

CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA: UNA RELACIÓN AMBIGUA Y PROBLEMÁTICA

Héctor Hernández Basualto

I. INTRODUCCIÓN

Muchas de las actividades propias de un tratamiento médico inobjetable son cruentas o, en todo caso, causan dolores físicos y grados variables de incapacidad corporal transitoria a los pacientes, con lo cual parecen realizar las exigencias de los tipos penales de lesiones corporales. Al mismo tiempo, existe la convicción de que tales actividades no pueden implicar responsabilidad penal, al menos no mientras tiendan efectivamente a la preservación o restablecimiento de la salud del paciente y se realicen de un modo correcto. Ahora bien, tan comprensible y digna de compartirse resulta esta convicción como difícil ha sido precisar y encuadrar en las categorías de la teoría del delito las razones que la sustentan. Y contra lo que pudiera creerse, este defecto, que en definitiva es de fundamentación, no produce sólo irritación sistemática sino, también, importantes dificultades de aplicación práctica.

Por cierto, la indefinición no representa ningún problema en un contexto en el que las razones legitimantes del tratamiento médico se asumen como dadas de modo general y constante, resultando sólo perturbadas por un apartamiento injustificado y con tendencia lesiva – virtualmente siempre con *culpa* (imprudencia o negligencia), sin perjuicio de la posibilidad teórica de dolo– de las prescripciones de la *lex artis*. En otras palabras, mientras la legitimidad del tratamiento se encuentre de hecho asociada sólo a su corrección técnica, las razones de la misma y su ubicación sistemática pueden permanecer en la penumbra.

Pero esto cambia dramáticamente cuando la legitimidad del tratamiento ya no depende sólo de la corrección técnica del mismo sino de requisitos adicionales que obedecen a una lógica diferente. Tal es el caso paradigmático de la exigencia de *consentimiento informado* por parte del paciente. La existencia de requisitos adicionales como éste abre la posibilidad de procedimientos técnicamente impecables, pero ilegítimos, para cuya correcta valoración jurídico-penal se vuelve imprescindible ahora precisar el exacto significado dogmático del tratamiento médico en cuanto tal y la ubicación sistemática de

sus razones legitimantes, en tanto premisa conceptual de las consecuencias que quepa derivar de la ausencia de estas últimas.

Este trabajo versa sobre estas precisiones en el contexto específico del Derecho Penal chileno y, por esa vía, sobre las posibles consecuencias dogmáticas de asumir en serio que el consentimiento informado sea, en efecto, presupuesto necesario de un tratamiento médico legítimo. El carácter problemático de tales posibles consecuencias abre, por último, espacio para una breve reflexión político-criminal sobre el modo más adecuado de proteger penalmente el interés involucrado en la exigencia de consentimiento informado. En atención a estos fines específicos y acotados no se abordarán tópicos habituales al tratar el tema del consentimiento informado, tales como sus requisitos y, en particular, los alcances de los deberes de información asociados y los supuestos en que éstos decaen. Las referencias a doctrina comparada se han limitado a lo mínimo que ha parecido indispensable para contextualizar o respaldar alguna opinión.

2. LA RELEVANCIA DEL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Hasta la actualidad la literatura chilena virtualmente no le concede eficacia eximente de responsabilidad penal al consentimiento del titular del bien jurídico afectado por la conducta. En efecto, cuando en los textos de parte general se aborda el consentimiento como una causa no legislada de justificación, sólo parece existir acuerdo en cuanto a que los casos más relevantes de consentimiento eficaz en rigor no constituyen hipótesis de justificación, sino derechamente de exclusión de la tipicidad¹, con lo cual, en realidad, no se trata de genuino consentimiento, sino de lo que la doctrina comparada suele denominar “acuerdo” y que, por definición, es un elemento negativo del tipo y no una causa de justificación.

Si se buscan casos genuinos de consentimiento (justificante) se podrá constatar la reluctancia de nuestros autores hacia esa posibilidad. El examen

¹ Cfr. Eduardo NOVOA, *Curso de Derecho Penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960, tomo I, p. 410 y ss.; Alfredo ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo I, p. 240 y ss.; Enrique CURY, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 370 y s.; Mario GARRIDO, *Derecho Penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, tomo II, p. 124; Sergio POLITOFF, Jean Pierre MATUS, María Cecilia RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 240; Jaime NAQUIRA, *Derecho Penal. Teoría del delito I*, Santiago, McGraw-Hill, 1998, p. 306.

del requisito fundamental para la aceptación del efecto justificante, que es el carácter disponible del bien jurídico en cuestión, conduce a que, en último término, los únicos bienes que exhiben esa cualidad son precisamente aquéllos respecto de los cuales el consentimiento excluye la tipicidad, de modo que casi no queda espacio para conductas típicas justificadas mediante el consentimiento².

En lo que concierne específicamente a la salud individual y a la integridad corporal existe amplio consenso en cuanto a que no se trata de bienes jurídicos disponibles, de modo que el consentimiento carece de todo efecto, tanto en términos de tipicidad como de antijuridicidad³. Es muy posible que este consenso deba ser sometido a revisión a la luz de la todavía reciente regulación de los acuerdos reparatorios en el art. 241 CPP que permite extinguir la acción penal pública, en general aun contra la oposición del Ministerio Público, por un acuerdo entre el autor y la víctima, también tratándose de lesiones menos graves (enfermedad o incapacidad por el trabajo por hasta treinta días como resultado típico). Desde luego esta regulación nada dice directamente respecto del efecto legitimante del consentimiento en materia de lesiones, pero, sin duda, torna menos evidente la enfática afirmación del carácter indisponible de la salud y la integridad, al punto de volver muy plausible el reconocimiento de una causa de justificación no reglada de consentimiento en ese ámbito⁴. Como fuera, sigue siendo opinión completamente dominante que el consentimiento del titular del bien jurídico carece de efecto justificante.

En consecuencia, la licitud general de los tratamientos médicos que implican afectaciones corporales del paciente no descansa entre nosotros en el consentimiento del paciente, sino que se encuentra en otro lugar. Para la que hoy parece ser la opinión dominante se trata simplemente de una conducta atípica en razón de adecuación social o riesgo permitido⁵, en tanto que para

² El posible reconocimiento se limita a los delitos contra la propiedad (básicamente los daños) y a los atentados contra el honor. Al margen de cualquier valoración, es curioso que con estos resultados nuestra literatura insista en abordar el asunto en el contexto de las causas de justificación, contexto en el que termina negándole toda relevancia digna de mención.

