

Análisis

Medwave 2012 Oct;12(9):e5534 doi: 10.5867/medwave.2012.09.5534

Importancia de la distinción entre la antijuridicidad y la culpabilidad en juicios por presunta mal praxis médica

The importance of distinguishing illegality from guilt in trials for alleged medical malpractice

Autor: Manuel Fernando Díaz Brousse⁽¹⁾

Filiación: ⁽¹⁾Abogado, Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile (FALMED)

E-mail: mdiaz@falmed.cl

Citación: Díaz MF. The importance of distinguishing illegality from guilt in trials for alleged medical malpractice. Medwave 2012 Oct;12(9):e5534 doi: 10.5867/medwave.2012.09.5534

Fecha de envío: 1/8/2012

Fecha de aceptación: 13/9/2012

Fecha de publicación: 1/10/2012

Origen: no solicitado

Tipo de revisión: con revisión externa por 3 revisores, a doble ciego

Palabras clave: medical malpractice, criminal prosecution, discharge judgment with minority vote, illegality, culpability

Resumen

Un correcto análisis de los elementos esenciales del tipo penal que sanciona la llamada negligencia médica es fundamental para resolver en justicia los casos de presunta mal praxis, en el sentido de distinguir con propiedad, para cada caso concreto, la diferencia entre los reproches de antijuridicidad y de culpabilidad. Las redacciones legales abiertas y normativas de este tipo de ilícitos dan un gran margen de decisión a los jueces para determinar qué conducta se ajusta o no a los deberes de cuidado exigidos. Esta facultad les obliga a fundar sus fallos de condena en infracciones objetivas a estos deberes y no en criterios particulares de exigibilidad de una determinada conducta, basados en características individuales del agente.

Abstract

A proper analysis of the essential elements that comprise a criminal offense that falls under the purview of medical negligence is fundamental in order to rule, in justice, cases of alleged malpractice. It is necessary to properly distinguish between accusations of illegality and those of guilt. Open legal essays and precedents about such illicit acts provide judges with great latitude in determining when acts are consistent or not with standard care. This power mandates that judges should ground their convictions on objective infringements of the law rather than subjective criteria.

El objetivo de este artículo es revisar la delimitación de los ámbitos de la antijuridicidad y de la culpabilidad en los casos de mal praxis médica. La metodología será el análisis de un caso real (RUC 0700309105-2), el que presenta interés en virtud de los racionios contrapuestos que realizaron los magistrados involucrados en su resolución y que significaron una decisión de mayoría.

El juicio se basó en la acusación del Ministerio Público en contra de un médico y una matrona, por atención negligente (en particular respecto de la decisión de la vía del parto) y maniobras ginecológicas presuntamente prohibidas (realización de un "Kristeller" en vez de un

fórceps) para solucionar un expulsivo detenido en un parto normal, con resultado de lesiones tanto para la madre (rotura uterina), como para su hija (secuelas neurológicas graves).

El caso presentó una serie de particularidades fácticas (se discutió si los acusados realizaron o no la maniobra de Kristeller), de *lex artis* médica (si correspondía o no el parto normal), y propiamente jurídicas (referentes a la causalidad, a la delimitación de responsabilidades entre la matrona y el médico, etc.), pero aquí será simplificado – sin modificarlo– con el objetivo de centrarse en los

racionios relacionados con la delimitación entre la antijuridicidad y culpabilidad.

La acusación¹

Los hechos en que se basó la acusación fueron textualmente los siguientes: "Con fecha día 01 la paciente, ingresó al hospital, con la finalidad de ser atendida en su parto por presentar un embarazo de más de cuarenta semanas de gestación. En sus controles mensuales anteriores al parto, seguidos rigurosamente por la víctima, había sido controlada por el médico A, quien había indicado cesárea por tener diagnosticada macrosomía fetal, lo que significa un feto anormalmente grande.

