*Cuadernos de Análisis Jurídico*
ISSN 0716-727 X

DIRECTOR RESPONSABLE
Carlos Pizarro Wilson
Profesor de Derecho Civil
Universidad Diego Portales

EDITOR
Marcelo Rojas Vásquez

Ediciones Universidad Diego Portales
República 105, Santiago de Chile
Teléfono: 6762640 Fax: 6762641
correo electrónico: fundacion.fueyo@udp.cl

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

INGRESO DA9656 e.5
FECHA 11/06/2010

CUADERNOS DE ANÁLISIS JURÍDICO

Colección Derecho Privado
VI

UNIVERSIDAD DE CHILE
FAC. DE CS. JURIDICAS Y SOCIALES
BIBLIOTECA
NO RAYAR

# RESPONSABILIDAD MÉDICA

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
COMPILADOR

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO
HUGO CÁRDENAS VILLARREAL
RODRIGO BARCIA LEHMANN
IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO
CARLOS PIZARRO WILSON
RODOLFO FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO

Ediciones
Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho

# ÍNDICE

UNIVERSIDAD
FAC. CS. JURIDICAS
BIBLIOTECA
NO RAYAR

PRESENTACIÓN 9

SIGLAS Y ABREVIATURAS 13

LOS AUTORES 17

---

ARTÍCULOS

El problema de la culpa presunta contractual y las obligaciones de medio y obligaciones de resultado: sus implicancias para la responsabilidad médica
Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO 21

La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad médica)
Hugo A. CÁRDENAS VILLARREAL 45

Algunas consideraciones de la relación de causalidad material y jurídica en la responsabilidad civil médica
Rodrigo BARCIA LEHMANN 85

Consentimiento informado y relación de causalidad
Iñigo DE LA MAZA GAZMURI 127

La responsabilidad civil médico-sanitaria en el Derecho español: significado y alcance del consentimiento informado y el deber de información 145
Máximo Juan PÉREZ GARCÍA

Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática
Héctor Hernández Basualto 167

Controversias jurisprudenciales de la responsabilidad de los servicios públicos de salud
Carlos PIZARRO WILSON 187
Autonomía de los pacientes y responsabilidad de los médicos
Rodolfo FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO 199



# PRESENTACIÓN

Que la responsabilidad médica se ha expandido durante las últimas décadas es algo que no se discute[1]. Que la dogmática civil chilena no le ha prestado suficiente atención, tampoco.

Ambas circunstancias justifican, entonces, dedicar el presente volumen de los *Cuadernos de Análisis Jurídico* al tema.

Desde luego, en cuanto régimen especial de responsabilidad, la médica ha desarrollado un nivel de especificidad que no resulta posible reflejar en estas páginas[2]. Lo que resulta posible, sin embargo, es prestar atención a ciertos temas que resultan especialmente relevantes.

El primero de ellos queda configurado por las obligaciones de medios y resultados y su relación con la culpa presunta en la responsabilidad médica. Como sugiere la profesora Carmen Domínguez Hidalgo en el trabajo que aparece en este volumen; la cuestión que subyace a esta distinción, tratándose de la responsabilidad de los médicos, es la admisibilidad de una presunción de culpa en el caso del profesional de la salud. Como se ocupa de señalar la misma autora, ésta es una cuestión debatida en el Derecho Comparado y presente, aunque, aún de manera incipiente, en algunas decisiones de la

[1] Según reporta Carlos PIZARRO WILSON, "Responsabilidad profesional médica: pronóstico y perspectivas", en AA.VV., *Regímenes especiales de responsabilidad civil, Cuadernos de Análisis Jurídico,* Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, Colección Derecho Privado, 2008, vol. IV, p. 173, citando estadísticas del Servicio Médico Legal, durante el año 2003 se ingresaron en tribunales quinientos ocho casos de responsabilidad médica. Véase también Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ, "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile,* N° XV, Valdivia, 2003.

[2] Simplemente como ejemplo, Andrea MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptitos y prenatales,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2005 dedica seiscientos treinta páginas de una monografía a la responsabilidad médica tratándose de acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*; Tom FADEN y Ruth BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent,* New York, Oxford University Press, 1986, trescientas noventa y dos al consentimiento informado y Lara KHOURY, *Uncertain Causation in Medical Liability,* Portland, Hart Publishing, 2006, doscientos setenta páginas a problemas de causalidad.

Corte Suprema chilena. Sobre este mismo tema discurre la aportación del profesor Hugo Cárdenas Villarreal, quien, además, dedica valiosas páginas al tratamiento de los artículos 1547 y 2158 del *Código Civil.* Tanto la profesora Domínguez como el profesor Cárdenas desconfían –justificadamente– de una lectura apresurada de los preceptos pertinentes del *Código Civil* según la cual la culpa del médico se presume. Como suele suceder con los problemas complejos, conviene no sucumbir al encanto de las soluciones rotundas y, en cambio, adentrarse en el fatigoso –pero necesario– examen de los matices.

El segundo tema que se ha procurado tratar es la causalidad. Digo procurado porque no debe olvidarse la advertencia de Esmein –que sirve de epígrafe a mi trabajo recogido en este volumen– según la cual si hay un terreno jurídico en el que es peligroso adentrarse es el de la causalidad. El profesor Rodrigo Barcia Lehmann se ha ocupado de desarrollar la distinción entre causalidad material e imputabilidad objetiva y aplicarla al ámbito de la responsabilidad médica, prestando atención a fallos nacionales de los tribunales superiores de justicia. Junto a su acertado tratamiento de dichas decisiones judiciales, el trabajo del profesor Barcia presta utilidad como un *tour de force* por los siempre escabrosos meandros de la causalidad. Mi aporte a este libro también se refiere a problemas de causalidad, aunque acotados a propósito de la cuestión del consentimiento informado. El supuesto que me ocupa es el siguiente: el médico incumple con el requisito del consentimiento informado, sin embargo, la actuación médica se realiza con observancia de la *lex artis*, no obstante lo cual se materializa el riesgo no informado al paciente. ¿Existe un vínculo causal entre la falta de consentimiento informado y el daño? Y si la respuesta es positiva, ¿con cuál daño?

El tercer tema que se considera es el consentimiento informado. Es un tema con un desarrollo más bien embrionario en el Derecho chileno[3], pero cuya importancia en el ámbito médico es difícil de exagerar. El trabajo del profesor Máximo Juan Pérez García da una acertada noticia sobre el estado de la cuestión en el ámbito español. Se trata de una lectura aconsejable, no sólo por los aciertos de su autor sino porque, además, el proyecto de ley sobre derecho de los pacientes[4] ha recibido influencia de la legislación española, específicamente de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Sobre Derechos del

[3] Como resulta bien sabido, en el ámbito chileno no existe a la fecha una ley sobre derechos del paciente que establezca el requisito, aunque se encuentra en tramitación. El consentimiento informado, sin embargo, consta como requisito de las actuaciones médicas en el código deontológico de la profesión médica. Por otra parte en lo que se refiere a los tribunales, PIZARRO WILSON (n. 1), p. 176 señala que desconoce fallos judiciales al respecto. Conozco sólo uno.

[4] "Proyecto que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud" (en adelante Proyecto) (*Boletín,* N° 4.398-11).





Paciente, Información y Documentación Clínica, en lo que se refiere al desarrollo del consentimiento informado como derecho de los pacientes y deber de los médicos. El trabajo del profesor Héctor Hernández Basualto también se encuentra dedicado al consentimiento informado, pero esta vez desde la perspectiva del Derecho Penal. Una de las constataciones más sorprendentes que se obtiene de la lectura de este trabajo es que un sector muy significativo de la literatura penal ha entendido que el ejercicio legítimo de la profesión médica es independiente del consentimiento del paciente. Ése es, más o menos, el estado de la cuestión, que justifica agradecer el carácter desafiante de los cuestionamientos del profesor Hernández frente a esta postura.

El cuarto tema es la ley N° 19.966, comúnmente denominada Ley del Auge. El profesor Carlos Pizarro Wilson se dedica a analizar un interesante grupo de sentencias que ha generado dicha ley en sus seis años de vigencia. El autor divide su examen en cuestiones procedimentales y sustantivas. Sobre las primeras, señala que la mediación no ha logrado su objetivo de evitar la judicialización de la responsabilidad sanitaria. En lo que se refiere a las cuestiones sustantivas, el profesor Pizarro se ocupa de la noción de "falta de servicio" (mostrando el abandono de su comprensión como un criterio de responsabilidad objetiva), del daño moral (prestando atención al artículo 41 de la ley) y, de forma muy breve, la causal de exoneración del artículo 41.

Este volumen se cierra con el trabajo del profesor Rodolfo Figueroa García Huidobro en el que examina el tratamiento que reciben los derechos de autonomía de los pacientes en el Proyecto de ley sobre derechos de los pacientes. En particular, el profesor Figueroa presta atención a ciertos conflictos que se suscitan entre los derechos de autonomía del paciente y las facultades del médico tratante y del comité de ética.

*

Presentar al lector un libro suele ser una tarea grata; en este caso, sobre todo. Por dos razones:

1) se trata de un tema que resulta especialmente seductor y, en el ámbito chileno no suficientemente explorado y
2) confiere la oportunidad de agradecer a todo(a)s quienes participaron en la obra.

IÑIGO DE LA MAZA G.

