con posterioridad que justamente no hay delito al no haber negligencia culpable. No obstante, dicha idea debe ser desechada por dos razones. Primero, porque

ciertamente confunde tipicidad con culpabilidad y el hecho de que el precepto requiera de esta última, carece de importancia toda vez que siempre en todo delito se ha de satisfacer dicho elemento, como garantía básica en un Estado de Derecho; y segundo, porque tal alternativa plantea el inconveniente de no permitir una *atenuación* de la pena, vía artículo 11 N° 1 del Código Penal, en casos en que no fuera posible la exculpación (total).

De esta suerte y compartiendo la opinión del profesor Mera⁹, quien basándose en los requerimientos de un Estado Democrático de Derecho, respetuoso de los Derechos Humanos, la solución correcta estaría dada por reconocer en la *fuerza moral irresistible* un efecto extensivo a fin de entenderla como una causal genérica de exculpación comprensiva de todos los supuestos de no exigibilidad de otra conducta, lo que plantea a su vez la ventaja de no acudir innecesariamente a causales supralegales de exculpación. De esta forma, a pesar de no reconocer efecto exculpante al contexto en que el médico desarrolló su injusto culposo, me parece obligatorio reconocer que aquello tiene interés para efectos de admitir la concurrencia de la *atenuante* del artículo 11 N° 1 del Código Penal, como una exculpante incompleta. Por ser ajeno al objeto de este trabajo no cabe analizar ahora las particularidades de dicho precepto.

¹ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Editorial Civitas. p. 1004.

² ROXIN, Claus. Op cit., p. 1006.

³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. La Imputación Objetiva del Resultado. Edersa, p. 309.

⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. Op. cit., pp. 284 y siguientes.

⁵ CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 391.

⁶ MERA FIGUEROA, Jorge. Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Lexisnexis, p. 160.

⁷ MERA FIGUEROA, Jorge. Op cit., p. 173.

⁸ Dado que únicamente un comportamiento es voluntario en la medida que exista libertad para actuar, lo que a su vez supone que el individuo conozca la (anti)juridicidad de su comportamiento, quien por lo mismo previamente ha de ser imputable. En el mismo sentido Politoff (POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Derecho Penal, Tomo I, Editorial Jurídica Conosur. p. 445) llama la atención en el hecho de que los elementos de la culpabilidad sean expresados normalmente en sentido negativo (que *no* hayan causales inimputabilidad, que *no* exista un error de prohibición y que *no* haya una causal de no exigibilidad de otra conducta) dado que el juez no es el llamado a averiguar tales circunstancias, las que se dan por supuestas en tanto no se haya demostrado lo contrario. Lo anterior refuerza sin duda la correcta lectura del inciso segundo del artículo 1 del Código Penal.

⁹ MERA FIGUEROA, Jorge. Op cit., p. 120. En el mismo sentido CURY URZÚA, Enrique. Op. cit., pp. 456 y 457.

BIBLIOGRAFÍA

1. CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal Parte General. Ediciones Universidad Católica de Chile.
2. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. La Imputación Objetiva del Resultado. Edersa.
3. MERA FIGUEROA, Jorge. Derechos Humanos en el Derecho Penal Chileno. Lexisnexis.
4. POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio. Derecho Penal, Tomo I, Editorial Jurídica Conosur.
5. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Editorial.

Santiago, veintitrés de abril de dos mil siete.

VISTOS:

En esta causa criminal rol N° 44.394 del Vigésimo Juzgado del Crimen de Santiago, se dictó a fojas 260 y siguientes, con fecha 23 de abril de 2002, sentencia de primera instancia en la que se condenó a JORGE ANTONIO SABAT SABAG a sufrir la pena de sesenta y un días de reclusión menor en su grado mínimo, accesorias legales pertinentes, y al pago de las costas del juicio, por su responsabilidad en calidad de autor del cuasidelito de negligencia médica en la persona de Luis Rebolledo Olivares ocurrido el 1 de noviembre de 1996, favoreciéndolo con la remisión condicional de la pena, fijando en un año el tiempo de control y vigilancia ante Gendarmería de Chile. En la parte civil, se acogió la demanda de indemnización de perjuicios de fojas 198, en lo que respecta al daño moral, debiendo el acusado pagar al actor la suma de \$5.000.000.- (cinco millones de pesos), mas los reajustes e intereses que se consideran en el mismo fallo. Al mismo tiempo, la misma sentencia se absolvió a Maclovia del Carmen Landskron Mayorga, del cargo de ser autora del mismo cuasidelito anterior, y consecuentemente rechazó la demanda civil dirigida en su

contra. Apelada la sentencia anterior por la defensa del sentenciado a fojas 270, y por el ofendido a fojas 277, evacuado que fuera el informe del Ministerio Público Judicial a fojas 283, la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 2 de noviembre de 2006, escrita a fojas 309, la confirmó en todas sus partes. En contra de esta sentencia recurrió de casación en el fondo a fojas 310 por el encausado Sabat Sabag.

