

## TIPOS PENALES APLICABLES A LA ACTIVIDAD MEDICA

*Prof. Alfredo Etcheberry*

Hemos tenido la oportunidad de examinar los conceptos fundamentales sobre los cuales se asienta el problema de la responsabilidad médica en la legislación universal y particularmente en la legislación chilena. Responsabilidad penal, se advertía en esa exposición, es la obligación que la persona tiene de aceptar o someterse a las consecuencias que las leyes establecen en virtud de la realización de determinados hechos propios, y aunque existen otras clases de responsabilidades ante la ley, básicamente las dos que nos interesan para la exposición de esta tarde son la responsabilidad civil y la responsabilidad penal.

La llamada responsabilidad *civil* tiene un carácter básicamente reparativo o indemnizatorio. La obligación fundamental en que esta responsabilidad consiste es la de reparar un daño que se ha causado. Si es posible, repararlo en identidad, en especie, esto es, restablecer las cosas al estado en que se encontraban antes de que se causara el daño. Si esto es imposible, porque el daño causado no puede ser reparado de manera de volver al estado anterior, la reparación se hace por equivalencia, lo que significa en último término el dinero. La evaluación o la estimación será por supuesto siempre imperfecta, pero dentro de la limitación de los recursos humanos no puede encontrar la ley otra manera mejor de la reparación del daño causado —repito— la reparación en especie o el restablecimiento del equilibrio se ha hecho imposible. ¿Cuáles son los elementos, las bases sobre las cuales se asienta la responsabilidad civil? Primero, que se realice un hecho o que se incurra en una omisión que cause daño a otro, en su persona, en sus bienes o en otro derecho. Segundo, que no se esté autorizado para realizarla. Hay situaciones en que la ley autoriza o justifica expresamente la realización de un daño en la persona o en los bienes de otro. Y en tercer término, que la acción o la omisión se hayan realizado con culpa o con dolo. Ya les explicaba el profesor Künsemüller que hay dolo cuando el sujeto se propone determinadamente lograr el resultado que la ley no quiere, el resultado dañoso, o por lo menos, aunque no lo busque directamente, lo prevé como probable o posible de ocurrir y lo acepta. Esta posibilidad lo deja indiferente: obra de todos modos.

La otra forma es la culpa; cuando el sujeto infringe un deber de cuidado, no se representa la posibilidad de que el resultado se produzca, o si se la representa actúa confiando en poder evitar ese resultado. La culpa de la cual nos vamos a ocupar primordialmente en el día de hoy tiene básicamente dos formas. La ley considera otras, pero no pueden en el fondo sino reducirse a dos: la *imprudencia*, cuando el sujeto con su actuación crea un riesgo o aumenta el riesgo ya existente, y la *negligencia*, cuando se omiten los actos necesarios para prevenir o neutralizar el riesgo. Se ha dicho en una fórmula muy acertada y fácil de retener que en general el sujeto que obra con imprudencia hace más de lo que debería hacer, y el sujeto que actúa con negligencia hace menos de lo que estaba obligado a hacer. Cuando se reúnen estos tres elementos, un hecho que ha causado daño, que no estaba autorizado por la ley y que se rea-

lizaba con culpa o dolo, la consecuencia es una sola: la obligación de indemnizar, la que es igual, sea que se haya obrado con dolo o con culpa. El monto o magnitud de la indemnización depende sólo de la extensión del daño, no del dolo o culpa. Una característica importante de la responsabilidad civil es que se responde por los hechos propios, pero excepcionalmente cuando una disposición legal así lo establece puede también responderse por hechos ajenos, particularmente por los hechos de las personas que se encuentran al cuidado o bajo la vigilancia de otros.

En la responsabilidad *penal*, por el contrario, la consecuencia de la acción es un castigo, la pena que se impone al sujeto por razones de orden social, no individual. Si se sanciona con cárcel a una persona que ha cometido un incendio, un homicidio, una violación, es porque más allá del interés particular del afectado que recibe el daño esto representa o tiene una gravedad social que no puede ser dejado al libre juego de las relaciones individuales entre hechor y víctima.