# SIGLAS Y ABREVIATURAS

| | |
|---|---|
| AA.VV. | autores varios |
| AED | Análisis Económico del Derecho |
| AP | Audiencia Provincial |
| art. | artículo |
| arts. | artículos |
| c/ | con |
| CA *a veces* CAA | Corte de Apelaciones |
| *CC* | *Código Civil* |
| Cass, sez | Cassazione sentenza |
| CE | Constitución Española |
| CENDOJ | Centro de Documentación Judicial |
| Cfr. | Confróntese |
| Cir. | circuit |
| civ. | civil |
| cit. | citado |
| Conc. | Concepción |
| coord. | coordinador |
| *CP* | *Código Penal* |
| *CPP* | *Código de Procedimiento Penal* |
| CS | Corte Suprema |
| D | Dalloz |
| D.C. | District Circuit |
| D.F. | distrito federal |
| Dir. | Director |
| dirs. | directores |
| Dr. | doctor |
| Dra. | doctora |
| ed. | edición *a veces* editor, ediciones o editorial |
| EDJ | El Derecho Jurisprudencia |
| *GJ* | *Gaceta Jurídica* |

| | |
|---|---|
| *Gaz. Pal* | *Gazette du Palais* |
| Giur. | Giuridico |
| *Ibid.* | *Idbidem* (allí, en ese mismo lugar) |
| inc. | inciso |
| INSALUD | Instituto Nacional de Salud |
| LEC | Ley de Enjuiciamiento Civil |
| LGDCU | Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios |
| n. | nota |
| Nº | número |
| p. | página |
| *op. cit.* | obra citada |
| PECL | Principles of European Contract Law (Principios de Derecho Contractual Europeo) |
| pen. | penale |
| pp. | páginas |
| proc. | procedimiento |
| *RCP* | *Revista de Ciencias Penales* |
| R. | Repertorio |
| *RDJ* | *Revista de Derecho y Jurisprudencia* |
| *RDP* | *Revista de Derecho Público* |
| Ref. | Referencia |
| *RGDP* | *Revista General de Derecho Penal* |
| BGHSt | Bundesgerichtshotes in Strafsachen |
| *RJA* | *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi* |
| *ROJ* | *Repertorio Oficial de Jurisprudencia* |
| sec. | sección |
| sent. | sentencia |
| SERVIU | Servicio de vivienda y Urbanismo |
| SIDA | Síndrome de inmuno deficiencia adquirido |
| s. | siguiente |
| SSTS | Sentencias del Tribunal Supremo |
| STS | Sentencia Tribunal Supremo |
| ss. | siguientes |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TEC | Traumatismo encéfalo craneano |
| TS | Tribunal Supremo |
| UNED | Universidad Nacional de Educación a Distancia |





| | |
|---|---|
| *v.* a veces *vs.* | *versus* |
| VIH | Virus de inmuno deficiencia humana |
| vol. | volumen |

# LOS AUTORES

RODRIGO BARCIA LEHMANN, doctor en Derecho Civil, Universidad Complutense de Madrid, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, Diego Portales y Talca.

HUGO CÁRDENAS VILLARREAL, profesor Universidad Andrés Bello y Universidad de Chile.

IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI, doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, profesor de Derecho Civil Universidad Diego Portales.

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO, doctora en Derecho Universidad Complutense de Madrid, Profesora de Derecho Civil Pontificia Universidad Católica.

RODOLFO FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, doctor en Derecho Constitucional, Universidad de Wisconsin, profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales.

HÉCTOR HERNÁNDEZ BASUALTO, doctor en Derecho (Friburgo de Brisgovia), profesor de Derecho Penal de la Universidad Diego Portales.

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA, doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, profesor titular de Derecho Civil UNED (Madrid).

CARLOS PIZARRO WILSON, doctor en Derecho, París II (Panteón-Assas), profesor de Derecho Civil Universidad Diego Portales.

# Artículos

# EL PROBLEMA DE LA CULPA PRESUNTA CONTRACTUAL Y LAS OBLIGACIONES DE MEDIO Y OBLIGACIONES DE RESULTADO: SUS IMPLICANCIAS PARA LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

*Carmen Domínguez Hidalgo*

## I. Introducción

El análisis de la clasificación de las obligaciones entre las de medio o de resultado constituye ciertamente un tópico que puede decirse ya clásico del Derecho Civil y, en especial, de la responsabilidad civil, en los sistemas extranjeros que tienen mayor desarrollo en esta materia. Más aún, ella ha recibido amplia recepción tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada de numerosos sistemas jurídicos, particularmente en Francia, donde se estima, en general, encuentra su origen, en términos que es, en el presente, de común aplicación. Esa aceptación ha cobrado especial relevancia para las profesiones liberales –como el médico– desde que las obligaciones que esos profesionales contraen son, en general, de medios. Las razones de esa plena aceptación se encuentran en que ella ha permitido salvar la aplicación de la culpa presunta ante el incumplimiento que tradicionalmente se ha entendido propia de la responsabilidad contractual, no así de la extracontractual, constituyendo precisamente una de las diferencias más importantes entre ambas especies del deber de reparar.

De este modo, detrás de la recepción de la distinción referida, se plantea como cuestión de fondo si resulta admisible una presunción legal de culpa en el caso del profesional. Y a esa cuestión se ha contestado de modos diversos en el Derecho Comparado.

Ese panorama ciertamente contrasta con el tratamiento que la distinción entre obligaciones de medio y de resultado ha recibido en el Derecho chileno, donde son escasos tanto los estudios al efecto como la recepción jurisprudencial de la misma. Y ello no proviene de un desconocimiento de esa clasificación, sino a razones de fondo que resulta indispensable revisar si se quiere entender el por qué de una comprensión tan distante entre sistemas que –como sucede con Francia o España– tienen, además de una tradición común, semejantes reglas contractuales y extracontractuales.

A revisar la evolución comparada en torno a los mecanismos de superación de los alcances probatorios de la culpa presunta del profesional en materia

contractual y, en específico de las obligaciones de medio y de resultado, estarán dedicadas las próximas líneas. Todo ello advirtiendo, en cada caso, el estado de la cuestión en nuestro Derecho.

## II. Las soluciones desarrolladas en el Derecho Comparado frente a la presunción legal de responsabilidad del profesional y su recepción en Chile

Ciertamente, conviene apuntar, en primer término, que la cuestión planteada adquiere cierta originalidad en nuestro Derecho. Primero, dado que en la mayor parte de los sistemas pertenecientes a la familia romano germánica que recogen una visión dualista de la responsabilidad, la distinción en materia probatoria de la culpa contractual en relación con la extracontractual ha sido creada más bien por la jurisprudencia. En otros términos, la presunción de culpa en sede contractual encuentra su origen únicamente en la doctrina acogida en sentencias judiciales. De ahí que para ellos haya sido más expedito aproximar ambos regímenes superando la distinción mediante la plena recepción en materia de responsabilidad profesional de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado.

En segundo lugar, como es sabido, la regla del art. 1547 inc. 3 en Chile es entendida como una presunción general de culpa del deudor aplicable frente a todo incumplimiento Así lo sostiene la mayor parte de la doctrina[1]. En otros sistemas, en cambio, no es interpretada con ese mismo alcance.

Así, un país tan cercano a nuestra tradición como es Colombia que, como es sabido, adoptó nuestro *Código Civil*, ella ha sido reinterpretada hasta llegar a entender que no impone ninguna diferencia con la responsabilidad extracontractual del profesional en el sentido de que, en ambos casos, la culpa del profesional debe ser probada[2].

[1] Orlando Tapia, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad entre los contratantes*, memoria de prueba, Fondo de publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 2ª ed., Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006, p. 362, Arturo Alessandri Rodríguez, *Derecho Civil: de los contratos*, Santiago, Editorial Conor Sur, 1988, p. 52; Sergio Gatica Pacheco, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, Nos 40 y 54; Pablo Rodríguez, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 23; también en Pablo Rodríguez, *Responsabilidad contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 171.

[2] Refiriendo esta evolución habida en el Derecho colombiano, véase nuestro artículo Carmen Domínguez Hidalgo, "Naturaleza y fundamento de la responsabilidad civil del profesional liberal", en *Revista Anales Derecho UC*, Nº 1, Santiago, 2006, p. 138 y ss.





### *2.1 Una relectura de la culpa presunta como regla general*

Así, como ha sostenido Javier Tamayo[3] en aquel país, el art. 1604 del *Código Civil* colombiano equivalente a nuestro art. 1547 del *Código Civil* y que consagra el mismo texto, se ha entendido que no consagra un principio general de culpa presunta, por dos razones. La primera, atendido que la norma estaría referida más bien a la pérdida de la cosa que se debe y no a la prestación de servicios. La segunda, dado que aun cuando se entienda que la referida norma consagra un principio general de culpa presunta, ella misma dispone en su inciso final que ello se "entiende sin perjuicio que la ley o las partes puedan modificarla". Por lo mismo, se concluye que el sistema adoptado en el *Código* no sería uno exclusivo de culpa presunta sino que convivirían en él casos de tal culpa con otros donde de culpa del deudor debe ser acreditada.

En tal sentido, así se desprendería de dos normas fundamentales quede esta manera lo permiten afirmar para los casos de responsabilidad profesional.

La primera, contenida en el art. 2118 de nuestro *Código* y que es el art. 2144 del *Código* colombiano –en que toda la doctrina está conteste en aplicar a la responsabilidad profesional– en conformidad al cual los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, deben regirse por las reglas del contrato de mandato.

La segunda la constituye el art. 2158 del *Código Civil* dentro de las normas del mandato que, al fijar las obligaciones del mandante dispone:

> "No podrá el mandante dispensarse de cumplir con estas obligaciones alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costos, salvo que le pruebe culpa".

De este modo, estas reglas razonan del modo exactamente contrario al que se ha leído el art. 1547 inc. 3 del *Código Civil*, pues presumen que el mandatario obró con diligencia y cuidado, aunque los resultados materiales del mandato no hayan tenido éxito para el mandante. Por lo mismo, aunque el resultado no se haya obtenido, el mandante no puede alegar el incumplimiento culposo del mandatario sino acredita su culpa[4].

En otras palabras,

[3] Javier Tamayo Jaramillo, *Sobre la prueba de la culpa médica en derecho civil y administrativo: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2003, p. 37

[4] Es la lectura de las reglas dada desde antiguo en Chile por David Stitchkin, *El mandato civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 336 y ss.

"es claro que si el mandante tiene que probar la culpa del mandatario para exonerarse de cumplir con sus obligaciones es porque la culpa de éste último no se presume. De lo contrario, bastaría al mandante con demostrar un perjuicio causado por la ejecución del mandato para que el mandante pudiese exonerarse de sus obligaciones, mientras el mandatario no desvirtuase la presunción que pesa en su contra"[5].

Como todo ello es aplicable a las profesiones que suponen "largos años de estudio" y tales como la abogacía, la medicina, la arquitectura, etc. puede advertirse la trascendencia que adquiere una interpretación como la propuesta. De ahí que la Corte Suprema colombiana haya adherido a ella. En concreto, ella la ha aplicado para la responsabilidad médica entendiendo que, por ejemplo, el paciente o sus herederos no pueden negarse a pagar honorarios al médico, alegando que ésta causó daños al paciente, a menos que le demuestren su culpa, lo que significa que la ley presume que, aunque se le causen daños al paciente o, aunque éste no recupere su salud, el médico ha actuado diligentemente. Y ello se justifica en lo aleatoria que resulta la actividad del médico frente al paciente, pues los resultados de su intervención están siempre sujetos al alea de la salud del paciente por ejemplo.

