



UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE DERECHO



Tesina en Derecho

**LA CULPA Y EL INCUMPLIMIENTO OBLIGACIONAL EN LA RESPONSABILIDAD
CIVIL MÉDICA: PROYECCIONES PROBLEMÁTICAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE
OBLIGACIONES DE MEDIO Y DE RESULTADO**

Autor: Ignacio Contreras Bianchi

Profesor Guía: Ricardo Saavedra Alvarado

Diciembre de 2014

ÍNDICE

	Página
RESUMEN	4
PALABRAS CLAVES	4
INTRODUCCIÓN	4

CAPÍTULO PRIMERO: DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN GENERAL

1. Medicina y Derecho. Expansión del fenómeno indemnizatorio en la materia	6
2. Generalidades sobre la responsabilidad profesional	9
2.1) Obligaciones de medio y obligaciones de resultado.....	11
3. Presupuestos de la Responsabilidad Civil Médica en Chile	13
4. Naturaleza jurídica de la Responsabilidad Civil Médica: ¿Contractual o Extracontractual?	15

CAPÍTULO SEGUNDO: LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

1. Generalidades. La culpa y la Responsabilidad Civil	18
2. Deber de diligencia o cuidado del médico	20
2.1) Aplicación de las reglas generales.....	20
2.2) Estándar de cuidado: la <i>lex artis</i> y la culpa infraccional.....	22
3. Riegos terapéuticos y la responsabilidad del profesional médico	25
4. La culpa y el error en la Responsabilidad Civil Médica	28

CAPÍTULO TERCERO: PROBLEMÁTICAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIO Y RESULTADO EN SU PROYECCIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO

1. Planteamiento. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado del profesional médico.....	31
2. Determinación de la obligación del médico: ¿cuándo se entiende que ha habido incumplimiento?.....	34
3. La prueba de la Culpa en la Responsabilidad Civil Médica: ¿quién debe probar?	
3.1) Régimen de Responsabilidad Contractual: los Arts. 1.698 y 1.547 del Código Civil y la inversión de la carga probatoria de la culpa.....	36
3.2) Régimen de Responsabilidad Extracontractual: el Art. 1.698 y el régimen de presunción general de culpa del Art. 2.329 del Código Civil.....	40
3.3) Teorías de la alteración de la carga probatoria de la culpa en el Derecho Comparado: hacia la morigeración de la carga probatoria de la víctima-paciente. ¿Es conveniente su recepción en el Derecho chileno?.....	41
CONCLUSIONES.....	47
BIBLIOGRAFÍA.....	49

RESUMEN

La aceptación de la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado presenta fundamentalmente dos problemas en nuestro Derecho a propósito de la responsabilidad civil médica. El primero relativo a la determinación de la precisa obligación contraída por médico y su incumplimiento, y la aparente identificación de este incumplimiento y la culpa como elementos de responsabilidad. Y el segundo a propósito de la posibilidad de invertir la carga probatoria de la culpa y radicarla siempre en el paciente, desconociendo el carácter general de la presunción de culpa del Art. 1.547 inciso 3° del Código Civil chileno o aplicando de manera estricta y aislada el Art. 1.698 del mismo cuerpo normativo. Ambas dificultades, denunciadas pero no resueltas por la doctrina y jurisprudencia nacional, amagan la posibilidad de las víctimas de ser indemnizadas por las evidentes desventajas técnicas y procesales en que ellas se encuentran para probar la culpa del profesional. Proponemos que ellas deben resolverse atendiendo a la teoría de los daños desproporcionados y a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, de origen comparado.

PALABRAS CLAVES

Responsabilidad civil médica – obligaciones de medio y de resultado - incumplimiento
obligacional – carga probatoria.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil del profesional médico no es en estos tiempos un tema novedoso en nuestro Derecho. La materia ha despertado el interés de la doctrina nacional desde comienzos del siglo pasado, principalmente en torno a la determinación de la naturaleza contractual o extracontractual de la obligación indemnizatoria. Lo cierto, sin embargo, es que solo a partir de pocas décadas atrás se ha experimentado en nuestro país un incremento exponencial de litigios por *mal praxis* o resultados adversos en contra de médicos y recintos hospitalarios, sean ellos públicos o privados. Desde entonces ha habido una sostenida preocupación de nuestra doctrina en torno a aclarar ciertas dificultades de orden práctico,

como la procedencia o no del cúmulo de responsabilidades o derecho de opción del paciente, la determinación de los daños a indemnizar, o la posibilidad de ejercer conjuntamente la acción penal y la civil en el proceso penal.

Más recientemente, durante la última década la atención de la doctrina nacional se ha concentrado en la naturaleza de la obligación contraída por el médico para con su paciente, discutiendo si se trata ella de una obligación de medios o de diligencia, o de una obligación de resultados. Esta clasificación, atribuida al jurista francés René Demogue, resulta de gran importancia a propósito de la responsabilidad de profesionales liberales, pues particularmente en ellos aparece más claramente la idea de que no en todas las prestaciones es posible garantizar el resultado perseguido por el acreedor. En lo que respecta a la responsabilidad civil del galeno la distinción, lejos de ser irrelevante, presenta algunas dificultades que nuestra doctrina no ha resuelto firmemente al reconocerla.

Precisamente, centraremos nuestro estudio en el pertinente reconocimiento que la doctrina y la jurisprudencia nacional ha concedido a la referida clasificación de las obligaciones, para luego presentar y desarrollar sus proyecciones problemáticas en el ámbito de la responsabilidad civil del médico. Como luego se verá, en primer término la distinción plantea problemas a propósito de la determinación de la obligación contraída por el galeno, y consecuentemente de su incumplimiento, en el entendido de que siendo ellas por regla general obligaciones de medio, opera en la realidad una fáctica identificación entre aquél incumplimiento contractual y la culpa del profesional, como elementos y presupuestos de responsabilidad civil. En segundo término, la distinción resulta también problemática a propósito de la culpa médica y las dificultades procesales en las que se encuentra la víctima para probarla, teniendo en cuenta que algunos autores proponen la inversión de la carga probatoria de la culpa en sede contractual, desconociendo la aplicación general de la presunción de culpa del Art. 1.547 inciso 3° del Código Civil chileno y consecuentemente colocando tal carga sobre el paciente, o aplicando estrictamente el Art. 1.698 del mismo cuerpo legal, del que se desprende que por regla general es la víctima-paciente o sus herederos quienes deben probar todos y cada uno los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual del médico para que ella opere, incluido entre ellos el elemento subjetivo. Propondremos oportunamente soluciones a estos inconvenientes atendiendo al panorama comparado, a partir de algunas doctrinas de tímido y aún minoritario reconocimiento en nuestro país, pero cuya

recepción puede implicar ventajosas consecuencias jurídicas para las víctimas en su afán resarcitorio.

Todo lo anterior se abordará luego de revisar sumariamente aspectos generales sobre la responsabilidad civil médica, y sobre la culpa como elemento subjetivo de la misma.

De esta manera, estructuralmente el trabajo se dividirá en tres capítulos. En el Capítulo Primero se desarrollarán aspectos generales de la responsabilidad civil médica, en lo que respecta a su naturaleza jurídica y a los presupuestos para que ella concurra. En el Capítulo Segundo se analizará la culpa como elemento de responsabilidad civil del médico, a partir del estudio del estándar de cuidado o diligencia que debe observar este profesional en el cumplimiento de sus obligaciones, con las particularidades que se presentan a propósito del riesgo terapéutico y el error excusable del actuar médico. Por último, en el Capítulo Tercero se expondrán y analizarán detenidamente las proyecciones problemáticas de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado en la materia que nos convoca, relativas a la determinación de la precisa obligación contraída por el médico y su incumplimiento, y a la culpa y sus dificultades probatorias. Se postularán, luego, soluciones a favor de las víctimas y sus herederos a partir de algunas teorías de origen extranjero.

CAPÍTULO PRIMERO: DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EN GENERAL

1. Medicina y Derecho. Expansión del fenómeno indemnizatorio en la materia

En la actualidad es innegable el acelerado avance de la ciencia y la tecnología. Se trata de un avance progresivo sostenido durante las últimas decenas de décadas, amparado en un sistema político, económico y social del libre mercado en que las máximas de la libre competencia y, en general, del acceso a bienes y servicios básicos y de lujo han demandado la aceleración del progreso científico y su técnica. Se trata, en definitiva, de poner a la ciencia al servicio de la tecnología, y fundamentalmente, al servicio del dinero¹. Este fenómeno ha encontrado su punto más alto de desarrollo en la actualidad y en términos generales, ha traído por consecuencia el aumento del bienestar de las sociedades.

Lo anterior, sin embargo, no ha sido para nada gratuito, pues además de las críticas sociales que puedan elaborarse sobre estas ansias y aparente necesidad de avance, en atención a las desigualdades en el acceso a bienes y servicios o la denominada “cosificación” de las personas (críticas de las que nos hacemos parte), el referido progreso ha traído como consecuencia el aumento exponencial del riesgo de sufrir daños. Por esta razón existe hoy una notoria tendencia a hacer responsables jurídicamente a los profesionales, empresas e incluso el Estado, pues con ello se pretende liberar a los ciudadanos-víctimas de las cargas y de los riesgos del desarrollo.

Lo apuntado resulta ser especialmente revelador en materia de responsabilidad médica, puesto que si bien el auge científico-tecnológico ha facilitado y precisado la técnica del galeno en labores de diagnóstico, prevención, tratamiento e intervención, y ha permitido el acceso seguro y masivo a distintas áreas de la salud por parte de los ciudadanos, ha replanteado la discusión sobre seguridad y riesgos sanitarios, y sobre la posibilidad de ser indemnizado por los daños irrogados con ocasión de esta actividad. En efecto, Barros Bourie², siguiendo a

¹ En este sentido, ECHEVERRÍA EZPONDA, Javier (2005). “La revolución tecnocientífica”. En *Conferencias, Revista CONfines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, N°2, 2006, México. pp. 9-15. Texto disponible en <http://confines.mty.itesm.mx/articulos2/EcheverriaJ.pdf> (última consulta el 5 de septiembre de 2014).

² BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2009, pp. 663 y 664.

Tapia Rodríguez³, señala que la medicina es una de las actividades más expuestas al riesgo de acciones indemnizatorias, fenómeno que tiene por principales causas la aceptación generalizada de la reparación del daño moral por daños corporales, en sede extracontractual y contractual⁴; los avances de la medicina en relación con invención de medicamentos, y en la determinación en el diagnóstico y tratamiento correcto o incorrecto⁵ sobre una base científica y de experiencia; la despersonalización de la relación entre el médico y el paciente ante la masificación del acceso a la salud, y la superación de la “veneración casi religiosa que se tenía respecto del médico”⁶. Entre otras causas, se destaca la progresiva preocupación del Derecho en la regulación de los derechos del paciente⁷ y del consumidor⁸; y el particular interés de nuestra época en torno al valor de la vida y la salud física y psíquica, acompañado de la resistencia de parte de los pacientes a sufrir los daños en silencio;

De esta forma, parece evidente que el auge científico actual ha tenido su correlato jurídico en la creciente tendencia indemnizatoria en materia de responsabilidad médica. Cabe igualmente destacar que si bien la judicialización de la *malpractice* médica ha ido en paulatino crecimiento en nuestro país, compartimos la idea de Corral Talciani⁹ de que el fenómeno se encuentra aún en ciernes en comparación con otras latitudes (como por ejemplo, Francia), y somos de la idea de que puede resultar peligroso pretender que se haga responsable al profesional médico por todo tipo de riesgos y males en el diagnóstico, prevención y tratamiento de una enfermedad, pasando de un sistema de responsabilidad por culpa a un

³ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”. En *Revista de Derecho (Valdivia) [versión online]*, Vol. XV, N°2, diciembre 2003, p. 76. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200004&script=sci_arttext (última consulta el 7 de septiembre de 2014)

⁴ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., pp. 319 – 323, y pp. 341-343.

⁵ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Ob. Cit., p.76.

⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de responsabilidad extracontractual*. Legal Publishing, Thomson Reuters. Santiago de Chile, 2013, p. 288.

⁷ En nuestro país, la Constitución Política de Chile establece en su Artículo. 19: “La Constitución asegura a todas las personas: 9º-. El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. (...) Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias (...)”. Por su parte, la Ley N° 19.966 de 2004, que establece un Régimen General de Garantías de Salud, que establece normas sobre la responsabilidad del Estado por falta de servicio (Artículo 38 y siguientes), y establece un mecanismo de mediación en materia de responsabilidad médica (Artículo 43 y siguientes); y la Ley N° 20.584 de 2012 sobre Derechos y Deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud.

⁸ En nuestro país, Ley N° 19.496 de 1997, sobre Protección de Derechos de los Consumidores.

⁹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit. pp. 287 y 288.

sistema objetivo en que solo baste probar el acto dañoso, daño y nexo causal para hacer responsable al facultativo.

2. Generalidades sobre la responsabilidad del profesional liberal.

Sobre la materia, nuestro Código Civil se refiere básicamente dos tipos de profesionales liberales y su actividad. En primer lugar, se refiere a oficios consistentes en la realización de obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, sea que este sea ejecutado de manera puntual (Art. 2006) o en una larga serie de actos (Art. 2007). Este primer grupo de actos se regula por las reglas del arrendamiento de servicios, esto es, por los Arts. 2006 y siguientes del Código del ramo. Luego, en segundo lugar, el legislador hace referencia a profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros (Art. 2118), regidas por las reglas del mandato (Arts. 2116 y siguientes) y, supletoriamente, por las reglas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales (Arts. 2006 y siguientes), por disposición del Art. 2012.

Junto con alguna de las actividades recién señaladas, la noción de profesional liberal suele aludir a que tales actividades se ejercen “liberalmente”, esto es, sin subordinación por parte del prestador de servicio respecto del cliente¹⁰. Sin embargo, como bien advierte Corral¹¹, actualmente no siempre concurren ambas características, pues muchos profesionales liberales son dependientes de empresas o del Estado, que trabajan bajo un régimen de subordinación que implica estar sujeto a un estatuto distinto a estas reglas generales. Además de esto, pareciera haber hoy una tendencia a ampliar el sentido del término “profesional”, el que ya no estaría marcado por la existencia de un título reconocido por el Estado, sino más bien por hecho de poseer ciertos conocimientos en una determinada materia, superiores a los del común de la gente o de quien requiere el servicio. Bajo esta lógica, profesional podría ser un técnico que ha tenido estudios, y que desarrolla una actividad independiente de manera habitual y con fines de lucro que importe un conocimiento específico de una materia, aunque

¹⁰ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., p. 284.

¹¹ *Ibíd.*

su oficio sea predominantemente manual¹². Este podría ser el caso de un electricista, mecánico, fabricante tecnológico, etc.

En lo que respecta a la responsabilidad civil del profesional liberal, la doctrina¹³ ha señalado que ella puede tener origen contractual, precontractual o extracontractual.