³ Así NOVOA (n. 1), p. 413 y s.; ETCHEBERRY (n. 1), p. 241; Juan BUSTOS, Sergio POLITOFF, Francisco GRISOLÍA, *Derecho Penal chileno. Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 257; GARRIDO (n. 1), p. 125; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (n. 1), p. 127 y s.

⁴ Al respecto Rafael BLANCO, Héctor HERNÁNDEZ, Hugo ROJAS, “Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal chileno”, en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 8, Santiago, 2005, p. 50 con n. 93.

⁵ BUSTOS, POLITOFF, GRISOLÍA (n. 3), p. 249 y ss.; CURY (n. 1), p. 371 y s.; Mario GARRIDO, *Derecho Penal*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo III, p. 182; POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (n. 1), p. 121; aparentemente también Carlos KUNSEMÜLLER, “Responsabilidad penal del acto médico”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, N° 2, Santiago, 1986, pp. 259 (263).

quienes sostienen que se trata de una conducta típica justificada de modo excepcional⁶ la justificación se funda en el *ejercicio legítimo de la profesión médica*, con efecto explícito en materia penal mediante la cláusula de la segunda parte del art. 10 N° 10 CP, que exime de responsabilidad penal al que obra “en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo”.

Como sea, en uno u otro caso, siempre ha existido pleno acuerdo en cuanto a que la irrelevancia penal general de la actividad médica supone al menos apego a la *lex artis*, pues de otro modo o bien no se cumplen los requisitos de la causa de justificación, o bien se supera el umbral del riesgo permitido. La cuestión ahora es si este requisito necesario es también suficiente para excluir una posible responsabilidad penal o si, por el contrario, para ello se requiere la concurrencia de otros requisitos, concretamente el consentimiento del paciente.

En rigor, en esta parte se impone una distinción entre tratamiento médico *curativo* y tratamiento médico *no curativo*, como es el caso paradigmático, por ejemplo, de la extracción de órganos de personas vivas con fines de trasplante, porque respecto de este último tipo de tratamiento, cuya legitimación ha debido sortear una serie de obstáculos, se reconoce desde antiguo la necesidad, entre otros requisitos, del consentimiento del afectado. Es, por lo demás, lo que se desprende invariablemente de las regulaciones pertinentes, como ocurre, por ejemplo, con el art. 6° de la ley N° 19.451, sobre trasplante y donación de órganos, que es enfático en requerir el consentimiento informado del donante en los siguientes términos (incisos primero a tercero):

“El donante deberá manifestar el consentimiento requerido, señalando el o los órganos que está dispuesto a donar, de modo libre, expreso e informado.

Del consentimiento se dejará constancia en un acta firmada ante el director del establecimiento donde haya de efectuarse la extracción, quien para estos efectos tendrá el carácter de ministro de fe. La calidad de ministro de fe se hará extensiva a quien el referido director delegue tal cometido.

El acta que debe firmar el donante contendrá la información relativa a los riesgos de la operación y a las eventuales consecuencias

físicas y psicológicas que la extracción le pueda ocasionar a aquel, como asimismo, la individualización del receptor. El acta deberá ser suscrita por los médicos que hayan emitido el informe de aptitud física del donante y por el médico que le haya proporcionado la referida información, cuyo contenido se especificará en el reglamento”.

La discusión se concentra entonces en la relevancia del consentimiento en el contexto de los tratamientos curativos. Pues bien, un sector muy significativo de nuestra literatura ha entendido que el ejercicio legítimo de la profesión médica es independiente del consentimiento del paciente, de modo que debe tener efecto legitimante aun contra la voluntad del mismo. Así, Juan Bustos, Sergio Politoff y Francisco Grisolia expresaban que, no obstante la indiscutible relevancia de dicho consentimiento, su ausencia no debía conducir a la incriminación a título de lesiones corporales, ya que, en rigor se trataría de un atentado contra la libertad de autodeterminación y no contra la salud del paciente⁸. Del mismo parecer era Luis Cousiño, quien sólo le atribuía relevancia ético-profesional a la obtención del consentimiento⁹. Por su parte, Enrique Cury mantiene hasta ahora, precisamente para negar la necesidad de un consentimiento siquiera presunto del paciente, que las intervenciones quirúrgicas ejecutadas según diagnóstico cuidadoso y de acuerdo con la *lex artis* “no requieren justificación alguna porque yacen fuera de los límites del tipo en razón de su adecuación social”¹⁰, en tanto que Jaime Náquira sólo le atribuye consecuencias a la ausencia de consentimiento cuando la conducta terapéutica fracasa y, en todo caso, siempre que ésta hubiese supuesto, *ex ante* considerada, un riesgo elevado, por sobre lo normal¹¹.

No es de extrañar, entonces, que en un contexto en el que el consentimiento o, bien, carecía de toda relevancia o sólo representaba un papel secundario estos autores no se hubieran preocupado mayormente ni de sus requisitos ni de las consecuencias de su ausencia.

Todo indica, sin embargo, que la plausibilidad de esta posición se ve muy resentida en un contexto de creciente reconocimiento y valoración de importantes *derechos de los pacientes*, con la consecuente “desacralización” de la profesión médica¹². En efecto, la pretensión de legitimidad general de las

⁶ Así Gustavo LABATUT, *Derecho Penal*, 9ª ed. a cargo de Julio ZENTENO, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1989, tomo I, p. 110; NOVOA (n. 1), p. 406; ETCHEBERRY (n. 1), tomo I, p. 248 y tomo III, p. 119.

⁷ Nótese que a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, en ausencia de esta causa de justificación en Chile no podría tener aplicación en este ámbito el estado de necesidad justificante, en atención a la estrechez con que éste se encuentra regulado en el art. 10 N° 7 CP, que sólo permite justificar atentados contra la propiedad, no contra la salud o la integridad corporal.

⁸ BUSTOS, POLITOFF, GRISOLÍA (n. 3), p. 252 y s.

⁹ LUIS COUSIÑO, *Derecho Penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, tomo II, p. 478 y s.