Hay un interés social en reprimir estos actos para evitar que ellos proliferen y se haga imposible la convivencia social. La pena está primeramente amenazada en la ley y, en segundo lugar, ejercitada cuando el hecho se produce por razones de interés social que van más allá del daño particular recibido por la víctima. ¿Cuáles son los elementos de esta responsabilidad? Primero se debe ejecutar una acción o incurrir en una omisión. La acción o la omisión —y este es un rasgo muy importante, esencial en la responsabilidad penal y básico en el tema que ahora estamos tratando— deben estar incluidas en un catálogo cerrado de conductas punibles contenido en la ley, en el Código Penal o en leyes especiales. Esto es lo que se llama el principio de *tipicidad*, explicado ayer por el profesor Künsemüller. Cada una de estas descripciones concretada de conductas sancionadas se llama en técnica penal el *tipo*. El Derecho Penal es un catálogo de tipos. En seguida, igual que en el caso de la responsabilidad civil, es preciso que no haya una autorización expresa o justificación legal para realizarla, y también, como en el caso de la responsabilidad civil, el hecho tiene que haberse ejecutado con dolo o culpa. Pero a diferencia de la materia civil, en que da lo mismo ejecutar el hecho con dolo o culpa, en materia penal la regla general es que sólo se sancionan las conductas dolosas y sólo excepcionalmente, cuando la ley lo dice en forma expresa, se sancionan también las conductas que se han realizado con culpa, a las cuales se denomina *culposas* o en nuestra ley, *cuasidelitos*. Cuando se reúnen todos estos requisitos, la consecuencia legal de la responsabilidad penal es la obligación de sufrir la pena. La característica de la responsabilidad penal es que siempre es personal, a diferencia de la civil, en que hay casos excepcionales en que se responde civilmente por hechos ajenos. En materia penal, ésta es personalísima; ni aun excepcionalmente se responde penalmente por hechos ajenos.

Si hacemos, entonces, un paralelo entre estas dos clases de responsabilidad, vemos que tienen algunas características comunes y otros rasgos en que difieren. Como características comunes podemos señalar que ambas derivan de una acción u omisión del sujeto y que ambas exigen la concurrencia de dolo o de culpa. Entre las diferencias señalamos: primero, que en la responsabilidad civil el elemento decisivo es que se haya causado un daño a una persona en particular, en su persona, en sus bienes o en otros derechos. En materia penal eso no es necesario. Hay hechos que son delitos y no causan daño a ninguna persona específica en particular. En segundo lugar, en la responsabilidad penal el hecho tiene que encontrarse tipificado, tiene que estar incluido en el catálogo

de tipos penales. En materia civil no existe el principio de tipicidad. Si el hecho ha causado daño, aunque la ley no lo haya descrito expresamente como origen de responsabilidad civil, ella surge igual. Tercero, en materia civil se responde tanto por dolo como por culpa, y las consecuencias son las mismas: la obligación de indemnizar, y en los mismos términos. En materia penal se responde por los hechos dolosos y sólo excepcionalmente por los culposos, en virtud de un texto expreso. En seguida, en materia civil se responde por los hechos propios y, cuando la ley excepcionalmente lo establece, por los hechos ajenos. En materia penal, la responsabilidad es personalísima. Nunca se responde por hechos ajenos. Y por fin, en materia civil la obligación es indemnizar y en materia penal la obligación es sufrir la pena.

La responsabilidad civil y la penal pueden ir juntas, pero no necesariamente. Si un hecho causa daño, pero no está en el catálogo de los tipos penales, habrá responsabilidad civil para indemnizar, pero no penal. Si un hecho está en el catálogo de tipos, pero no ha causado daño a ninguna persona en particular, hay responsabilidad penal y no civil. Si un hecho ha causado daño a una persona en particular y además está en el catálogo de los tipos, habrá responsabilidad civil y penal a la vez.