Dicho diagnóstico del médico tratante fue modificado por la médico B y la residente de ginecología, quienes ordenaron que la paciente fuera atendida con parto vaginal. Así las cosas, al día siguiente, encontrándose la Paciente en sala fue monitoreada por la médico C, la cual concurriría a la supuesta cesárea, encontrándose con la novedad que se le había dado alimento a la víctima, en circunstancias que para dicho procedimiento la paciente debía permanecer en ayunas, decidiéndose suspender la cesárea dejándola en ayunas hasta el día siguiente.

A la mañana del día 03 la paciente es examinada nuevamente por la médico residente de ginecología cambiándole el diagnóstico a parto vaginal, suministrándole a la paciente una dosis de misotrol para inducir el parto y dando la orden que recibiera alimentación. A las 15:00 horas de ese día la paciente es derivada a la sala de parto y más tarde es visitada por el médico D, quien decide suministrarle otra dosis de misotrol, a pesar de que la paciente le informó que ella ya había recibido una dosis de dicho medicamento, procedimiento que fue alterado en la ficha clínica por parte de dicho profesional.

A las 17:00 horas de ese día la paciente comienza a sentir fuertes dolores, los que se mantienen hasta las 20:30 horas, momento en que se le suministra la anestesia epidural, presentando en ese instante rompimiento de la bolsa uterina, razón por la cual la víctima es ingresada a la sala de pre parto donde la matrona señala que ve la cabeza del feto, pidiéndole a la paciente que puje. Pese a los dolores la paciente pujó y se produjo el fenómeno médico denominado expulsivo detenido momentos en los que encontrándose con la paciente la matrona y el médico becado de ginecología, éste último practica, a lo menos dos veces, la maniobra denominada "Kristeller", proscrita por el Ministerio de Salud, subiéndole parte de su cuerpo sobre el abdomen de la paciente, presionándolo y exprimiendo su útero, maniobra que causó la ruptura de este último, el reingreso del feto al interior del cuerpo de la paciente y una fuerte hemorragia, momentos en que el médico becado de ginecología solicita tardíamente la utilización de fórceps, no concretando dicha acción pues en esos instantes ingresó a la sala la doctora residente de ginecología, jefa del servicio, quien al notar el compromiso

del estado general de la paciente ordena cesárea de urgencia.

Con posterioridad a esto la paciente es intervenida en dos oportunidades más con la finalidad de frenar la hemorragia, para dichas intervenciones se le requiere la autorización al cónyuge de la víctima indicándole que se ha procedido erróneamente en el parto por lo que es necesario realizar las intervenciones para salvarle la vida.

La paciente en su evolución post operatoria presentó una neumonía basal izquierda y debió ser atendida por un odontólogo, pues se le arrancó una pieza dental por el personal médico al momento de ser entubada.

Al producirse la hemorragia en la paciente en virtud del procedimiento médico defectuoso realizado en el parto se interrumpió el suministro de oxígeno al feto recién nacido, lo que le provocó lesiones graves e irreversibles, debiendo permanecer por 25 días hospitalizado con el diagnóstico de asfixia prenatal, encefalopatía hipoxica isquémica sarrat II, síndrome convulsivo secundario, hipotonía axial, hipocalcemia tratada e infección urinaria, concluyendo el servicio médico legal, a su respecto, que la menor tiene daño orgánico cerebral irreversible y difícil de cuantificar por encontrarse en etapa de crecimiento."

Después de una serie de audiencias previas en que se sobreesayó definitivamente a tres involucrados que fueron considerados imputados durante la investigación, la acusación se dirigió en contra del médico becado de ginecología y la matrona.

Los hechos probados²

Finalizada la audiencia de juicio, el tribunal de juicio oral en lo penal, por unanimidad en la sentencia definitiva, dio por probados textualmente los siguientes hechos, respecto de lo que nos interesa: "El día 03 la paciente cumplía su tercer día de hospitalización para resolución de su embarazo. Ese día fue analizada su dinámica uterina por la médico ginecóloga residente, la que estimó que la paciente presentaba condiciones clínicas adecuadas para realizar parto vaginal, adoptándose las instrucciones usuales para este tipo de parto, el que sigue su curso aparentemente normal, siendo asistida la paciente, en las labores de preparto, por la matrona, administrándole dos dosis de misotrol, continuando en el proceso normal siendo trasladada a pabellón, produciéndose contracciones, dilatación del cuello uterino como las demás características propias de este proceso, siendo inminente el parto para la matrona, toda vez que la cabeza del feto se encontraba en cuarto plano, esto es coronando los genitales de la madre, produciéndose cerca de las veintiuna horas de este día, el expulsivo detenido, ante lo cual la primera solicita la concurrencia de médico a pabellón.