Concedido el recurso, se ordenó traer los autos en relación a fojas 320.

CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el recurso de casación en el fondo que se ha interpuesto en representación del sentenciado Sabat Sabag, se ha basado exclusivamente en la causal del número 3 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, esto es, en que la sentencia, califique como delito un hecho que la ley no pena como tal.

SEGUNDO: Que alega al efecto, que desde un punto de vista doctrinario, no se debe dejar de considerar la lex artis ad-hoc en reserva, según la cual, el profesional podrá destruir la prueba que estime su actuar como negligente o imprudente, acreditando las razones o circunstancias ajenas o impredecibles para su actividad normal. Mas adelante, se sostiene la ausencia del elemento contenido en el artículo 491 del Código Penal, consistente en "causar mal a las personas?", que constituye un elemento normativo del tipo, cuyo contenido debe ser llenado desde un punto de vista del ordenamiento jurídico en general, y del caso resulta que se logró acreditar de la investigación que la cirugía del paciente Luis Rebolledo, fue realizada a raíz de una agresión sufrida el 01 de noviembre de 1996, las que comprometían sus órganos vitales, la que estuvo bien hecha y le salvó la vida, transcurriendo sin mayores incidentes. Y si bien el dejar una pieza quirúrgica en el interior del paciente implica una omisión de un deber de cuidado en el acto operatorio, sus consecuencias son vagas e inespecíficas, y luego de su extracción, no quedó secuela alguna; conforme se desprende de los antecedentes de fojas 12, 147 y 153.

TERCERO: Que, también se descarta la presencia del elemento denominado

¿imprudencia temeraria?, del artículo 490 del Código Penal, transcribiendo el considerando séptimo del fallo del a quo, que dice relación con las declaraciones de la arsenalera que resultó absuelta en esta sentencia, de lo cual concluye que no fue temerario el actuar del médico, que incluso salvó la vida del paciente, máxime si al dar por terminada la operación la otra acusada expresó que no faltaba ningún instrumento. Finalmente, de un punto de vista que denomina de ¿derecho propiamente tal?, añade que no existe mal causado o daño, toda vez que no quedaron secuelas en el ofendido, por ello es que de ser analizadas en forma detenida las diferentes pruebas rendidas, se debió llegar a la conclusión que no se daban los elementos del tipo penal del artículo 490 y 491 del texto punitivo nacional, y el único escenario que correspondía era dictar sentencia absolutoria.

CUARTO: Que, para poder acoger el recurso por la causal invocada referida al número 3 del artículo 546 del Código de Procedimiento Penal, sin que sea necesario alterar los hechos establecidos en la sentencia desde que éstos han quedado fijados en forma inamovible -no se ha reclamado de ello, para lo cual era del todo necesario esgrimir la causal séptima del mismo artículo-, sólo podría prosperar el libelo, siempre y cuando la descripción que se realiza al respecto en el fallo atacado no se encuadre en el tipo penal aplicado al respecto.

QUINTO: Que, se ha considerado acreditado en el razonamiento tercero de la sentencia de primera instancia, reproducido por la que se analiza de segundo grado, que: ¿el 1 de noviembre de 1996, un hombre fue intervenido de urgencia en la Unidad de Emergencia del Hospital San José, dejándole olvidada en su interior, una pinza quirúrgica, circunstancia que le provocó molestias y dolor abdominal, que impidió que sanara en tiempo y forma las lesiones descritas en el primer informe médico legal, que se le practicó como graves, y requirió de una nueva intervención quirúrgica para extraer el cuerpo extraño.¿