¿Cuáles de estas responsabilidades y en qué circunstancias afectan al médico?

Primeramente debe dejarse sentado que el médico tiene responsabilidad civil como todo el mundo por las consecuencias dañosas de sus actos cuando se han realizado con dolo o culpa. (En el caso de los médicos, cuando actúan en calidad de tales, esas consecuencias recaen sobre la vida, la integridad corporal o la salud de los pacientes. La obligación de indemnizar, propia de la responsabilidad civil en estas circunstancias, es lo que se persigue mediante los juicios que se acostumbra a denominar en los Estados Unidos juicios de "malpractice", que en castellano podríamos perfectamente denominar de "malogro", término castellano poco empleado, pero que equivale exactamente a lo mismo. No obstante, se ha hecho usual hablar de los juicios de "malpractice"). Ese es el objetivo de aquellos juicios: obtener una indemnización del médico por un acto que él realizó como tal, que produjo daño en la vida o en la salud del paciente, y que según el paciente o sus familiares se debió no a dolo o intención del médico, pero sí a culpa, a imprudencia o negligencia del mismo. En segundo término, los médicos tienen responsabilidad penal como cualquier otro ciudadano, cuando cometen delitos comunes, caso que no nos interesa ahora. Y, en tercer lugar, los médicos tienen responsabilidad penal en ciertos delitos, en que la ley al describir el hecho, el tipo penal, ha señalado en el sujeto activo, en el autor, en el hechor, la calidad de médico; de tal manera que cuando ese mismo hecho lo realiza alguien que no es médico, el hecho no es delito. O bien se trata de tipos delictivos que en principio pueden ser cometidos por cualquiera persona, pero cuando los realiza un médico actuando como tal, el delito es más grave. La calidad profesional actúa entonces como agravante de un delito que en principio es común. Siguiendo la regla general en materia penal, en todos estos casos el médico debe haber obrado con dolo, con intención o, por lo menos, con una clara previsión y aceptación del resultado de sus actos. ¿Cuáles son los casos principales que la ley establece en que el médico por ser tal tiene responsabilidad penal, sea como inherente al delito mismo, sea como agravante de otro delito común? Encontramos los siguientes casos:

- Código Penal, art. 202: “El facultativo que librare certificación falsa de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público . . .”, sufrirá la pena de . . .
- Código Penal, art. 312, inc. final. Ese artículo establece primeramente las penas para el ejercicio ilegal de la medicina por quienes no son médicos, y después se agrega: “En las mismas penas incurrirá el que prestare su nombre para amparar el ejercicio profesional de un tercero no autorizado para el mismo”. Es, en buenas cuentas, el que presta la firma para que un no médico pueda actuar como tal.
- Código Penal, art. 313 b) el llamado charlatanismo: “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 . . .”, sufrirá la pena de . . .
- Ley 18.043 sobre Tráfico de Estupefacientes, art. 7º: “El médico, dentista, matrona o veterinario que con abuso de su profesión recetare algunas de las sustancias señaladas en el art. 1º sin una necesidad médica o terapéutica . . .”, sufrirá la pena de . . . (Las sustancias del art. 1º son los estupefacientes o sicotópicos).
- Código Penal, art. 247. El primer párrafo o inc. de este art. establece las penas de los empleados públicos que violan los secretos de un particular que ellos conocen por razón de su cargo. En seguida el inciso segundo, que es el que nos interesa, agrega: “Las mismas penas se aplicarán a los que ejerciendo alguna de las profesiones que requiere título revelen los secretos que por razón de ella se le hubieren confiado . . .”. Se trata de la violación del secreto profesional, que no está restringido a los médicos, pero sí a los profesionales en general, de los cuales el médico forma parte.

