Puerto Montt, veintidós de febrero de dos mil cinco.

Vistos :

Se reproduce la sentencia en alzada. En el considerando tercero se elimina, desde la frase: En lo concerniente con aquella opugnación, que se le hace a las declaraciones del médico Sergio Steger Vargas y hasta el final de dicho considerando. Se elimina la letra f) del considerando 10º. Se eliminan además los considerandos 9º, 13º, 14º, 15º, 16º, 17º, 21º, 22º, 23º, 24º, 25º, 27º, 28º, 29º, 31º y 33º.

Y teniendo además y en su lugar presente. En cuanto a la tacha formulada por la parte querellada.

Primero: Que será rechazada la tacha opuesta por la parte querellada contra el testigo Sergio Steger Vargas entablada por la causal del Nº 13 del artículo 460 del Código de Procedimiento Penal, así como la subsidiaria, basada en la causal contemplada en la primera parte del Nº 13 del artículo 460 del Código ya citado, esto es, los que declaren de ciencia propia sobre hechos que no pueden apreciar, sea por la carencia de facultades o aptitudes, sea por imposibilidad material que resulte comprobada. El testigo Steger Vargas, aún cuando no estuvo presente en el momento de practicarse la intervención quirúrgica al ofendido, depone en su calidad de médico especialista en urología y quien además examinó al paciente en el Hospital de Puerto Montt cuando éste fue traído de urgencia desde la ciudad de Castro, y que, por lo tanto, pudo apreciar el procedimiento médico seguido al paciente y el estado en que se encontraba antes de ser intervenido en el Hospital de Puerto Montt. Por lo demás, este testigo fue la persona que investigó y efectuó una auditoría clínica de fichas y documentos en el Sumario Administrativo seguido al médico L 3pez Araneda a raíz de la conmoción pública que produjo el caso de la amputación del miembro genital a M.A.S.  en la zona, por lo que se trata de un testigo informado. En cuanto a la excepción dilatoria.

Segundo: Que la parte querellada y demandada civil opone la excepción dilatoria de ineptitud del libelo, del Nº 4 del artículo 303, en relación con los artículos 3 y 254 del Código de Procedimiento Civil y 450 bis del Código de Procedimiento Penal, esto es, la falta de indicación de los nombres de los demandantes y la falta de enunciación precisa y clara de las peticiones sometidas al conocimiento del tribunal, por cuanto al referirse a los beneficiarios de lo demandado se omite el nombre, profesión u oficio de ellos, refiriéndose solo a su representado y familia .

Tercero: Que según se lee del cuarto otrosí de la presentación de fojas 236 y siguientes, se indica claramente el nombre del demandante, su oficio y domicilio, a saber: M.A.S.  comerciante, domiciliado en Castro, calle Galvarino Riveros Nº 869, por lo que es irrelevante que en el cuerpo del escrito se le señale a éste como su representado y familia ya que se entiende perfectamente quien es el demandante civil. Por lo demás, la querella de fojas 101 la interponen la cónyuge del ofendido y demandante civil, doña Bernardina Lillo Ramírez y las hijas de éste, Marcela Paola, Margarita Delia, Sandra del Carmen y Maria Eugenia, todas A. L. En cuanto a las peticiones formuladas en la demanda civil de indemnización de perjuicios contenida en el cuarto otrosí del escrito de fojas 236, se señala en forma precisa y clara que se demanda el pago de $34.000.000.- por lucro cesante, $20.000.000.- por daño emergente y $500.000.000.- por daño moral, dirigiendo la acción contra el médico Alejandro Alfredo López Araneda y contra el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena, representado por doña Loreto Lorca Nuñez. Por lo expuesto, necesariamente deberá rechazarse la excepción dilatoria de ineptitud del libelo, planteada por la parte querellada y demandada civil. En cuanto a la acción penal

Cuarto: Que el artículo 491 del Código Penal sanciona al médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o m atrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión. Para el análisis y fallo de esta causa debemos tener presente lo expuesto por don Enrique Paillás en su obra Responsabilidad Médica, en cuanto señala que el concepto de culpa penal es difícil de caracterizar con palabras abstractas, puesto que el Código Penal no la ha definido, limitándose a llamarla negligencia culpable . Que la culpa cuasidelictual penal en que puede incurrir un médico, implica una ausencia de dolo o intención; simplemente hay una negligencia, un descuido, un dejar de hacer algo que es inherente a la actividad que se está desempeñando. Mas aún, algunos autores consideran que la culpa es un estado intermedio entre el caso fortuito y el dolo.