A este llamado acude de inmediato el becado de ginecología, médico cirujano cursando estudios de la especialidad de ginecología, en su segundo año, quien luego de examinar los genitales de la paciente y constatar

que se encuentra en cuarto plano presiona con su antebrazo el fondo del útero, esto es sobre el abdomen bajo la línea de las costillas, indicando uso de fórceps y solicitando la concurrencia de médico residente para su aplicación, llegando en breves instantes al pabellón la ginecóloga residente quien observa sangrar a la paciente y que el feto está en posición alta, diagnosticando rotura uterina, practicando operación cesárea de inmediato. Momentos después fue sometida a una operación reparadora del útero, debiendo ser re-intervenida horas después para solucionar una nueva hemorragia. Mediante la cesárea de urgencia se logró rescatar con vida al recién nacido (mujer de 3,710 g, Apgar 1-4-5, alumbramiento espontáneo, placenta de 420 g, acidosis metabólica de 6,69), que desgraciadamente sufrió un severo daño neurológico producto del sufrimiento fetal, toda vez que padeció una asfixia perinatal que le causó una encefalopatía hipoxicaisquémica, y otras graves enfermedades vinculadas a aquella”.

Algunos detalles de la información médica acreditada durante el proceso, y agregada por el autor para una mejor comprensión del caso: el recién nacido sufre asfixia perinatal, encefalopatía, hipóxica isquémica sarrat II, síndrome convulsivo secundario, hipotonía axial, hipocalcemia tratada, a los 25 días de vida, fecha de su alta hospitalaria.

En virtud de estos hechos probados y de las conclusiones que brevemente se expondrán a continuación, los acusados fueron absueltos, la matrona por unanimidad y el médico por mayoría.

Básicamente los motivos de absolución fueron los siguientes:

1. Los procedimientos médicos que se intentaron –parto normal, Kristeller– eran acordes a la *lex artis* médica establecida por peritos gineco obstetras expertos, que depusieron en el juicio oral.

2. No se acreditó la relación de causa a efecto entre el Kristeller y la rotura uterina (la que por asfixia intrauterina provocó secuelas en la recién nacida).

Cabe destacar que sólo hubo acuerdo entre los Sentenciadores respecto de la pertinencia de la vía de parto, lo que demuestra la complejidad del caso. Pero en este artículo sólo nos referiremos al primer punto, exclusivamente en lo relacionado a la maniobra del Kristeller, dejando de lado el tema de la causalidad.

El caso fue conocido por la Corte de Apelaciones competente, la que confirmó la sentencia de primer grado, por considerar improcedente el recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público, pero sin entrar a conocer al fondo del asunto; dejando así afirme el fallo absolutorio.

Lo interesante de este caso en particular es que las decisiones contrapuestas de absolución y condena se

basan, precisamente, en un diverso entendimiento de los conceptos jurídico-penales de antijuridicidad y culpabilidad.

Los razonamientos de los magistrados²

1. Según la parte pertinente de la sentencia, los motivos de absolución del médico –en cuya conducta se centraron las alegaciones durante el juicio – fueron los siguientes:

“Ahora bien, importa precisar en qué casos se encuentra contraindicada la realización del Kristeller, el perito médico 01 sostuvo que la maniobra se aplica en tercero o cuarto plano, que se comprime el fondo uterino junto con la contracción uterina y el pujo de la madre para provocar el descenso de la cabeza fetal cuando la madre tiene fatiga, presenta agotamiento y se evita un fórceps. En caso de cicatriz de cesárea está realmente contraindicado. Además, agregó que hay que saber si la pelvis es normal, situación que se daba en este caso, no debe aplicarse en caso de cicatriz en el útero o de parto complicado. En caso de constancia de abortos depende de cómo se manifestaron, que edad gestacional, en este caso había antecedentes de dos abortos, pero sin cirugías, concluye que estaba entonces dentro de las posibilidades de maniobra, no estaba contraindicado. En este mismo sentido el perito médico 02, señaló que si se tiene un antecedente real de una cicatriz no debiera hacerse el Kristeller. Opiniones que resultan coincidentes con la del perito médico de la defensa C, quien señaló que la compresión se realiza habitualmente con la palma de la mano sobre el fondo del útero, sólo durante la contracción uterina, pidiéndole simultáneamente a la paciente que puje y el ideal de esta maniobra es que sea hecha en el periodo expulsivo con un feto en tercer cuarto plano, que se tenga la certeza de una buena proporción pélvica fetal. Fue enfático en sostener ‘que los predicamentos necesarios para realizar la maniobra, según la ficha, se cumplían’. Asimismo aseveró que el Kristeller se hizo con contracciones uterinas, porque éstas se registraron en el trazado normal realizado a la paciente hasta que se la lleva a pabellón –de cirugía- Por último, indicó que si un Kristeller se realiza sin contracción la maniobra no sirve.

Según lo refirió la médico B, de la unidad de riesgo obstétrico del hospital, en concordancia con la opinión de los expertos reseñados, el sólo antecedente de la realización de dos abortos previos por parte de la paciente, no conducen a predecir un daño; distinta es la situación de una cesárea, estimando que este caso –de rotura- constituye un accidente obstétrico.

En este mismo sentido se inclinó la ginecóloga residente del hospital que señaló que ‘en este caso no había indicaciones previas, indicación alguna que hiciera presumir que se iba a romper el útero’. Es decir, la situación de aborto no implica necesariamente útero dañado, compartiendo con lo anteriores que se trató de un accidente obstétrico.

De este modo la prueba de cargo coincidió con la defensa en cuanto que la maniobra de Kristeller no se encontraba

contraindicada para la paciente y que el mero antecedente de haber tenido dos abortos, sin otro dato que diere cuenta de otras circunstancias, no obstaban a su realización”.

2. Los argumentos pertinentes del voto de minoría para condenar al Médico fueron los siguientes:

“Que así las cosas, en general todos los médicos y peritos que depusieron, calificaron la rotura uterina como un accidente obstétrico y no atribuible a la acción del facultativo que decide la aplicación del Kristeller, pero esta conclusión necesariamente ha de ser puesta a prueba a la luz de los antecedentes vertidos en juicio y de la lógica general. Así las cosas, el médico acusado y en general todos los profesionales que deponen explican que no se debe aplicar Kristeller ante la existencia de herida uterina, como por ejemplo en la preexistencia de una cesárea, ello es lógico, pues es una de las causas de rotura uterina además por cuanto aquella marca afecta precisamente el segmento que de suyo es una parte más delicada del útero, y ello claramente es diligente, pues no puede razonablemente incrementarse el riesgo de rotura cuando existe una cicatriz evidente aplicando esta compresión de fondo uterino; pero si este razonamiento básico y lógico, se aprecia además como prudente, por qué el Médico desprecia el antecedente de existir dos abortos previos, que aunque no tengan historial clínico conocido implican igual que la existencia de cicatrices visibles dejadas por la cesárea, el razonable debilitamiento de la estructura uterina, pero no en el segmento, sino en su fondo, que es precisamente la zona que se comprime para potenciar y direccionar el efecto de la contracción y el pujo en la fase de expulsión.

Lo cierto es que no hay una razón lógica para que el médico, en un caso no aplique Kristeller porque el útero está debilitado por la existencia previa de cesárea y en otro decida aplicar la maniobra, pese a que razonablemente habiendo existido dos procedimientos de raspado, aparejados a igual cantidad de abortos, la estructura ha sufrido desgaste, aun cuando él no sea en el segmento, sino que en la parte posterior izquierda del fondo, curiosamente la zona que se desgarró en la paciente.