¹⁰ CURY (n. 1), p. 371 y s.

¹¹ NAQUIRA (n. 1), p. 298 y s.

¹² Como con mucho acierto lo expresa, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, Hernán CORRAL, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica

intervenciones médicas por el simple hecho de estar desde un punto de vista técnico indicadas y de ser ejecutadas de modo técnicamente correcto, en un contexto en que lo técnico y lo correcto se define en términos que son patrimonio privativo de los facultativos, sólo puede entenderse desde una visión paternalista y hasta autoritaria del estatus y de la función social de la profesión médica, que no se limita a reconocerle a quienes la profesan una innegable superioridad de conocimiento en lo pertinente, sino que además les concede un derecho de decisión sobre el cuerpo y la salud del paciente.

Semejante pretensión no resulta, por cierto, compatible con las actuales valoraciones sociales. No puede desconocerse la existencia excepcional de *tratamientos médicos obligatorios*, incluso, de casos especialmente problemáticos en que no se imponen en interés de otras personas (como ocurre con las medidas sanitarias para impedir epidemias, como las previstas en el título II del libro I del *Código Sanitario*), sino en exclusivo "beneficio" del paciente¹³. En todo caso, es al mismo tiempo claro que se trata de casos muy especiales que de modo alguno constituyen ni pueden constituir regla.

Las propias normas de deontología médica prescriben con toda claridad el deber general de obtener el consentimiento del paciente, sin perjuicio de prever, como es comprensible y universalmente aceptado, formas alternativas y aun excepciones en casos calificados. Así, por ejemplo, el art. 25 del *Código de Ética* del Colegio Médico de Chile (2008) dispone:

"Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente.

En caso de procedimientos diagnósticos o terapéuticos que entrañen un riesgo significativo para el paciente, el médico le proporcionará información adicional de los beneficios y riesgos del mismo, con el fin de obtener su consentimiento específico, imprescindible para practicarlos".

Pues bien, esta manera de ver las cosas se expresa con vigor también en nuestra literatura jurídico-penal, en el sentido de precisar que lo penalmente

de Chile, 2003, p. 278: "de un tiempo a esta parte, la salud se mira como un derecho y se ha perdido esa veneración casi religiosa que se tenía respecto del médico. Hoy se le ve como un profesional más que debe responder por sus hechos como cualquier otro".

¹³ Específicamente se alude a los polémicos casos de alimentación o tratamiento forzados dispuestos por tribunales superiores chilenos resolviendo recursos de protección interpuestos por terceros "en favor" de quienes no quieren alimentarse o tratarse. Al respecto el análisis jurisprudencial de Gastón GÓMEZ, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005, p. 256 y ss.

irrelevante (atípico o justificado) es sólo el tratamiento médico que además de ajustarse a la *lex artis* cuenta con el *consentimiento informado* del paciente. A los planteamientos pioneros en ese sentido de Eduardo Novoa¹⁴ y Alfredo Etcheberry¹⁵, se han sumado en los últimos años Mario Garrido¹⁶, Sergio Politoff / Jean Pierre Matus / María Cecilia Ramírez¹⁷, Rodrigo Medina Jara¹⁸, Vivian Bullemore / John Mackinnon¹⁹ y al parecer también Jaime Campos, en cuanto mencionaba la realización de operaciones sin consentimiento de rechamente como una hipótesis de *imprudencia médica*²⁰, al punto de parecer hoy la opinión dominante.

Llama la atención, sin embargo, que los representantes de esta perspectiva no se hagan cargo explícitamente de la tesis contraria que, como se ha visto, se ha defendido con tanto énfasis en el pasado entre nosotros y, sobre todo, que no desarrollen las concretas consecuencias prácticas que cabría predicar de la ausencia de consentimiento informado en un caso particular. Desde luego esto último no tiene por qué ser un defecto, pues se puede asumir una remisión tácita a las consecuencias de la simple aplicación de las reglas generales. Considerando, sin embargo, el carácter altamente problemático de tales posibles consecuencias, también puede verse en la omisión de cualquier comentario al respecto un indicio de que tal vez no se es del todo consciente de las implicaciones del cambio de perspectiva.

Parecen confirmar esta impresión las conclusiones algo contradictorias de Vivian Bullemore y John MacKinnon al respecto, quienes señalan que el médico que actúa contra la voluntad del paciente o de la persona competente para consentir por él lo hace típica y antijurídicamente, sin perjuicio de ceder su responsabilidad penal (exculpación) por creencia errónea de actuar justificado o por fuerza irresistible²¹, para afirmar, luego, que el tratamiento

¹⁴ NOVOA (n. 1), p. 406.

¹⁵ ETCHEBERRY (n. 1), p. 248, si bien ya se expresaba en el mismo sentido en ediciones anteriores.

¹⁶ GARRIDO (n. 5), p. 181.

¹⁷ POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (n. 1), p. 121 y s. Antes Sergio POLITOFF, *Derecho Penal*, Santiago, ConoSur, 1997, p. 398, si bien sembraba dudas su posición frente al consentimiento presunto en p. 403.

¹⁸ Rodrigo MEDINA JARA, *Manual de Derecho Penal*, Santiago, LexisNexis, 2007, tomo II, p. 125 y s.

¹⁹ Vivian BULLEMORE, John MACKINNON, "Los aspectos jurídicos del consentimiento informado: la *lex artis* y la relación médico-paciente", en Luis RODRÍGUEZ COLLAO (coord.), *Delito, pena y proceso. Libro homenaje a la memoria del Prof. Tito Solari Peralta*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 215 y ss.

²⁰ Jaime CAMPOS QUIROGA, "La responsabilidad médica de carácter culposo en la legislación y jurisprudencia", *RCP*, tomo XXXVII, vol. II, Santiago, 1981 (1978-1981), pp. 107 (123).

²¹ BULLEMORE, MACKINNON (n. 10), p. 224.

exitoso (“el médico que, desoyendo a su paciente lo sana o, incluso, lo salva en contra de su voluntad”), al parecer ahora sin excepciones, sólo da lugar a responsabilidad civil por *daño moral*, en tanto que el tratamiento no exitoso da lugar a responsabilidad penal, pero al parecer siempre sólo por culpa²².