### 2.1.1 La recepción en Chile de esta lectura

En nuestro país, siguiendo el razonamiento colombiano, ya se ha abogado por una revisión de la lectura tradicionalmente dada al art. 1547 inciso 3, esto es, para reconocer que sólo aplica a ciertas obligaciones y no a todas, de suerte que existen distintos sistemas de prueba de la culpa y no sólo uno como se ha sostenido hasta ahora.

Así, como ha afirmado Ramón Domínguez Águila "la conclusión no nos ha parecido nunca admisible y ello por dos órdenes de consideraciones". Primero, desde un puro examen normativo de los arts. 2118 y 2158 del *Código Civil* que, como ya se ha expuesto, permiten deducir que en materia de profesionales liberales la acreditación de la culpa del deudor o profesional le incumbe al acreedor, esto es el cliente o paciente. A ello se suma, en segundo término, el que la presunción del art. 1547 inc. 3 determina examinar cuál es el contenido del contrato que se dice vulnerado. Si se trata de una obligación de medios la presunción de culpa del inc. 3 del artículo 15747 no obrará en contra del médico porque el mero hecho del daño final no significa, por sí solo, que haya existido incumplimiento. El médico puede haber actuado de modo perfectamente ajustado a la técnica exigida e igualmente no haberse

[5] TAMAYO (n. 3), p. 49.





sanado el paciente. Por ello, mientras no se acredite el incumplimiento no puede operar la presunción tantas veces referida. Ello determina que el médico se verá obligado siempre a probar una causa ajena porque la prueba de la ausencia de culpa exigida por el *Código* se verá superada por la prueba del caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho exclusivo de un tercero del que él no responda.

"Y así, en la práctica, no se observan situaciones en que el deudor demandado se libere de la responsabilidad por su incumplimiento por la sola prueba de la ausencia de culpa, de forma que el modo de operar la presunción acerca mucho a la responsabilidad contractual a la técnica de una responsabilidad objetiva"[6].

### *2.2 Admisión de alivios probatorios para la víctima*

En otros sistemas, la reacción frente a las consecuencias que acarrea el régimen de prueba de la culpa en materia médica se ha traducido, más bien, en desarrollar alivios probatorios para la víctima en el sentido de acoger reglas o principios que le faciliten la acreditación de la culpa.

En efecto, al no adoptarse en materia de responsabilidad civil médica la tendencia objetivadora que, por el contrario, marca todo el derecho actual de daños, la conclusión sería que en materia de prueba, el *onus probandi* recaería en el perjudicado-demandante, esto es, el paciente o sus herederos. En otras palabras, al no existir una inversión de la carga de la prueba ni una posible presunción de culpabilidad del médico, que según algunos transgrediría la presunción de inocencia contenida en sus normas constitucionales[7], tendría que hacerse una aplicación estricta de lo dispuesto en sus normas equivalentes a nuestro el artículo 1698 del *Código Civil*[8].

[6] Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "La culpa en el derecho civil chileno. Aspectos generales", en *Revista Anales Derecho UC*, Nº 3, Santiago, p. 124 y ss.

[7] Ha sido argumentación como ésta la que se ha esgrimido en algún tiempo en España, pues el art. 24.2 de la Constitución española consagra la presunción de inocencia.

[8] Sentencia civil del tribunal supremo de 7 de febrero de 1990 cuyo fundamento tercero señala claramente que "en concreta relación con los profesionales sanitarios..., en general, queda descartada en su actuación profesional toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de culpa en sentido subjetivo..." R. 668. En el mismo sentido, sentencia civil del mismo tribunal de 6 de noviembre de 1990, fundamento segundo "en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida por esta sala para los daños de otro origen estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o

Tal conclusión importa una difícil carga probatoria que, como indica Francisco Jordano Fraga

> "puede suponer un serio obstáculo para la tutela resarcitoria del paciente lesionado y choca, por tanto, con la especial sensibilidad social hacia los bienes personales como la vida, la integridad corporal, salud que la prestación desatenta pone en peligro"[9].

Es más, existiendo en materia de responsabilidad médica una evidente desigualdad probatoria entre el médico que, además de sus conocimientos especializados, posee toda la información relativa la proceso de la enfermedad y su tratamiento y el paciente que normalmente carece de ellos, ello acarrearía de aceptarse lisa y llanamente la conclusión anterior, en muchos casos, la imposibilidad para el perjudicado de obtener una sentencia favorable, esto es, condenatoria.

### 2.2.1. Evolución en el Derecho Comparado

Frente a ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han intentado diversos esquemas que atenúen un desequilibrio tan ostensible.

#### 2.2.1.1 Primer enfoque

El primero de ellos y más antiguo en el tiempo es el que sostiene que en materia de la carga de la prueba debemos distinguir entre responsabilidad civil contractual o extracontractual que confluyen en materia médico-sanitaria.

física ha de sumarse el reproche culpabilístico..." R. 8528. En los mimos términos sentencias de 11 de marzo de 1991 R. 2209; de 16 de abril de 1991, *Actualidad Civil* 572; de 8 de mayo de 1991, *Actualidad Civil* 588-589. En cuanto al *onus probandi*, sent. de 22 de febrero de 1991 fundamento cuarto: "...la carga de la prueba incumbía a la parte demandante, al excluirse toda clase de presunción de culpa en la conducta de los profesionales sanitarios...".

Las sentencias razonaban sobre la base del antiguo art. 1214 del *Código Civil* hoy derogado, pues las reglas probatorias civiles fueron trasladadas al art. 217 de la ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil, que regula la carga de la prueba peor que mantiene, en lo que nos interesa, el mismo principio de *onus probandi*.

En cuanto a la presunción de inocencia véase José Luis Vazquez Sotelo, *La presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1984 y José Guerra San Martín, Juan Alberto Belloch y Enrique Tores y López de la Calle, *El derecho a la presunción de inocencia*, La ley, 1982.

[9] Francisco Jordano Fraga, "Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Nº xc, 1985, p. 75.





Así, en el ámbito contractual, se presume la culpa y por tanto corresponde al demandado la carga de probar el caso fortuito o la fuerza mayor que le releven de tal responsabilidad. En cambio, en el ámbito extracontractual no existe tal presunción de modo que corresponde al demandante probar la culpa de su adversario.

De este modo, el desequilibrio probatorio quedaría reducido en materia médica sólo al ámbito extracontractual en el que efectivamente correspondería al perjudicado, paciente o herederos, probar la culpa del médico.

No obstante, esta distinción que a primera vista parecería resolver el problema, al menos en parte ha sido muy cuestionada. Las críticas formuladas se fundan básica y muy sucintamente en los siguientes argumentos.

Primero, en que el contraste entre la responsabilidad contractual y extracontractual en lo que se refiere a la carga de la prueba dista mucho de estar claro. Es más, muchos autores entienden que no existen dos reglas probatorias, dos reglas sobre la carga de la prueba según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, sino que la regla es única y neutral y sería para nosotros la que da el artículo 1698 del *Código Civil*. Aún más, para muchos autores y algunos sistemas como ya hemos resaltado, no existiría una presunción de culpa en las obligaciones contractuales, al menos de un modo general.

Segundo, porque no es efectivo que en materia contractual la culpa siempre se presuma sino que, siguiendo a Henry Mazeaud y René Demogue, habrá que distinguir en lo que a la carga de la prueba se refiere si se trata de una obligación general de prudencia y diligencia o de actividad o de medios, por un lado y, por otro, si se trata de obligaciones determinadas o de resultados. No debe atenderse a si se trata de obligaciones contractuales o extracontractuales, puesto que como señala Luigi Mengoni

> "las reglas sobre la carga de la prueba son siempre iguales cualesquiera sea la fuente de responsabilidad y sólo se diferencian en atención al contenido de la obligación".

#### 2.2.1.2. Segundo enfoque: esfuerzos por aliviar la carga probatoria del demandante.

Otra tendencia comparada ha avanzado por la línea de aliviar paulatinamente por la jurisprudencia a quien corresponde la apreciación de la negligencia sobre la base de las pruebas aportadas por las partes la pesada carga probatoria del perjudicado (paciente en este caso) no exigiendo de éste una prueba acabada o completa de la culpa, sino deduciendo ésta de determinados hechos que a primera vista permiten presumirla.

Como señala Mariano Yzquierdo Tolsada, "la equidad viene así a erigirse en el auténtico hilo conductor de los procesos de responsabilidad"[10].

Tanto la jurisprudencia como doctrina comparada así lo demuestran.

Así, en Alemania, se ha desarrollado la llamada prueba de *prima facie*, o *auscheinbeweis*, o prueba por primera impresión o apariencia. Ésta alude a ciertos casos en que la actuación del médico es tan manifiestamente imprudente que no requiere el dictamen de un perito o experto, por ejemplo, en la extracción equivocada de un miembro.

Se basa en la idea de que en ciertos casos una situación de hecho corresponde conforme a la experiencia a un curso causal típico y determinado. En estos casos basta para probar la culpa que el perjudicado "pueda contar hechos que según los principios de la experiencia general hagan muy verosímil la culpa"[11].

Por otro lado, como resalta Mariano Yzquierdo, no debe confundirse esta prueba con las presunciones, aunque de hecho en la práctica haya derivado en ella, pues en la de presunciones existe un hecho base o indicio absolutamente acreditado, produciéndose el convencimiento judicial a través del caso concreto. En cambio, en la prueba *prima facie* el convencimiento judicial se extrae de la máxima de experiencia general o común directamente. No se trata de que el juez pueda sustituir un hecho probado por una mera verosimilitud, sino que se le permite deducir a través de un dato probado (el resultado sobrevenido) otro que se investiga y no en el caso concreto sino en el que la experiencia de la vida se ha encargado ya de probar para la generalidad de los sucesos similares. Con ello se intenta facilitar al actor la carga de la prueba sin que ello perjudique o agrave la posición del médico demandado. Con todo, algunos entienden que la prueba *prima facie* puede degenerar en una auténtica presunción de culpa[12].

Eugenio Llambas Pombo advierte que esta prueba encuentra fácil aplicación en aquellos casos en que se trata de hipótesis en la que es posible probar que el daño se ha producido, que el daño sufrido por el paciente es consecuencia típica de un error médico, es decir, cuando se trata de errores o conductas médicas negligentes que saltan fácilmente a la luz. Por ejemplo, cuando se trata de situaciones como las descritas por Jaime Santos Briz: si

[10] Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, p. 307. Véase en general el tema de la recepción comparada de los alivios probatorios para el paciente en sus páginas, p. 306 y ss.

[11] Ludwig ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1950, tomo 11, p. 637. Véase sentencias de la jurisprudencia alemana reseñadas por Jaime Santos BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 952 y ss. en que ilustra el modo en que esta prueba se ha aplicado.