En seguida, en calidad de faltas o contravenciones, que son los delitos de menor gravedad y de menor pena, pero siempre delitos, el art. 494 del Código Penal contempla los siguientes hechos que tienen por sujeto activo o autor a un médico:

- La del Nº 9: “El facultativo que notando en alguna persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito grave no diere parte a la autoridad oportunamente”.
- Nº 11: “Los mismos individuos expresados en el número anterior que no prestaren los servicios de su profesión durante el turno que les señale la autoridad administrativa”. Se trata del médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona, que habían sido nombrados en el número anterior.
- Nº 12: “El médico, cirujano, farmacéutico, matrona o cualquiera otro que llamado en calidad de perito o de 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 Procedimiento y sin perjuicio de los apremios legales”. Se trata entonces de que el médico rehúse cumplir su deber de prestar declaración como testigo u oficiar de perito. La diferencia al Código de Procedimiento está hecha para el caso de la negativa a declarar como testigo, ya que los Códigos de Procedimiento eximen de la obligación de declarar como testigos a las personas que como los médicos están obligados a respetar el secreto profesional

- Código Penal, art. 345: "El facultativo que, abusando de su oficio, causare un aborto o cooperare a él, incurrirá respectivamente en las penas señaladas en el art. 342 aumentadas en un grado". El art. 342 es el que sanciona el aborto que comete una persona cualquiera que no sea médico. Aquí entonces la calidad de facultativo opera como una circunstancia de agravación respecto de un delito que en principio puede ser cometido por cualquiera persona.

Estos son los principales casos de responsabilidad penal en virtud de tipos legales que tienen por autor exclusivamente al médico o a titulares de profesiones afines, o auxiliares, profesionales en general, o en los cuales la calidad de médico actúa como circunstancia de agravación respecto de delitos que pueden ser cometidos también por no médicos.

El Código Sanitario establece una serie de reglamentaciones minuciosas sobre diversos aspectos del ejercicio de la profesión médica y otras afines. Pero las sanciones que establece el Código Sanitario no son penales. Son multas meramente administrativas que no se aplican por los jueces o los tribunales de justicia, sino por las autoridades administrativas de Salud, y al afectado con ellas no le otorgan la calidad de delincuente ni se registran en sus antecedentes como una condena penal. Lo mismo podemos decir de la ley que autoriza y reglamenta también minuciosamente los trasplantes de órganos, que no contiene disposiciones específicamente penales para el caso de que los médicos violen las prescripciones establecidas en esa ley, de manera que no habrá responsabilidad penal sino en caso de que esas conductas lleguen a encuadrarse en alguno de los delitos que ya están contemplados en el Código Penal.

Estas conductas a las que nos hemos venido refiriendo son todas dolosas, y si bien cada una de ellas sería susceptible de un análisis minucioso (y así se hace en los cursos ordinarios de Derecho Penal), en general su penalidad parece explicable y justificada; puede ser defendida razonablemente y la conducta sancionada está determinada en términos bastante claros. Por razones evidentes de tiempo no podemos detenernos en el análisis minucioso y pormenorizado de cada una de ellas. En el único concepto en el cual es indispensable que nos detengamos algo, que es muy importante y que no está descrito con entera precisión, es el de "abuso de oficio" que emplean respecto del médico los artículos relativos al aborto y a la prescripción injustificada de drogas estupefacientes. ¿Qué será "abuso del oficio"? ¿A qué se refiere la ley? La expresión nos indica primeramente que el médico debe actuar en calidad de tal, es decir, su intervención en el hecho debe haber sido requerida como médico, por ser médico, y en el caso específico del aborto debe haber realizado la conducta mediante procedimientos médicos y quirúrgicos, no por ejemplo, simplemente a golpes como podría provocar un aborto una persona cualquiera. Esos actos o métodos él los conoce por ser médico y son propios de su profesión. Y, en seguida, ese ejercicio profesional debe haber sido abusivo. En el caso específico del aborto, como el aborto es un delito, para que deje de ser ilícito es preciso que una disposición legal autorice en determinadas circunstancias para realizar un aborto. Si el médico lo realiza cuando concurren esas circunstancias, su ejercicio profesional no será abusivo, está justificado o legitimado por la ley. Si lo realiza sin que esas circunstancias concurren, su ejercicio profesional será abusivo e incurrirá en la responsabilidad penal que hemos señalado. Aunque antes de la dictación del Código Sanitario la situación del aborto era discutible dentro del Código Penal por antecedentes históricos en los que no podemos