SEXTO: Que, de la descripción anterior no se concluye en los términos que exige el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal -esto es, que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley-, toda vez que no se configura una negligencia culpable en el desempeño de su función por parte del médico acusado, ni se detecta ilicitud en su acción, pues desarrolló la intervención quirúrgica con motivo de urgencia, conforme a las técnicas normales de su *lex artis* salvando la vida del paciente, sin que exista de su parte negligencia culpable, y la presencia del cuerpo extraño que fue posteriormente retirado de su cuerpo formó parte de la contingencia del acto operatorio, lo que hace imposible que el presente recurso pueda prosperar. Por estas consideraciones, y visto además lo prescrito en los artículos 785 del Código de Procedimiento Civil, 535, 546 N° 3 y 547 del Código de Procedimiento Penal, se resuelve: Que se **acoge el recurso de casación en el fondo** interpuesto en lo principal de fojas 310 y siguientes, por el abogado Carlos Castro Vargas, en representación del acusado Jorge Sabat Sabag, en contra de la sentencia de dos de noviembre de dos mil seis, escrita a fojas 309, la cual es nula y que se reemplaza por la que se dicta acto continuo y sin nueva vista, pero

separadamente.

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Segura quien fue del parecer de rechazar el recurso de casación en el fondo intentado en autos conforme los siguientes fundamentos:

1º).- Que ha de tenerse en consideración, como se consigna en el motivo tercero del fallo reproducido de primera instancia, que son hechos de la causa los que esta sentencia reproduce y que se consideran expresamente en esta parte.

2º).- Que conforme lo expuesto, la causal de nulidad invocada por el recurrente, se construye, a lo menos en parte, sobre la base de hechos no establecidos por los tribunales de instancia. En efecto, la conclusión a la que arriba el recurrente, en cuanto a que gracias a la intervención quirúrgica se le salvó la vida al afectado, que la pieza olvidada en su interior no le causó consecuencias graves, e indirectamente que, la responsable de todo sería la encargada del manejo del mismo instrumental que no lo contabilizó, además de la ausencia de mal, imprudencia temeraria y la inexistencia de daño, no están determinados como hechos de la causa.

3º).- Que, la única posibilidad que éste tribunal de casación tiene para modificarlos, es por medio de la alegación de infracción a las leyes reguladoras de la prueba con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, siendo imprescindible en un recurso de derecho estricto como el de autos, alegar la concurrencia de la causal de casación contemplada en el artículo 546 N° 7 del Código de Procedimiento Penal, pues sólo si ella se configura será posible modificarlos, lo que no hizo el recurrente.

4º).- Que en opinión del disidente la calificación jurídica de los hechos establecidos por los jueces del fondo se encuentra ajustada a derecho, en cuanto ellos son constitutivos de un cuasidelito de negligencia médica de los artículos 490 y 491 del texto penal, respecto del acusado de autos, ya que tal como lo señaló el motivo cuarto, del fallo del a quo: ?? el hecho descrito en el considerando anterior constituye un obrar negligente, culpable, en el desempeño de la profesión de médico cirujano, ya que es contrario a la Lex Artis efectuar una operación quirúrgica de urgencia y no revisar cuidadosamente que se hayan extraído del interior del paciente, todo el instrumental quirúrgico empleado, omisión de tal naturaleza que fue consecuencia inmediata y directa que el paciente no sanara de las lesiones que motivaron la intervención, siendo necesaria otra, para extraerle el cuerpo extraño?.

5º).- Que, mas adelante, en la parte final del considerando octavo, se concluye que la tutela del acto quirúrgico queda entregada en forma exclusiva al médico, quien dirige la cooperación e intervención del equipo médico, y en éste caso debe destacarse que la única conducta que provocó el resultado dañoso en el ofendido fue precisa e individualmente la de introducir la pinza quirúrgica en el cuerpo del ofendido, actividad desplegada exclusivamente por el médico acusado, quien la dejó olvidada en el interior de su paciente, de todo lo cual se concluye que el responsable del actuar negligente e imprudente, en directa relación de causalidad con el mal causado es la conducta de Jorge Sabat Sabag, motivos más que suficientes para condenarlo, atento lo dispuesto en los artículo 490 y 491 del Código Penal.

Regístrese.

Redacción del Ministro Sr. Nivaldo Segura Peña.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nibaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. José Fernández R. No firma el Ministro Sr. Ballesteros, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.