[12] YZQUIERDO TOLSADA (n. 10), pp. 309-310.





después de una operación fueron extraídos por otro médico restos del tapón o apósito y se prueba que en el intermedio no trató al lesionado ningún otro médico, ha de admitirse que el operador dejó al practicar la intervención dichos restos en la herida[13]. No sería, en cambio, tan sencillo cuando se trata de hipótesis en que el daño puede provenir de varias causas. Idea que es corroborada en sentencias españolas [14].

Por su parte, la jurisprudencia francesa ha desarrollado un principio semejante al de la prueba de la *prima facie* a través de la llamada *faute virtuelle* o falta virtual, ostensible.

Ella es planteada originariamente en materia de responsabilidad derivada de accidentes de circulación y, luego, se ha extendido para la responsabilidad de los médicos y profesionales en general, para aquellos casos en que la prueba de la culpa es una carga muy difícil de sobrellevar para la víctima y, por otro lado, existe un cúmulo de hechos que hacen presumirla.

Así, por no citar sino algunos ejemplos célebres en que se ha aplicado la idea de la falta virtual, un fallo de 4 de noviembre de 1963 de la Corte de París condena a un médico a responder por los daños ocasionados a un paciente como consecuencia de su caída de una mesa de examen, entendiendo que:

> "ella no pudo tener por causa más que una falta de vigilancia del médico, sea porque haya dejado al paciente, no obstante su edad y su estado, instalarse sólo en la tabla, sea porque la mesa se haya movido por un defecto de la visagra que la unía a la base"[15].

Otra sentencia, en el mismo sentido, es la de 31 de mayo de 1960 en que se condena a un médico que había seccionado parcialmente el nervio facial de un recién nacido durante una cesárea, fundándose en su falta de calificación obstétrica y, sobre todo en la extrema inusualidad de tal accidente, sin ningún

[13] SANTO BRIZ (n. 11), p. 953 y Eugenio LLAMBAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Editorial Trivium, 1988, quien entiende que en los casos que concurran varias causas como generadoras del daño habría que aplicar siempre la doctrina de la causalidad adecuada en intentar determinar de entre las causas principales del daño cual fue la desencadenante del resultado lesivo.

[14] Sentencia de 7 de febrero de 1990 R. 688 y de 12 de febrero de 1990 R. 676 ambas del tribunal supremo español. Jaime Santos Briz señala como ejemplo de hipótesis en que la prueba *prima facie* resulta más compleja de aplicar que en los casos reseñados el de una infección que tiene varias causas. No obstante, advierte que la jurisprudencia alemana condenó a un hospital en el que una paciente adulta contrajo escarlatina al compartir la habitación con una niña con esa enfermedad. SANTOS BRIZ (n. 11), p. 953.

[15] Sentencia de París, 4 de noviembre de 1963, D 1964.13 citada en Jean PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Toulouse, Sirey, 1977.

ejemplo en la literatura médica cuando no obstante la intervención quirúrgica había sido correctamente prescrita y practicada según las reglas clásicas[16].

En realidad, la falta virtual es el producto de un razonamiento "a contrario" que consiste en que según las circunstancias se establece no que el demandado ha cometido tal falta precisa, ha incurrido en determinada culpa sino que, atendidas tales circunstancias, no ha podido sino cometer una.

No obstante, esta evolución jurisprudencial que mira a aligerar la prueba de la víctima no ha dejado de ser objeto de crítica por cierta parte de la doctrina francesa que reproducimos sintéticamente por ser de aplicación general a todo el sistema de *prima facie* que hemos reseñado.

Este sector, siguiendo a Henry Mazeaud, considera que un razonamiento de tal tipo tiene el riesgo de dar a un evento en sí mismo el carácter de una presunción de culpa. Así, Jean Penneau considera que en algunos campos y en algunas ocasiones la jurisprudencia por la vía de la "falta virtual" sobrepasa los límites que en la determinación de la culpa puede corresponder al razonamiento. Los sobrepasa porque pierde de vista el criterio de referencia que, necesariamente, debe tener en cuenta, en la determinación de la responsabilidad médica, que es la consideración del "médico diligente", de cómo habría actuado éste en ese caso, para dedicarse más bien a un análisis abstracto de las situaciones y de los hechos. Se olvida que lo que se exige al médico es dar al enfermo cuidados concienzudos según los principios establecidos por la ciencia médica, sin atender a las circunstancias o casos excepcionales. Esos principios son claramente conocidos por el médico diligente quien, por su formación, tiene una conciencia inmediata de tales principios, lo que no ocurre con el juez en estas materias técnicas quien es, salvo excepciones, radicalmente incompetente y debido a ello puede caer en el riesgo del razonamiento abstracto.

Debido a tales críticas es que la jurisprudencia francesa ha creado una especie de remedio para tal peligro, consistente en determinar la culpa médica atendiendo a los "usos profesionales" que dictan a los medios los principios adquiridos por la ciencia, teorías y principios que son entregados a los médicos por los estudios universitarios, publicaciones científicas, congresos, posgrados, que están en constante evolución y que pueden formularse como verdaderas reglas. De ellas puede hacerse un catálogo, de modo a proporcionarle al juez herramientas para resolver con un criterio más objetivo.

[16] Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Seine de 31 de mayo de 1960, *Gaz. Pal* 1960 2106 citada en PENNEAU (n. 15), p. 80. Este mismo autor destaca que el empleo de estos argumentos para un mismo tipo de accidentes en la jurisprudencia francesa es ambiguo. A veces la utiliza como una circunstancia agravante, otras como causa exoneratoria de responsabilidad. Véase p. 80 con la jurisprudencia que indica.





No obstante el remedio, según Jean Penneau, la jurisprudencia no está exenta de cierta ambigüedad[17].

La evolución que ésta ha seguido la ha llevado a reconocer una verdadera responsabilidad objetiva en los casos de daños causados por las cosas inanimadas de las que se vale el médico en su profesión. Por ejemplo, por la explosión de un aparato de anestesia que le causa daños a un paciente o la mesa de examen de un médicó que se vuelca con idéntico resultado. En tales casos, a pesar de que puede no haber mediado culpa alguna de parte del médico se considera que él debe responder por los daños causados al tratarse de cosas sobre las que él tiene o debe tener un deber de vigilancia.

En el Derecho español se ha aplicado también la prueba *prima facie,* pero para aquellos casos en que el daño no se podría explicar de otro modo, entendida la experiencia común, y no se hayan aportado oportunamente las pruebas contrarias, pero ha exigido el tribunal supremo que el fallo se funde siempre en hechos probados y no en meras conjeturas o en una mera verosimilitud. Todo ello a pesar de que, de acuerdo con el artículo 1253 del *Código Civil* español, el recurso a las presunciones supone que entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Ejemplo de la aceptación de la prueba *prima facie* es, entre muchos, la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 12 de abril de 1979 en que se condena a un médico que extrajo a un niño dos dientes permanentes creyendo que eran de leche, fundando su decisión del modo siguiente:

> "un nuevo estudio de conjunto crítico y lógico de la prueba practicada, en especial de las propias declaraciones efectuadas por el demandado en el expediente que como médico de la Seguridad Social le fue instruido para depurar sus posibles responsabilidades, donde reconoce que extrajo a la niña dos dientes aunque afirma que no fueron de los permanentes sino de los provisionales o de leche; el informe del centro médico, en cambio dice que la exploración radiográfica revela la ausencia de dos dientes incisivos permanentes en el maxilar inferior y del resultado de la pericial médica acordada para mejor proveer donde el perito médico forense, previo examen de la radiografía aportada con la demanda, se pronuncia con absoluta categoricidad respecto del problema: extracción de las dos piezas dentarias permanentes efectuada, lo que aparte de estar en contradicción con los hechos probados no favorecería al demandado ya que vigente en nuestro derecho extracontractual civil el principio de la inversión de la carga

[17] PENNEAU (n. 15), p. 80 y ss.

de la prueba, introducido por la vía jurisprudencial, las dudas sobre el origen del daño sufrido por la niña tenían que haber sido despejadas por el demandado probando categóricamente que fue ajeno a su conducta, lo que no ha efectuado por lo que en ningún caso las lagunas de las pruebas que pudieran existir al respecto le exonerarían de responsabilidad..."[18].

En definitiva, de acuerdo con el criterio del tribunal supremo, el recurso a la prueba *prima facie* sólo será posible cuando a falta de pruebas directas, exista una sola causa posible del daño: la negligencia médica. De lo contrario, esto es, si existen varias causas diversas del resultado lesivo y no existe un punto de apoyo para ninguna de ellas, se prescindirá de tal prueba.

Así, en sentencia de 11 de marzo de 1950, estimó no haber relación causal entre una operación de cirugía estética correctamente realizada y la no producción del resultado deseado, a causa de una infección que no pudo atribuirse al descuido de los médicos demandados, declarándolos libres de responsabilidad tanto contractual como extracontractual. El mismo razonamiento conduce al máximo tribunal en sentencia de 12 de febrero de 1990 a condenar a un facultativo, cuando como consecuencia de una intervención quirúrgica practicada por éste a una joven paciente que carecía de orificio auditivo externo, con la finalidad de formarle tal conducto, ésta quedó con una parálisis facial. Todo ello sin que haya sido posible probar directamente que ello era consecuencia de una negligencia del facultativo. No obstante, el tribunal le condena considerando que no habiéndose acreditado en absoluto el concurso de alguna otra causa externa o una anómala e imprevisible reacción orgánica del paciente, susceptible de producir tal efecto, puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido originador del edema que dañó el nervio. Señala expresamente:

"a falta de pruebas directas, la utilización de las presunciones exige una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no puede aplicarse a varias circunstancias...".

En cambio, el mismo criterio le lleva a eximir de responsabilidad a un médico cuando como consecuencia de una intervención quirúrgica realizada

[18] Debemos destacar que, aunque éste es un ejemplo citado por la mayoría de los autores como demostrativo de que el tribunal supremo aplica en ocasiones la prueba *prima facie*, otros como Fernández Costales consideran que más que tratarse de un problema de inversión de la carga de la prueba, se trataba de una obligación de resultado en razón de la especialidad a que se refería: estomatología u odontología.





por él, se desencadena una parálisis facial en la paciente. Entiende que no existiendo prueba alguna de que el médico no hubiere guardado acomodo a la técnica operatoria de tal intervención quirúrgica sino, por el contrario, diversas y variadas causas no podía deducirse la culpabilidad de aquél. No existiendo una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda atribuirse a varias circunstancias, en modo alguno cabe la calificación de culposa de la conducta del médico. Estima que en materia de intervenciones médicas y concretamente quirúrgicas, las consecuencias que de esta resultan pueden ser atribuibles a complicaciones imprevisibles.