Quinto: Que, según se acredita con el Sumario Administrativo tenido a la vista, seguido por Resolución del Director del Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena contra el médico Alejandro Alfredo López Araneda para investigar los hechos denunciados a raíz de la atención médica prestada al paciente M.A.S.  y determinar las responsabilidades administrativas que procedan, se le formularon los cargos de: a) Impericia por realizar una cirugía que no era de su especialidad y sin conocimiento cabal de la patología a tratar, configurando un acto de mala práctica médica; b) Negligencia por no haber derivado inmediata y oportunamente al comenzar las complicaciones, lo que condicionó la pérdida del pene del paciente por necrosis y gangrena.

Sexto: Que el Sumario administrativo señalado en la consideración anterior establece que con los antecedentes allegados a él, se encuentra suficientemente acreditada en la causa la existencia de los hechos que se investigan, hechos todos constituídos de graves irregularidades funcionarias que deben ser sancionadas administrativamente. Que, además, se ha acreditado, en forma reglamentaria, la responsabilidad que en tales hechos corresponde al funcionario Alejandro Alfredo López Araneda, en calidad de autor. Concluye que, como atenuantes, obran en su favor, el que no registra anteriores sumarios administrativos, sus excelentes calificaciones, sus años de ejercicio profesional y los hechos inherentes a toda cirugía que conlleva riesgos de compli cación. Finalmente termina sancionando al médico López Araneda con la medida disciplinaria contemplada en el artículo 116 letra b) de la Ley Nº 18.834, esto es, multa correspondiente al 15% de su remuneración mensual. Recomienda el fiscal sumariante: Instruir a los médicos de los hospitales periféricos derivar oportunamente las patologías electivas, cuyas especialidades no existan en sus hospitales correspondientes. Exigir a los Directores de los hospitales periféricos, tener un mayor control del ejercicio de los profesionales médicos y sus niveles de resolución.

Séptimo: Que el peritaje de fojas 99, efectuado por el Servicio Médico Legal del Departamento de Clínica Forense, Unidad de Responsabilidad Profesional, concluye . 1. Es adecuado que la primera intervención quirúrgica (biopsia ) haya sido efectuada por un cirujano general. 2. La segunda intervención quirúrgica, de carácter electiva debió haber sido realizada por un especialista en urología. 3. Si bien el control post operatorio de la segunda cirugía fue diario, en las evoluciones médicas no se evidenció el grado de complicación progresiva que presentó el enfermo. 4. La derivación del paciente a un centro de urología fue tardía . En la ampliación de este peritaje, fojas 502, se informa que la causa más probable de aparición de una placa necrótica distal es debida a la diabetes Mellitus del paciente, por compromiso vascular en un órgano de irrigación terminal, es decir, las arterias más finas y distantes se comprometen con mayor razón por encontrarse más alejadas del tronco arterial que las origina. Si hubiese sido causal sólo la cirugía, esta necrosis habría sido de aparición inmediata . De lo expuesto en este informe, se desprende que debido a que el paciente era portador de una diabetes Mellitus, circunstancia que el médico López Araneda debió haber sabido, con mayor razón, el médico cirujano que iba a intervenirlo quirúrgicamente, debió haber previsto las posibles complicaciones a que se exponía, ya que se supone que antes de efectuar cualquier intervención quirúrgica deben hacerse los exámenes de sangre correspondientes. Además, tomando en consideración que en el curso del proceso, declara un especialista en urología que señala que en el caso de la enfermedad que padecía el señor M.A.S. no es recomendable una intervención quirúrgica, sino solo un tratamiento.

Octavo: Que de las declaraciones de los médicos Sergio Steger Vargas y Alejandro Andrés Caroca Marazzi, fojas 63 y 64, se infiere que, cuando se intervino quirúrgicamente a Manuel Aillapán, el día 6 de octubre de 1998 en Puerto Montt, el pene de éste se encontraba en proceso de descomposición y solo fijo al cuerpo por restos de piel y por una sonda retro vesical instalada previamente. En esta intervención, se obtuvo resultado completamente favorable ya que de no haberse efectuado esta operación de amputación, el paciente corría claramente el peligro de muerte. Por otra parte, en declaración judicial, fojas 190, el médico Alejandro A. Caroca Marazzi expresa haber sido consultado telefónicamente por el señor López Araneda acerca de una lesión mínima de M.A.S.  que no revestía ninguna gravedad, que él solo quería una evaluación ambulatoria al próximo día de policlínico; que la descripción realizada telefónicamente por López Araneda no fue correcta, por cuanto nunca mencionó que existía una necrosis peneana. El médico de Temuco Pedro Venegas Moraga, consultado por el señor López acerca de la lesión peneana del paciente, le recomendó que fuera evaluado, a la brevedad, por un urólogo.