tampoco detenemos más en este momento, después de dictado el Código Sanitario sólo las circunstancias mencionadas en el art. 119 de ese Código pueden hacer lícito un aborto y aún en ese caso sólo si lo practica un médico. Se trata del llamado aborto terapéutico a cuyo estudio no podemos entrar ahora

En cuanto a la prescripción abusiva de estupefacientes, se trata de un delito típicamente reservado a los médicos, ya que si bien un aborto puede realizarlo cualquiera y siempre es un delito, es más grave cuando lo realiza un médico, pero también puede ser realizado por un no médico; una receta en cambio, legalmente hablando, sólo puede expedirla un médico. Es un delito imposible de cometer para un no médico, a menos que se finja médico, se atribuya la calidad de tal sin serlo, caso en el cual esto deriva hacia el ejercicio ilegal de la medicina, que es un caso y un delito distinto. Pero la receta legalmente válida como tal sólo puede darla y extenderla un médico. El médico tiene el monopolio legal de emitir recetas. Abusará de este privilegio legal cuando la receta no se emita para sanar al paciente o para mitigar sus sufrimientos, sino para provocar o mantener un estado de enveniamiento en él. Eso es un ejercicio desviado, un mal uso, un abuso de la facultad que la ley le reserva al médico para fines terapéuticos. Pero afortunadamente todos estos casos que hemos venido examinando de delitos dolosos cometidos por el médico con intención o por lo menos previsión y aceptación clara de las consecuencias de sus actos, son raros, son excepcionales. Mucho más seria es la situación cuando pasamos a analizar la responsabilidad penal a título culposo del médico. Dijimos hace un momento que en materia penal la regla general es que sólo se sancionan las conductas que se realizan con dolo, y que para que resulte sancionada una conducta que sólo se realiza con culpa, o sea, con imprudencia o con negligencia, se necesita un texto especial de ley. Pero en esta materia, cuando las consecuencias nocivas, los resultados dañosos recaen sobre la vida, la integridad corporal o la salud de las personas, ahí se produce precisamente una de las excepciones que el Código Penal contempla. Cuando se trata de esta clase de daños en la persona, la regla general es que el hecho culposo se sanciona igualmente. No igual, no en la misma medida que un hecho doloso, pero sí también recibe sanción penal. El que da muerte a otro en disparo de revólver no tiene la misma pena, con la misma intensidad o gravedad, que el que le da muerte porque lo atropella con su automóvil al no respetar la luz roja. El segundo tiene una pena más leve que el primero, pero también tiene responsabilidad penal. Nuestro Código Penal fue tomado del Código Penal español de 1848, se promulgó el año 1874 y está en vigencia desde el año siguiente, casi 111 años atrás. En el Código Penal español que le sirvió de modelo existían dos disposiciones para castigar los daños causados a la persona por culpa, por imprudencia o negligencia. Uno, el que establecía la regla general que declaraba sancionables los daños causados a la persona cuando el hechor los ocasionaba por imprudencia temeraria. El otro decía que cuando existiere además una infracción de alguna disposición reglamentaria, entonces el hecho sería punible aunque no hubiera imprudencia temeraria, sino simplemente mera imprudencia o negligencia. O sea, se exigía un menor grado de culpa para castigar cuando ocurría que además se estaba violando un reglamento. Esas eran las dos disposiciones del Código Penal español que pasaron hasta el día de hoy a nuestro Código Penal, y constituyeron los artículos 490 y 492 del mismo. Ninguno de ellos se refería en particular a la situación del médico, que estaba respecto de esto en el mismo plano que cualquier otro ciudadano. Pero en una de sus no muy frecuentes modificaciones respecto de