De modo que alegadas faltas técnicas del médico, es necesaria una amplia declaración fáctica antes de aplicar las normas de la prueba *prima facie.*

Se advierte, entonces, que el máximo tribunal español ha admitido la prueba referida, pero de forma restrictiva, probablemente para evitar que su aceptación desencadenare una verdadera presunción de culpa del médico o profesional sanitario. A juicio de esa jurisprudencia lo que se le exige al médico es la sujeción a *la lex artis* y en ningún caso se le exige, como tampoco en ningún aspecto de la vida social, la infalibilidad. De aquí que no se admita la responsabilidad objetiva en esta materia porque ello supondría el cercenar su actuar, pues lógicamente se inhibiría de hacerlo, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general ante el temor, en casos delicados, de que a pesar de actuar correctamente, o sea, con plena adaptación a los medios y técnica a emplear el resultado favorable al paciente no llegare a obtenerlo.

Por último, los países de la *Common Law* tampoco han permanecido ajenos a la tendencia de desarrollar alivios probatorios para el paciente. En efecto, éstos han desarrollado la idea original de la prueba *prima facie*, pero en la formulación de la regla *res ipsa loquitur*, que alude a aquellos casos en el actuar médico ha sido tan imprudente que cualesquiera se da cuenta que hubo negligencia. Por ejemplo, en la extracción equivocada de un miembro, en el de daños producidos por instrumentos no esterilizados previamente. Se trata de casos en que como alude la regla "hablan por sí mismos" sin que sea necesaria la ayuda de peritos en la materia: "el hecho habla por si mismo sin que sea necesario que hable el hombre"

Esta regla implica en algunos países de la *Common Law* permitir al juez inferir la negligencia del dato de la producción de un determinado accidente, es decir, es una regla potestativa. En cambio, en Gran Bretaña y en ciertos estados de Estados Unidos, la regla *ipsa loquitur* es una verdadera excepción a la regla general de que la prueba incumbe al demandante.

La aceptación de tal regla supone para Mariano Izquierdo Tolsada, en una importante observación, un verdadero tránsito desde un sistema de responsabilidad por culpa hacia otro que supone la condena de un demandado



UNIVERSIDAD DE CHILE
FAC. CS. JURIDICAS
BIBLIOTECA

por una negligencia que no ha podido ser establecida, es decir un sistema más objetivo[19].

2.2.1.3 Un corolario del esfuerzo
por el alivio probatorio

Siguiendo al profesor Yzquierdo[20], se hace nacesario advertir que la variación jurisprudencial experimentada en general en el Derecho Comparado, tiende a equiparar la obligación de medios en la práctica a una de resultados, pues, aunque en teoría el sistema siga siendo el de la responsabilidad por culpa al no ser necesario probarla porque ella dejaría en desprotección al paciente, sólo basta con probar la falta de éxito en los servicios profesionales para obtener el resarcimiento. Basta con probar la no consecución del resultado final (que no le era exigible) para que el acreedor de la obligación de medios vea prosperar su reclamación. Difiere en tal evolución la jurisprudencia española recién referida en lo que se refiere a la aplicación de la prueba *prima facie.*

El peligro es que, si bien es cierto, esta variación supone una progresiva protección al paciente indefenso, implica también una progresiva desprotección del profesional. Éste, temeroso de eventuales demandas debe desembolsar importantes sumas para asegurar la responsabilidad e, incluso, ejercer su profesión de un modo defensivo, con todo el eventual perjuicio que ello significa para la sociedad en general.

El desafío en esta materia es obtener, en definitiva, un equilibrio en la protección de estos dos intereses. Atractiva parece, en este sentido, la posición intermedia de Eugenio Llamas Pombo y Joaquín Ataz López, que sostienen que, en realidad, si el paciente o sus herederos fundamentan su reclamación en un acto médico contrario a la *lex artis* ya sea falta de asistencia o de adecuación a ella, se produciría un reparto del *onus probandi.* Así, el paciente o sus herederos tendrían que probar la falta de asistencia o de adecuación a la *lex artis* (que normalmente realizará a través de la intervención de peritos) y el médico tendría que probar el cumplimiento de las reglas profesionales, con lo que ninguna de las partes del proceso quedaría relevada de la prueba.

2.2.2. Recepción en Chile de los alivios probatorios

El desarrollo de ciertos alivios probatorios no ha sido una tendencia claramente recepcionada en nuestro Derecho, en términos que calificándose en general a la responsabilidad médica como extracontractual la carga de la prueba de la culpa se hace recaer en general en la jurisprudencia al paciente.

[19] Véase Jurisprudencia y doctrina citada por YZQUIERDO TOLSADA (n. 10), p. 307 y ss.
[20] YZQUIERDO TOLSADA (n. 10), p. 314.





Incluso, la ley ha venido a afirmar expresamente esa distribución del *onus probandi* en ciertas áreas específicas de la asistencia sanitaria como sucede en la ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud, más conocida como ley del Plan Auge, disponiendo en su art. 38 que, tratándose de responsabilidad de los órganos de la administración del Estado, es "el particular quien debe acreditar que el daño se produjo por acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio".

De ahí que, precisamente, pese al incremento progresivo de demandas en la materia, no exista un aumento notorio de sentencias en que se ordene la reparación a un médico. La carga de la prueba de la culpa sigue siendo en Chile un obstáculo difícil de remontar para la víctima por efecto, en gran medida, de un ejercicio corporativo de la medicina que impide, en general, obtener pericias médicas que acrediten la infracción a la *lex artis.* Por ello es que la realidad estadounidense o europea no corresponden con la nuestra, donde la responsabilidad del médico todavía tiene incipiente desarrollo. No ocurre así, en cambio, en materia de responsabilidad hospitalaria, en especial de las entidades de salud pública, donde las sentencias condenatorias han sido y siguen siendo cada día más trascendentes. Prueba de ello es que se debió incorporar en la ley N° 19.966, en su artículo 43 y siguientes, un mecanismo de mediación frente a los daños ocasionados por los prestadores institucionales pertenecientes a las redes asistenciales de salud a las que alcanza la ley con el objetivo de reducir la litigiosidad en esta materia.

Con todo, si el desarrollo jurisprudencial ha sido tenue en la revisión de los aspectos probatorios de la responsabilidad médica, algunas sentencias parecen adelantar algunas lecturas novedosas.

Así, en alguna puede encontrarse expresamente referida la argumentación de indicios propia de razonamientos como el de la culpa virtual de los franceses y españoles como cuando se afirma:

> "mediante aquello que la doctrina conoce como culpa virtual, que no es más que un mecanismo intelectual a través de una deducción obtenida de la anormalidad de los resultados, puede sostenerse que el médico señor Pinto no actuó con una conducta profesional diligente, pues si no hubiese incurrido en negligencia, ningún daño se le habría provocado a la paciente como a su familia, y comprobado como está el daño, es dable presumir que hubo culpa suya..."[21]

o el del *res ipsa loquitur* de los estadounidenses, aunque sin aludir a esa fórmula de modo expreso como cuando se deduce que la muerte por infección

[21] Corte Suprema, 16 de marzo 1998, en *Gaceta Jurídica,* N° 213, Santiago, p. 112.

intrahospitalaria debe ser atribuida a la entidad hospitalaria demandada, pues esa infección no se habría producido de haberse adoptado adecuadas condiciones de higiene[22].

### *2.3 La superación de culpa presunta mediante la recepción de las obligaciones de medio y de resultado*

En otros sistemas, en cambio, la superación del régimen general de culpa presunta para la responsabilidad profesional se ha obtenido por la recepción de las obligaciones de medio o de resultado como ha sucedido en Francia, España, Argentina, Italia, entre otros.

En tal sentido, se ha defendido que no es efectivo que en materia contractual la culpa siempre se presuma sino que, siguiendo a René Demogue[23] y a Henri Mazeaud[24], habría que distinguir en lo que a la carga de la prueba se refiere, si se trata de una obligación general de prudencia y diligencia o de actividad o de medios, por un lado, y, por otro, si se trata de obligaciones determinadas o de resultados. No debe atenderse a si se trata de obligaciones contractuales o extracontractuales, puesto que como señala Luigi Mengoni

> "las reglas sobre la carga de la prueba son siempre iguales cualesquiera sea la fuente de responsabilidad y sólo se diferencian en atención al contenido de la obligación"[25].

Esta distinción cobra especial relevancia y aplicación cuando de profesionales liberales como el médico se trata, puesto que fue formulada precisamente en torno a los contratos de obras y de servicios en general, que se dan normalmente en las relaciones de dichos profesionales con sus clientes.

En materia de carga de la prueba tal distinción acarrea que, tratándose de obligaciones de resultado, en las que el deudor se obliga a un determinado resultado, la sola prueba del incumplimiento de él es suficiente para generar la responsabilidad, pues el sólo hecho de no producirse en resultado comporta un daño, una culpa y una relación de causalidad. No es, por tanto, necesario entrar a la prueba de tales elementos. El deudor sólo podrá exonerarse probando el caso fortuito, esto es, los hechos que han impedido el cumplimiento, pues no cabe probar ausencia de culpa: no se discute en ellas la culpa por ser irrelevante.

[22] Corte de Apelaciones de Concepción de 10 de agosto de 2000, N° identificador Legal Publishing 19288, rol 3665-2000

[23] René DEMOGUE, *Traité des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1923-1933, N° 1237.

[24] Henri MAZEAUD, "Essai de clasification des obligations", in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 35, Paris, 1936, p. 1 y ss.

[25] Luigi MENGONI, "Obbligazioni di risultato e obligationi di mezzi", in *Rivista di Diritto Comerciale*, vol. I, 1954, p. 365.





En cambio, cuando se trata de obligaciones de medios, el deudor sólo se compromete a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera, de modo que, en caso de incumplimiento para que se desencadene la responsabilidad, será necesario probar que el deudor incurrió en culpa. Probada la culpa al deudor no le cabe ya exonerarse por medio de la prueba de ausencia de culpa, pues la prueba del acreedor agota el juicio de responsabilidad.

Tal distinción y su consecuencia probatoria se aplican tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual.

Decíamos que cobra especial relevancia en materia médica, pues, en ella, la regla general será que la obligación del profesional sea de medios, es decir, que "se obligue a proporcionar al enfermo todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia y no a curar al enfermo"[26].