Noveno: Que no parecen verosímiles las versiones de los médicos Omar Vejar Cid, internista de fojas 150 vta. y del anestesista Héctor Hugo Romero Castedo de fojas 91 y 147, en cuanto a haber escuchado al personal del Hospital que el paciente señor Aipillán haya tenido relaciones sexuales después de operado, ya que el primero de éstos dice haberlo atendido al tercer día de haber sido dado de alta, oportunidad ésta en que también se lo habría contado el paciente. El segundo de los testigos dice no haber mirado el miembro afectado del paciente y que la referencia a la actividad sexual de M.A.S.  se le hizo como una broma, en un trato semi informal que él mantiene con los pacientes. Además el paciente niega haber tenido ese tipo de relaciones, en el careo de fojas 185 y y 185 vta., expresando que debido a su oficio de comerciante, cree que la herida se abrió al hacer una mala fuerza; que él no podría haberle comentado al médico, al respecto ya que no era un tema para conversar con un médico a quien él veía por primera vez. El médico Julio Eduardo Figueroa Román declara a fojas 92 que él observó que el paciente presentaba una separación de los bordes de la herida, muy pequeña, llamada dishicencia; que su impresión es que se produjo una cavernitis y que es probable que tenga relación con la patología de base y asociada a la diabetes del paciente. En cuanto al testigo, médico internista Ricardo Ramón Muñoz González, declara que él no podría decir si el paciente cumplió o no con las indicaciones médicas.

Décimo: Que el Informe sobre Auditoría de Fichas Clínicas de fojas 210 a 212, el médico urólogo Sergio Steger, concluye que el doctor López incurrió primero, en un acto de imprudencia al iniciar el manejo de una patología poco o nada conocida por él y, en segundo término, adoptó una conducta temeraria al indicar una cirugía que no era de su conocimiento y, finalmente, de concretarla, efectuó un acto médico inadecuado.

Undécimo: Que con los elementos reseñados en el proceso se encuentra acreditada la existencia del hecho cuasidelictual investigado, así como la participación que en él le cabe como autor al inculpado López Araneda, en conformidad a lo establecido en el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, por lo que, se encuentra obligado a pagar los perjuicios ocasionados a consecuencia de dicho hecho.

Décimo segundo: Que estos sentenciadores comparten la opinión vertida por la Fiscal Judicial en su informe de fojas 640 en cuanto el acusado, sin ser especialista urólogo y sin existir ninguna situación de riesgo vital para el paciente Manuel Aillapán, procedió a intervenirlo quirúrgicamente extrayendo una fibrosis que podía perfectamente ser tratada con medicamentos indicados por un médico de la especialidad de urología, y no les cabe duda alguna que M.A.S. resultó dañado en su integridad física y psíquica al sufrir la amputación de su pene, como resultado del desempeño profesional del querellado, al intervenirlo quirúrgicamente sin tener la especialidad necesaria para ello.

Décimo tercero: Que al inculpado le favorece la atenuante del Nº 6 del artículo 11 del Código Penal, fojas 145 extracto de filiación, y no le perjudica agravante alguna por lo que se aplicará la pena asignada al ilícito, en su mínimo. En cuanto a la acción civil.

Décimo cuarto: Que en cuanto a la acción civil, cabe señalar primeramente, que conforme lo señala el artículo 2314 del Código Civil todo aquel que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, se encuentra obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados, a lo que debe agregarse que, conforme lo prescribe el artículo 24 del Código Penal hace extensiva tal obligación a las demás personas legalmente responsables. Por otra parte, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, éste será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado. De lo establecido en la disposición legal citada y de conformidad a lo prescrito en el artículo 1511 del Código Civil, el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena es solidariamente responsable de los daños sufridos por el actor civil de estos autos, M.A.S.

Décimo quinto: Que en el caso que nos ocupa concurren los presupuestos de la responsabilidad objetiva extracontractual, esto es, el hecho dañoso, el perjuicio ocasionado y la relación causal entre ellos. El profesor Soto Kloss considera que la reparación del daño se debe por el desequilibrio que se produce en las relaciones de igualdad entre los sujetos. Que **la responsabilidad del Estado no persigue sancionar a un sujeto culpable, sino algo mucho más simple como lo es reparar un daño producido a una víctima en circunstancias de realizar el Estado sus funciones de bien común. No merece dudas que la intervención quirúrgica a que fue sometido M.A.S. en el Hospital de Castro, como paciente institucional, fue la causa basal y necesaria que causó la infección y resultado de lesión gravísima y que culminó con la amputación del miembro genital del paciente ya señalado**.