Recurso 6585/2006 - Resolución: 9402 - Secretaría: UNICA

Santiago, veintitrés de abril de dos mil siete. En cumplimiento de lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por disposición del artículo 535 del Código de Procedimiento Penal, se dicta a continuación la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus reflexiones cuarta, sexta, el párrafo tercero del considerando octavo, desde la palabra ?Finalmente? hasta la expresión ?una segunda operación?, undécima; duodécima; décimo tercera; décimo cuarta, décimo quinta, vigésima, y vigésimo primera, que se eliminan; como asimismo las citas legales del fallo. Se reproducen asimismo, las consideraciones de la sentencia de casación que antecede, que dicen relación con el asunto debatido; y teniendo, además, presente, lo siguiente:

PRIMERO: Que de conformidad con las probanzas que se han indicado en el raciocinio segundo de la sentencia de primer grado, analizadas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 488 del Código de Procedimiento Penal, de donde se construyen los hechos señalados en el tercero de la misma sentencia, los que no pueden considerarse como constitutivos del cuasidelito de homicidio que se describe en el artículo 491 del Código Penal, esto es, específicamente aquel cometido por ?el médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión?? Estos ilícitos son castigados con las penas que se señalan en el artículo 490 del mismo cuerpo legal.

SEGUNDO: Que, tal como ha señalado el acusado Sabat Sabag y como se consigna en el acápite quinto del fallo de la instancia, ha reconocido que el día de los hechos siendo el médico de turno del servicio de urgencia, ingresando un paciente con diagnóstico de ebriedad, con herida penetrante torácico derecha complicada y herida penetrante abdominal complicada causadas por arma blanca, en condiciones graves. Y que si bien la colocación de las pinzas las efectuó él y su ayudante, su manejo corresponde a la arsenalera encargada de la mesa quirúrgica, cuya labor es conocer el instrumental, la cantidad y efectuar el recuento posterior, armando las respectivas cajas. En lo que respecta al paciente, sostiene que evolucionó en buenas condiciones, sin

evidencia de complicación del punto de vista abdominal, por lo cual fue dado de alta.

TERCERO: Que, de lo anterior, y en relación a los hechos reseñados en la sentencia de primer grado que se revisa, no es posible estimar, conforme a los parámetros del artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, que el encausado Sabat Sabag haya cometido un cuasidelito por negligencia médica, ni que tenga una participación culpable y penada por la ley en el ilícito que se investiga. En efecto, tal como se ha descrito en la reflexión que antecede, si bien la participación del encartado en los hechos investigados, *desde el punto de vista objetivo de la conducta* es clara desde que como médico de turno de urgencia del Hospital San José utilizó como instrumental una serie de pinzas quirúrgicas, quedando una de ellas en el interior del cuerpo del querellante, pero debe analizarse también desde el punto de vista subjetivo, y para ello se hace necesario examinar el contexto en que ocurrieron.

CUARTO: Que, la intervención quirúrgica realizada no fue una operación sencilla. En efecto hay antecedentes suficientes para concluir que el paciente ingresó a las 04.10 horas del 1 de noviembre de 1996, con múltiples heridas en su intestino, producto de heridas cortopunzantes de carácter graves, que comprometieron órganos vitales internos torácicos y abdominales, que hacían necesaria una inmediata intervención para salvar su vida, y luego de la utilización de gran cantidad de pinzas quirúrgicas, dada la premura en aras del bien superior que era evitar la muerte del paciente, quedó olvidada una de ellas al interior del cuerpo del ofendido, por lo cual fue necesario realizar una intervención con fecha 2 de marzo de 1998 para que fuera extraída, sin consecuencias posteriores para la salud del afectado.

QUINTO: Que la actividad médica, siendo una materia de gran complejidad, sin embargo en nuestra legislación tiene una normativa casi inexistente, por lo que la doctrina se ha encargado de establecer principios fundamentales que han iluminado la jurisprudencia que poco a poco se ha ido desarrollando a su respecto. Para que pueda haber responsabilidad en estos casos como el que se estudia, es necesario tener comprobados los siguientes requisitos copulativos:

1. Que el autor sea un médico y que su actuar haya sido en el ejercicio de la profesión.
2. Que la acción del médico haya producido un mal en la persona del paciente.
3. Que el médico haya actuado con negligencia culpable, y,
4. Que exista relación de causalidad entre el acto culposo y el daño resultante.

SEXTO: Que en autos se encuentran comprobados los dos primeros requisitos y el cuarto. En efecto, el encartado es un médico que ejerce la profesión en virtud de título profesional que lo habilita para ejercer la medicina y el paciente ha resultado afectado con la presencia de un objeto extraño en el interior de su cuerpo, como directa consecuencia de la intervención del médico.