Las páginas siguientes procuran hacer cierta una mínima claridad sobre las posibles consecuencias del consentimiento informado como requisito de legitimidad del tratamiento médico curativo.

3. LAS CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO

Si en verdad el consentimiento informado del paciente es requisito de legitimidad (atipicidad o justificación) del tratamiento médico curativo, entonces la pregunta que cabe responder ahora es, ¿cuáles deberían ser las consecuencias de la ausencia de dicho consentimiento en un caso particular?, lo que supone en primera línea determinar cuál es el significado dogmático del tratamiento médico curativo en cuanto tal, en particular si se puede entender que, con prescindencia de posibles razones legitimantes que por definición no concurren en este caso, realiza siquiera en el plano crudamente descriptivo las exigencias objetivas de los tipos de lesiones corporales.

Como es obvio, en este contexto vienen en consideración sólo tratamientos médicos que importen una afectación corporal mínimamente perceptible del paciente, de suerte que se excluyen de antemano los tratamientos, incluso, invasivos que, no obstante, no producen heridas o alteraciones funcionales o sólo lo hacen de modo insignificante y no perceptible, que, según la opinión dominante entre nosotros, no satisfacen las exigencias típicas mínimas de las lesiones corporales²³. En el centro de la atención deben estar las afectaciones corporales *inherentes al tratamiento en cuanto tal*, esto es, con total independencia del éxito o fracaso de sus fines ulteriores, como consecuencia directa y necesaria del simple hecho de ejecutarse, en lo que podrían denominarse lesiones inherentes o “lesiones técnicas”²⁴.

²² BULLEMORE, MACKINNON (n. 10), p. 235.

²³ Debe recordarse que conforme a la opinión dominante entre nosotros las agresiones que no dejan secuelas físicas perceptibles no constituyen lesiones corporales. Al respecto POLITOFF, MATUS, RAMÍREZ (n. 1), p. 115 y s.; de otra opinión ETCHEBERRY (n. 1), tomo III, pp. 116 y 119. y GARRIDO (n. 5), p. 159 y s.

²⁴ De “lesiones técnicas” hablaban BUSTOS, POLITOFF, GRISOLÍA (n. 3), p. 250; se refieren también a estas lesiones inherentes Enrique CURY, “Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos (cuasidelitos)”, en *RCP*, tomo XXXVII, vol. II, Santiago, 1981 (1978-1981), pp. 97 (100): “El problema nace de que en un amplio campo de las intervenciones médicas parece ser necesario una cierta lesión del cuerpo del paciente. Para inyectarle una

Las opciones en esta materia son dos: o bien entender que el tratamiento curativo correctamente ejecutado no es de ningún modo lesivo desde el punto de vista de la salud y la integridad corporal del paciente; o bien, por el contrario, asumir que –en general o al menos bajo ciertos supuestos– dicho tratamiento es lesivo, pero que puede verse legitimado, incluso, de un modo general (al punto de ser atípico) si concurren ciertos requisitos. Se trata, como se sabe, de una cuestión muy discutida que se resuelve de maneras diversas en distintos ordenamientos, de modo que excedería los propósitos de este artículo pretender no ya zanjarla, sino siquiera ofrecer una toma de posición fundada al respecto. Más bien lo que se procurará a continuación es simplemente mostrar las consecuencias –bastante divergentes– que estos distintos puntos de partida deberían tener para el estatus y las implicaciones prácticas del consentimiento informado en materia penal.

3.1. Primera opción: *el tratamiento curativo correcto no lesiona*

En general no se pone en duda que los tratamientos *no curativos* que afectan el cuerpo del paciente constituyen lesiones, porque se trata de operaciones que menoscaban la salud o la integridad corporal de la persona sin ningún beneficio correlativo para ella en términos estrictos de salud. Así, no puede decirse seriamente que la extracción con fines de trasplante de un riñón u otro órgano de la persona sea inocua desde el punto de vista de la integridad corporal del donante, porque es evidente que la pérdida del órgano sólo importa un menoscabo de esta última, sin beneficio alguno para su salud. Sin duda, se trata de menoscabos en favor de los cuales pueden militar razones importantes y legítimas, como sería, en este caso, la salud y hasta la vida de otra persona, pero su carácter de menoscabo y, con ello, de lesión parece indiscutible.

Lo discutible se concentra, entonces, en los tratamientos médicos *curativos*. Quienes niegan su carácter lesivo pueden sostener a su respecto que, si bien

droga hay que pincharlo; para curar una herida superficial pero infestada hay que cortar tejidos; para curar su dentadura hay que arrancarle una pieza; para extraer un cálculo biliar hay que abrir la caja torácica; para suprimir un tumor cerebral...” y KÜNSEMÖLLER (n. 5), pp. 259 (261): “En procura de su fin curativo, el médico debe afectar, muchas veces de manera cruenta, la salud física o psíquica del paciente”; o más adelante: “gran parte de las acciones curativas, especialmente quirúrgicas, suponen que el cuerpo del paciente sufra alguna lesión, un detrimento de su armonía e integridad corporal. Basta pensar en la amputación de una extremidad, en la extirpación de un órgano. Hay casos en que la tarea curativa puede exigir lesiones de gran magnitud” (p. 265).

aisladamente considerados pueden importar un menoscabo efectivo de la integridad o la salud del paciente, dicho menoscabo es sólo *relativo*, porque en rigor tiende al mayor bienestar del mismo visto en términos globales o absolutos. Así, por ejemplo, la incisión necesaria para remover un obstáculo al correcto funcionamiento de un órgano, supone, desde luego, una intervención no inocua en el cuerpo del paciente, pero que, por así decirlo, se ve “compensada” con creces con el restablecimiento de las funciones normales del órgano en cuestión. En términos globales, la situación de salud del paciente después de practicada la incisión es mejor que antes, no peor²⁵.