Décimo sexto: Que encontrándose acreditado en autos que el médico Alejandro Alfredo López Araneda actuó en calidad de autor del cuasidelito señalado en el artículo 491 del Código Penal y que el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena es responsable por los daños causados por el primero, ambos se encuentran solidariamente obligados a pagar los perjuicios ocasionados a consecuencia del cuasidelito.

Décimo séptimo: Que en cuanto a daño emergente, con la prueba aportada por el demandante civil solo se encuentra comprobado los perjuicios de que dan cuenta los documentos de fojas 223, por lo que solo cabe acoger la demanda por daño emergente por la suma de $ 342.450.- más reajustes e intereses corrientes para operaciones reajustables, desde la fecha de dictación de este fallo y aquella de su pago efectivo.

Décimo octavo: Que en lo referente al lucro cesante, cabe su rechazo por no haberse rendido prueba suficiente a fin de establecer su procedencia y monto.

Décimo noveno: Que **en relación al daño moral cabe precisar que la extirpación del miembro genital para un hombre de 54 años de edad, ocasionada en las circunstancias que constan en el proceso, evidentemente ocasiona, amén de una incapacidad física, una molestia psíquica, una aflicción, un dolor, una pena enorme al verse imposibilitado en la demostración física de su afecto y de aquellos actos inherentes a las relaciones maritales. Este daño moral evidentemente debe ser indemnizado, concordando estos sentenciadores en la suma prudencial de cien millones de pesos**, que deberán pagar los demandados Alejandro Alfredo López Araneda y el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena, en forma solidaria a título de daño moral.

Con lo expuesto y de conformidad a lo dispuesto en los artículos 1511, 1698, 2314 del Código Civil; 303 Nº 4 del Código de Procedimiento Civil; 24, 490 Nº 2, 491 del Código Penal; 450 bis, 456, 464 inc. 2º, 473, 488, 493 inc. 2º 500, 510 y siguientes del Código de Procedimiento Penal y 4º de la Ley 18.575, se declara: I.-Que se revoca la sentencia apelada de veintiocho de febrero de dos mil tres, escrita a fojas 586 y siguientes en cuanto absuelve a Alejandro Alfredo López Araneda y niega lugar a la demanda civil de indemnización de perjuicios deducida en el cuarto otrosí del escrito de fojas 236 y en su lu gar se declara :

I.-Que no ha lugar a la tacha formulada por la parte querellada en el Noveno otrosí del escrito de fojas 269 en contra del testigo Sergio Ricardo Steger Vargas.

II.- Que no ha lugar a la excepción dilatoria de ineptitud del libelo, planteada por la querellada y demandada civil en el Segundo otrosí de fojas 269 y siguientes.

III.- Que se condena al procesado Alejandro Alfredo López Araneda al pago de una multa ascendente a veinte Unidades Tributarias Mensuales, en su calidad de autor del cuasidelito previsto y sancionado en el artículo 491 del Código Penal, en perjuicio de M.A.S.

IV.- Que se acoge la demanda civil sólo en cuanto, ejecutoriada que sea esta sentencia, los demandados Alejandro Alfredo López Araneda y el Servicio de Salud Llanquihue, Chiloé y Palena, deberán pagar solidariamente a M.A.S. la cantidad de $ 342.450 por concepto de daño emergente y la suma de cien millones de pesos, por concepto de daño moral. Ambas cantidades, más reajustes e intereses corrientes para operaciones reajustables contados desde la fecha de dictación de este fallo y la de su pago efectivo. Con costas. Regístrese y devuélvase. Redacción de la Ministro doña Sylvia Aguayo Vicencio.

Pronunciada por los Ministros, Presidente don Jorge Ebensperger Brito, y las Ministras doña Teresa Inés Mora Torres y doña Sylvia Aguayo Vicencio. Rol Nº 116.620-2003.

ADVERTENCIA: si se trata de un fallo de Corte de Apelaciones, verifique si se encuentra firme y ejecutoriado en el [sitio del Poder Judicial](http://www.poderjudicial.cl/0.8/info_causas/esta400.php). Un servicio de [AGUILA, ULLOA & CIA.](http://aucia.cl/), abogados en Puerto Montt, Chile.