Así las cosas, la regla general será que la responsabilidad del profesional provenga del incumplimiento de las obligaciones que le ha impuesto el contrato, es decir, las obligaciones que en él se hayan explicitado, y/o las que emanen “de la naturaleza de la obligación, o que por ley o la costumbre pertenecen a ella” (Art. 1546 del Código Civil). En estos supuestos se aplicará el Art. 1999 del Código Civil, al que se remite el Art. 2006 del mismo cuerpo legal, que prescribe que habrá acción de perjuicios “siempre que por una u otra parte no se haya ejecutado lo convenido, o se haya retardado su ejecución”. A esta misma norma se sujetan las profesiones regidas por las reglas del mandato, por expreso mandato del Art. 2012.

Por otra parte, también existen hipótesis de responsabilidad profesional precontractual, en aquellos casos en que “las personas que por su profesión y oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo que una persona ausente les hace”, y ellas no toman “las providencias conservativas urgentes que requiera el negocio que se les encomienda” (Art. 2125).

Y, finalmente, existen hipótesis de responsabilidad profesional de origen extracontractual, cuando el deber de actuación del profesional proviene de un imperativo legal¹⁴, o bien “si el daño recae en la persona a quien prestan sus servicios por amistad o mero espíritu de liberalidad-no hay entonces contrato entre el profesional y el que recibe sus servicios-, o si con dolo o culpa dañan a un tercero”¹⁵.

¹² En este sentido, YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*. Editorial Reus. Madrid, España., 1989, pp. 12 y 13; y TRIGO REPRESAS, Félix, y LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Editorial La ley. Buenos Aires, 2004, p.273.

¹³ ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. “De la Responsabilidad de los Profesionales en General, y de los Médicos en Particular”, 2013. Disponible en <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>, (última consulta el 29 septiembre de 2014); CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., pp. 284-286; BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., pp. 656 y 657.

¹⁴ Corral Talciani cita como ejemplo el deber de actuación que impone el Estado al nombrar abogado turno para representar a alguien que no puede procurárselo por sí mismo. Ob. Cit., p.285.

¹⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2005, p. 61.

2.1) Obligaciones de medio y obligaciones de resultado de los profesionales.

Esta distinción se le atribuye al jurista francés René Demogue, en su Tratado de las Obligaciones en General Origen, del año 1925¹⁶. Sin perjuicio de que la distinción tiene sus antecedentes en el Derecho Romano y el Derecho Antiguo Francés, “es en Demogue en que esta clasificación se aprecia en plenitud, cuando nos habla de obligaciones de medio y obligaciones de resultado, en que por una parte tenemos un deudor obligado a un acto determinado, y otro que sólo ha prometido conducirse con prudencia y diligencia en una orientación determinada”¹⁷.

Del propio hecho de hacer una distinción, se advierte que Demogue, y quienes siguen su teoría, parten del supuesto de que las obligaciones del deudor no son siempre de una misma naturaleza, puesto que no en todas las prestaciones es posible garantizar el resultado perseguido por el acreedor. En efecto, algunas obligaciones tienen por objeto tan solo aproximar a su acreedor a la consecución de un fin, pues no pueden, en principio, asegurarlo. En otras, en cambio, en donde no exista aleatoriedad, el resultado es un elemento integral de la obligación.

Pues bien, teniendo esto presente, entenderemos por obligaciones de medio, o también denominadas obligaciones generales de prudencia y diligencia, o de actividad, a aquellas en que “el deber profesional es aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte, pero no asume el deber de proporcionar el beneficio o resultado final perseguido por la contraparte”¹⁸, sino tan solo conducirse con prudencia, o emplear los medios propicios para obtenerlo¹⁹, de modo que, “en caso de incumplimiento, para que se desencadene la responsabilidad será necesario probar que el deudor incurrió en culpa”²⁰. Esto puede

¹⁶ DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général*. Librairie Arthur Rousseau et Cie., Tomo V, París, 1923, pp. 538-545.

¹⁷ ARROYO MATTEUCCI, Marcela. “Breve comentario sobre las obligaciones determinadas o de resultado y obligaciones generales de prudencia y diligencia o de medios en la legislación y doctrina francesas”. En *Ars Boni et Aequi*. Vol. 8, N° 2, 2012, p. 292. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3975756> (última consulta el 30 de septiembre de 2014).

¹⁸ BARROS BOURIE. Enrique. Ob. Cit. p.658.

¹⁹ COURT MURASSO, Eduardo. “Responsabilidad civil médica”. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIX*. Valparaíso, Chile, 1998, p. 279.

²⁰ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. “El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica”. En *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección de Derecho Privado, VI edición, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, 2010, p. 37. Disponible en

ilustrarse de la siguiente manera: un abogado que representa en juicio a su cliente no se obliga a obtener una sentencia favorable, si no que se obliga a desplegar sus conocimientos y su técnica argumentativa para intentar vencer en el litigio, de modo que la frustración del beneficio deseado no puede calificarse por sí solo de incumplimiento.

Por su parte, las obligaciones serán de resultado o determinadas cuando “el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que éste pretende obtener”²¹, resultado que no es contingente ni aleatorio. Tal es el caso del vendedor, que se obliga a entregar la cosa.

En lo que respecta a las obligaciones de los profesionales, la regla general es que estas sean de medio, “pues lo que usualmente se exige del experto es el empleo del cuidado debido para procurar el interés que se persigue”²², en atención a los conocimientos superiores o específicos que el profesional debiera poseer y aplicar en el cumplimiento de su cometido.

De modo excepcional, las obligaciones profesionales son de resultado, “cuando de acuerdo con los estándares de la respectiva actividad el acreedor tiene derecho a esperar derechamente el beneficio perseguido”, pues “el deudor debe controlar de tal modo el riesgo, que la experiencia enseñe *prima facie* que el error se debe a la culpa del deudor”²³.

Como veremos en su oportunidad, lo anterior se replica perfectamente respecto del profesional médico, puesto que por hallarse siempre presente un elemento aleatorio en su actividad, “en el sentido de que el resultado buscado no depende exclusivamente de su proceder sino también de otros factores, endógenos y exógenos, ajenos a su actividad y que escapan de su control”²⁴, él asume, por regla general, una obligaciones de actividad, diligencia y prudencia. Por la misma razón, solo de manera excepcional el médico contrae obligaciones de resultado.

El reconocimiento y la aceptación de esta distinción no puede sernos indiferente, pues puede acarrear notorias consecuencias jurídicas, relativas tanto a la determinación de la

http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N6_Responsabilidad_medica/01.PDF, (última consulta el 26 de septiembre de 2014)

²¹ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., p. 658.

²² *Ibíd.*

²³ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., p. 662.

²⁴ GALÁN CORTES, Julio Cesar. *Responsabilidad civil médica*. Editorial Aranzadi, 2º Edición. Navarra, 2007, p. 65

obligación, y a su cumplimiento o incumplimiento por parte del profesional, como a la posibilidad de alterar la carga probatoria de la culpa en el incumplimiento contractual (Art. 1547 inciso 3° del Código Civil). Esto implicaría que en el contexto de un contrato médico el *onus probandi* recaería sobre el paciente, que se encuentra muchas veces en una posición desventajosa para probar, llevando a una situación procesal de evidente injusticia²⁵.

3. Presupuestos de las Responsabilidad Civil Médica en Chile.

La responsabilidad civil consiste en la “sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de resarcir el daño producido”²⁶. Luego, “una persona es responsable siempre que debe reparar un daño”²⁷. Es decir, se trata la responsabilidad civil de la necesidad jurídica en que se encuentra una persona de reparar un daño o perjuicio sufrido por otra²⁸ en sus bienes o su persona, por hechos o abstenciones de aquella, de sus auxiliares o de las personas que están bajo su dependencia o por el hecho de las cosas que están bajo su guarda, sea que tal perjuicio provenga de la inobservancia de las obligaciones que le impone un contrato, de la comisión de un hecho ilícito (delito y cuasidelito civil, en los términos del Art. 2284 del Código Civil), o simplemente cuando la ley así lo declare²⁹.

Adelantando que en nuestro país existen hipótesis de responsabilidad civil médica de origen contractual y extracontractual, menester es realizar un breve repaso de los presupuestos jurídico que deben concurrir para que ella opere. Sobre este punto cabe señalar que no existen grandes diferencias entre los presupuestos generales de responsabilidad civil, y los que deben verificarse para que concurra la del profesional médico, de modo que en este apartado solo

²⁵ Sobre estos temas nos referiremos detenidamente en el Capítulo Tercero del presente trabajo.

²⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, 4° edición, Vol. II, Madrid, 1983, p. 612.

²⁷ MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León, TUNC, André. *Tratado teórica y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Traducción de la 5° edición francesa por L. Alcalá-Zamora, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I, Vol. I, N°3, Buenos Aires, 1961, p.2.

²⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ. Arturo. Ob. Cit., p. 13.

²⁹ BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. Editorial jurídica de Chile, Tomo II: De las Fuentes de las Obligaciones, Santiago, 2010, p. 240.

haremos un breve repaso de ellos, sin entrar en detalles innecesarios para el objeto de esta investigación. Tales presupuestos son los que a continuación se señalan³⁰.

En primer lugar, para la procedencia de la responsabilidad contractual se requiere:

- a) La existencia de un contrato válido. Sobre este punto, que abordaremos enseguida, adelantemos que mayoría de la doctrina nacional sostiene que entre el médico y el paciente media un contrato de prestación médica.
- b) Una conducta u omisión que implique el incumplimiento del contrato.
- c) La conducta u omisión debe ser imputable al deudor, es decir, que provenga de su culpa o dolo.
- d) La mora del deudor.
- e) La conducta u omisión culpable debe producir un daño a la contraparte.
- f) Por último, entre incumplimiento culpable y daño debe mediar una relación de causalidad.

Y en segundo lugar, para que opere responsabilidad extracontractual se requiere:

- a) Un hecho u omisión que constituya ilícito civil, esto es, delito o cuasidelito civil en los términos del Art. 2284 del Código Civil.
- b) El autor debe ser capaz de delito o cuasidelito civil.
- c) Tal hecho u omisión debe ser imputable al autor a título de culpa o dolo, y a su respecto no debe operar ninguna causal eximente de responsabilidad, como el caso fortuito o fuerza mayor, el estado de necesidad o la legítima defensa.
- d) El hecho ilícito debe producir un daño a un tercero, respecto de quien no exista una obligación o relación contractual previa.
- e) Finalmente, entre hecho ilícito y daño debe mediar una relación de causalidad.

Solo cuando concurren tales presupuestos estaremos en presencia de responsabilidad civil contractual o extracontractual, debiendo sujetarse el deudor o autor del daño a lo

³⁰ Sobre este punto hemos seguido lo propuesto por BARCIA LEHMANN, Rodrigo, Ob. Cit., pp. 247 y ss.; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, Ob. Cit., pp. 46 y ss., y 95 y ss.; y DE ÁNGEL YAGÚEZ, Ricardo, "Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (I). La conducta. La culpabilidad", en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coordinador). *Tratado de responsabilidad civil*. Editorial Bosch S.A., Tomo I, Barcelona, 2008, pp. 219 y ss.

contemplado Código Civil en su Título XII del Libro IV, Arts. 1545 y siguientes, o Título XXXV del mismo libro, Arts. 2314 y siguientes, respectivamente.

4. Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Civil Médica: ¿Contractual o Extracontractual?

Responder a esta interrogante fue por largos años la preocupación principal de la doctrina en esta materia.

Por regla general, se estima por la doctrina nacional que la relación entre el médico y su paciente es de carácter contractual. Rige entre ellos un contrato atípico, innominado, bilateral, oneroso, principal, consensual, *intuitu personae*³¹, que genéricamente es denominado “contrato de prestación médica” o “contrato médico”, pero que dada la diversidad de objetos, puede tener múltiples y diversas hipótesis o formas³². Sobre esta diversidad y complejidad de relaciones jurídicas, Pizarro Wilson sostiene que la intervención de las clínicas y hospitales en la prestación de servicios médicos, e incluso cuando no están involucrados éstos, supone satisfacer deberes de hotelería, alimentación, cuidado e higiene que emanan del “contrato de hospitalización”, lo que podría generar responsabilidad civil por defectos en infraestructura o sus instalaciones, o en el uso de productos defectuosos (alimentación, instrumentos médicos)³³.

De esta apreciación resulta que la naturaleza jurídica de la responsabilidad en que incurre el facultativo en caso de incumplimiento obligacional es, por regla general, contractual, y por tanto, en tales hipótesis son aplicables las normas contenidas en el Título XII del Libro IV, Arts. 1545 y siguientes del Código Civil.

³¹ DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo. “El contrato de atención médica”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol. 16, N° 1, enero-mayo de 1989, pp. 9 y 10. Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649629.pdf, (última consulta el 29 de noviembre de 2014).

³² VIDAL OLIVARES, Álvaro. “Responsabilidad civil del profesional médica”. En *Revista de Derecho / Consejo de Defensa del Estado*, N°8, Santiago, Chile, 2002, p. 155-190; p. 3 del documento que se encuentra disponible en <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/d156ee2d-d311-480d-8eb2-e921f8990498/9.pdf?MOD=AJPERES> (última consulta el 03 de octubre de 2014).

³³ PIZARRO WILSON, Sergio “La responsabilidad civil médica por el hecho ajeno”. En *Revista chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri / Fundación Fernando Fueyo Laneri*, N°1, Santiago, 2003, pp. 12 y 13 del documento que se encuentra disponible en http://www.derechoysalud.udp.cl/articulos/Responsabilidad_civil_medica.pdf (última consulta el 30 de septiembre de 2014).

Cabe igualmente señalar que bajo la figura contractual no solo caben las hipótesis de relaciones directas entre el médico y el paciente, sino también aquellos casos en que el paciente contrata con un hospital, Isapre o centro médico y éstos le asignan un médico, tanto respecto de esos establecimientos como del médico que presta sus servicios profesionales la relación es igualmente contractual³⁴. Lo mismo sucede cuando el médico tratante del paciente contrata su atención en un hospital o cuando el médico tratante pide exámenes del paciente a laboratorios elegidos por él³⁵. “Asimismo, la intervención de varios profesionales en la prestación médica (usual en una operación quirúrgica) da también nacimiento a relaciones contractuales: entre el paciente y cada uno de los médicos, si aquél los eligió y aceptó su participación; o bien, entre el paciente y el médico jefe del equipo, si éste seleccionó a sus asistentes, respondiendo por la elección y organización”³⁶. En estos casos la doctrina entiende que se ha configurado una estipulación a favor de otro en los términos del Art. 1449 del Código Civil³⁷. Otros, en cambio, sostienen que es aplicable la doctrina del simple apoderamiento o representación³⁸.