su modelo español, la Comisión que redactó nuestro Código introdujo otro artículo que no estaba en el modelo y que en la numeración definitiva vino —como ustedes podrán haberlo advertido— a introducirse entre los otros dos. Es el actual art. 491 del Código. ¿Qué antecedentes tenemos sobre eso? El acta levantada por la Comisión redactora del Código, de la sesión 110 que celebraba este cuerpo, dice lo siguiente: “Se hizo notar un vacío respecto de los perjuicios que ocasionan los médicos, cirujanos, farmacéuticos, etc., por su descuido o negligencia culpable. A indicación del señor Rengifo (que era Secretario Redactor de la Comisión) se resolvió considerar este caso como un cuasidelito (o sea, como un delito culposo), agregándolo como un inciso del art. 478, cuando se causa daño a las personas y como falta si no concurren esas circunstancias”. En definitiva, el primitivo artículo 478 es el que hoy lleva el N° 490 y establece la regla general que exige imprudencia temeraria para castigar los daños a las personas. La responsabilidad culposa de los médicos se trató en el art. separado que lleva hoy el N° 491 y también entre las faltas en el art. 494 N° 10. ¿Qué dicen estas disposiciones? El art. 491 del Código Penal dispone: “El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona (flebotomiano es una expresión antigua que en las numerosas modificaciones del Código se les pasó por alto a los modificadores que sustituyeron esta expresión y todavía sobrevive en el art. 491) que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión incurrirá respectivamente en las penas del art. anterior” (esto es, las que se establecen para la imprudencia temeraria que causa daño a las personas) y el art. 494 allá entre las faltas —dice— “sufrirán la pena de prisión en su grado medio a máximo (o sea, de 21 60 días de prisión) o multa de 1 a 5 sueldos vitales:

— N° 10 el médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el ejercicio de su profesión sin causar “daño a las personas”. Esto es, en el caso del ejercicio profesional del médico, se castiga con pena de simple delito su negligencia culpable cuando causa daño a las personas y se castiga con esta otra pena inferior, pero siempre con sanción penal, cuando incurre en descuido culpable sin causar daño alguno a las personas. Esta última disposición es de muy rara aplicación (nosotros no conocemos ningún caso concreto en que se haya aplicado), pero conviene tener en cuenta que la profesión médica está en esta situación, en que las negligencias o descuidos son sancionados penalmente, aun cuando no hayan llegado a causar daño a nadie.

Las consecuencias que plantea este sistema adaptado en nuestra ley son bastante graves.

1° Los errores o los descuidos médicos no acarrear sólo la obligación civil de indemnizar el daño causado, sino que acarrear responsabilidad penal. Aun cuando las penas no sean altas, y por lo general los médicos sean acreedores a ciertos beneficios para cumplirlas, como la remisión condicional de la pena (que se cumple en libertad con cierto régimen de vigilancia), hay de todos modos una sanción penal y queda pronunciada una condena a su respecto, con las consecuencias legales, profesionales y morales consiguientes. En cambio, los juicios llamados de “malpractice” en los Estados Unidos, salvo cuando ha ocurrido la muerte del paciente, son juicios civiles, no penales; persiguen solamente la responsabilidad del médico para indemnizar, riesgo contra el cual ordinariamente los facultativos se defienden, sea haciéndose eximir expresamente de responsabilidad con anterioridad a su intervención, o tomando

los seguros especializados que en Estados Unidos existen para estos fines. En cambio, en Chile, esta clase de descuidos, aunque no reulte la muerte del paciente, sino sólo un daño en su salud, acarrearán ambas responsabilidades: la penal y la civil.