En este caso lo razonable y prudente habría sido tomar en consideración esta información que no se aprecia vaga, sino precisa, previo a haber incrementado la posibilidad de rotura uterina al presionar el fondo del útero de la paciente que se encontraba ya debilitado. En este orden de ideas, y volviendo a las estadísticas, si no se da ninguno de los indicadores comunes de riesgo de rotura uterina, ya pormenorizados a través de lo dicho por la doctora ginecóloga residente, sería lógico seguir el razonamiento del perito médico 02 en el sentido de no exigir al médico que actúe pensando en que estará frente al caso potencial que ha de suceder cada diez años en su vida profesional, pero a contrario sensu, la prudencia mínima indica que si estoy frente a una de las condicionantes de rotura uterina, ya sea cesárea previa o aborto y raspaje, el actuar como profesional me imponga

precisamente la máxima diligencia y cuidado ante la eventualidad que aquél sea el caso que razonablemente deberá enfrentar cada diez años, por ello es precisamente que los riesgos se estandarizan y se categorizan, por ello es también que existen antecedentes que ha de aportar el paciente a efectos de darlos a conocer al facultativo para que razonablemente pueda determinar el procedimiento que empleará, aspectos todos que se aprecian suficientemente conocidos por el profesional, más allá que aquél haya decidido despreciarlos por no saber nada más respecto a su seguimiento clínico.

En consecuencia, el referido accidente no puede ser considerado como tal, pues la rotura no fue espontánea, sino que era razonablemente evitable si el médico hubiere considerado todos los antecedentes de que disponía, existiendo además razonablemente causalidad entre la maniobra y la rotura que siguió directamente a la aplicación de la ella, descrita como riesgosa, sin que a ese momento hubiere indicación alguna médica que la determinare necesaria, sino más bien todo lo contrario, por cuanto lo que procedía era un fórceps”.

Los límites entre la antijuridicidad y la culpabilidad

Desde el punto de vista del Derecho penal sustantivo, la diferencia de criterio entre los magistrados del tribunal de juicio oral en lo penal puede explicarse por una diferencia de percepción de los límites conceptuales entre los reproches de antijuridicidad y de culpabilidad.

En efecto, el juez que decide condenar lo hace porque estima, sin perjuicio de lo declarado por los peritos gineco obstetras, que el médico acusado no debió haber hecho un Kristeller a la gestante, debido a que los dos abortos previos que ella había sufrido volvían demasiado riesgosa la maniobra, riesgo que efectivamente se concretó –en su opinión- en la rotura del útero y consecuente asfixia de la recién nacida.

Esta historia clínica le obligaba a ser más cuidadoso, sobre todo por lo incierto de la misma (los abortos se habrían realizado fuera del país), lo que no era su responsabilidad sin duda alguna, pero le obligaba a elevar el estándar de cuidado, evitando el Kristeller –maniobra cuestionada por los propios especialistas, precisamente porque puede romper el útero de la parturienta, pero útil y hasta salvadora, hecha con propiedad- y prefiriendo el fórceps, otra posible maniobra médica que la prueba acreditó como adecuada para salvar la situación de expulsivo detenido en el que se encontraba la gestante.

Al decidir hacer Kristeller en las condiciones ya indicadas y desechar el fórceps, el voto de minoría estima que el acusado viola la *lex artis* de la medicina y por lo tanto incurre en una negligencia culpable que causó la rotura del útero de la gestante y secuelas neurológicas graves –y hasta irrecuperables- en la recién nacida, por lo que su conducta debe subsumirse en el inciso primero del artículo 491 del Código Penal y debe ser castigada de acuerdo al

artículo 490 del mismo cuerpo de leyes y demás normas pertinentes³.

Art. 491. El médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión, incurrirá respectivamente en las penas del artículo anterior.

Art. 490. El que por imprudencia temeraria ejecutare un hecho que, si mediara malicia, constituiría un crimen o un simple delito contra las personas, será penado:

1° Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos a medios, cuando el hecho importare crimen.

2° Con reclusión o relegación menores en sus grados mínimos o multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, cuando importare simple delito.