Todavía en casos de atención médica de urgencia, en que el paciente se encuentra en estado de inconsciencia, es posible sostener que la fuente de la responsabilidad civil médica es un contrato³⁹ pues en tal evento, si la asistencia es contratada por parientes o amigos del paciente que no lo representan legalmente, puede estimarse que ellos actúan como agentes oficiosos o que estipulan con el médico a favor del paciente, y que éste ratifica por el hecho de aceptar posteriormente las atenciones profesionales⁴⁰. De igual forma, la responsabilidad civil de hospitales y clínicas por sus propios hechos o por los de sus dependientes será, por regla general, contractual⁴¹.

Por otra parte, la responsabilidad civil médica tendrá, de manera excepcional, naturaleza extracontractual cuando ella provenga del daño ocasionado por el facultativo a un tercero,

³⁴ COURT MURASSO, Eduardo. Ob. Cit., p. 278

³⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., p. 288.

³⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Ob. Cit., p. 79.

³⁷ COURT MURASSO, Eduardo. Ob. Cit., p. 278; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit., p. 57.

³⁸ ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. “La responsabilidad civil de hospitales y clínicas privadas: modernas tendencias jurisprudenciales”. En *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N°201, año XLV, junio de 1997, Concepción, pp. 21 y 22.

³⁹ VIDAL OLIVARES, Álvaro. Ob. Cit., p.2.

⁴⁰ En este sentido, DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo. Ob. Cit., p.8; BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., p. 666; ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit., p. 59; ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. Ob. Cit., p. 22.

⁴¹ PIZARRO WILSON, Sergio. Ob. Cit., pp. 13 y ss.

personas afectadas de modo reflejo por el menoscabo físico o la muerte del paciente⁴². Misma naturaleza aquiliana tendrá la responsabilidad que provenga del daño causado al paciente cuando el facultativo presta servicios por amistad o por espíritu caritativo o de beneficencia, sin fines de lucro⁴³; o cuando los servicios han sido requeridos por una persona distinta del paciente, siempre y cuando no sea su representante legal o voluntario. También caben aquí los casos en que el daño provenga de un contrato médico que se ha declarado nulo por algún vicio imputable a dolo o culpa del facultativo o del paciente⁴⁴; y cuando la actividad médica es desarrollada contra la voluntad del paciente, como el suicida que recibe asistencia médica o el huelguista de hambre, o el testigo de Jehová que es paciente de una transfusión de sangre⁴⁵.

Sin embargo, pese a que la jurisprudencia nacional también ha resuelto que por regla general entre el médico y su paciente media un contrato, y por tanto que la responsabilidad que de su incumplimiento deriva es también contractual⁴⁶, los casos son resueltos con frecuencia en sede extracontractual⁴⁷. Esta práctica tiene un grado de artificialidad⁴⁸, pues en tales casos nuestros tribunales “no se apoyan en argumentos sustantivos, de fondo, sino que más bien en razones de orden práctico, de conveniencia para la víctima y, además, en un anhelo de protegerla frente a la injusticia de haber sufrido un daño imputable a otros, con el riesgo de quedar sin reparación”⁴⁹. Lo anterior es consecuencia del reconocimiento, por parte de la jurisprudencia nacional, del cúmulo de responsabilidades médicas o derecho de opción en nuestro derecho⁵⁰.

⁴² BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., p. 667.

⁴³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit., p. 59.

⁴⁴ BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. Editorial Hammurabi, 2º edición, Buenos Aires, 1992, p. 154; ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. *De la responsabilidad civil médica*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990, pp. 249.

⁴⁵ ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. Ob. Cit., p. 372.

⁴⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 15 de abril de 1992; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 20 de mayo de 2002; Sentencia de la Corte Suprema, de 12 de junio de 2003.

⁴⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de enero de 1993; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de marzo de 1995, confirmada por la Corte Suprema el 20 de junio de 1996, en el controvertido Caso Beroud, en que la Corte concluyó que la víctima solo había prestado consentimiento para la operación de la cadera con problemas y no de la erróneamente operada. Un comentario sobre este fallo podemos encontrarlo en COURT MURASSO, Eduardo. Ob. Cit., pp. 281 y ss.

⁴⁸ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., p. 669; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Ob. Cit., p. 85.

⁴⁹ VIDAL OLIVARES, Álvaro. Ob. Cit., p.2.

⁵⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de enero de 1993; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 10 de agosto de 2000; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 20 de mayo de 2002. En este mismo sentido ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. Ob. Cit., p. 23. En contra COURT MURASSO, Eduardo. Ob. Cit., p. 282, y VIDAL OLIVARES, Álvaro. Ob. Cit., p.11.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA CULPA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

1. Generalidades. La culpa y la Responsabilidad Civil.

Como es sabido, nuestro Código Civil ha seguido en esta materia la doctrina tradicional, consistente en que la responsabilidad debe fundarse en un elemento subjetivo. Esto supone la necesaria concurrencia de culpabilidad de su autor, esto es, que el hecho perjudicial provenga de su culpa o dolo, de manera que para saber si la hay es de rigor analizar la conducta del sujeto. Luego, para que el daño producido de lugar a indemnización, “es necesario probar que el autor del hecho tuvo la intención de causar el daño si se alega dolo; si se alega culpa, probar que no empleó la diligencia necesaria para evitar el daño causado”⁵¹.

Por el contrario, un sistema de responsabilidad objetiva, fundado en el riesgo, prescinde absolutamente de la conducta del sujeto, de su culpabilidad, atendiendo únicamente al daño producido⁵². El autor del daño será responsable de él simplemente porque lo causó, sin importar si esto aconteció mediando culpa o dolo de su parte. Es el hecho perjudicial y no el hecho culpable o doloso el que genera responsabilidad⁵³. Así, a la luz de esta teoría la responsabilidad se traduce en un asunto de causalidad y no de imputabilidad, bastando determinar la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido para que ella se genere⁵⁴.

Pese a que en materia de responsabilidad civil ha habido una tendencia a la objetivización, por ejemplo en mecanismos de presunción de culpa, ello no debe asimilarse a la responsabilidad objetiva en sí, pues en ésta se prescinde totalmente del juicio de reprochabilidad. De esto, y de la existencia de regímenes sectoriales en que se aplica este tipo de responsabilidad, como en materia aeronáutica o de contaminación marítima con hidrocarburos, no puede colegirse que nuestro sistema haya dejado de ser fundamentalmente

⁵¹ DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. “Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno”. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 14, N° 1, 2007, pp. 79-112, p. 3 del documento disponible en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/11/Taller-3-D%C3%ADaz-Ingrid-Responsabilidad-Objetiva.pdf>, (última consulta el 13 octubre de 2014).

⁵² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit., p. 69.

⁵³ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit., p.70.

⁵⁴ TOMASELLO HART, Leslie. “Aseguramiento de los Créditos Indemnizatorios”. En *Estudios de Derecho Privado*, Edeval, Valparaíso, 1994, p. 65.

subjetivo, pues en Chile, el fundamento de la responsabilidad sigue basado en torno a la culpa, y el eje principal del sistema aún es el principio tradicional de “no hay responsabilidad sin culpa”, recogido en el Código de Bello⁵⁵.

En atención a los objetivos del presente trabajo, corresponde delimitar el concepto de culpa en la responsabilidad civil en general, para más adelante analizar correctamente este factor a propósito de la responsabilidad del profesional médico.

El Código Civil chileno no ha definido la culpa, pero su Art. 44 sí se refiere a tres especies de descuidos. De tales referencias puede desprenderse que la culpa, que ése y otros artículos (Arts. 2.319 y 2.329) hacen sinónimo de descuido o negligencia, es la “falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios”⁵⁶. Se trata de un error de conducta que supone descuido, imprudencia, falta de precaución, atención o vigilancia, que implica no obrar como se debiera⁵⁷. Con todo, cuando un sujeto actúa con culpa debe entenderse que el no quiso causar el daño (en los términos del Art. 2.284, “el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar”), sino que “actuó ilícitamente al no observar en su comportamiento el cuidado debido que le hubiera permitido evitar la lesión”⁵⁸. De esto resulta que la culpa se funda en no haber tomado las medidas para evitar un daño no previsto, pero sí previsible⁵⁹.

Presentada la culpa de esta manera, su determinación dependerá de un proceso de comparación entre la conducta del autor del daño y la que habría observado un hombre prudente o un “buen padre de familia” (Arts. 44 inciso 4º, y 2.323 inciso 1º) en las mismas circunstancias. Así lo ha confirmado la jurisprudencia recientemente⁶⁰. De esto se sigue que la culpa debe apreciarse en abstracto, y no en concreto, es decir, prescindiendo de las circunstancias exclusivamente personales del agente o sus disposiciones psicológicas o anímicas. Desde luego esto no implica que la culpa deba determinarse simplemente en atención

⁵⁵ Un análisis detenido sobre la responsabilidad objetiva en nuestro ordenamiento podemos encontrarlo en DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. Ob. Cit.

⁵⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit., p.126.

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., p. 206.

⁵⁹ LÓPEZ MESA, Marcelo J. “La culpa como factor de atribución de responsabilidad. Cénit, ocaso y resurgimiento de la culpa”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°10, 2006, p. 643. Disponible en <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2458/1/AD-10-31.pdf> (última consulta el 25 de noviembre de 2014); AEDO BARRENA, Cristián. *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*. Editorial Libromar, Valparaíso, 2001, p.85.

⁶⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 2 de septiembre de 2010, causa Rol N° 3377-2008.

a la conducta que pudiera observar un hombre prudente cualquiera. El análisis debe ser relativizado acorde al nivel de especialización de las actividades riesgosas que existen en las sociedades modernas, de manera que el arquetipo o modelo de conducta debe ser el hombre prudente promedio de la actividad, profesión u oficio en la que se desempeñó el actor para causar el daño. Así, por ejemplo, en el tema que nos atañe, “si el autor es un médico, el hombre prudente medio deberá ser un médico de la misma especialidad”⁶¹, y la conducta dañosa del autor debe compararse con la que tal profesional hubiera observado en la misma situación.

En consecuencia, la culpa podrá presentarse en tres formas diversas. En primer lugar, como *negligencia*, cuando el sujeto hace menos de lo esperado por el ordenamiento jurídico, que es el supuesto contemplado en el Art. 44 del Código Civil; en segundo lugar, como *imprudencia*, cuando el sujeto ha hecho lo que no correspondía o ha hecho más de lo esperado, en un obrar precipitado o irreflexivo que no tuvo en cuentas las consecuencias que de ello podían derivarse; y en tercer lugar como *impericia*, cuando el sujeto desconoce o conoce mal la teoría y la práctica de una profesión, oficio o arte que impongan obrar con previsión y diligencia con ajuste a las reglas, métodos y técnicas pertinentes, y aún así actúa⁶².

2. Deber de diligencia o cuidado del médico.

2.1) Aplicación de las reglas generales.

La responsabilidad civil médica es por culpa, y por tanto ella puede aparecer en cualquiera de las formas más arriba señaladas, y le serán igualmente aplicables las reglas generales sobre deberes de cuidado y prueba de la culpa de los profesionales.

Dado que, como ya hemos adelantado, la naturaleza de la relación entre el médico y su paciente es predominantemente contractual, y sus obligaciones de medio o prudencia, el deber esencial del galeno consiste en poner a disposición del paciente sus conocimientos y capacidades profesionales de acuerdo a un estándar general de diligencia encaminado al beneficio propuesto al obligarse. De esto resulta que “el juicio de reproche a la conducta del

⁶¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., p. 208.

⁶² AEDO BARRENA, Cristián. Ob. Cit., pp. 86 y 87; LÓPEZ MESA, Marcelo J. Ob. Cit., p. 646.

médico se efectúa en abstracto, comparando el comportamiento efectivo con el esperado de un médico competente en la respectiva especialidad, pero también en concreto, considerando las circunstancias externas en que intervino⁶³, como la disponibilidad de medicamentos, instrumentos e insumos necesarios para la intervención, o de la tecnología que ella impone para el correcto desempeño de la labor encomendada. Así, por ejemplo, la Corte Suprema, en sentencia de 2 de julio de 1998, resolvió que ante la existencia de solo un cardiovector en el hospital público de Puerto Natales, no era necesario que estuviera en la sala donde se intervenía a un paciente que presentaba condiciones normales antes de la operación⁶⁴.

En abono de esta idea, Vidal Olivares sostiene que en materia de responsabilidad médica “la diligencia del profesional no puede confundirse con la simple diligencia del obrar cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención⁶⁵”, siendo aplicable el modelo de conducta del perito o artífice, pues la pericia se convierte en un modelo de necesaria observancia por quien posee determinados conocimientos o determinadas técnicas o formas de destreza⁶⁶. En consonancia con esto, la Corte Suprema ha señalado que “el médico tratante debe responsabilizarse de cumplir plenamente con lo que ordenan las reglas de la práctica médica. Ello implica diligencia, pericia, preocupación antes, durante y después de la intervención médica que se le encargó⁶⁷”.

Resuelto entonces que la culpa médica se observa en abstracto, pero en consideración de las circunstancias de hecho que se presenten, teniendo como modelo de conducta la de un médico competente y diligente de la misma especialidad en la misma situación, corresponde responder ahora cuál es el estándar de cuidado, prudencia o diligencia que él debe o ha debido observar para el correcto desempeño de su cometido, y consecuente cumplimiento de sus obligaciones.

⁶³ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., p. 671.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ VIDAL OLIVARES, Álvaro. Ob. Cit., p. 5.

⁶⁶ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial II: Las relaciones obligatorias*. Civitas, 5ª edición, Madrid, 1996, pp. 97 y 98.

⁶⁷ Sentencia de la Corte Suprema, de 10 de diciembre de 2001.

2.2) Estándar de cuidado: la *lex artis* y la culpa infraccional.

El médico, en el ejercicio de su profesión, debe siempre impedir resultados adversos o dañosos para el paciente, máxime si ellos provienen de su actuar, de manera que en el cumplimiento de este deber de cuidado debe aplicar todos sus conocimientos, y echar mano a todos los recursos disponibles a su alcance. Se trata de exigir la destreza y dedicación que definen a un buen profesional según reglas de prácticas correctas, es decir, se requiere que preste sus servicios de conformidad a las *lex artis*⁶⁸. Así lo ha sostenido la Corte Suprema, que a propósito de la culpa en la responsabilidad médica ha resuelto que “los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para diagnosticar el mal y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curarlo. En otra forma, el acto médico tiene como presupuesto que se realiza de modo debido, de la manera como se indica según la *lex artis*. El médico no debe olvidarse de la norma de cuidado que pesa sobre su acción y, por tanto, la infracción de la *lex artis* es el fundamento de la culpa médica”⁶⁹.

La *lex artis* o “ley del arte” médica, como fundamento de la culpa y criterio de corrección del galeno⁷⁰, consiste tanto en el conjunto prácticas y conocimientos, como en los procedimientos, oportunidad y técnicas para su aplicación, además de las reglas generales y principios no necesariamente escritos que derivan de la experiencia, que integran un código de conducta en la especialidad en la que el médico ejerce la profesión⁷¹. Este estándar de prudencia debe ser observado por el facultativo en cada etapa del acto médico, esto es, al

⁶⁸ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., p. 672.