En segundo término, aunque el afectado, o si éste ha fallecido, sus familiares, sólo quieran cobrar del médico una indemnización civil y no hacerlo condenar penalmente, no pueden evitarlo, porque para poder cobrar una indemnización civil hay que probar que el médico o la persona de que se trata obró con dolo o con culpa, y si se prueba culpa y el resultado ha sido un daño para la vida o la salud, ya hay responsabilidad penal, además de la civil, que tiene que hacerse efectiva de oficio por el tribunal, aunque el afectado no lo pida. En tercer lugar, si se quiere obtener una indemnización de una institución, de un establecimiento hospitalario, público o privado, es también indispensable probar la culpa con que ha actuado el médico dependiente de ese establecimiento o de esa organización, y las consecuencias entonces son las mismas que en el caso anterior.

En otras palabras, si se quiere obtener una indemnización, sea del propio médico o de la institución respectiva del cual éste depende, hay que pasar forzosamente por establecer la responsabilidad penal del médico.

Evidentemente, así como en materia de infracciones dolosas el concepto valorativo y menos preciso era este de abuso de la profesión y del oficio, aquí el concepto clave para determinar la responsabilidad del médico, conforme al art. 491 del Código Penal, es el concepto de "negligencia culpable", la expresión utilizada por la ley. ¿Qué quiere decir "negligencia culpable"? La expresión *culpable* no añade en verdad absolutamente nada a la expresión *negligencia*; dentro del sistema jurídico penal toda negligencia es una forma de culpa, o sea, toda negligencia es culpable. A lo más, pero siempre con bastante imprecisión, podría establecerse una especie de comparación o paralelo con los otros dos artículos, entre los cuales está insertado este de los médicos.

El art. 490, que establece la sanción para cualquiera persona que causa daños en la vida o en la salud cuando obra con *imprudencia temeraria*. En seguida viene la responsabilidad de los médicos cuando obran con *negligencia culpable*, y luego en el art. 492 la responsabilidad también de cualquiera persona cuando obra con *mera imprudencia* o *negligencia*, siempre que también esté infringiendo reglamentos. La comparación entre estos términos: *imprudencia temeraria*, *negligencia culpable*, *mera imprudencia* o *negligencia*, para establecer una cierta gradación, es que en el art. 490 se exigiría un grado bastante alto de afrontamiento o creación de un riesgo (*imprudencia temeraria*) para poder castigarlo, en tanto que, en el último, el 492, se exigiría una forma más tenue, apenas *mera imprudencia* o *negligencia*, y para los médicos la *negligencia culpable* estaría entre las otras dos. No se exigiría tanto como la *imprudencia temeraria*, pero sí algo más que la *mera imprudencia* o *negligencia*.

Se comprende que con esta variedad de conceptos, del todo impropia de un Código Penal, la apreciación en los casos concretos de si ha existido o no negligencia, y si ésta es *mera negligencia* o es *negligencia culpable*, va a variar enormemente. Dependerá del criterio del juzgador y va a dejar a los médicos en una situación realmente expuesta, privados de la función de garantía que el Derecho Penal está llamado a prestar, porque esta garantía se presta trazando con claridad el límite entre lo permitido y lo prohibido, entre lo lícito y lo castigable. Los conceptos de la doctrina en la jurisprudencia sobre la naturaleza de la culpa coinciden en señalar en ella la infracción de un deber de