Ello implica que normalmente al paciente le corresponde la necesidad de probar la negligencia, esto es la culpa y la relación de causalidad o nexo de causalidad de ésta con el daño producido[27]. Decimos normalmente, pues en general ésta es la situación que se va a presentar en esta materia, pero no debemos olvidar que en ciertos casos la obligación del médico puede ser de resultado y no de medios. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los implantes de prótesis dentarias u otras de esa especie.

En estos casos la prueba para el perjudicado será más sencilla puesto que bastará con probar que el resultado prometido no se alcanzó para dar por acreditada la responsabilidad. Así ocurrirá cuando, tratándose de responsabilidad contractual, exista de por medio un contrato de ejecución de obra entre el paciente y el médico.

Mariano Yzquierdo Tolsada agrega una tercera hipótesis: aquélla en que, aunque existe una obligación de resultado exigible, ella se encuentra inserta en una de medios. Por ejemplo, si el médico no cura una determinada enfer-

[26] En este sentido, la sentencia del tribunal supremo, sala primera de lo civil de 6 de noviembre de 1990 que en su fundamento segundo dispone: "...la obligación contractual o extracontractual del médico y más en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado sino una obligación de medios, está obligado no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiere según el estado de la ciencia..." R. 8528. Del mismo modo se pronuncian las sentencias del mismo tribunal de 7 de febrero de 1990 R. 668, de 12 de febrero de 1990 R. 676, de 6 de julio de 1990 R. 5780, de 11 de marzo de 1991 R. 2209, de 16 de abril de 1991 R. 2697 y de 8 de mayo de 1991 R. 3618.

[27] Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 823.

medad en razón de no haber practicado los exámenes necesarios para ello. Está claro que él no se ha comprometido a curar la enfermedad (obligación de medios), pero si no lo logra hacer por no practicar algo tan exigible como los exámenes de rigor, la prueba de estos hechos dejará en evidencia la culpa y con ello el incumplimiento del contrato de servicios. En este caso habría incumplimiento del contrato de servicios y, en definitiva, incumplimiento de una obligación de resultado dentro de la obligación total de medios. No obstante, podría observarse que en realidad esta hipótesis no es más que un caso de obligación de medios en que la que el profesional no hizo lo posible por procurarle al enfermo todos los cuidados según el estado de la ciencia. Precisamente, lo que no hizo fue procurarle uno de los medios a que estaba obligado.

En general, el calificar la obligación del profesional como de medios tiene una gran ventaja que destaca el profesor Yzquierdo Tolsada de un modo muy explicativo, que es

> "la de proteger a este de demandas injustificadas planteadas por clientes caprichosos pero también tiene el grave inconveniente de situar a los que nos son tan caprichosos en situación de clara inferioridad frente a profesionales negligentes"[28].

### 2.3.1 Una mirada desde el Derecho chileno

El panorama en torno a la clasificación en estudio es notoriamente distinto en el Derecho chileno. Así, el tratamiento doctrinal ha sido reducido y el que ha existido, por un lado, le ha negado reconocimiento para nuestro Derecho[29] por entender que las reglas de los arts. 1547 inc. 3 y 1698 del *Código Civil* no admiten distinción en cuanto a la naturaleza de la obligación. Por otro, para aquéllos que si han abogado por su recepción general[30] o sólo a efectos de

[28] Mariano Yzquierdo Tolsada, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, Reus, 1989, p. 306.

[29] Así, Arturo Alessandri, *De la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, p. 54, n. 2; René Abeliuk, *Las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo I, p. 205, aunque aboga por una revisión del *Código* en este punto; Lorenzo de la Maza, "La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. XV, 1988, p. 28 y ss.; David Stitchkin, *El mandato civil*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 394-395; Vicente Acosta, *De la responsabilidad civil médica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 248 y 249 tratándose de obligaciones contractuales, Baltazar Guajardo, *Aspectos de la responsabilidad civil médica. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Librotecnia, 2005, p. 98.

[30] En tal sentido, Alejandro García, *Responsabilidad contractual. Obligaciones de medio y de resultado*, Santiago, Cono Sur, Lexis Nexis-Chile, 2002. También, aunque de modo confuso,





determinar el contenido de la obligación de profesional[31], todavía sus ideas no han logrado recepción jurisprudencial quedándose en el mero ámbito de la propuesta.

En efecto, una revisión general de jurisprudencia permite advertir la escasa referencia a esa clasificación de modo expreso, panorama que no se ha alterado en el tiempo. Con todo, algunas sentencias recientes[32] –incluso, una de nuestro máximo tribunal–[33] la han empleado expresamente y otras, más antiguas efectúan razonamientos de base que permiten inferir una cierta aceptación. No obstante, por su número, ellas no alcanzan a revertir la general prescindencia en nuestros tribunales de la misma[34].

Esa comprensión doctrinal y jurisprudencial ha venido determinada por una serie de aspectos.

Así, en primer término –y probablemente la razón de fondo de mayor peso y trascendencia– ha influido el que, como bien se ha apuntado en España, pero es plenamente válido para el nuestro, la comprensión de la relación obligatoria ha estado marcado por la idea de resultado, esto es, que el acreedor busca un fin, un resultado sin que importe de qué medios ha tenido que servirse el deudor para cumplirlo[35]. La lectura de las reglas civiles que le aplican se ha hecho siempre desde la idea de que en toda obligación existe un resultado esperado y, por ello, no plantea complejidad alguna determinar cuándo ha habido incumplimiento. Y ello tiene fundamento añadido si se tiene presente que, por regla general, las obligaciones son de resultado. Lo son ciertamente las de dar y de no hacer e, incluso, en las de hacer, la regla es que el resultado esté integrado en el contenido de la obligación, de suerte que su incumplimiento pueda determinarse de modo objetivo. No ha existi-

Hernán Corral, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 281; lo formulan de modo más claro, Daniel Peñailillo, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 229 y Carlos Pizarro, "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento de las obligaciones de medio o de diligencia", en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XXXI, Valparaíso, 2° semestre de 2008, p. 255 y ss.

[31] Guajardo (n. 30), p. 98; Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 657 y ss.

[32] Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 2006, rol 5515-2001.

[33] Corte Suprema, 11 de noviembre de 2002, rol 2352-2002, N° identificador Legal Publishing 26071.

[34] Sobre la recepción en nuestra jurisprudencia de la clasificación en estudio, Hugo Cárdenas, "La recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado y otros expedientes probatorios unificadores de la responsabilidad civil médica", en *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, Legal Publishing, 2009, tomo IV, p. 315 y ss.

[35] Con detalle, véase el razonamiento en Mariano Yzquierdo, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y extracontractual*, Madrid, Editorial Dykinson, 2001, p. 125.

do, por tanto, una comprensión inicial que, en materia de incumplimiento, distinga entre obligaciones de medios y de resultado, por efecto de asumir una noción restringida de la obligación en sentido jurídico. Adviértase que no estamos refiriéndonos a la ausencia de recepción formal de la distinción, sino de fondo de la misma.

Y esa comprensión no ha planteado mayor problema hasta el presente por varios motivos, en términos generales y respecto de la responsabilidad del médico. Primero, porque fuera del ámbito del incumplimiento de los deberes profesionales, la regla general es que, como ya hemos referido, nos encontremos con obligaciones de resultado. Segundo, porque el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia en materia de responsabilidad civil del profesional liberal ha sido tradicionalmente escaso por efecto, por un lado, de la tenue evolución que nuestro sistema ha tenido en general como, por otro, de las reducidas sentencias condenatorias en sede civil para los profesionales que encontramos en Chile no sólo antes sino, incluso, en el presente. Tercero, porque, en los casos de incumplimiento de deberes profesionales que, en su mayoría, se reducen a juzgar la responsabilidad civil del médico o profesional sanitario por la negligencia médica, no ha sido necesario plantearse la distinción, por efecto de razonar en lenguaje de responsabilidad extracontractual y no de incumplimiento contractual. En efecto, no debemos olvidar que, a diferencia de lo que acontece en otros sistemas, la responsabilidad civil médica ha sido tradicionalmente entendida por la jurisprudencia como una extracontractual, pese a que la opinión doctrinal mayoritaria ha sido la contraria[36]. Por último, cualquier conflicto de calificación de la misma ha sido, a la larga, suprimido por efecto de haberse entendido en Chile, desde Arturo Alessandri[37], que cuando el ilícito civil es a la vez constitutivo de uno penal la víctima podría elegir entre incardinar su acción en sede contractual o extracontractual. Como así acontece en el caso de la negligencia médica constitutiva a la vez de un delito criminal en conformidad al art. 491 del *Código Penal*, en los hechos la responsabilidad médica ha tendido a calificarse como extracontractual porque la acción civil se ha ejercido comúnmente en sede criminal. Y, más en general, la doctrina reciente tiende, incluso, a calificar la responsabilidad médica como un supuesto fronterizo de responsabilidad, admitiendo la opción aún fuera del ámbito penal[38]. De ese modo, la aplicación de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado no ha resultado necesaria porque, en

[36] ALESSANDRI (n. 29), p. 75.

[37] *Op. cit.*, p. 91.

[38] Así, en la doctrina más reciente: Pedro ZELAYA, "Responsabilidad civil de hospitales y clínicas. Modernas tendencias jurisprudenciales", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Nº 201, Concepción, 1997, p. 27; CORRAL (n. 30), p. 280, BARROS BOURIE (n. 31), p. 657.





sede extracontractual, no se hace evidente su utilidad práctica en cuanto a la carga de la prueba de la culpa dado que, en ese ámbito, la regla en torno al *onus probandi* es una sola: incumbe la carga de la prueba de la culpa a quien la alega, esto es a la víctima.

No obstante, como ha acontecido en el extranjero y está sucediendo y sucederá en Chile, basta un leve desarrollo de la responsabilidad civil del profesional para que rápidamente se plantee el mismo problema que –de modo más determinante– ha llevado a otros países a acoger la distinción en estudio al advertirse el efecto al que conduce una aplicación general a cualquier obligación contractual de la presunción de culpa que se entiende contenida en el art. 1547 inciso tercero del *Código Civil* que es el *punctum crucis* de la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado.