⁶⁹ Sentencia de la Corte Suprema, de 19 de enero de 2005, causa Rol N° 9-2003, considerando décimo. En este mismo sentido se ha pronunciado la misma Corte, exigiendo la infracción de la *lex artis*, en las sentencias de 28 de septiembre de 1998, y de 15 de diciembre de 1997.

⁷⁰ FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. “Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La *lex artis*. Criterios jurisprudenciales”. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, N°3, mayo 2004, p. 195. Disponible en http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/382/97/RJ3-08-J.Fernandez.pdf?blobheader=application/pdf;charset=UTF-8&blobheadername1=Content-Disposition:&blobheadername2=JCYL_delaPresidencia&blobheadervalue1=attachment:filename=RJ3-08-J.Fernandez.pdf&b, (última consulta el 18 de noviembre de 2014).

⁷¹ Sentencia de la Corte suprema, de 30 de marzo de 2009, causa Rol N°6779-2007, citada por SATELER ALONSO, Ricardo, y LORENZINI ROJAS, Gian Carlo. “Responsabilidad Médica”. En *Revista Médica Clínica Las Condes*, Vol. 22, N°1, p. 129. Disponible en http://www.clinicalascondes.cl/Dev_CLC/media/Imagenes/PDF%20revista%20m%C3%A9dica/2011/1%20enero/17_AB_Sateler-19.pdf, (última consulta el 20 de noviembre de 2014); Giménez Candela, Teresa. *teresa p. 404.*; ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. Ob. Cit., p. 380.

momento del diagnóstico, del tratamiento, de intervención y de cuidados postoperatorios del paciente⁷²

Desde luego resulta imposible prever todas y cada una de las situaciones en las que pueda encontrarse un médico en el ejercicio de su profesión, y cómo actuar diligentemente para resolver algún problema que se le presente. Así, la noción de *lex artis* debe ser comprendida como un conjunto de criterios correctivos de las actividad galénica, esencialmente mutables y flexibles, no estancos, en atención al caso concreto, con especial atención en las características de su autor, de la complejidad y trascendencia vital del actos, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos – como estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. De esto último, que se conoce como *lex artis ad hoc*⁷³, y del hecho que la medicina es una ciencia progresiva, se sigue que al determinar la conducta conforme a estos estándares de diligencia se debe considerar el grado de avance y desarrollo de la profesión en la época y lugar del acto médico. En estricta relación con esto, el Art. 13 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile prescribe: “El médico deberá mantener su capacidad clínica, conocimientos, habilidades y destrezas actualizados, y utilizar todos los medios técnicos y científicos a su alcance para lograr una atención óptima e integral de sus pacientes. Cuando sea necesario, deberá recurrir a la interconsulta para una mejor atención”.

Siguiendo esta línea argumentativa, la Corte de Apelaciones de Copiapó excluyó la responsabilidad de un equipo médico que utilizó un instrumento eléctrico en la cavidad abdominal para sujetar el intestino mientras se desarrollaba una cirugía vaginal, que se activó provocando una peritonitis bacteriana que condujo a la muerte de la paciente, en atención a

⁷² ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. Ob. Cit., pp. 258 y ss.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo Español, de 11 de marzo de 1991, citada por VÁZQUEZ LÓPEZ, J. Enrique. “La Lex Artis ad hoc como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico. A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. Cesárea)”. En *Cuadernos de Medicina Forense*, Vol. 16, N°3, pp. 179. Disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1135-76062010000200009&script=sci_arttext, (última consulta el 11 de noviembre de 2014).

que en la época en que ocurrieron los hechos esa maniobra quirúrgica era aceptada y normalmente empleada en ese tipo de intervenciones⁷⁴.

Consignemos, en fin, que la *lex artis* médica no tiene por objeto establecer fijamente cuál es la debida diligencia que debe observar el médico en todos los supuestos, si no tan solo fijar, atendidas las circunstancias, la esfera de lo exigible en su actuar. Siendo esta referencia un camino eficaz para establecer la negligencia del médico, es común que se presenten dificultades probatorias para las víctimas en orden a obtener testimonios sobre aspectos técnicos más sutiles sobre la conducta esperada, atendida la protección corporativa que suelen brindarse los profesionales en esta área. Esto no obsta a que la inobservancia de la *lex artis* sea probada haciendo referencia a literatura médica actual y especializada, o incluso mediante prácticas profesionales convencionales, en tanto ellas, superando un mínimo de razonabilidad, pongan al descubierto la notoria incompetencia o descuido⁷⁵.

Todo lo anterior, sin embargo, no importa que la *lex artis* o la *lex artis ad hoc* sea el único estándar de cuidado que el galeno debe verificar.

En efecto, la culpa del médico no solo puede derivarse de la inobservancia de la ley del arte, pues ella, la culpa, puede ser infraccional, cuando el galeno ha infringido las reglas de cuidado establecidas por el legislador u otra autoridad normativa. Esto comprende a las regulaciones generales que rigen las actividad, como el Código Sanitario o los actos que provengan de la Administración (del Ministerio de Salud específicamente), y también los ordenamientos o protocolos internos de la institución de asistencia médica de que se trate. Solo como ejemplo citemos al Decreto Supremo N° 161 de 19 de noviembre de 1982, del Ministerio de Salud, sobre Reglamento de hospitales y clínicas, o la Circular C13 N°10 de 21 de agosto de 2014, del Ministerio de Salud, que fija Normas para la prevención de infecciones asociadas a la atención en salud en el personal clínico en contacto directo con un caso confirmado o sospechoso de Enfermedad por Virus del Ébola, u otras normativas establecidas para la prevención y control de las infecciones asociadas a la atención de salud (IAAS).

Sobre el particular, la Corte Suprema sostuvo que hubo negligencia o culpa por parte del Servicio de Salud de Valdivia al infringir la reglamentación interna existente en el Hospital

⁷⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, de 25 de marzo de 2002, citada por BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., p. 673.

⁷⁵ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., p. 673.

Base referente al manejo de los desechos de material contaminado provenientes de los distintos servicios de dicho centro⁷⁶, razón por la cual posteriormente el servicio fue condenado.

Estos últimos casos de infracciones a deberes de cuidado pueden ser considerados como un elemento objetivizador de responsabilidad⁷⁷, pues según sostiene Barros Bourie, “a falta de justificación, la infracción a deberes preestablecidos es suficiente para dar por establecida la responsabilidad, a condición de que el daño sufrido por el paciente pueda ser atribuido a esa infracción”⁷⁸.

3. Riesgos terapéuticos y la responsabilidad del profesional médico.

La fatalidad en el acto médico es un elemento característico de esta actividad, que bien puede catalogarse como riesgosa.

En efecto, es común que por distintas circunstancias, ajenas o no al facultativo o al recinto de asistencia médica de que se trate, el paciente se encuentra expuesto a sufrir menoscabos físicos bajo la esperanza o probabilidad de obtener un resultado beneficioso para su salud o estética. En todo acto médico existe un grado de incertidumbre y aleatoriedad de los resultados esperados. Así, por ejemplo, una gastrectomía, consistente en la resección total o parcial del estómago (por cáncer, principalmente) conlleva altos riesgos de infección o hemorragia por tratarse de una intervención quirúrgica abierta; o una cirugía de bypass gástrico a un paciente con obesidad mórbida envuelve la probabilidad de sufrir un paro cardíaco por insuficiencia respiratoria como reacción a la aplicación de la anestesia.

El riesgo terapéutico o sanitario consiste, entonces, en la posibilidad prevista pero inevitable de sufrir un daño en la integridad física o psíquica del paciente, con ocasión de la ejecución de una prestación médica, cualquiera sea su etapa, cuya causa precisa permanece generalmente desconocida, pues es el perjuicio es provocado en ausencia de todo acto

⁷⁶ Sentencia de la Corte Suprema, de 26 de septiembre de 2006, citada por TOCORNAL COOPER, Josefina. “Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias”. En *Revista Chilena de Derecho* [on line], Vol. 37, N° 3, 2010, pp. 487. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000300004, (última consulta el 19 de noviembre de 2014).

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ BARROS BOURIE, Enrique. *Ob. Cit.*, p. 674.

negligente o de error del médico⁷⁹. Se trata de sucesos eventuales que escapan al dominio o control del facultativo, en los que “la intervención del azar en la realización de estos accidentes se demuestra porque generalmente sus efectos se presentan como anormales, esto es, no dicen relación con el estado anterior del paciente o su evolución previsible, y son diversos a aquellos que habría provocado el simple fracaso del tratamiento”⁸⁰. En este sentido, Vázquez Ferreyra con razón sostiene que “cualquier intervención del cuerpo humano presenta riesgos imprevisibles o inevitables (...). Las reacciones del organismo si bien suelen responder a un patrón de conducta, siempre pueden presentar un imponderable que torna inseguro todo resultado”⁸¹.

Resulta fundamental en este aspecto que el médico informe correctamente al paciente sobre estos riesgos, y requiera su consentimiento⁸² para comenzar el tratamiento o realizar la intervención de rigor, pues de lo contrario, y en el evento en que del acto posterior resulte un daño o la muerte de aquél, el galeno podrá incurrir en culpa, y consecuentemente será civilmente responsable. En este sentido, el Decreto N° 140 de 21 de septiembre de 2004, del Ministerio de Salud, que contiene el Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud señala en su Art. 34 inciso 3° que: “Los profesionales tratantes deberán informar, en lo posible y cuando proceda, a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares de aquellos, sobre el diagnóstico y pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médico – quirúrgicas que se les aplicarán y los riesgos que éstas o su omisión conllevan, para permitir su decisión informada, así como las acciones preventivas que correspondan al paciente o a su grupo familiar. En caso de negativa o rechazo a procedimientos diagnósticos o terapéuticos por parte del paciente o sus representantes, deberá dejarse debida constancia escrita en un documento oficial del Servicio”.

⁷⁹ CAUTERUCCI, Salvador. *Practica Responsabilidad Médica*. Editorial Ediciones Jurídicas. Argentina, 2010, pp. 181 y ss.; TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Ob. Cit., pp. 97 y ss.

⁸⁰ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Ob. Cit., p. 97.

⁸¹ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 1993, p.182

⁸² Este, que habitualmente se denomina “consentimiento informado”, es distinto del consentimiento contractual, pues consiste en un “acto de ejercicio del derecho inalienable a disponer del propio cuerpo que ostenta el paciente, y que condiciona la licitud de la actividad médica”. ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Editorial Montecorvo, Madrid, 1985, p. 54.

Luego, cabe preguntarse en quién reside el riesgo terapéutico, y por tanto quién debe responder por los daños que se generen con ocasión de estos accidentes médicos. El tema, no sencillo, puede resolverse de tres maneras.

La primera solución es hacer responsable al médico o recinto de asistencia médica, haciendo extensiva sus obligaciones a las fronteras de la fuerza mayor. Tapia Rodríguez sostiene esto solo sería posible bajo los siguientes supuestos: a) Que se genere entre el hospital y el médico una obligación solidaria; b) la existencia de un contrato de seguro de responsabilidad generalizado o, mejor aún obligatorio, con el fin de distribuir el riesgo; c) la desvinculación de la acción penal y civil, que impida que profesionales competentes sean conducidos a un proceso penal por hechos que no pudieron controlar; y d) el reequilibrio procesal que evite las dificultades probatorias de las víctimas⁸³.

La segunda solución consiste en que el riesgo resida exclusivamente en el paciente, basada en la idea de que estos accidentes deban ser soportados como una externalidad negativa de la medicina en sus conocimientos científicos actuales. No habiendo razones para atribuir el daño al médico o recinto hospitalario, esta puede parecer una solución razonable, pero los intensos e irremediables efectos que estos accidentes pueden tener en la víctima hacen insostenible esta alternativa. Podrá, empero, ser consistente esta solución si se une a la existencia de un seguro de pacientes que permita a quien se expone al riesgo, administrarlo⁸⁴. Creemos, al igual que Barros Bourie⁸⁵, que el complemento de estas ideas es el camino para proteger a las víctimas.

Por último, una tercera solución consiste en someter estos accidentes a un fondo colectivo de garantía. Tal ha sido la propuesta francesa en esta materia, que mediante la Ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre Derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud instauró un organismo público, el ONIAM, que actuando como fondo de garantía se encarga de indemnizar los daños que, causados por riesgos terapéuticos, tengan consecuencias graves y anormales en relación al estado del paciente y su evolución previsible⁸⁶.

⁸³ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Ob. Cit., p. 97

⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁵ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., pp. 675 y 691.

⁸⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Ob. Cit., p. 98; y CAUTERUCCI, Salvador. Ob. Cit., pp. 185 y 186.

En Chile, pese a la relevancia de la problemática, el tema de los riesgos terapéuticos no ha sido mayormente desarrollado por la doctrina, y no obstante que algunos fallos lo han abordado tangencialmente, basados en el elemento de la previsibilidad de las consecuencias dañosas del acto médico, no ha habido jurisprudencia que señale expresamente el ámbito que ellos abarcan. Otro tanto ha sucedido en Argentina, donde ha habido fallos de notable razonamiento jurídico. Sírvanos de conclusión sobre esta temática lo razonado por la Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, Buenos Aires, en la sentencia de 15 de junio de 2006, que sostuvo que: “el daño accidental, estadísticamente previsible, pero fácticamente inevitable, que conllevan en proporciones variables las prácticas y tratamientos médicos, tiene el valor jurídico de dar lugar a la eximición de responsabilidad médica, pues se transita de tal modo en los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, las cuales son ajenas al facultativo; debiendo tenerse presente que el facultativo galeno en el desempeño de su profesión realiza actividades que conllevan ínsitamente la probabilidad de generar en forma involuntaria o imprevisible ciertos daños al paciente asistido, las cuales no pueden generar responsabilidad en tanto no exista culpa del médico por la indebida o innecesaria asunción de ese riesgo”⁸⁷.

4. El error y la culpa en la Responsabilidad Civil Médica.

Este tema está en estricta relación con lo señalado en los apartados anteriores de este capítulo, relativos al deber de diligencia que el médico debe observar en el ejercicio de la profesión, y a los riesgos terapéuticos envueltos en cada etapa del acto médico.

Advirtamos desde ya que el error al que aquí nos estamos refiriendo no es el error como vicio del consentimiento, sino como aquél hecho o acto defectuoso por parte del médico que puede derivar en un daño, pero que no necesariamente acarrea la responsabilidad del profesional, por tratarse de anomalías accidentales de comportamiento ligadas a la falibilidad humana⁸⁸. Se trata de errores excusables de quien, incluso desplegando la diligencia debida, no se puede exigir absoluta perfección en el cumplimiento de su cometido⁸⁹, pues de lo contrario

⁸⁷ CAUTERUCCI, Salvador. Ob. Cit., pp. 187.