SEPTIMO: Que, el tercer requisito enumerado debe ser analizado con mayor detención. Los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para diagnosticar el mal y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curarlo. En otra forma, el acto médico tiene como presupuesto que se realiza de modo debido, de la manera como se indica según la *lex artis*. El médico no debe olvidarse de la norma de cuidado que

pesa sobre su acción y, por tanto, la infracción de la lex artis es el fundamento de la culpa médica. El profesional debe haber actuado culpablemente, es decir, de no haber sabido manejar los procesos médicos. Es por eso que debemos llegar a establecer si efectivamente el médico pudo efectuar las acciones con mayor cuidado y si su actuar ha sido negligente y culpable.

OCTAVO: Que en el caso de autos no se ha comprobado que el médico acusado haya actuado con impericia y tampoco con negligencia. Al decir de Etcheberry, la negligencia se traduce en una falta de actividad: se pudo haber evitado el resultado desplegando más actividad que la desarrollada. ¿La inactividad no ha creado el riesgo pero la actividad pudo haberlo evitado?.

(Alfredo Etcheberry, Derecho Penal, tomo I, página 319, Editorial Jurídica de Chile, 2004.) Por el contrario, de los antecedentes reunidos en autos es posible concluir que realizó su labor en buena forma, salvando la vida del ofendido quien presentaba heridas vitales y graves, por acción de armas blancas, además de un estado de ebriedad manifiesto. No siendo posible que en medio de una intervención quirúrgica complicada en la labor del médico, su trabajo también deba ser de supervigilancia de cada uno de los actos de las demás personas que intervengan en el proceso médico que se lleva a cabo.

NOVENO: Que de los hechos que se han dado por establecidos en la sentencia no aparece que el médico que intervino en la operación del paciente le haya causado con su actividad un mal, entendiéndose por este uno que le haya causado un daño, ya que no se ha podido establecer claramente que haya actuado en su oficio con negligencia culpable, sino que, por el contrario su actuar se ha debido a un accidente causado por la negligencia de otra persona diferente.

DECIMO: Que, conforme se ha razonado de los planteamientos anteriores, habrá de dictarse sentencia absolutoria respecto del encausado Sabat Sabag.

UNDECIMO: Que, el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal, expresa que nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley.

DUODECIMO: Que, al no existir responsable penal en la presente investigación, carece de todo fundamento la condena civil del acusado de autos, toda vez que sólo en el evento de que alguien cometa un hecho ilícito y éste se encuentra en relación de causalidad con el daño provocado, deberá ser indemnizado; por lo que no existiendo en el presente caso un autor culpable, consecuentemente la demanda civil deberá ser rechazada. Por estas consideraciones, disintiendo de lo dictaminado por el Ministerio Público Judicial a fojas 283, y visto además lo dispuesto por los artículos 514, 526 y 527 del Código de Procedimiento Penal, se declara:

a.- Se **revoca** la sentencia apelada de veintitrés de abril de dos mil dos, escrita a fojas 260 y siguientes, sólo en aquella parte que condena al procesado Jorge Antonio Sabat Sabag, y se declara en su lugar, que **se le absuelve** de los cargos criminales formulados en la acusación judicial dictada en su contra a fojas 197, de ser autor del cuasidelito de lesiones previsto y sancionado en el artículo 491 del Código Penal, y,

b.- Se **revoca** asimismo la misma sentencia, en la parte que acogió la

demanda civil interpuesta por Luis Rebolledo Olivares a fojas 198, y en su lugar se declara, que la referida acción indemnizatoria **queda rechazada** en todas sus partes, sin costas por estimar que el demandante tuvo motivos plausibles para litigar. Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Segura quien fue del parecer de confirmar en todas sus partes el referido fallo, teniendo para ello presente además de las consideraciones del mismo fallo, las razonamientos esgrimidos para rechazar el recurso de casación que motivó la presente vista. Regístrese y devuélvase. Redacción del Ministro don Nivaldo Segura Peña. Rol N° 6585-06.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Alberto Chaigneau del C., Nivaldo Segura P., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Sr. José Fernández R. No firma el Ministro Sr. Ballesteros, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

0Autoriza el Secretario de esta Corte Suprema don Carlos Meneses Pizarro.