En efecto, tan pronto se empieza a estudiar con mayor profundidad el vínculo jurídico que surge entre el profesional y su cliente –en especial entre el médico y su paciente o abogado y cliente– se advierte que, en general, el que se forma entre ambos no sería extracontractual sino contractual y ello, aun cuando el ilícito civil pueda ser constitutivo de uno penal, pues el carácter penal del ilícito no determina la naturaleza de la acción u omisión civil. Siendo, entonces, una responsabilidad contractual a la hora de determinar la existencia de culpa o no en el médico, se advierte que la aplicación general del art. 1547 a la culpa médica conduce a presumir la culpa cada vez que se demuestra la existencia del vínculo entre médico o profesional y paciente, en términos que, en ese escenario es al médico a quien le corresponde probar que el incumplimiento se ha producido por una causa que no les imputable, entendiendo por causa no sólo a la ausencia de culpa sino a cualquier causa extraña (caso fortuito o causa de terceros, ruptura del nexo causal). Esa lectura ha sido aplicada por la jurisprudencia en ciertos casos, por ejemplo, para los dentistas[39] y defendida, incluso, en la doctrina[40].

De este modo, la lectura otorgada a la presunción constituye un expediente objetivador de la responsabilidad del médico o del profesional, en cuanto lo único que se valora para determinar si ha habido o no incumplimiento es la obtención o no del resultado prometido al acreedor. Si éste no se obtuvo, aunque el deudor haya efectuado todos los esfuerzos tendientes a obtenerlo, ello no incide en su deber de responder: hay un incumplimiento y por ello debe responder.

No obstante, la aplicación de esa lectura de la presunción –que como insisto ya se ha hecho entre nosotros– deviene compleja, más aún, injustifica-

[39] Así, Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de abril de 1992, *Gaceta Jurídica*, Santiago, 1992, Nº 143, p. 76.

[40] ACOSTA (n. 29), p. 248.

ble, como sucede, en general, con el profesional éste no se ha comprometido –simplemente porque no puede– a obtener un resultado, una determinada prestación para el deudor. Como suele explicarse, ni el abogado se obliga a ganar el juicio ni el médico a sanar, sino tan sólo a actuar del modo más diligente posible. Por lo mismo, si pierde el juicio, de ello no puede predicarse automáticamente su deber de reparar los daños que ello haya podido ocasionar.

### 2.3.2 La utilidad de la recepción de la clasificación para nuestro Derecho: la verdadera cuestión de fondo

Se acostumbra a plantear que la principal utilidad que aporta la recepción de la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado se da en materia probatoria, en el sentido de que en las primeras el examen de la culpa se mantiene no así en la segunda en que se suprime.

No obstante, debe advertirse que, admitida la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado, los problemas de calificación no se disipan porque la determinación de cuándo se está ante una obligación de medios o de resultado es compleja. De ese modo, aunque se supera, en principio, los efectos antes descritos en materia de culpa, acto seguido ello pasa por determinar con precisión ante qué tipo de obligación se está y ello, nuevamente, nos genera un nuevo problema. De hecho, la experiencia comparada revela lo sinuoso y variable que puede trazar la línea exacta entre ambas. Un ejemplo notable puede encontrarse con la responsabilidad por los daños causados antes, durante y después de la ejecución del contrato de transporte, donde las variaciones de la jurisprudencia francesa han sido notables[41]. En materia médica ello pasa, ciertamente, por la delimitación concreta de los ámbitos de competencia de cada especialidad médica y por la existencia o no de certeza en el resultado que las distintas actuaciones médicas pueden asegurar. Y ello, como se sabe, no es asunto sencillo.

En síntesis, bien sea mediante el expediente de aplicar la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, bien mediante la reinterpretación del alcance de la presunción contenida en el art.1547, el objetivo ha sido, en todos esos sistemas, desde luego, la aproximación de los regímenes resarcitorios contractual y extracontractual en materia de culpa y, también, la supervivencia de la responsabilidad por culpa en materia profesional.

Y es que, en verdad, ni aun el reconocimiento de la distinción en estudio permite superar el problema de fondo que está envuelto en la responsabilidad

[41] Resulta elocuente el comentario de Corinne MASCALA, "Accidents de gare: le déraillement de l'obligation de sécurité", in *Dalloz*, Paris, 1991, p. 80 y ss.





civil del profesional, o de ella en general, y es el de la justificación que en el presente tiene una concepción dualista de la misma, que construye el deber de responder a partir de dos regímenes resarcitorios con hondas diferencias de trato ante el daño. En otros términos, en la responsabilidad profesional volvemos a encontrar los problemas permanentes a que esa construcción nos expone. Por lo mismo, antes de abogar por expedientes o vías que permitan eludir las injusticias de trato que ello suponen bien para la víctima, bien para el responsable, parece, más bien, que debiéramos preguntarnos antes acerca de la injusticia o lógica de la existencia de dos regímenes resarcitorios tan distintos.

Y desde esa perspectiva, si esa distinción se justifica o explica en el seno de la contratación clásica, en la moderna ella resulta difícil de explicar. En efecto, gran parte de la diferencias que se admiten para el ámbito contractual se justifican en el respeto a la autonomía de la voluntad, a la libre negociación que, entre partes iguales, se asume ha existido con anterioridad al contrato. En otros, términos, se construyen sobre la idea de un contrato libremente negociado, de *un contrato a la romana*. Es lo que sucede, de modo especialmente importante, con la responsabilidad profesional o del médico, donde esa figura resulta inaplicable porque la calificación entre contractual y extracontractual plantea especiales dificultades, desde que su aplicación no es nítida: en muchos casos el quehacer profesional constituye una zona fronteriza. Además, su aplicación estricta puede conducir a resultados aún peores que los que se quiere evitar, pues en muchos casos los daños producidos alcanzan no sólo a la contraparte –el paciente o el cliente– sino, también, a terceros que, por aplicación de la distinción, quedan finalmente sujetos a un régimen distinto de reparación cuando el daño es exactamente el mismo.

De ahí que, en varios autores como Geneviève Viney en Francia o sistemas como el argentino en que así se ha abogado en conclusiones de varias Jornadas de Derecho Civil[42], se esté propiciando la elaboración de un régimen especial o autónomo que "atienda a la importancia o trascendencia de la actividad" y que supere la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, entendiendo que toda la responsabilidad de los profesionales debe estar sometida a un mismo régimen y sea que el daño afecte a una de las partes o a un tercero[43].

[42] Jornadas nacionales citadas por Roberto VAZQUEZ FERREIRA, "Las obligaciones de seguridad", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Nº 5545, 1987, p. 23.

[43] Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, in Jacques GESTHIN, *Traité de droit ciivl. Les conditions de la responsabilicé*, 3ª ed., Paris, Edit. LGDJ, 1998, pp. 512-513 y 524-526.

## III. A modo de conclusión

En síntesis, la recepción de las obligaciones de medio y de resultado en nuestro Derecho es aún un tema pendiente en cuanto su utilidad está condicionada a la comprensión final que nuestro sistema, en particular la jurisprudencia, tenga de la naturaleza de la responsabilidad civil del profesional liberal y, muy especialmente, del profesional médico o sanitario.

Más aún, habida cuenta del sentido y efectos que su recepción ha tenido en otros países, antes que abogar por su recepción como vía para superar las diferencias de trato al daño que la división en dos sedes plantea en materia de responsabilidad del profesional, y en especial del médico, y reproducir la evolución en la materia, parece imprescindible que nos pronunciemos y dilucidemos si defendemos a ultranza la distinción en dos regímenes de la responsabilidad o no y, en particular, si ello se justifica cuando se trata de la responsabilidad del profesional.

Una vez dilucidada esa cuestión, podría, entonces, construirse un régimen conjunto de las obligaciones del profesional o del médico y ahí la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado puede desplegar su utilidad final al importar un reconocimiento de que no todas las obligaciones que derivan de la prestación de servicios médicos son idénticas y que, por lo mismo, más que un sistema de prueba de la culpa, deben existir varios sistemas dependiendo del tipo de obligación.



# LA COBERTURA DOGMÁTICA DE LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DISTINCIÓN OBLIGACIONES DE MEDIOS/OBLIGACIONES DE RESULTADO[1]

## (UNA APROXIMACIÓN A TRAVÉS DE CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA)

*Hugo A. Cárdenas Villarreal*

"Pensar el derecho es describirlo en proceso,
verificar los cambios para ver sus estructuras y funcionamiento.
Las teorías suelen construir modelos que una vez implantados
tienden a perpetuarse olvidando que alguna vez fueron
ideas y pensamientos, que fueron pieza de disputa y enfrentamiento,
que comenzaron por ser una idea marginal antes
de ocupar el centro del texto de la historia".
Sebastián Tedeschi, "El Waterloo del Código civil napoleónico",
en AA.VV., *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

## Introducción

Básicamente, por efecto de la interpretación dada a la regla contenida en el artículo 1547 (en relación con los artículos 1671 y el 1698 del *CC*) es que, con excepción de las tempranas obras de Orlando Tapia Suarez[2] y de David Stitchkin Branover[3], tradicionalmente se ha rechazado la aplicación en nuestro Derecho de la célebre distinción atribuida a René Demogue entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. Arturo Alessandri

[1] Este trabajo tiene como antecedente la ponencia "La recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado y otros expedientes probatorios unificadores de la responsabilidad civil médica", presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, publicadas en Carlos Pizarro Wilson (coord.), *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, Legal Publishing, 2008, vol. IV, pp. 315-331.

[2] Orlando Tapia Suarez, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, memoria de prueba, Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado, Escuela Tipográfica Salesiana, 1941. La obra fue reimpresa con notas de José Luis Diez Schwerter por Lexis Nexis en 2006, sobre el tema de las obligaciones de medios y de resultados véase p. 498 y ss.

[3] David Stitchkin Branover, *El mandato civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950, p. 452 y ss.

llegó a escribir que la distinción sería "inaceptable en nuestra legislación"[4], pues tratándose de obligaciones contractuales, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe siempre al deudor, porque es quien ha debido emplearla, y la ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación. No obstante lo anterior, hoy prácticamente la totalidad de la doctrina nacional se refiere a la distinción con diferente profundidad[5], y autores tan influyentes como René Abeliuk, que antaño negaban su procedencia, atestiguan que los tribunales la aplican, e incluso se muestran favorables a que en el futuro se modifique el *Código Civil* para darle acogida legislativa[6].

Como se indica en la rúbrica, en el presente trabajo intentamos sistematizar y dar una explicación a algunas de las soluciones que la jurisprudencia ha ido

[4] Arturo ALESSANDRI, *De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 58, n. 4. En el mismo sentido, Vicente ACOSTA, *De la responsabilidad civil médica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 249 y 250; Lorenzo DE LA MAZA RIVADENEIRA, "La responsabilidad que puede derivar de la actividad médica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15, Nº 1, Santiago, 1998, p. 29; René ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo I, p. 181. Para Pablo RODRÍGUEZ, *La obligación como deber de conducta típica*, Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1992, p. 328 y ss., la distinción no sería aceptable, pues "no hay obligaciones de resultado". Para el autor, toda obligación se encuentra "tipificada en la ley" y ella está descrita como un deber de conducta, de donde deduce que toda obligación es en realidad una obligación de medios.