⁸⁸ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Ob. Cit., p. 94; BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., p. 675.

⁸⁹ GUAJARDO CARRASCO, Baltazar. *Aspectos de la responsabilidad civil médica. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Librotecnia. Santiago, 2002, p. 103.

se le estaría exigiendo una conducta heroica de su parte⁹⁰ en la evitación de estos “tropiezos estadísticamente ineludibles”⁹¹.

Tapia Rodríguez, acertadamente según nuestro parecer, enseña que “el error es inherente a la acción humana, y por ello resulta contrario a toda noción de justicia tratarlo como un comportamiento culpable”. Por esta razón, “no se justifica condenar en responsabilidad a un médico por la lesión accidental de un nervio o el corte de una arteria durante una intervención, si se considera que en un porcentaje elevado de operaciones aquello se produce inevitablemente”. Luego, el hecho de ser inevitables se concluye que escapa al control del galeno impedir tales infortunios, aun si ha actuado en estricto apego a la ley de su arte⁹².

Debemos, desde luego, distinguir estos errores que hemos caracterizado como excusables de aquellos que son “inexcusables”, en que los daños que resultan son de evidente gravedad y objetivamente injustificables para el profesional que los comete, y que sí podrían haberse evitado si él hubiera actuado diligentemente, esto es, con observación a la *lex artis ad hoc*⁹³. Tal sería el caso del médico que olvida instrumentos o material quirúrgico en el interior del paciente. Esto, en consecuencia, se encuentra íntimamente ligado a la idea de culpa, pues en tales casos el profesional incurre en error por haber actuado negligentemente o en ausencia de conocimientos y, consecuentemente, podrá resultar civilmente responsable.

La distinción desarrollada halla su fundamento en la propia naturaleza de la obligación del médico, que, como se verá, es esencialmente de medios. En efecto, por regla general este profesional solo se obliga a emplear todos sus conocimientos y destrezas con el cuidado que un profesional de su especialidad en las mismas circunstancias debe emplear, y no se compromete, en principio, a un beneficio concreto. Pues bien, insistiendo en la idea de que todo acto médico conlleva aleatoriedad e incertidumbre en sus resultados, es del todo lógico que se excluya de responsabilidad al facultativo que por un descuido o inadvertencia disculpable, y en la práctica inevitable, genere un daño. Puede ocurrir que la eliminación de

⁹⁰ CALVO COSTA, Carlos. “La responsabilidad civil ante el error médico” en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Editorial La Ley, Vol. 2007, Buenos Aires, p. 229. Disponible en: [http://www.ccalvocosta.com.ar/articulos/13-6-07%2011_11%20\(PM\).pdf](http://www.ccalvocosta.com.ar/articulos/13-6-07%2011_11%20(PM).pdf), (última consulta el 25 de noviembre de 2014).

⁹¹ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., pp. 674.

⁹² TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Ob. Cit., p. 94.

⁹³ CALVO COSTA, Carlos. Ob. Cit. pp. 229 y 230.

riesgos sea técnicamente posible, pero satisfacer esa meta impone una carga inexigible para el médico, hospital o clínica. El error se presentaría tan solo como una expresión del riesgo terapéutico, y en tanto no sea imputable al facultativo pertenece, en definitiva, a los riesgos generales de la vida que debe soportar el paciente⁹⁴. En abono de esta idea, la jurisprudencia argentina, específicamente el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa, ha sostenido: “No todo diagnóstico médico erróneo configura una conducta punible —en el caso, un médico consideró que era más apropiado efectuar un parto natural que una cesárea—, puesto que existen errores que no son producto de la impericia sino que hay una zona donde cubierta una cierta diligencia en función de los medios disponibles el error es una posibilidad aún para quien dispone de los conocimientos de la "lex artis" de su profesión”⁹⁵.

Naturalmente, “la difícil prueba de las causas de los daños explica que muchas veces sea imposible establecer con nitidez los límites entre la culpa y el error excusable”⁹⁶. Las tendencias modernas sobre la reparación integral del daño, intentando suplir estas deficiencias probatorias, han difuminado el elemento subjetivo, al estimar que la sola producción del perjuicio revela la violación de un deber de cuidado y constituye culpa. Terminemos señalando que estas ideas, poco desarrolladas en nuestro país, mediante el sistema de presunción de culpa del Art. 2329 del Código Civil, pero con cierta solidez en otras latitudes, pueden resultar convenientes desde el punto de las víctimas, pero a propósito del tema que en este apartado nos convoca, se hace necesario excluir del concepto de culpa los daños que son debidos a inadvertencias disculpables e inevitables⁹⁷.

⁹⁴ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit., pp. 675.

⁹⁵ Sentencia de 19 de febrero de 2004, del voto del Ministro Eduardo Manuel Hang. Citada por CALVO COSTA, Carlos. Ob. Cit. p. 231.

⁹⁶ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Ob. Cit., p. 94.

⁹⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., p. 207.

CAPÍTULO TERCERO: PROBLEMÁTICAS DE LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIO Y RESULTADO EN SU PROYECCIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL MÉDICO

1. Planteamiento. Obligaciones de medio y obligaciones de resultado del profesional médico.

Pese a que en otras latitudes la discusión sobre el reconocimiento de esta distinción se encuentra ya superada, cual es el caso de Francia (a partir de los Arts. 1137 y 1147 del *Code Civile*), España, Argentina, entre otros, la cuestión en Chile ha significado décadas de discusiones doctrinarias, que recién en la primera década del siglo XXI comenzaron a zanjarse. Esto pues, con excepción de las prematuras obras de Orlando Tapia Suarez (1941), y de David Stitckin Branover (1950), tradicionalmente la doctrina nacional ha rechazado la existencia y aplicación de esta clasificación de las obligaciones, por la existencia de la presunción de culpa contenida en el Art. 1547 inciso 3° del Código Civil, que establece que “la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”, sin hacer distinciones sobre la naturaleza de la obligación⁹⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, hoy la mayoría de la doctrina, entre los que destacan Meza Barros⁹⁹, Court Murasso¹⁰⁰, Barros Bourie¹⁰¹, Pizarro Wilson¹⁰², Peñailillo Arévalo¹⁰³, Vidal Olivares¹⁰⁴, Tapia Rodríguez¹⁰⁵, Ramos Pazos¹⁰⁶, Corral Talciani¹⁰⁷, Guajardo Carrasco¹⁰⁸, Tomasello Hart¹⁰⁹, García González¹¹⁰, entre otros, aceptan esta distinción en nuestro país,

⁹⁸ En este sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit., p.58, nota 4; ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. Ob. Cit. p. 249; ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, 4° edición, Tomo I, Santiago, 2005, p. 181; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *La obligación como deber de conducta típica*. Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1992, pp. 328 y ss.; DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo. “La responsabilidad que puede derivar de la actividad médica”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15, N°1, 1998, Santiago, p. 28, nota 7. Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649581.pdf, (última consulta el 28 de noviembre de 2014).

⁹⁹ MEZA BARROS, Ramón. *Responsabilidad Civil*. Edeval. Valparaíso, Chile, 1980, pp. 58 y ss.

¹⁰⁰ COURT MURASSO, Eduardo. Ob. Cit. pp. 279 y 280

¹⁰¹ BARROS BOURIE, Enrique. Ob. Cit. pp. 657 – 662.

¹⁰² PIZARRO WILSON, Carlos. Ob. Cit., pp. 6 y 7.

¹⁰³ PEÑAILLILLO ARÉVALO, Daniel. *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La resolución por Incumplimiento*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2003, pp.222 y ss.

¹⁰⁴ VIDAL OLIVARES, Álvaro. Ob. Cit., pp. 4 y 5.

¹⁰⁵ TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. Ob. Cit., pp. 83 y ss.

¹⁰⁶ RAMOS PAZOS, René. *De las obligaciones*. Editorial Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2005, pp. 22 y ss.

¹⁰⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., pp. 290 y 291.

¹⁰⁸ GUAJARDO CARRASCO, Baltazar. Ob. Cit., pp. 98 y 99.

¹⁰⁹ TOMASELLO HART, Leslie. “La responsabilidad...”, pp. 17 – 19.

¹¹⁰ GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro. *Responsabilidad civil contractual. Obligaciones de medio y de resultado*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2002.

justamente a propósito de la naturaleza de la obligación del profesional y del médico. Así lo sostiene también Domínguez Hidalgo, en tanto que la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado “cobra especial relevancia y aplicación cuando de profesionales liberales como el médico se trata, puesto que fue formulada precisamente en torno a contratos de obras y de servicios en general, que se dan normalmente en las relaciones de dichos profesionales con sus clientes”¹¹¹.

De esta manera, la obligación del profesional médico será por regla general de medios, pues el objeto de las obligaciones que emanan del contrato de atención médica de ninguna manera puede ser el compromiso del facultativo de curar a todo evento al enfermo. Se trataría de una promesa irresponsable “porque no hay posibilidad de asegurar normalmente el resultado definitivo de la actividad médica, siempre influenciado por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia actividad profesional del médico”¹¹². “El médico no se compromete a curar, pero se obliga a prestar todos los cuidados necesarios de acuerdo con las reglas de su arte o profesión; se garantiza la prestación de un servicio en determinadas condiciones, no el resultado de ese servicio”¹¹³.

Así las cosas, del fracaso en la obtención del beneficio esperado por el paciente, por ser insatisfactorio, no producir curación, o llevar a su muerte, no puede de inmediato concluirse que el médico incumple con las obligaciones que le impone el contrato, puesto que éste solo lo obliga actuar diligentemente de acuerdo a la ley y la *lex artis ad hoc*, y tal obligación puede estar a salvo aún cuando se haya producido algún nefasto resultado en la salud del paciente.

En esta misma dirección se ha pronunciado la jurisprudencia más actual en nuestro país, que ha recogido y aceptado la distinción en materia de responsabilidad civil médica, aunque como bien apunta Cárdenas Villareal¹¹⁴, se trata por momentos de un reconocimiento tímido en los tribunales superiores.

¹¹¹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Ob. Cit., p. 36.

¹¹² VIDAL OLIVARES, Álvaro. Ob. Cit., p. 4.

¹¹³ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Prueba de la culpa médica*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1993, p. 58.

¹¹⁴ CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo. “La cobertura de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medio/obligaciones de resultado”. En *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado*, VI edición, Universidad Diego Portales. Santiago de Chile, 2010, pp. p.47. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N6_Responsabilidad_medica/02.PDF. (última consulta el 4 de octubre de 2014).

En 2003, el 26° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago sostuvo: “apreciando que, no siendo aplicable en la especie la presunción de culpabilidad del Art. 1547 del Código Civil – *en cuanto opera sobre la base de la constatación previa del incumplimiento contractual, lo que no es posible en una obligación de medios, cuyo incumplimiento consiste, precisamente, en la falta de diligencia-* exige del acreedor la prueba de la correspondiente culpa”¹¹⁵.

Pero el pronunciamiento más importante, desde luego por la jerarquía del tribunal, es el realizado por la Corte Suprema en 2007, cuando argumentó “que en el ejercicio de esta profesión como ocurre en general respecto de toda profesión liberal lo que se exige no es el cumplimiento de una obligación de resultado, esto es, el que el profesional médico deba necesariamente curar o sanar al paciente, sino que lo que se impone a éste es el cumplimiento de una obligación de medios, lo que equivale a decir que en su actuación ha de emplear los medios suficientes con el propósito encomendado, teniendo en consideración la realidad y exigencia del momento”¹¹⁶.

Todo lo anterior, sin embargo, no obsta a que existan hipótesis excepcionales en que la obligación del médico pueda catalogarse de resultado. Se trata de casos en los que el facultativo se encuentra en el deber de proporcionar al paciente el beneficio preciso que pretende, y cuyo incumplimiento implica por sí la posibilidad de incurrir en responsabilidad. Tal podrá ser el caso de operaciones laser en el campo de la oftalmología, cuyo carácter matemático y de bajo riesgo superan la aleatoriedad de la intervención, o también la colocación de instrumentos ortopédicos en los pacientes, la cirugía plástica con efectos estético reparadores, o el diagnóstico o interpretación de exámenes de laboratorio¹¹⁷. Precisamente en este último contexto, de examen citológico (biopsia), la Corte de Apelaciones de Santiago ha establecido “que en la especie cabe consignar que estamos en presencia de una obligación de resultados, en la medida que el médico ha prometido lograr un determinado análisis sobre un

¹¹⁵ Sentencia de 15 de julio de 2003, causa Rol N° 31.139-2001. El fallo fue posteriormente confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago, y la Corte Suprema. Citada por CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo. Ob. Cit., p. 47. Lo destacado es nuestro.

¹¹⁶ Sentencia de 4 de octubre de 2007, causa Rol N°3.299-2007, considerando segundo. Citada por CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo. Ob. Cit., p. 49.

¹¹⁷ CORRAL TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., p. 291; VIDAL OLIVARES, Álvaro. Ob. Cit., p. 4.

tejido extraído de la paciente destinado éste a un estudio citológico, el cual no se pudo realizar, por lo que lo pactado es un determinado fin no materializado, por el extravío de la biopsia”¹¹⁸.

Proyecciones problemáticas

La distinción entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado, y su aceptación en nuestro país proyectan básicamente dos situaciones problemáticas que la doctrina aún no ha resuelto con certeza. Tales dificultades, que a continuación se desarrollarán, son las siguientes:

En primer lugar, la determinación de la obligación del médico y de su incumplimiento. Dado que, como hemos señalado, las obligaciones del médico son, por regla general, de medios, ¿cuál es, en estricto rigor, la obligación que él asume en virtud del contrato de prestación médica? Luego, ¿cuándo debe entenderse que la ha incumplido?

Y en segundo lugar, la carga probatoria de la culpa. Tratándose de obligaciones de medio, la doctrina ha señalado que en sede contractual operaría una inversión de la carga de la prueba de la culpa, recayendo ésta en el paciente y no en el médico. La dificultad se presenta en la desventajosa situación probatoria en que puede encontrarse el paciente frente al médico. Entonces, ¿quién debe probar?

2. Determinación de la obligación del médico: ¿cuándo se entiende que ha habido incumplimiento?

Dado que, como hemos reiterado a lo largo del presente trabajo, por regla general las obligaciones que contrae el médico son de medio o de actividad, aquél se obliga a desplegar sus conocimientos técnicos conforme al estado actual de la ciencia médica en miras a proporcionar el bienestar o curación del paciente, pero sin garantizar aquél resultado. En estricto rigor es la actividad o cierto comportamiento del profesional médico lo que constituye la substancia de la

¹¹⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 22 de septiembre de 2006, en causa Rol N° 5.615-2001, considerando sexto. Mismo razonamiento había sostenido anteriormente la Corte Suprema en la sentencia de 5 de noviembre de 2001, en una causa en que se diagnosticó erradamente el virus del SIDA. Ambas citadas por CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo. Ob. Cit., p. 48.

prestación, y su resultado no está *in obligationes*, esto es, no forma parte directa de la prestación, sino que tan solo otorga dirección a la actividad comprometida¹¹⁹.