Para expresarlo en categorías de dogmática penal, no se trataría de un caso de creación de riesgo prohibido, sino, por el contrario, de uno de “reducción del riesgo” en la terminología de Claus Roxin, con lo que debería negarse derechamente la tipicidad de la conducta, tal como ocurre en el ejemplo escolar de aquél que empuja a otra persona provocando que un objeto pesado que viene cayendo se estrelle con sus piernas y no con su cabeza, que es lo que hubiera ocurrido de no haber mediado el empujón²⁶. Cabe señalar, sin embargo, que el razonamiento sólo es de recibo cuando el riesgo asociado a la conducta en cuestión y que ésta reduce es el mismo riesgo preexistente, pero no cuando la conducta crea un riesgo distinto que desplaza al que existía hasta ese momento, aunque éste sea de menor entidad²⁷. En este último caso no podría negarse la tipicidad objetiva de la conducta (ni la imputación del resultado a la misma), sino sólo su antijuridicidad, bajo el supuesto de concurrir una causa de justificación.

Ahora bien, si esto fuera correcto y en efecto las afectaciones corporales en el contexto de tratamientos curativos no pudieran considerarse lesiones, entonces la consagración del consentimiento informado como requisito de legitimidad de la intervención médica sencillamente no tendría ninguna relevancia desde el punto de vista de la tipicidad y antijuridicidad de la conducta a título de lesiones corporales. Tendrían razón aquéllos que ven en el tratamiento no consentido, en el llamado “tratamiento arbitrario”, una simple vulneración de la libertad de autodeterminación del paciente, pero no un atentado contra su salud o su integridad corporal. Más específicamente, a la hora del encuadramiento típico de la conducta, sólo estaría disponible

²⁵ Esto es lo que se ha denominado, en tono crítico, el concepto de “salud como saldo”, cfr. Ulrich WEBER, in Gunther ARZT, Ulrich WEBER, *Strafrecht BT*, Bielefeld, Gieseking, 2000, § 6 marg. 100.

²⁶ Claus ROXIN, *Strafrecht AT I*, 4ª Aufl., München, Beck, 2006, § 11 marg. 53, donde también pone como ejemplo el caso del médico que con su tratamiento retarda la muerte del paciente.

²⁷ *Op. cit.*, marg. 54.

el tipo penal de *coacciones*, que en el Derecho chileno representa apenas una falta (con pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales), en el N° 16 del art. 494 *CP*, del siguiente tenor:

“El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a ejecutar lo que no quiera”²⁸.

Como se puede ver, la falta de coacciones requiere ejercicio de violencia, de modo que si la intervención médica no consentida se verifica sin violencia, como será lo normal (como cuando el paciente está inconsciente o cuando simplemente ignora los alcances de la intervención), ha de considerarse atípica, en tanto sea correcta desde un punto de vista técnico.

Debe reconocerse, entonces, que la asunción del carácter no lesivo del tratamiento curativo correcto conduce, a despecho de cualquier declaración altisonante de principios, a la irrelevancia prácticamente absoluta del consentimiento informado del paciente en materia penal. Si éste es el escenario correcto, lo que se impone es erradicar el consentimiento informado del discurso y del análisis jurídico-penal de la responsabilidad médica por lesiones, porque la afirmación de factores que en realidad no están llamados a cumplir ninguna función dogmática sólo puede servir para enturbiarlos.

3.2. Segunda opción:

el tratamiento curativo (aun correcto) lesiona

No es en absoluto pacífico, sin embargo, que el tratamiento médico curativo correcto no realice, siquiera desde un punto de vista descriptivo, las exigencias conceptuales de una lesión. Así, por ejemplo, la jurisprudencia alemana viene afirmando desde fines del siglo XIX –contra la opinión mayoritaria de la doctrina– que los tratamientos médicos curativos correctamente ejecutados realizan el tipo objetivo de las lesiones, sin perjuicio de que puedan legitimarse por el consentimiento del paciente²⁹. Y para ello existen buenas razones.

Desde luego, esto es evidente para quienes rechazan el concepto de salud como saldo y entienden que dicho concepto no puede escindirse de la *disponi-*

²⁸ En Chile expresamente BUSTOS, POLITOFF, GRISOLIA (n. 3), p. 253.

²⁹ En la jurisprudencia del tribunal imperial desde RGSt 25, 375 (amputación indicada y exitosa del pie de una niña contra la oposición del padre), del año 1894, doctrina asumida luego por el tribunal supremo federal desde BGHSt, 11, 111 (extracción completa del útero que recién se demuestra necesaria durante la operación para extirpar un mioma, sin advertencia previa de esa posibilidad a la paciente), del año 1957.

bilidad sobre el propio cuerpo, de modo que cada decisión externa arbitraria sobre el cuerpo del paciente afecta *per se* su salud³⁰. Desde este punto de vista la distinción entre salud y libertad de autodeterminación del paciente carece simplemente de sentido.

Aunque no se esté dispuesto a dar un paso semejante hacia la integración de la libertad en el concepto mismo de salud e integridad –contra lo que parecen hablar, justo es reconocerlo, la letra, el sistema y la tradición interpretativa de nuestra ley– puede ponerse en entredicho que la aparente evidencia incontestable del argumento de la reducción del riesgo de verdad pueda sostenerse en todos los casos de tratamiento curativo, y esto con independencia de las dudas que en particular pueda suscitar la delimitación del campo de acción de este razonamiento con el del desplazamiento de un riesgo por otro. Desde luego porque en muchos casos no será posible afirmar que la intervención médica particular sea necesariamente lo mejor en términos absolutos de bienestar para el paciente, que es justo lo que permite negar su carácter lesivo. Es lo que debiera ocurrir cuando la estricta necesidad de la intervención es discutible, cuando por necesidad acarrea consecuencias perjudiciales que no son comparables con las que se evitan, cuando impide la práctica de tratamientos alternativos que pueden considerarse más beneficiosos para la salud o cuando no existe certeza en cuanto a los efectos perjudiciales de la omisión de tratamiento. Así, por ejemplo, decir que la amputación de un pie sólo puede tener el sentido de una cura del paciente y en caso alguno el de una lesión en razón de que estadísticamente existe un riesgo más o menos elevado de gangrena, puede ser por cierto plausible, pero no es en absoluto evidente.

Se podrá decir que la Medicina muchas veces no cuenta con certezas y que el médico se ve obligado permanentemente a tomar decisiones y a asumir riesgos en contextos de relativa incertidumbre. Pero con ello, que parece indiscutible, se abandona al mismo tiempo el terreno de lo absoluto y decae la pretensión de que la decisión conforme a la *lex artis* es por necesidad la mejor para la salud del paciente, con lo que también decae la imposibilidad conceptual de apreciar una lesión en el tratamiento médico.