Como puede verse, el razonamiento del magistrado parece de una lógica perfecta. Sin perjuicio de eso, de acuerdo a lo enseñado por la doctrina no se ajusta a Derecho, ya que confunde los conceptos de antijuridicidad y culpabilidad.

La dogmática penal nos indica que para que una conducta humana sea penalmente reprochable y por ende deba ser castigada, debe estar descrita y sancionada por la ley (debe ser "típica"). Pero eso no basta, además debe ser "antijurídica" y "culpable". Así los profesores Sergio Politoff Lifschitz, Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez Guzmán, en su libro *Lecciones de Derecho Penal* (página 161 y siguiente) indican textualmente "(...) la dogmática ha desarrollado una teoría que permite comprender la estructura común a todos los hechos punibles, definiendo el delito como conducta típica, antijurídica y culpable. De lo dicho se infiere que los presupuestos de la punibilidad son: una acción u omisión (conducta), su adecuación a la descripción legal (tipicidad), su carácter contrario al ordenamiento jurídico (antijuridicidad), y su atribución a la responsabilidad personal del autor (culpabilidad)"⁴.

Cuando se trata de delitos culposos, como indudablemente ocurre en la especie –el doctor jamás tuvo la voluntad de lesionar a la gestante ni a su hija, su finalidad era asistir a la primera en el parto– la "antijuridicidad" se refiere a una contradicción entre la conducta del agente, esto es el Kristeller realizado por el médico y las normas de cuidado exigidas por el Derecho, en este caso, la *lex artis* médica, de acuerdo al objeto del juicio. La relación a examinar es entre una conducta humana y una norma jurídica, por lo que es llamada "objetiva"⁵.

Por su parte, la culpabilidad se refiere a un tipo distinto de contradicción. Una que debe existir entre las características personales del agente, en este caso, en su condición de médico (conocimientos, experiencia, habilidades, etc.) y las ya indicadas normas de cuidado exigidas por el Ordenamiento Jurídico. Por este motivo se le llama "subjética"⁵.

Para estar en presencia de un delito penal la conducta típica debe ser valorada por el tribunal como antijurídica y como culpable; esto es, debe entrar en una doble contradicción, tanto objetiva como subjetiva, con las exigencias de cuidado debido. Y todo esto, por supuesto, vinculado a un resultado lesivo sufrido por una persona (excepto en el caso del artículo 494, N°10 del Código Penal)⁶.

Art. 494. Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales:

... 10. El médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas.

Así las cosas, el reproche de antijuridicidad se refiere en la especie a en qué medida la maniobra de Kristeller que, según el voto de minoría habría causado la rotura del útero de la gestante y las graves secuelas a su hija, se encuentra ajustada o no a las normas de cuidado exigidas por el ordenamiento jurídico para la atención de un parto normal.

Por otra parte, el reproche de culpabilidad se refiere en la especie a en qué medida las facultades profesionales específicas del médico acusado (experiencia, conocimientos, habilidad, etc.), desplegadas en la realización de la maniobra de Kristeller, cumplen con las exigencias impuestas por el Derecho, para este tipo de profesionales, en la atención de un parto normal.

Conceptualmente, el análisis se hace en dos etapas. Primero se determina si la conducta del acusado es antijurídica y sólo si lo es, se estudia si éste pudo ajustarla a sus deberes de cuidado, de acuerdo a sus facultades personales. Esto no puede ser de otra manera, ya que lo se busca es determinar la necesidad de un castigo. Si la conducta del agente se ajusta a Derecho, es inconcebible que ésta deba ser castigada. Sólo si la conducta es desajustada a las normas de cuidado exigidas por el ordenamiento jurídico y por lo tanto ésta es indiciaria de la comisión de un delito culposo, es necesario analizar si las condiciones personales del agente, en la realización de la conducta, lo exculpan de este desajuste entre conducta y norma. De no ser así, los magistrados deben concluir que el sujeto es "culpable" y, por ende, merecedor de una sanción penal.