Desde luego, tanto en las obligaciones de medio como en las de resultado el incumplimiento es el hecho específico y fundante de la pretensión resarcitoria del acreedor insatisfecho, y se presenta como elemento objetivo previo a la valoración subjetiva que supone la determinación de la imputabilidad¹²⁰.

Sin perjuicio de aquello, el incumplimiento no se presenta de la misma manera en ambos tipos de obligaciones, pues como correctamente señala Peñailillo Arévalo, sin perjuicio de que “la (obligación) de resultado está incumplida cuando el deudor no ha proporcionado al acreedor el resultado al que se comprometió, en la obligación de medio la situación es más compleja”¹²¹. Esto se debe fundamentalmente a que a diferencia de lo que sucede con las obligaciones de resultado, en las que se exige al deudor (el médico) la pretensión misma, sin miramientos a la prudencia con la que haya actuado para obtenerla, en las obligaciones de medio debe realizarse un análisis de la diligencia empleada por el facultativo, en pos de la satisfacción del interés del paciente, para determinar si él cumplió o no¹²². La particularidad vendría dada por la circunstancia de que la diligencia estaría cumpliendo en estos casos dos funciones: la primera, como elemento que da contenido y determina la prestación; y la segunda, como promotora del cumplimiento de la obligación, regulada en el Art. 1547 del Código Civil¹²³, y en definitiva, el incumplimiento obligacional y el elemento subjetivo, la culpa, se estarían acercando hasta prácticamente identificarse¹²⁴.

De lo anterior resulta que la obligación que asume el profesional médico consiste en desplegar una actividad acorde a sus especiales conocimientos técnicos y al estándar de diligencia que la *lex artis ad hoc* le exija en miras a la curación o bienestar general del paciente, pero sin garantizarlo. Su incumplimiento, por consiguiente, consistirá bien en la ausencia de

¹¹⁹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. Cit., pp. 223 y 224.

¹²⁰ GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro. Ob. Cit., p. 96.

¹²¹ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. Cit., p. 227.

¹²² PIZARRO WILSON, Carlos. “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXXI*, Valparaíso, 2008, p. 258. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200005&script=sci_arttext, (última consulta el 1 de diciembre de 2014).

¹²³ VIDAL OLIVARES, Álvaro. Ob. Cit., p. 4.

¹²⁴ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. Cit., pp. 229 y 230; PIZARRO WILSON, Carlos. “La culpa...”, p. 260.

actividad del médico, en el entendido de que no habiendo comportamiento alguno resulta imposible que éste pueda catalogarse como diligente; o bien, en la inobservancia, por parte del profesional, del patrón de diligencia al que se haya adscrito, o el que la ley de su arte le imponga¹²⁵. Luego, “que la culpa-negligencia del deudor se nos presente, en suma, como una forma (en concreto, como inexacto cumplimiento) de contravenir o infringir las obligaciones de hacer de medios y solo de éstas, es un resultado directo de que, precisamente en ellas, y también solo en ellas, su cumplimiento (el contenido de la prestación que tienen por objeto) se define en términos de simple despliegue de una conducta diligente por el deudor”¹²⁶.

La cuestión, lejos de ser sencilla, presenta graves problemas a propósito de la prueba del incumplimiento obligacional - que recae sobre el paciente- por la desventajosa posición en la que él se encuentra para probar que el actuar del facultativo se ha alejado del estándar de diligencia que debió observar en la prestación. La identificación entre incumplimiento y la culpa ha llevado algunos autores a interpretar erróneamente la regla contenida en el Art. 1547 inciso 3º del Código Civil, según veremos a continuación.

3. La prueba de la culpa en la Responsabilidad civil médica: ¿quién debe probar?

3.1) Régimen de Responsabilidad Civil Contractual: los Arts. 1.698 y 1.547 del Código Civil y la inversión de la carga probatoria de la culpa.

A lo largo del trabajo hemos señalado que por regla general la doctrina nacional sostiene que entre el médico y su paciente media un contrato de prestación médica, sin perjuicio de que en la práctica estos problemas han sido resueltos en sede extracontractual.

En sede contractual la doctrina nacional ha sostenido desde antiguo que el Art. 1.547 inciso 3º recoge una presunción de culpa del deudor, al señalar que “la prueba de la diligencia o

¹²⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro. Ob. Cit., pp. 98 y 99.

¹²⁶ JORDANO FRAGA, Francisco. “Obligaciones de medio y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente). En *Annuario de Derecho Civil*, Vol. 44, Nº1, 1991, p. 25. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46734>, (última consulta el 1 de diciembre de 2014).

cuidado incumbe a quien ha debido emplearla”¹²⁷. Esto implica que en principio, probado por parte del acreedor-paciente la existencia del contrato, y de su incumplimiento por parte del deudor-médico (Art. 1.698), la prueba de la culpa recae sobre este último, pues de lo contrario tal incumplimiento le resulta imputable, y podrá nacer a su respecto la obligación de resarcir los daños.

Tratándose se obligaciones de medio la cuestión se presenta como problemática, pues parte de la doctrina ha concluido que la recepción de esta clasificación de las obligaciones en nuestro país implicaría la inversión de la carga probatoria de la culpa, destruyéndose la presunción del Art. 1.547 inciso 3º, debiendo ser el acreedor-paciente el que deba probarla¹²⁸.

Esta postura se basa fundamentalmente en la identificación entre el incumplimiento obligacional y el elemento subjetivo, que llevaría acreedor-paciente cargar con la prueba del incumplimiento del médico, y consecuentemente su falta de diligencia. A tal conclusión se llega a partir de la propia naturaleza de medios o de simple prudencia de la obligación, resultando “inevitable que deba probarse esta culpa por quien la imputa, el acreedor”¹²⁹. Consignemos de inmediato que estas ideas nada tienen que ver con la presunción del Art. 1547 inciso 3º, ni obstan a su aplicación, pues el contenido de esa norma no se utiliza ni debe utilizarse al determinar el cumplimiento de una obligación. Ello es así porque la referida presunción no es aplicable sino una vez acreditada la existencia del incumplimiento, y como el incumplimiento se identificaría con la culpa o negligencia en las obligaciones de medio, nada obstaría a su aplicación¹³⁰. En definitiva, el Art. 1.547 solo cabe tenerlo presente respecto de la falta de diligencia como factor de imputabilidad (culpa) y no como incumplimiento obligacional¹³¹. Así las cosas, en lo relativo a la falta de diligencia como elemento de imputabilidad, quedará aún a salvo del médico la posibilidad de eximirse de responsabilidad probando ausencia de culpa o caso fortuito¹³², en atención a que Art. 1.547 inciso 3º sigue siendo aplicable a este respecto.

¹²⁷ TAPIA SUAREZ, Orlando. *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad entre contratantes*. Memoria de prueba, Fondo de publicaciones de la Facultad de ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de Concepción., Editorial Lexis Nexis, 2da ed., Santiago, 2006, p.362; GATICA PACHECO, Sergio. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959, N° 40 y 54; DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Ob. Cit., p. 22; PIZARRO WILSON, Carlos. “La culpa...”, p. 260.

¹²⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Ob. Cit., pp. 36 y ss.; CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo. Ob. Cit., pp. 71 y ss.; MEZA BARROS, Ramón. Ob. Cit., p. 89. En España, GALÁN CORTÉS, Julio César. Ob. Cit., pp. 69 y ss.

¹²⁹ MEZA BARROS, Ramón. Ob. Cit., p. 89.

¹³⁰ PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. Cit. p. 229.

¹³¹ GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro. Ob. Cit., p.102.

¹³² DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Ob. Cit., p. 37.

Esto no pone sino de manifiesto que tratándose de obligaciones de medio, pese a que ambos elementos de responsabilidad puedan identificarse en los hechos -pues se trataría en la práctica de una sola prueba, en el sentido de que probado el incumplimiento se tendría por probada la culpa-, no debe concluirse que ellos son un mismo y único presupuesto de la obligación indemnizatoria. En abono de esta necesaria distinción Vidal Olivares sostiene que “de la afirmación de que el contrato médico tiene por objeto una obligación de medios se sigue, como consecuencia lógica, que el paciente será quien deberá probar el incumplimiento del contrato, que coincide con la infracción de los deberes profesionales o la *lex artis ad hoc*, opuesta a la diligencia que le es exigida. *Por ende, la víctima del daño (deudor contractual) debe probar que el profesional médico no observó la diligencia debida, que aquí no es culpa, sino incumplimiento contractual, presupuesto necesario para que nazca la responsabilidad civil por este concepto*”¹³³.

Otros, como Cárdenas Villarreal, han interpretado pretensiosamente que el Art. 1.547 inciso 3º no contiene una regla de general aplicación, sino que ella recogería la presunción de culpa del deudor solo respecto de obligaciones de resultado, y más precisamente obligaciones de dar, debiéndose sustraer de su ámbito de aplicación todas las obligaciones de hacer, o por lo menos aquellas que puedan calificarse como indeterminadas (de medios)¹³⁴. Luego, tratándose de una obligación de medios la que asume el profesional médico, y siendo inaplicable la presunción de culpa, es el paciente quien debe soportar su prueba. Por el contrario, sostiene ese autor, no sería justo que la carga probatoria de la culpa recaiga sobre el del deudor-médico si se considera la ventaja procesal en que se encontraría el paciente por bastarle solamente acreditar la existencia del contrato para pretender una indemnización de perjuicios. Este último razonamiento, sin embargo, padece de un profundo error, pues en estricto rigor al acreedor-paciente no le bastará acreditar la sola existencia de un contrato para que nazca la obligación resarcitoria, sino que deberá además su incumplimiento por parte del deudor-médico¹³⁵.

La aclaración y discusión sobre estos puntos resulta fundamental en el plano académico y doctrinal, pero dado a que en los hechos el acreedor-paciente se encuentra en la necesidad de probar el incumplimiento contractual por parte del deudor-médico, y con ello la culpa, el problema, lejos de resolverse, persiste en la práctica: el paciente se encuentra en una posición

¹³³ VIDAL OLIVARES, Álvaro. Ob. Cit., p. 4.

¹³⁴ CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo. Ob. Cit., pp. 55-62.

¹³⁵ GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro. Ob. Cit., p. 114; VIDAL OLIVARES, Álvaro. Ob. Cit., p. 4. Lo destacado es nuestro.

procesal probatoria de evidente desventaja. En efecto, el médico y el hospital o clínica, en su caso, se encuentran en una situación estratégica favorable, pues además de sus conocimientos especializados ellos controlan la información relevante respecto al estado inicial del paciente, a los exámenes que le fueron realizados, al diagnóstico que llevó a tomar decisiones pretendidamente negligentes, a los detalles del tratamiento intentado o de la operación practicada y, en definitiva, a las causas precisas de la muerte o del daño corporal inferido¹³⁶, situación que puede llevar, en muchos casos, a la imposibilidad para el perjudicado de obtener una sentencia favorable. Esta realidad, que implica un serio obstáculo para la tutela resarcitoria del paciente lesionado, choca con la especial sensibilidad social hacia los bienes personales como la vida, la integridad física y psicológica, y salud que una prestación desatenta pone en peligro¹³⁷, y es menester, en consecuencia, que la situación se resuelva aliviando la carga probatoria del paciente y se resuelvan las desigualdades en pos del debido proceso.

En cuanto a las obligaciones de resultado que excepcionalmente contrae el profesional médico, aclaremos que ellas no presentan problema algunos sobre los puntos debatidos líneas atrás, pues en ellas resulta perfectamente aplicable el sistema de presunción de culpa del Art. 1.547 inciso 3° del Código Civil. De esto resulta que en la medida que el paciente pruebe el incumplimiento de la obligaciones por parte del médico, será éste quien deba probar que ha ocupado la diligencia que le era exigible, o que ha habido caso fortuito. En estos casos, a diferencia de lo que sucede en las obligaciones de medio, la prueba del incumplimiento se presenta como una tarea más fácil para el paciente, pues la obligación estará incumplida cuando el médico no ha proporcionado el resultado específico al que se comprometió¹³⁸, sin necesidad de valorar de modo alguno la conducta del deudor. “El solo hecho de no producirse el resultado comporta un daño, culpa y una relación de causalidad”, y el deudor-médico solo podrá exonerarse probando caso fortuito, y no le cabrá probar ausencia de culpa, pues ella no se discute por ser irrelevante¹³⁹.

¹³⁶ BARROS BOURIE. Enrique. Ob. Cit. p. 677.

¹³⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Ob. Cit., p. 26.

¹³⁸ PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel. Ob. Cit. p. 227.

¹³⁹ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Ob. Cit., pp. 36 y 37.

3.2) Régimen de Responsabilidad Extracontractual: el Art. 1.698 y el régimen de presunción general de culpa del Art. 2.329 del Código Civil

Comencemos este apartado recordando que la responsabilidad civil médica ha sido tradicionalmente entendida por la jurisprudencia nacional como extracontractual, pese a que la opinión doctrinal mayoritaria ha sostenido lo contrario.

A propósito de cuestiones probatorias en esta sede resulta aplicable el Art. 1.698 del Código Civil, que en su inciso 1º prescribe: “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”. Esto implica que por regla general corresponde probar la existencia de la obligación resarcitoria o de indemnización de perjuicios a quien la alega: la víctima -el paciente- o sus herederos¹⁴⁰. La Corte Suprema, sobre el particular ha sostenido que “tratándose de la responsabilidad extracontractual, el peso de la prueba recae en la víctima, de manera que *debe acreditar cada uno de los presupuestos de hecho necesarios para que ésta surja*”¹⁴¹. En este orden de ideas, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que “es la víctima que reclama la correspondiente indemnización quien debe probar el hecho doloso o culpable que imputa al demandado, *salvo que la ley presuma la culpabilidad de éste*”¹⁴².

Luego, dado que el paciente o sus herederos deben probar todos y cada uno de los presupuestos para que opere la responsabilidad extracontractual del profesional médico, y consecuentemente la obligación de indemnizar los daños por él ocasionados, y siendo la culpa uno de tales elementos, resulta evidente que por regla general también deberán probarla. Esto significa, desde luego, que los problemas probatorios ya descritos persisten.

Por esa razón, y atendido que es decisivo, desde un punto de vista estratégico, determinar a quién corresponde el peso de la prueba¹⁴³, se sostiene que el Art. 2.329 del Código Civil contiene un régimen excepcional de presunción de culpa por el hecho propio, que importa la inversión del *onus probandi*, recayendo éste en el autor del daño.

¹⁴⁰ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Ob. Cit., p. 26.

¹⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema, de 29 de septiembre de 1998, considerando de doctrina. Lo destacado es nuestro.