Incluso, entre los partidarios del concepto de salud como saldo positivo de bienestar se reconoce que esa idea no puede aplicarse en términos absolutos y se admite que bajo ciertos supuestos debe afirmarse el carácter lesivo del tratamiento curativo. Es lo que ocurre, por ejemplo, con Albin Eser cuando afirma la imposibilidad de negar el menoscabo corporal del paciente cuando

³⁰ Así, por ejemplo, en Alemania, WEBER (n. 26), marg. 99 y s. En sentido similar Eckhard HORN, Gereon WOLTERS, en Hans-Joachim RUDOLPH, Jürgen WOLTER (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8ª Aufl., München, Unterschlessheim, Luchterhand, 2005, § 223 marg. 35 y ss.

la intervención implica un *cambio esencial en la sustancia* corporal, cual es el caso con las amputaciones o extracciones de órganos³¹.

Ahora bien, que una lesión provocada bajo esas circunstancias pueda legitimarse convenientemente (justificación o atipicidad por riesgo permitido) es una cosa muy diferente. A continuación, se desarrollan las consecuencias que tendría asumir, siquiera de modo provisorio, que el tratamiento médico curativo puede irrogar lesiones susceptibles de ser legitimadas y que, además, el consentimiento informado es requisito de dicha posible legitimación.

Si el tratamiento médico implica conceptualmente lesiones corporales, entonces su relevancia o irrelevancia penal dependerá en exclusiva de si concurren o no a su respecto los presupuestos legitimantes, sean los que configuran el ámbito del riesgo permitido, sean los que permiten afirmar la concurrencia de una causa de justificación.

Situados en este plano se produce una significativa desacralización del acto médico, de modo que entre las incisiones practicadas en el quirófano por el cirujano con su bisturí y el corte propinado por el asaltante en el arrabal no existe más diferencia relevante que la posible concurrencia en el primer caso de dichas razones legitimantes, que son las que llevan a que la conducta del médico no sólo se considere admisible sino que goce, además, de gran valoración en la sociedad, en tanto que la conducta del asaltante sólo merece repudio. Pero si tales razones legitimantes no concurren, entonces la valoración jurídico-penal de ambos casos debe ser estructuralmente la misma: se está en presencia de unas lesiones típicas y antijurídicas.

Como ya se dijo, esto no representaba ningún problema en el contexto en que la legitimidad del tratamiento médico se supeditaba exclusivamente a la corrección técnica del mismo, porque siempre se ha estado dispuesto a admitir responsabilidad penal del médico cuando éste se aparta sin justificación de la *lex artis* y de este modo, por regla generalísima mediando *culpa*³², provoca un *daño* al paciente³³. Pero cuando se pretende incluir entre los requisitos legitimantes el consentimiento informado del paciente la cuestión se vuelve mucho más compleja, porque la ausencia de ese consentimiento obliga a ver en el tratamiento en cuestión unas lesiones típicas y antijurídicas, aunque el tratamiento se haya realizado de modo impecable desde un punto de vista técnico.

³¹ Albin ESER, in Adolf SCHÖNKE, Horst SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch-Kommentar*, 27ª Aufl., München Beck, 2006, § 223, marg. 33 y ss.

³² Las hipótesis de *malpractice* con tendencia *dolosa* al resultado lesivo se consideran apariciones más bien teóricas, sin mayor relevancia práctica.

³³ Conforme a nuestro derecho no hay responsabilidad por culpa sin resultado lesivo, salvo lo dispuesto para la hipótesis excepcional de peligro, con rango de falta, del art. 494 N° 10 CP: “El médico, cirujano, farmacéutico, dentista o matrona que incurriere en descuido culpable en el desempeño de su profesión, sin causar daño a las personas”.

Por cierto, se podrá decir que la ausencia de consentimiento afecta la *libertad* y no la salud del paciente, pero ése no es el punto³⁴. Lo que afecta la salud o integridad del paciente es la intervención médica en cuanto tal y lo que está en discusión es si se dan razones suficientes para que dicha afectación pueda ser admisible. Y si esas razones pasan también por la obtención del consentimiento del paciente, en caso de que éste falte no es que se le atribuya a dicha ausencia un efecto corporal lesivo, sino que se le niega legitimidad a la lesión provocada por el tratamiento en que ella ha estado ausente. Lo que habrá serán unas lesiones típicas por encontrarse más allá del riesgo permitido y también antijurídicas, por no estar cubiertas por el ejercicio legítimo de la profesión médica.

No sólo eso. Habría que reconocer, además, que se trata de unas lesiones típicas a título de *dolo* y no de culpa, porque es evidente que la intervención en cuanto tal se hace con pleno conocimiento y voluntad. La incisión en el tórax, la extirpación del órgano no se producen por descuido del médico, sino con todo cuidado y atención, incluso, de un modo planificado y escrupulosamente preparado. El argumento recurrente que pretende negar de modo apodíctico el dolo del médico fundado en que éste ha querido “sanar y no lesionar”³⁵ no pasa de ser un juego de palabras, tributario de una concepción del dolo que conecta con la idea de “dolo malo”. Si el dolo de cada delito se define a partir de la tipicidad objetiva del mismo, lo único relevante es que el sujeto reconozca en su conducta aquello que el tipo objetivo requiere, de modo que si el tratamiento médico implica lesionar y el médico, según la forma canónica, “sabe y quiere” practicarlo, entonces ha actuado con dolo y no con culpa.

En concretato, esto significa que el médico debería responder a título de dolo por las lesiones necesariamente implicadas en la intervención en cuestión, quedando supeditada la determinación de si se trata de lesiones menos graves (en su caso leves) o graves al tiempo necesario de recuperación, a menos que se trate de la extracción deliberada de órganos, caso en el cual se está en presencia de mutilaciones en los términos de los arts. 395 y 396 CP.

Con esto, de paso, cae en el vacío el argumento de texto de Juan Bustos, Sergio Politoff y Francisco Grisolia cuando negaban la tipicidad a título de lesiones corporales de las intervenciones técnicamente correctas, pero no consentidas por el paciente a partir del inciso primero del art. 491 CP, que según sus palabras,

³⁴ Por lo que no debe verse en esto ninguna concesión a un concepto de salud que integre en su seno la disponibilidad sobre el propio cuerpo.