Postura del autor

Sin perjuicio del tema de la causalidad, en el que como ya se vio tampoco hubo acuerdo entre los sentenciadores, es en lo referente al límite entre el reproche de antijuridicidad y el de culpabilidad, en que se funda la decisión disidente del magistrado que condena.

Concretamente, al indicar los peritos gineco obstetras que el límite médico para practicar un Kristeller es la existencia de cicatrices uterinas previas, lo que están haciendo es orientando al tribunal, para que éste, desde

un punto de vista jurídico, fije el límite entre un Kristeller ajustado a las normas profesionales de cuidado y aquél que no lo está; vale decir, fije el límite entre una conducta lícita, de aquella que no lo es.

Pero en este punto el voto de minoría difiere y razona en el sentido que este límite está dado por no haber considerado los dos abortos previos, al momento de realizar la maniobra de compresión de fondo uterino.

De acuerdo a lo doctrina revisada esta conclusión es errónea, ya que implica confundir el límite objetivo de la antijuridicidad, con el ámbito subjetivo de las condiciones específicas del facultativo que realizó el Kristeller. En efecto, el voto de minoría condena, porque reprocha al médico acusado no haber previsto que, si bien la realización del Kristeller no estaba prohibida por la *lex artis* de la medicina, ésta era ilegítimamente riesgosa en la especie, ya que el útero de la gestante era más frágil debido a los dos abortos que había sufrido y a sus eventuales legrados ("raspajes") relacionados.

Al razonar de esta manera lo que el disidente está haciendo es incluir en su valoración las facultades personales del profesional, esto es su capacidad de tomar la mejor decisión, incluso más allá de lo que la práctica médica habitual (o *lex artis*) aconseja como apropiado, condenándolo en definitiva, no por negligencia, "sino por no haber sido un mejor médico".

En efecto, su razonamiento solamente hubiese sido correcto y necesario para confirmar la culpabilidad del acusado, desechando alguna posible característica personal exculpatoria, sólo si previamente hubiese acreditado la antijuridicidad de la conducta del encartado; lo que nunca realizó. De tal modo, las razones del disidente son innecesarias y sólo pueden comprenderse como una confusión entre el reproche de antijuridicidad y el de culpabilidad. En efecto, el acusado pudo haber sido más prudente, experimentado y hábil al momento de atender a la gestante; pero todas estas razones no dicen relación con su deber de cuidado objetivo, sino que con sus facultades personales, elementos subjetivos que lo caracterizaban al momento de los hechos, entre todos los demás médicos, y que hacen que un facultativo tenga mejores habilidades para una o para otra faceta del ejercicio de la medicina; habilidades que van desde la capacidad motriz (al momento de practicar un Kristeller, por ej.), hasta la experiencia necesaria para decidir si es el mejor momento para realizarlo.

Por el contrario, razonamientos basados en la falta de culpabilidad sí podrían fundar alegaciones exculpatorias sustentadas en las condiciones personales del agente, aun existiendo una infracción objetiva a su deber de cuidado (cosa que no se da en la especie); ya que para condenar al acusado deben probarse los hechos que constituyen todos y cada uno de los elementos secuenciales del delito penal (en este caso, de la mal praxis médica), esto es la conducta, su tipicidad, antijuridicidad y la culpabilidad del agente, en ese mismo orden lógico.

En este sentido, los razonamientos del voto de minoría no están ajustados a Derecho. En efecto, el disidente yerra en omitir el análisis objetivo de antijuridicidad y pasar directamente al de culpabilidad, confundiéndolos. De esta forma vulnera el derecho a defensa del acusado, ya que lo priva de la posibilidad que su conducta sea objetivamente comparada con los deberes de cuidado que el ordenamiento jurídico le exige (en este caso, en virtud de la profesión que decidió ejercer), y deja la decisión de condena sujeta a una valoración meramente subjetiva – aunque no por eso arbitraria- de la fórmula normativa general de "negligencia culpable" contemplada en el inciso 1º del artículo 491 del Código Penal³.