¹⁴² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 20 de mayo de 2002, considerando quinto. Lo destacado es nuestro.

¹⁴³ BARROS BOURIE. Enrique. Ob. Cit., p. 141.

Esta presunción, que insistimos tiene el carácter de excepción a la regla general contenida en el Art. 1.698, opera solo si los efectos de una intervención médica son en extremo desproporcionados respecto del riesgo que naturalmente se sigue de ella. En consecuencia, “todo indica que de la magnitud del daño, atendida la presumible inocuidad de la intervención, en principio se puede inferir que aquél ocurrió a causa de alguna negligencia”. Luego, la presunción también procederá “si quedan en evidencia errores médicos u hospitalarios obvios, de aquellos que no suelen ocurrir si se actúa diligentemente”. En casos de manifiesto error la negligencia se presume porque la experiencia enseña que tales se deben a ella. Lo relevante es que estos casos demuestran *prima facie* que el daño puede ser atribuido a la negligencia médica¹⁴⁴.

Se trata, en definitiva, de un alivio probatorio que el acreedor-paciente no tiene en sede contractual en nuestro ordenamiento.

3.3) Teorías sobre la alteración de la carga probatoria de la culpa en el Derecho Comparado: hacia la morigeración de la carga probatoria de la víctima-paciente. ¿Es conveniente su recepción en el Derecho chileno?

Algunas legislaciones, conscientes de los problemas expuestos en este capítulo del trabajo, han avanzado por la línea de aliviar paulatinamente la pesada carga probatoria que deben soportar las víctimas- el paciente en este caso-, no haciéndoles exigibles una completa o acabada prueba de la culpa, sino que deduciendo ésta de determinados hechos¹⁴⁵, o bien, distribuyendo las cargas probatoria en consonancia con el principio procesal de igualdad de partes que fundamenta el justo y racional procedimiento que los ordenamientos occidentales han elevado a nivel constitucional a través del denominado “debido proceso” -*due process of law*-. Estas ideas, no del todo desconocidas en nuestro Derecho, se recogen en la “teoría de los daños desproporcionados” y en la “teoría de las cargas probatorias dinámicas”, que a continuación pasamos a desarrollar.

¹⁴⁴ BARROS BOURIE. Enrique. Ob. Cit., pp. 676, 679 y 680.

¹⁴⁵ DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Ob. Cit., pp. 27 y ss.

3.3.1) Teoría de los daños desproporcionados

Esta doctrina, de generalizada aplicación en Europa precisamente por los daños ocasionados en materia sanitaria, puede definirse como aquella en virtud de la cual ante la notoria y evidente entidad de un daño, que excede de manera desproporcionada los que en comparación podrían estimarse como consecuencia asumible de una actividad riesgosa, según las circunstancias de tiempo, lugar y avance de la sociedad, ha de presumirse que existió culpa por parte de quien lo infiere. Esta presunción tendrá plena aplicación en la responsabilidad civil médica “cuando un acto médico produce un resultado anormal, insólito e inusualmente grave en relación con los riesgos que normalmente comporta y con los padecimientos que trata de atender o incompatible con las consecuencias de una terapia normal”¹⁴⁶.

Corresponde a lo que en otras latitudes se ha llamado regla del *res ipsa loquitur* (“las cosas hablan por sí mismas”) en la doctrina anglosajona, la prueba *prima facie* en la doctrina italiana, la regla de la *anscheinsbeweis* o de la apariencia de la prueba en la doctrina alemana y la *faute virtuelle* o culpa virtual en la doctrina francesa, que apuntan a la misma finalidad: “presumir la culpa y el nexo causal a través de la evidencia (*res ipsa loquitur*), la anormalidad del resultado (*culpa virtual*) o de máximas de experiencia (*prima facie*), que encierran la misma idea de que, según las reglas de la lógica o de la experiencia humana, la conducta del médico tuvo que ser negligente para causar ese resultado. Pueden calificarse por ello, al igual que el daño desproporcionado, como instrumentos que pretende facilitar la prueba al paciente”¹⁴⁷, y por tanto resultan ser de evidente utilidad y conveniencia desde su punto de vista.

En nuestro derecho esta doctrina tendría acogida en el Art. 2.329 del Código Civil que como señala Alessandri Rodríguez, “establece una presunción de culpabilidad cuando el daño proviene de un hecho que, por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del agente”¹⁴⁸. En este mismo sentido se ha

¹⁴⁶ SÁNCHEZ GARCÍA, Marta María. “El daño desproporcionado”. En *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N°8, España, 2013, p. 244. Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4524527.pdf, (última consulta el 3 de diciembre de 2014).

¹⁴⁷ SÁNCHEZ GARCÍA, Marta María. Ob. Cit., p. 250.

¹⁴⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. Ob. Cit., p. 212. En este mismo sentido, BARROS BOURIE. Enrique. Ob. Cit., p. 150.

pronunciado recientemente la Corte de Apelaciones de Santiago, estimando que “del tenor del Art. 2.329 del Código Civil se desprende *que las circunstancias en que se producen ciertos daños revelan por sí mismas la existencia de algún grado de culpa o negligencia de parte del agente*, lo que explica que se establezcan ciertas presunciones de responsabilidad que invierten el peso de la prueba...”¹⁴⁹.

En sede contractual, tratándose de obligaciones de resultado la teoría no aporta realmente alivios probatorios para el paciente, puesto que como ya aclaramos respecto de tales obligaciones rige plenamente la presunción de culpa del Art. 1.547 inciso 3º, de modo que probado por parte del paciente el incumplimiento de la obligación, la diligencia deberá ser probada por el médico que ha incumplido.

En cambio respecto de las obligaciones de medio o de diligencia sí pueden significar un aporte, por las dificultades probatorias que importa la identificación del incumplimiento obligación con la culpa. Este estatuto, a diferencia del extracontractual, no contiene una norma expresa que permita acoger la teoría de los daños desproporcionados, sin embargo nada obsta a que pudiera tener aplicación mediante el expediente de las presunciones judiciales del Art. 426 del Código de Procedimiento Civil¹⁵⁰, que sostiene en su inciso 2º: “Una sola presunción puede constituir plena prueba cuando, a juicio del tribunal, tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento”. Esta norma debe necesariamente interpretarse en relación con el Art. 1.698 inciso 2º del Código Civil, que a su vez prescribe: “Las pruebas (de las obligaciones) consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez”.

3.3.2) *Teoría de las cargas probatorias dinámicas*

Esta teoría, que se atribuye a los juristas argentinos Jorge Peyrano y Julio Chiappini, consiste en una regla de distribución de la carga de la prueba conforme a la cual ante determinadas situaciones en las que no funcionen adecuada y valiosamente las previsiones legales que reparten los esfuerzos probatorios, ella deba soportarla la parte que se encuentra en

¹⁴⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 31 de mayo de 2006, causa Rol N° 8.242-2002. Lo destacado es nuestro.

¹⁵⁰ TALCIANI, Hernán. Ob. Cit., p. 225.

mejores condiciones técnicas, profesionales y fácticas para producirla, tornándose irrelevante la circunstancia de si dicha parte actor o demandado¹⁵¹.

Consignemos que su recepción en nuestro ordenamiento puede ser conveniente en situaciones en que la prueba se ha vuelto diabólica o imposible, pues dado que sus fundamentos se encuentran en estricta relación con los principios procesales de igualdad de parte, de igualdad de prueba, y de facilidad probatoria que fundamentan el debido proceso judicial, la teoría de las cargas dinámicas harían justicia en cuanto a las desventajas probatorias en las que muchas veces se encuentra el paciente, sobre todo cuando de la prueba de la culpa se trata.

Pese a que no hay norma legal expresa que recoja esta doctrina, ella podría arribarse por medio de una interpretación armónica que el juez llamado a conocer de la contienda realice entre el Art. 1698 del Código Civil y los principios formativos del procedimiento, más arriba mencionados, que fundamenta el justo y racional procedimiento garantizado por la Constitución Política de la República en su Art. 19 N°3 inciso 6°. Estas ideas de que el Art. 1.698 pueda dejar de ser aplicada en sus propios términos en casos extraordinarios, indeterminados a priori, reciben en Derecho Procesal la denominación “teorías de la derrotabilidad de las normas jurídicas”, y admitiría en excepcionales hipótesis la inversión judicial de la carga en razón de la facilidad probatoria¹⁵².

Terminemos señalando que el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil chileno, sometido a aprobación del Congreso Nacional por medio del Mensaje N° 004-360 del Presidente de la República, don Sebastián Piñera Echeñique, de 12 de marzo 2012, contiene expresa mención de las cargas probatorias dinámicas¹⁵³.

En efecto, el Título I del Libro Segundo del Proyecto, contempla en su Capítulo 5° un Párrafo 2° relativo a las “*Disposiciones generales acerca de la prueba*”. En ese contexto normativo, el

¹⁵¹ ALEGRE, Juan Carlos. “Las cargas probatorias dinámicas en el Derecho de Daños”. En PEYRANO, Jorge W. y LÉPORI WHITE, Inés. *Cargas probatorias dinámicas*. Editorial Rubinzal- Culzoni, Buenos Aires, 2004, pp. 449 y 451.

¹⁵² Un gran desarrollo de la propuesta puede encontrarse en BRAVO HURTADO, Pablo. “La derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile”. En *Revista Chilena de Derecho Privado* [versión online], N°21, diciembre de 2013, pp. 13-46. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000200002&script=sci_arttext, (última consulta el 3 de diciembre de 2014).

¹⁵³ El Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil chileno, de 12 de marzo 2012, se encuentra disponible en: <http://www.reformaprocesalcivil.cl/wp-content/uploads/2012/07/PCPC-2012-8597-07.pdf>, (última consulta el 3 de diciembre de 2014).

Art. 294 prescribe: “Carga de la prueba. Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal expresa distribuya con criterios diferentes o de una manera diversa la carga de probar los hechos relevantes entre las partes.

El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio lo que comunicará a ellas, con la debida antelación, para que asuman las consecuencias que les pueda generar la ausencia o insuficiencia de material probatorio que hayan debido aportar o no rendir la prueba correspondiente de que dispongan en su poder”¹⁵⁴.

La norma transcrita establece en su inciso 1° la regla general, que no es más que una reiteración de la regla probatoria del Art. 1.698 del Código Civil. Luego, como excepción a esta regla general, el inciso 2° recoge la doctrina de las cargas dinámicas probatorias. La cuestión no pone sino de manifiesto que ante la persistente dificultad probatoria de la culpa en la que suele encontrarse la víctima-paciente, se hace necesario resolver la cuestión por vía legislativa. Pese a que el Proyecto se encuentra aún en etapa de discusión, resulta inminente la recepción en el futuro de alivios probatorios para la víctima en nuestro derecho.

En lo que respecta a nuestra opinión, reiteramos que nos parece imperativa y conveniente la recepción de estas ideas, en pos del principio general *favor victimae* o *pro damnato*. El legislador debe hacer frente a estas injusticias interpretando sistemáticamente las normas que regulan la prueba en materia civil con los principios de igualdad de partes y de igualdad de prueba que fundamentan el ordenamiento procesal, alivianando la carga probatoria de la culpa en la víctima a través de presunciones de culpa, o distribuyéndola a partir de las facilidades que el médico o el recinto hospitalario poseen para probar su diligente comportamiento. En este sentido, el reconocimiento de las comentadas teorías importaría un correcto y significativo paso en la conformación de un moderno estatuto de responsabilidad subjetiva, que estimamos debe estar en consonancia con un sistema procesal cuya regla probatoria exija al sentenciador determinar la responsabilidad conforme las reglas de la lógica, máximas de la experiencia, y

¹⁵⁴ Lo destacado es nuestro.

atendiendo a los conocimientos técnicos y científicos del área determinada en que se produzcan. Debe superarse con prontitud en nuestro Derecho la interpretación excesivamente estática de las normas que regular la prueba en esta materia, que como hemos sostenido a lo largo de esta investigación, puede llevar a situaciones de evidente injusticia material.

Imperioso resulta que las ideas estudiadas reciban aplicación práctica, en primer lugar, por parte de los Tribunales de Justicia, por medio de las presunciones judiciales, y guiados por los ideales y las aspiraciones de igualdad y justicia que en ellos debiera siempre estar presente. Luego, la tarea resolver tajantemente la cuestión corresponde al legislador.

Recordemos, para finalizar, que es el Derecho el que debe estar al servicio de la humanidad, y no ésta al servicio de aquél.

CONCLUSIONES

1. Entre el médico y su paciente media, por regla general, un contrato de prestación médica, y por tanto la obligación de resarcir daños debe determinarse atendiendo a las reglas del estatuto contractual. Solo excepcionalmente debe estimarse que esa responsabilidad tiene carácter extracontractual. Esto es sin perjuicio de que la jurisprudencia ha resuelto estos litigios acudiendo al estatuto cuasidelictual, e incluso en algunas oportunidades reconociendo el cúmulo de responsabilidades o derecho de opción de la víctima.
2. La obligación del médico es fundamentalmente de medios, y solo excepcionalmente de resultados, pues en principio él se obliga a desplegar sus conocimientos técnicos conforme al estado actual de la ciencia médica y las circunstancias de hecho que se presenten en su cumplimiento (*lex artis ad hoc*), encaminado a un resultado beneficioso o de curación del paciente, pero sin obligarse estrictamente a éste. Esto se debe principalmente a la aleatoriedad que envuelve todo acto médico, esto es, a la multiplicidad de factores ajenos a la actuación del profesional que escapan de su control y que no obstante puedan predecirse no siempre pueden evitarse, siendo imposible para el profesional asegurar el estricto resultado que satisfaga los intereses del paciente.
3. La distinción entre obligaciones de medio y de resultado en materia de responsabilidad civil médica presenta fundamentalmente dos problemas que la doctrina y la jurisprudencia nacional aún no ha resuelto con firmeza. El primer problema corresponde a la determinación del incumplimiento obligacional del profesional, y la identificación entre incumplimiento mismo y elemento subjetivo (culpa). Esta confusión puede llevar a concluir erróneamente que se trata de un mismo elemento de responsabilidad, pues si bien se trata en los hechos de una misma exigencia probatoria, jurídicamente tal razonamiento no es correcto. Y el segundo problema se presenta a propósito de la carga probatoria de la culpa, que incorrectamente algunos colocado sobre la víctima en todo evento, desconociendo el carácter general de la presunción del Art. 1547 inciso 3° del Código Civil en materia contractual y la presunción general de culpa del Art. 2329 del mismo Código en materia extracontractual, y omitiendo la evidente desventaja procesal en la que se encuentra ella, la víctima, para probar el negligente actuar del médico.
4. En este contexto, no nos parece enteramente ilusorio ni tampoco tan lejana la posibilidad de que estas dificultades puedan superarse, desde sus soluciones provengan de la aceptación de alivios probatorios para las víctimas en el proceso civil chileno. En esta correcta y

conveniente dirección pareciera encaminarse nuestro ordenamiento jurídico, mediante el tímido reconocimiento doctrinal y jurisprudencial de la teoría de los daños desproporcionados en el Art. 2329 del Código Civil, o por medio de las presunciones judiciales (Art. 426 del Código de Procedimiento Civil), o bien, distribuyendo la prueba de la culpa en quien se encuentra en las mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para rendirla en aquellos determinados casos en que la distribución de la carga que fija la ley arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas. Esta última idea, que hemos referido con el nombre de teoría de las cargas dinámicas de la prueba, se encuentra recogida en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil chileno, de marzo de 2012, cimentando un decisivo paso en la superación de la rigidez del sistema probatorio chileno, cuyo cumplimiento estricto puede llevar a situaciones procesales injustas que atentan contra los principios que nutren el debido proceso judicial.