³⁵ Así, entre nosotros, KÜNSEMÜLLER (n. 5), pp. 259 (263): “el fin de curar es incompatible con el dolo de lesionar y lo excluye”.

“fija sus extremos en las ideas de *mala* las personas y *negligencia culpable*, esto es, desempeño técnico inadecuado, sin que tenga influencia el que se haya prescindido de la voluntad del paciente”³⁶,

por la sencilla razón de que, siendo dolosa la intervención, el art. 491 CP simplemente no es aplicable a los casos en cuestión.

En lo que el argumento sí tiene peso es, en cambio, en lo que concierne a las posibles *ulteriores consecuencias lesivas* de la intervención. Porque, si bien tampoco estarán cubiertas por el riesgo permitido y serán por ello objetivamente típicas, por regla general no podrá predicarse a su respecto la concurrencia de dolo, porque lo que el médico persigue es, en efecto, que las lesiones necesarias conlleven un mejoramiento de la salud del paciente y no su empeoramiento ni menos su muerte. Por otro lado, tampoco parece posible atribuir las posibles consecuencias indeseadas a la imprudencia del facultativo si éste ha ajustado su actuación a los estándares técnicos vigentes que definen el cuidado debido en el caso particular, de modo que –conforme a las exigencias del principio de culpabilidad– no podrían imputársele tales consecuencias. Es cierto que esta conclusión puede chocar contra el inequívoco espíritu *versarista* del art. 10 N° 8 CP, que, como se sabe, condiciona la concurrencia de un caso fortuito a la ejecución de un “acto lícito”, cual no sería el caso tratándose de una intervención no consentida, pero si se entiende que la imprudencia médica está regulada de modo exhaustivo en el art. 491 CP, esta conclusión puede sostenerse sin más en la ausencia de los requisitos previstos en dicho artículo, en concreto en la ausencia de negligencia culpable.

Esta última consideración debería conducir a que la consecuencia resultara menos dramática desde el punto de vista general de la responsabilidad penal del médico, considerando que las lesiones necesarias inherentes al tratamiento en sí muchas veces serán menores (salvo en el caso de amputación de miembros importantes) y que las penas asignadas a las lesiones dolosas menos graves (no así a las mutilaciones) son bastante bajas, equivalentes a las de las lesiones culposas³⁷. Con todo, el efecto simbólico para la profesión médica parece sin duda devastador.

³⁶ BUSTOS, POLITOFF, GRISOLIA (n. 3), p. 253 (énfasis en el original).

³⁷ Si sólo se consideran las penas privativas de libertad, las lesiones dolosas menos graves (art. 399 del CP) acarrear la pena de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días de privación de libertad), pena de igual extensión que la prevista para la mayoría de las lesiones culposas (art. 490 N° 2 del CP en relación con los arts. 396 inciso segundo, 397 N° 2 y 399 del CP) e, incluso por debajo de la asignada a algunas lesiones culposas graves, que van de reclusión menor en su grado mínimo a medio, es decir, de 61 días hasta tres años de privación de libertad (art. 490 N° 1 del CP en relación con arts. 395, 396 inciso primero y 397 N° 1 del CP).

Es probable que esto explique que la jurisprudencia alemana, que, como se dijo, considera que las intervenciones médicas cruentas son lesiones típicas sólo susceptibles de ser legitimadas por el consentimiento del paciente, de modo que en ausencia de éste son típicas y antijurídicas, se ocupe mayoritariamente de imputaciones a título de *culpa* y no de dolo, en circunstancias que, como se ha dicho, pocas dudas pueden haber sobre el carácter doloso del tratamiento no consentido en cuanto tal³⁸. Una mirada a la jurisprudencia sugiere que esto es así porque lo que en rigor se somete a escrutinio a la hora de verificar la presencia de dolo o culpa no es el tratamiento médico en sí, sino la *omisión de haber obtenido el consentimiento* debido, lo que a todas luces sería un error, porque la lesión corporal es imputable al tratamiento en sí y no a la ausencia de consentimiento³⁹, de modo que no puede ser este último factor el que defina el carácter doloso o culposo del delito. El acomodo dogmático que permitiría, no obstante, dicho resultado parece radicar en la asunción especialmente generosa –que contrasta con lo que es normal en otras materias– de una posible *creencia errónea* de contar con el (suficiente) consentimiento del paciente, caso en el cual, conforme a la teoría limitada de la culpabilidad, dominante en Alemania en sus diversas variantes, se le puede dar a este error sobre los presupuestos fácticos de la causa de justificación el mismo tratamiento que corresponde al error de tipo, esto es, exclusión del dolo y eventual subsistencia de la culpa⁴⁰. De este modo, la afirmación de una conducta dolosa queda circunscrita a casos más o menos extremos de actuación contra negativa expresa y categórica de un paciente capaz⁴¹.

³⁸ Así, sin lugar a dudas, como consecuencia necesaria del punto de partida de la jurisprudencia WEBER (n. 26), marg. 100 con n. 105.

³⁹ Es cierto que desde un punto de vista puramente causal –haciendo, incluso, abstracción de las objeciones contra la posible causalidad de la omisión– puede verse en la omisión de la obtención del consentimiento informado una condición del resultado lesivo, en el sentido de que puede formularse como hipótesis que si el paciente hubiese sido informado no hubiera prestado su consentimiento y no hubiera tenido lugar la intervención lesiva. Pero al mismo tiempo es evidente, desde una perspectiva de imputación objetiva, de atribución jurídica de responsabilidad, que el fin de protección de la norma se orienta al respeto de la libertad del paciente, no a la protección de su salud, aspecto para el cual sólo puede ser decisivo el carácter de la intervención misma.

⁴⁰ Al respecto WEBER (n. 26), marg. 100 con n. 105; ESER (n. 31), marg. 52; Klaus ULSEN-HEIMER, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 4ª Aufl., Heidelberg, C.F. Müller, 2008, § 1, marg. 136 y s. Nótese que no es ésta la solución de BULLEMORE, MACKINNON (n. 10). Los aspectos jurídicos del consentimiento informado, p. 224, quienes entienden, conforme a una teoría estricta de la culpabilidad que defienden, que el error es y debe tratarse conforme a las reglas del error de prohibición, de modo que en caso de error vencible (que debe ser la regla general) debieran asumir conducta dolosa y no culposa.