Conclusión

Una correcta valoración de la prueba rendida en juicio, en el sentido de distinguir con propiedad, para cada caso concreto, la diferencia entre los reproches de antijuridicidad y de culpabilidad es fundamental para resolver en justicia los casos de mal praxis médica.

Las redacciones legales abiertas y normativas de este tipo de ilícitos dan un gran margen de decisión a los jueces para determinar qué conducta se ajusta o no a los deberes de cuidado exigidos. Esta facultad les obliga a fundar sus fallos de condena en infracciones objetivas a estos deberes y no en criterios particulares de exigibilidad de una determinada conducta, basados en características individuales del agente.

De lo contrario, las sentencias pueden adolecer de ilegitimidad –aun siendo razonadas- por estar desprovistas de criterios uniformes que orienten al cuerpo médico respecto de qué conductas se encuentran ajustadas al debido cuidado y, por el contrario, cuáles transgreden el riesgo permitido y, por ende, son susceptibles de eventuales reproches penales.

Notas

Conflicto de intereses

El autor ha completado el formulario de declaración de conflictos de intereses del ICMJE traducido al castellano por *Medwave*, y declara no haber recibido financiamiento para la realización del artículo/investigación; no tener relaciones financieras con organizaciones que podrían tener intereses en el artículo publicado, en los últimos tres años; y no tener otras relaciones o actividades que podrían influir sobre el artículo publicado. El formulario puede ser solicitado contactando al autor responsable.

Glosario penal

- Acusación: determinación formal de la conducta que el fiscal estima delictiva y de su calificación jurídica precisa.
- Antijuridicidad: palabra derivada del idioma alemán. Valoración negativa de una conducta en relación a su legitimidad. Dícese del comportamiento contrario a Derecho más allá de los límites de las normas penales.

- Conducta: comportamiento humano. Opuesto conceptualmente al pensamiento o al mero deseo. Puede ser activo u omisivo.
- Culpabilidad: palabra derivada del idioma alemán. Atribución a la responsabilidad penal del autor, de una conducta antijurídica.
- Delito penal: conducta típica, antijurídica y culpable.
- Derecho penal sustantivo: conjunto de normas jurídicas que regulan la potestad punitiva del Estado, desde el punto de vista de las conductas tipificadas como delictivas y de las penas que la ley les asigna; en contraposición del Derecho Penal Adjetivo que ordena los procedimientos y formas de aplicación del primero.
- Fiscal (Fiscalía del Ministerio Público): funcionario público especializado en investigar hechos que podrían revestir características de delito y de llevar a juicio a sus partícipes, en su mérito.
- Juez (Tribunal): funcionario público especializado en la determinación de la inocencia o culpabilidad de las personas que son llevadas a juicio por la fiscalía.
- RIT: rol interno del Tribunal.
- RUC: rol único de causa.

- Tipicidad: garantía del ciudadano respecto de su ordenamiento jurídico, consistente en que los delitos penales deben encontrarse precisamente descritos en cuanto a conducta y a sanción, en una ley conocida y emanada de un congreso o parlamento, en forma previa a su comisión, procesamiento y castigo.
- Verdad procesal: los hechos probados en juicio y la calificación jurídica que de éstos realiza la sentencia definitiva afirme.

Referencias

1. Acusación en causa RUC 0700309105-2. Fiscalía del Ministerio Público, 30 de mayo de 2011. ↑
2. Sentencia en causa RUC 0700309105-2, RIT 191-2011. Tribunal oral en lo penal de Santiago, 12 de enero de 2012. ↑
3. Artículo 491, inciso 1. Código Penal Chileno. ↑
4. Politoff S, Matus JP, Ramírez MC. Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2004. ↑
5. Bustos J. El delito culposo. 1ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995. ↑
6. Artículo 491, número 10. Código Penal Chileno. ↑

Correspondencia a:

⁽¹⁾Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico de Chile
Huérfanos 669, Oficina 307
Santiago de Chile



Esta obra de Medwave está bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial 3.0 Unported. Esta licencia permite el uso, distribución y reproducción del artículo en cualquier medio, siempre y cuando se otorgue el crédito correspondiente al autor del artículo y al medio en que se publica, en este caso, Medwave.