cuidado, deber que pesa en general sobre todo el mundo para no causar daño a las personas y las cosas, pero que existe particularmente cuando se refiere a personas que desempeñan profesiones u oficios en que los riesgos de que se produzca un resultado dañoso es alto o en que el posible resultado dañoso, si llega a producirse, es en sí muy grave. Por ejemplo, supongamos el piloto de un avión de pasajeros si bien estadísticamente puede estimarse que el riesgo no es muy alto, cuando el resultado llega a producirse es de una extrema gravedad y ordinariamente equivale a la muerte de todos los pasajeros. Es evidente que los médicos y cirujanos se encuentran en esta última situación, porque los daños que pueden derivarse de su actuación imprudente o negligente recaen sobre los bienes más elementales y más valiosos de las personas, sin los cuales los demás no pueden disfrutarse o sólo imperfectamente: la vida, la integridad corporal y la salud. El deber de cuidado exige prever el riesgo posible y tomar todas las medidas o precauciones necesarias para evitar que ocurra.

La culpa se presentará cuando no se prevé el riesgo, siendo éste previsible, o cuando habiéndolo previsto el sujeto no toma todas las medidas necesarias y posibles para evitarlo y reducirlo.

El concepto está bastante claro, pero la incertidumbre subsiste al aplicarlo a casos específicos. Es interesante anotar los elementos de juicio que se expusieron en la intervención de ayer del Dr. Teke. Ahí se nos señalaba, en las proyecciones que él hizo, diversos factores que se conjugan para determinar el éxito o el fracaso de una intervención médica. Sus palabras estaban dirigidas más particularmente hacia las intervenciones quirúrgicas, que es donde más frecuentemente ocurren estos problemas, y a las aplicaciones de anestesia, pero también tienen validez en general. Examinando las numerosas y estrictas precauciones que se deben observar para prevenir en la mayor medida posible los riesgos de una actuación médica, nos preguntamos si siempre serán ellas exigibles en cualquiera circunstancia y cuántas de las numerosas intervenciones quirúrgicas, anestésicas o de otra índole que se llevan a cabo diariamente en nuestro país pasarían airoosamente el test de disminución de riesgos que idealmente sería de desear. Por esta razón nos parece que en este terreno la previsión teórica del riesgo debe ir unida a la consideración de las circunstancias concretas en que la actuación médica se desarrolla. Si parece, por ejemplo, inobjetable desde el terreno de los principios que la anestesia sólo sea administrada por un médico titulado y especializado, habrá también que tener en cuenta que en nuestro país existe un número bastante limitado de anestésistas titulados y especializados. Ayer se me dijo, no me consta, pero tiene que ser un número semejante, que sería alrededor de 120 o 130, número absolutamente exiguo en comparación con la cantidad de intervenciones quirúrgicas o de otro orden que requieren de anestesia y que se practican a diario en nuestro país. Dicho de otro modo, frente a la situación ideal hay que considerar la situación posible. Como a lo imposible nadie está obligado, cobra aquí importancia fundamental lo que la doctrina penal llama la *exigibilidad o no exigibilidad de la conducta idealmente debida*, consideración que es indispensable hacer para poder fundamentar bajo la ley un juicio de reproche frente a la conducta que se ha observado o desarrollado en la práctica.

Habiendo llegado ya al término del tiempo asignado a esta intervención, me limitaré a señalar que a mi juicio nuestra legislación en esta materia necesita con urgencia una revisión de los preceptos penales que se refieren a esta materia. Sin poder argumentar más largamente para fundamentar nuestro punto de vista, creemos que el tratamiento propiamente penal debe reservarse sola-

mente para un caso, que es el caso de abandono del enfermo por parte del médico, porque allí sí que existe una culpa moral que reprocharle si de este abandono resulta la pérdida de la vida o un daño para la salud del paciente. Que los daños que puedan resultar de imprudencia, negligencia o de impericia sólo deben dar origen a indemnización civil. Y, en segundo lugar, que el concepto mismo o los límites de lo que debe considerarse conducta imprudente o conducta negligente por parte de un médico deben recibir necesariamente una mucho mayor precisión y una delimitación más clara que las existentes, con las disposiciones absolutamente vagas y por lo tanto penalmente peligrosas que están contenidas en los artículos 491 y 494 N° 10 del Código Penal.