⁴¹ ESER (n. 31), marg. 52.

Queda claro que en este segundo escenario el consentimiento informado del paciente sí está llamado a cumplir un papel relevante en la configuración de la responsabilidad penal del médico. Más aún, se puede decir que se trata de un papel tan significativo y que conduce a unas consecuencias tan drásticas que obliga a reflexionar sobre si se justifica erigirlo en vara de legitimidad de tratamientos médicos técnicamente correctos y, con ello, acoplar la protección de la libertad de autodeterminación del paciente a la protección de su salud e integridad corporal.

4. PERSPECTIVAS

En un seminario sobre responsabilidad penal médica desarrollado hace casi veinticinco años, dos distinguidos profesores chilenos expresaban unos puntos de vista que, a la luz de las conclusiones del análisis precedente, resultan muy relevantes. Por una parte, Mario Garrido constataba, desde su experiencia adicional como juez, la escasa aplicación práctica de las disposiciones pertinentes y en particular la renuencia de los jueces a hacer efectiva la responsabilidad penal de los médicos⁴². Por su parte, Alfredo Etcheberry denunciaba las ambigüedades que lastraban la regulación de la materia y se decantaba abiertamente por una amplia retirada del derecho penal del campo de la *malpractice* médica en favor de la responsabilidad civil⁴³. Si esto era así en un contexto al parecer dominando *de facto* por la mera comprobación de apego a la *lex artis*, bien puede adivinarse cuál sería el tenor de sus opiniones si se incluyera entre los elementos del sistema de imputación de responsabilidad penal médica el consentimiento informado con consecuencias prácticas efectivas. Para decirlo con toda claridad, condenas por lesiones dolosas en casos de intervenciones curativas correctas y exitosas resultan contraintuitivas y llamadas a ceder sin dificultad en favor de consecuencias más cercanas a las representaciones sociales dominantes sobre la responsabilidad penal médica.

Por otra parte, la doctrina civil advierte sobre los excesos a los que puede conducir la exacerbación litigiosa de los *deberes de información* derivados de la exigencia de consentimiento informado⁴⁴, a lo que debe sumarse la experiencia comparada, también en sede penal, que indica cómo la omisión real o supuesta

⁴² Mario GARRIDO, “Responsabilidad del médico y la jurisdicción”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, N° 2, Santiago, 1986, pp. 281 (284 y ss.).

⁴³ Alfredo ETCHERRY, “Tipos penales aplicables a la actividad médica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, N° 2, Santiago, 1986, pp. 271 (278, 280).

⁴⁴ Al respecto CORRAL (n. 12), p. 278; Enrique BARROS, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 685, y antes p. 663 y ss.

de tales informaciones juega muchas veces como anexo o abierto sucedáneo de la imputación de un desempeño incorrecto más difícil de probar⁴⁵.

Y, si bien el camino de la descriminalización de las lesiones culposas inferidas en el contexto de un tratamiento médico no parece un camino transitable, desde luego ya por razones elementales de igualdad ante la ley y por la importancia de los bienes jurídicos en juego, si parece posible, y se aprecia como prudente, revisar el acoplamiento funcional entre protección de la salud y de la integridad corporal y protección de la libertad de autoterminación del paciente que se verifica cuando se hace del consentimiento informado un requisito legitimante del ejercicio profesional⁴⁶.

Por cierto, la respuesta penal del Derecho vigente para los atentados contra dicha libertad parece absurda, pero eso es algo que se puede enmendar sin alterar en los hechos los alcances de la protección de la salud y de la integridad corporal. Adicionalmente, una solución específica de este problema tendría más posibilidades de aplicación efectiva, no sólo por su carácter explícito sino, también, porque ya no implicaría consecuencias resistidas por su desmedida severidad.

Un ejemplo en esta línea lo ofrece el *Código Penal* austriaco de 1975, cuyo § 110, que significativamente se encuentra al final del párrafo relativo a los delitos contra la libertad y no en el contexto de las lesiones corporales, regula el tratamiento curativo arbitrario (*eigenmächtige Heilbehandlung*), en los siguientes términos:

“El que trate a otro sin su consentimiento, aunque sea de acuerdo con las reglas de la ciencia médica, será penado con privación de libertad de hasta seis meses o con multa de hasta 360 días días-multa”⁴⁷.

⁴⁵ ULSENHEIMER (n. 40), marg. 53 a. El autor hace además presente que a pesar de la presunción de inocencia y de la consiguiente carga de la prueba en la acusación, en la práctica alemana el carácter de imputado del médico (no sujeto a las cargas propias de los testigos, pero, por lo mismo, menos creíble que estos últimos) tiende a favorecer a la víctima y con ello a la acusación (marg. 54 a), y destaca la influencia general de la dinámica propia de los procesos civiles indemnizatorios sobre la práctica penal (marg. 55 y ss.).

⁴⁶ Al respecto Albin ESER, “Medicina y derecho penal: un panorama orientado en el bien jurídico”, traducción de Manuel Abanto), en Albin ESER, *Estudios de derecho penal médico*, Lima, IDEMSA, 2001, p. 38 y ss., especialmente p. 41 y s.

⁴⁷ Apartado primero. El apartado segundo se hace cargo de los casos en que el autor no obtiene el consentimiento porque asume que con el aplazamiento del tratamiento se pondría seriamente en peligro la vida o la salud del paciente, caso en el cual sólo es punible si ese riesgo realmente no existía y podía haberlo advertido con la debida diligencia. Conforme al apartado tercero el delito sólo se persigue a instancia del ofendido.

Si un precepto de estas características puede tener sentido en el Derecho chileno es una cuestión opinable⁴⁸. No parece serlo, en cambio, que en nuestro país se impone una toma de posición (más) clara y (más) consciente de sus consecuencias sobre el papel del consentimiento informado en la configuración de la responsabilidad penal médica. Estas breves reflexiones han querido contribuir a la necesaria discusión con ese fin.

⁴⁸ Probablemente la represión penal sólo se justifica tratándose de ciertos tratamientos de envergadura, en tanto que se requeriría alguna orientación en cuanto a los presupuestos del consentimiento y a la gravedad de la omisión punible de obtenerlo, entre otros aspectos.