5. Además de la necesaria acogida que debe hacer nuestro derecho de las doctrinas extranjeras que apuntan a los alivios probatorios de las víctimas, compartimos la idea de que en materia de responsabilidad civil médica en particular, o de los profesionales en general, debe propenderse a la unificación del régimen aplicable sin distinguir entre víctimas vinculadas por un contrato o no. La existencia de dos sistemas de responsabilidad aplicables a las víctimas de un mismo hecho no se justifica, y parece conveniente establecer un régimen jurídico único en cuanto al hecho generador de la responsabilidad, a la prescripción, los daños indemnizables, la solidaridad, y en general que se comporte como un estatuto que regulando sus propias reglas y principios, y reconociendo la distinción entre el carácter de medio o de resultado de las obligaciones contraídas por el profesional médico, se haga cargo de las dificultades expuestas en este trabajo atendiendo a las propuestas comparadas y a los demás principios que sustentan el ordenamiento jurídico en general, y al Derecho Procesal Civil en particular. Esto permitirá que los operadores jurídicos conozcan mejor las reglas aplicables al caso sin desconocer el acuerdo contractual, pues si las partes han procedido a establecer cláusulas relativas a la responsabilidad ellas deberán respetarse si se ajustan al derecho positivo¹⁵⁵.

¹⁵⁵ En este sentido, DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. Ob. Cit., p. 44; VIDAL OLIVARES, Álvaro. Ob. Cit., p. 12; PIZARRO WILSON, Carlos. “La responsabilidad...”, p. 20.

BIBLIOGRAFÍA

1. ACOSTA RAMÍREZ, Vicente. *De la responsabilidad civil médica*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990.
2. ABELIUK MANASEVICH, René. *Las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, 4º edición, Tomo I, Santiago, 2005.
3. AEDO BARRENA, Cristian. *El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual*. Editorial Libromar LTDA. Valparaíso, 2001.
4. ALEGRE, Juan Carlos. “Las cargas probatorias dinámicas en el Derecho de Daños”. En PEYRANO, Jorge W. y LÉPORI WHITE, Inés. *Cargas probatorias dinámicas*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 441-454.
5. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2005.
6. ATAZ LÓPEZ, Joaquín. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Montecorvo, Madrid, 1985.
7. BARCIA LEHMANN, Rodrigo. *Lecciones de Derecho Civil Chileno*. Editorial jurídica de Chile, Tomo II: De las Fuentes de las Obligaciones, Santiago, 2010.
8. BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad civil extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2009.
9. BUERES, Alberto J. *Responsabilidad civil de los médicos*. Editorial Hammurabi, 2º edición. Buenos Aires, 1992.
10. CAUTERUCCI, Salvador. *Practica Responsabilidad Médica*. Editorial Ediciones Jurídicas, Argentina, 2010.
11. CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de responsabilidad extracontractual*. Legal Publishing, Thomson Reuters. Santiago, 2013.
12. DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. “Elementos o presupuestos de la responsabilidad civil (I). La conducta. La culpabilidad”, en SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coordinador). *Tratado de responsabilidad civil*. Editorial Bosch S.A., Tomo I, Barcelona, 2008, pp. 219 – 325.
13. DEMOGUE, René. *Traité des Obligations en Général*. Tomo V, Librairie Arthur Rousseau et Cie., 14, París, 1923.
14. DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, 4º edición, Vol. II, Madrid, 1983.
15. GALÁN CORTES, Julio Cesar. *Responsabilidad civil médica*. Editorial Aranzadi, 2º Edición. Navarra, España, 2007.
16. GATICA PACHECO, Sergio. *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1959.

17. GUAJARDO CARRASCO, Baltazar. *Aspectos de la responsabilidad civil médica. Doctrina y jurisprudencia*. Editorial Librotecnia. Santiago, 2002.
18. MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, León, TUNC, André. *Tratado teórica y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Traducción de la 5° edición francesa por L. Alcalá-Zamora, Ediciones Jurídicas Europa-América, Tomo I, Vol. I, N°3, Buenos Aires, 1961.
19. MEZA BARROS, Ramón. *Responsabilidad Civil*. Edeval. Valparaíso, 1980.
20. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Obligaciones. Teoría General y Clasificaciones. La resolución por Incumplimiento*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
21. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *La obligación como deber de conducta típica*. Ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1992.
22. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio (coordinador). *Tratado de responsabilidad civil*. Editorial Bosch S.A., Tomo I, Barcelona, 2008.
23. TAPIA SUAREZ, Orlando. *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad entre contratantes*. Memoria de prueba, Fondo de publicaciones de la Facultad de ciencias Jurídicas y sociales de la Universidad de Concepción., Editorial Lexis Nexis, 2da ed., Santiago, 2006.
24. TOMASELLO HART, Leslie. “La responsabilidad civil médica”. En *Estudios de Derecho Privado*. Edeval. Valparaíso, 1994, pp. 12-50.
25. _____. “Aseguramiento de los Créditos Indemnizatorios”. En *Estudios de Derecho Privado*, Edeval, Valparaíso, 1994, p. 65 - 94.
26. TRIGO REPRESAS, Félix, y LÓPEZ MESA, Marcelo. *Tratado de Responsabilidad Civil*. Tomo II. Editorial La ley. Buenos Aires, 2004.
27. VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto. *Daños y perjuicios en el ejercicio de la medicina*. Biblioteca Jurídica Dike, Colombia, 1993.
28. _____. *Prueba de la culpa médica*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1993.
29. YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*. Editorial Reus. Madrid, 1989.

ARTÍCULOS

1. ARROYO MATTEUCCI, Marcela. “Breve comentario sobre las obligaciones determinadas o de resultado y obligaciones generales de prudencia y diligencia o de medios en la legislación y doctrina francesas”. En *Ars Boni et Aequi*. Vol. 8, N° 2, 2012, pp. 289-299. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3975756>, última consulta el 30 de septiembre de 2014.
2. BRAVO HURTADO, Pablo. “La derrotabilidad de la carga de la prueba en la responsabilidad contractual: hacia la facilidad probatoria en Chile”. En *Revista Chilena de Derecho Privado* [versión online], N°21, diciembre de 2013, pp. 13-46. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722013000200002&script=sci_arttext, última consulta el 3 de diciembre de 2014.
3. CALVO COSTA, Carlos. “La responsabilidad civil ante el error médico”. En *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Editorial La Ley, Vol. 2007, Buenos Aires, p. 228-239. Disponible en [http://www.ccalvocosta.com.ar/articulos/13-6-07%2011_11%20\(PM\).pdf](http://www.ccalvocosta.com.ar/articulos/13-6-07%2011_11%20(PM).pdf), última consulta el 25 de noviembre de 2014.
4. CÁRDENAS VILLAREAL, Hugo. “La cobertura de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medio/obligaciones de resultado”. En *Cuadernos de Análisis Jurídico, Colección de Derecho Privado*, VI edición, Universidad Diego Portales. Santiago, 2010, pp. 45-84. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N6_Responsabilidad_medica/02.PDF, última consulta el 28 de noviembre de 2014.
5. COURT MURASSO, Eduardo. “Responsabilidad civil médica”. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIX, Valparaíso, 1998, pp. 277-293. Disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewArticle/416>, última consulta el 25 de octubre de 2014.
6. DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo. “El contrato de atención médica”. En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Vol. 16, N° 1, enero-mayo de 1989, pp. 7 - 12. Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649629.pdf, última consulta el 29 de noviembre de 2014.

7. DE LA MAZA RIVADENEIRA, Lorenzo. “La responsabilidad que puede derivar de la actividad médica”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15, N°1, 1998, Santiago, pp. 21 – 36. Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649581.pdf, última consulta el 28 de noviembre de 2014.
8. DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid. “Responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico chileno”. En *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 14, N° 1, 2007, pp. 79-112. Disponible en <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/11/Taller-3-D%C3%ADaz-Ingrid-Responsabilidad-Objetiva.pdf>, última consulta el 13 octubre de 2014.
9. DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen. “El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica”. En *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Colección de Derecho Privado, VI edición, Universidad Diego Portales. Santiago, 2010, p. 21-44. Disponible en http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N6_Responsabilidad_medica/01.PDF, última consulta el 26 de noviembre de 2014.
10. FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. “Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La lex artis. Criterios jurisprudenciales”. En *Revista Jurídica de Castilla y León*, N°3, mayo 2004, pp. 147 - 231. Disponible en http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/382/97/RJ3-08-J.Fernandez.pdf?blobheader=application/pdf;charset=UTF-8&blobheadername1=Content-Disposition:&blobheadername2=JCYL_delaPresidencia&blobheadervalue1=attachment;filename=RJ3-08-J.Fernandez.pdf&b, última consulta el 18 de noviembre de 2014.
11. JORDANO FRAGA, Francisco. “Obligaciones de medio y de resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)”. En *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 44, N°1, 1991, pp. 5-96. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46734>, última consulta el 1 de diciembre de 2014.
12. LÓPEZ MESA, Marcelo J. “La culpa como factor de atribución de responsabilidad. Cénit, ocaso y resurgimiento de la culpa”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N°10, 2006, p. 641 - 673. Disponible en <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2458/1/AD-10-31.pdf>, última consulta el 25 de noviembre de 2014.

13. ORREGO ACUÑA, Juan Andrés. *De la Responsabilidad de los Profesionales en General, y de los Médicos en Particular*. 2013. Disponible en <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>, última consulta el 29 septiembre de 2014.
14. PIZARRO WILSON, Carlos. “La responsabilidad civil médica por el hecho ajeno”. En *Revista chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri / Fundación Fernando Fueyo Laneri*, N°1, Santiago, 2003, pp. 181-205. Disponible en http://www.derechoysalud.udp.cl/articulos/Responsabilidad_civil_medica.pdf, última consulta el 30 de septiembre de 2014.
15. _____. “La culpa como elemento como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”. En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XXXI, Valparaíso, 2008, pp. 255-265. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512008000200005&script=sci_arttext última consulta el 1 de diciembre de 2014.
16. SÁNCHEZ GARCÍA, Marta María. “El daño desproporcionado”. En *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N°8, España, 2013, p. 240-258. Disponible en dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4524527.pdf, última consulta el 3 de diciembre de 2014.
17. SATELER ALONSO, Ricardo, y LORENZINI ROJAS, Gian Carlo. “Responsabilidad Médica”. En *Revista Médica Clínica Las Condes*, Vol. 22, N°1, pp. 127 - 137. Disponible en http://www.clinicalascondes.cl/Dev_CLC/media/Imagenes/PDF%20revista%20m%C3%A9dica/2011/1%20enero/17_AB_Sateler-19.pdf, última consulta el 20 de noviembre de 2014.
18. TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio. “Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales”. En *Revista de Derecho (Valdivia)* [versión online], Vol. XV, N°2, diciembre 2003, p. 75-111. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502003000200004&script=sci_arttext última consulta el 7 de octubre de 2014.
19. TOCORNAL COOPER, Josefina. “Responsabilidad civil por infecciones intrahospitalarias”. En *Revista Chilena de Derecho* [versión online], Vol. 37, N° 3, 2010, pp. 477-504. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372010000300004, última consulta el 19 de noviembre de 2014.

20. VÁZQUEZ LÓPEZ, J. Enrique. “La Lex Artis ad hoc como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico”. En *Cuadernos de Medicina Forense*, Vol. 16, N°3, pp. 179-182. Disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1135-76062010000200009&script=sci_arttext, última consulta el 11 de noviembre de 2014.
21. VIDAL OLIVARES, Álvaro. “Responsabilidad civil del profesional médica”. En *Revista de Derecho / Consejo de Defensa del Estado*, N°8, Santiago, 2002, p. 155-190. Disponible en <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/d156ee2d-d311-480d-8eb2-e921f8990498/9.pdf?MOD=AJPERES>, última consulta el 03 de octubre de 2014.
22. ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. “La responsabilidad civil de hospitales y clínicas privadas: modernas tendencias jurisprudenciales”. En *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N°201, año XLV, junio de 1997, Concepción, pp. 11-58. Disponible en www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2590, última consulta el 20 de noviembre de 2014.

JURISPRUDENCIA

Chile

1. Corte Suprema de Justicia

- a.* Sentencia de 20 de junio de 1996.
- b.* Sentencia de 15 de diciembre de 1997
- c.* Sentencia de 2 de julio de 1998.
- d.* Sentencia de 28 de septiembre de 1998.
- e.* Sentencia de 29 de septiembre de 1998.
- f.* Sentencia de 5 de noviembre de 2001.
- g.* Sentencia de 10 de diciembre de 2001.
- h.* Sentencia de 12 de junio de 2003.
- i.* Sentencia de 19 de enero de 2005.
- j.* Sentencia de 26 de septiembre de 2006.
- k.* Sentencia de 4 de octubre de 2007.

2. Corte de Apelaciones de Copiapó

- a.* Sentencia de 25 de marzo de 2002.

3. Corte de Apelaciones de Santiago

- a.* Sentencia de 28 de enero de 1993.
- b.* Sentencia de 28 de marzo de 1995.
- c.* Sentencia de 2 de septiembre de 2010.
- d.* Sentencia de 22 de septiembre de 2006.
- e.* Sentencia de 31 de mayo de 2006.

4. Corte de Apelaciones de San Miguel

- a.* Sentencia de 15 de abril de 1992.

5. Corte de Apelaciones de Concepción

- a.* Sentencia de 10 de agosto de 2000.
- b.* Sentencia de 20 de mayo de 2002.

6. 26° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago
 - a. Sentencia de 15 de julio de 2003.

Argentina

1. Cámara Segunda de Apelación en lo Civil y Comercial de La Plata, Buenos Aires
 - a. Sentencia de 15 de junio de 2006.
2. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa
 - a. Sentencia de 19 de febrero de 2004.

España

1. Tribunal Supremo Español
 - a. Sentencia de 11 de marzo de 1991.

TEXTOS NORMATIVOS

1. Constitución Política de la República de Chile.
2. Código Civil chileno.
3. Código de Procedimiento Civil chileno.
4. Proyecto de Nuevo Código Procesal Civil chileno.