[5] Ramón MEZA BARROS, *Responsabilidad civil*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1980, p. 58 y ss.; Jorge BARAONA GONZÁLEZ, "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, Nº 1, Santiago, 1997, pp. 151 a 177; Eduardo COURT MURASSO, "Responsabilidad civil médica", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 19, Valparaíso, 1998, p. 227 y ss.; Álvaro VIDAL OLIVARES, "Responsabilidad civil del profesional médico", en *Revista de Derecho*, Nº 8, Santiago, Consejo de Defensa del Estado, diciembre, 2002, p. 165 y ss.; Alejandro GARCÍA GONZÁLEZ, *Responsabilidad civil contractual. Obligaciones de medios y de resultado*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2002; Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ, "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", en *Revista de Derecho*, vol. XV, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2003, p. 87 y ss.; Hernán CORRAL TALCIANI, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 280 y ss.; Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 222 y ss.; René RAMOS PAZOS, *De las obligaciones*, Santiago, Editorial, Lexis Nexis, 2005, p. 22 y ss.; Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 657 y ss.; Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, "La culpa en el derecho civil chileno. Aspectos generales", en *Revista Anales de Derecho UC. Temas de responsabilidad civil*, Santiago, Ed. Legis, 2008, p. 121 y ss. Derechamente sobre la aplicabilidad de la distinción en el Derecho chileno, Carlos PIZARRO WILSON, *Étude critique de la responsabilité contractuelle en droit positif chilien*, tesis de doctorado, Paris, Université Paris II, Panthéon Assas, 2003, 1ª partie, chapitre II, section II.

[6] René ABELIUK MANASEVICH, *Las obligaciones*, 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo I, p. 221.





adoptando al aplicar esta distinción para resolver casos de responsabilidad civil por actos médicos. Se trata de una primera aproximación dogmática de carácter tópica a un tema de gran complejidad sustantiva y procesal, por lo que parte importante del tratamiento del régimen jurídico de las obligaciones de medios ha sido deliberadamente postergado, para concentrarnos en el problema de la recepción de la distinción en el ordenamiento jurídico chileno.

En lo medular, sostendremos que el artículo 1547 del *CC* no contiene un principio general aplicable a todo tipo de obligaciones contractuales, y que al no ser aplicable a las obligaciones indeterminadas de actividad (obligaciones de medios), el mismo no es un obstáculo para la recepción de la distinción y del más controvertido de sus efectos: la variación de la regla dogmática que distribuye la carga de la prueba de la culpa.

Estructuralmente, el trabajo esta dividido en tres partes. En la primera, se dará cuenta de la recepción que han hecho los tribunales de la distinción a través de algunos de los fallos más emblemáticos que han pasado por la Corte Suprema en los últimos años; en la segunda, se abordarán los principales problemas dogmáticos que provoca la recepción de la distinción en el ordenamiento jurídico nacional. Se analizará en esta parte el ámbito de aplicación de los artículos 1547 y 2158 del *CC*; los efectos sistémicos de la distinción y los efectos respecto de la carga de la prueba de la culpa. Por último, en la tercera parte, se exponen sistemáticamente algunos de los expedientes jurisprudenciales que nuestros tribunales han estado utilizando para morigerar la carga de la prueba de la culpa que pesa sobre el paciente/acreedor.

## I. RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DISTINCIÓN

Si bien la recepción jurisprudencial de la distinción es más bien tímida en los tribunales superiores, la cosa es radicalmente distinta en la primera instancia, donde ya no resulta extraño observar resoluciones del siguiente tenor:

> "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"[7](lo destacado es nuestro).

[7] Sentencia del 26° Juzgado Civil de Santiago, 15 de julio de 2003, rol. 31139-2001 (el pronunciamiento fue confirmado con voto disidente por la CA. Santiago, 2 de agosto de 2004, rol 7700-03, y por la CS. 25 de marzo de 2008, rol 4931-2006). En sentido similar, en "Torres

En "Myriam Pedreros y otros con Dr. Armando Pinto y Clínica Santa María (caratulado Contreras con Clínica Santa María)", caso en que se extravió un examen citopatológico (biopsia) en el laboratorio de la Clínica, la Corte de Apelaciones de Santiago expresó

> "que en la especie, cabe consignar que estamos en presencia de una *obligación de resultado*, en la medida que el médico ha prometido lograr un determinado análisis sobre un 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"[8] (es la Corte quien resalta).

Velásquez con SS. de Talcahuano", se argumentó que "en este aspecto cabe precisar, en primer lugar, que la doctrina y la jurisprudencia han aceptado, una diferencia en la esencia del concepto de la obligación médica, en el sentido que en la dualidad de ésta como obligación de medio u obligación de resultado, se ha concluido que aquella asumida por el médico frente al paciente, es una típica obligación de medio, concepto que se contrapone a la obligación de resultado, desde que el profesional, como agente del Estado o como particular, no se compromete a curar al enfermo, sino que solamente a poner sus conocimientos y su experiencia en la forma más diligente posible, con vista al mejoramiento del atendido. Reiteremos, entonces, que la obligación del médico no consiste en la de curar al enfermo, sino en atenderlo con prudencia y diligencia. Prudencia y diligencia que tiene que ser analizada dentro de un contexto real y objetivo, en relación con los medios materiales, humanos y personales del o de los imputados, en un ambiente de servicio público asistencial, de las características, como en la especie, del Hospital Las Higueras de Talcahuano". La sentencia fue revocada por una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que entre otros puntos de interés sostuvo: "a título de daño emergente, el Servicio de Salud Talcahuano deberá proporcionar al menor la atención de salud que requiera: tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, hospitalizaciones en el Hospital Higueras o en cualquier establecimiento de salud público o privado". Las dos resoluciones mencionadas junto con la sentencia de la Corte Suprema pueden verse en Lexis Nexis, Nº 31322.

[8] Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 2006, rol. 5615-2001 (contra la sentencia de la CA, se dedujo recurso de casación que fue rechazado por la sentencia de la CS. de 7 de abril de 2008, rol 6113-06). Aunque sin mención expresa de la distinción, en el tristemente célebre caso "Ruiz con Laboratorios biológicos S.A. y otros" en el que se diagnosticó erradamente el virus del SIDA, la Corte Suprema mediante sentencia de 5 de noviembre de 2001 aplicó la presunción de culpa del artículo 1547 inc. 3º razonando sobre la base de que la obligación de tomar una muestra de sangre, etiquetarla y no confundirla es una obligación de resultado (la sentencia fue publicada en la *RDJ*, tomo 98, Santiago, sec. 1ª, p. 234 y ss., y en *GJ*, Nº 257, Santiago, 2001, p. 39 y ss. El fallo mereció el comentario de Ramón Domínguez Águila, "Daño moral contractual. Examen de laboratorio por VIH. Ausencia de norma que impida esa reparación en materia contractual. Comentario de jurisprudencia", en *RDUC*, Nº 209, Santiago, 2001, p. 233 y ss., y de Andrés Jana y Mauricio Tapia, "Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001", en *Temas de Responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídico*, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, Colección Derecho Privado, 2004, vol. I, p. 171 y ss.





Una argumentación similar fue la utilizada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso "Pedreros Rebolledo con Pinto Reyes" (rol. 5515-2001), en el que llama la atención cómo, a efectos de presumir la culpa, la Corte usa consecutivamente el argumento del art. 1547 inc. 3º del *CC*, el de los hechos negativos, y el de la obligación de resultado.

Pero sin duda el pronunciamiento más importante hasta la fecha, en atención a la jerarquía del tribunal, es el caso "Cabullanca Avedaño y otros *vs.* Dr. Antolín Toloza"[9]. En éste, la Corte Suprema, dictando sentencia de reemplazo el día 4 de octubre de 2007, sostuvo

> "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*"(el destacado es nuestro).

## II. La cobertura dogmática de la distinción en el ámbito nacional

### *1. La reinterpretación del artículo 1547 y el verdadero alcance del artículo 2158 del CC*

En términos generales, un estudio dogmático implica apoyar la solución del problema jurídico que se nos plantea en el Derecho Positivo vigente. Implica en nuestro caso particular, que la solución que se proponga encuentre respaldo en el articulado del *Código Civil* o en lo que la doctrina y la tradición acuerdan que dice el *Código*. Desde esta perspectiva de análisis es que se encuentran "complicaciones" a la aplicación y uso de la distinción en comento, pues se entiende que el artículo 1547.3 del *CC* contiene una regla general que pone la carga de la prueba de la culpa en el deudor incumplidor, y la aceptación de las obligaciones de medios, terminaría por variar esa regla.

Por lo mismo, la solución "dogmáticamente permitida" dentro de nuestra comunidad jurídica, pasa por encontrar una regla que se aplique particularmente al caso controvertido (la responsabilidad del galeno), o por entender

[9] Corte Suprema, 4 de octubre de 2007, rol. 3299-2007, Lexis Nexis, Nº 37455.

que el artículo 1547 inc. 3 del *CC* no tiene aplicación general. En lo que sigue argumentaremos a favor de una reinterpretación del artículo 1547 del *CC*, no obstante, antes nos haremos cargo de la solución que pretende salvar la aplicación de los efectos de la distinción aplicando las reglas del mandato.

### 1.1. Relativa utilidad de la solución que propone aplicar las normas del mandato

En los casos de responsabilidad por actos médicos, el solo pensar en una responsabilidad por culpa presunta como regla general, repudia al más elemental sentido de justicia y descubre dramáticamente la falta de fundamento que tiene la aplicación general de una regla como la contenida en el artículo 1547.3 del *CC*. Y es que si lo pensamos detenidamente, no hay razón que justifique una inversión de la carga de la prueba de la culpa para toda la gama de obligaciones que pueden surgir en el Derecho contemporáneo.

Como adelantamos, frente al problema descrito, la primera tentación que se nos puede presentar consiste en salvar el cuestionamiento que desde la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado se le dirige a la presunción general de culpa del artículo 1547.3 del *CC*, identificando una norma que rija en razón de especialidad a los profesionales, y que consigne para éstos los mismos efectos que la recepción de la distinción conseguiría para toda clase de actividades.

En este contexto, alguien podría sostener que en Chile no sería necesaria la recepción de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultados, puesto que es el mismo *Código* el que para el caso de las profesiones que "suponen largos estudios" pone la carga de la prueba en la persona del demandante paciente. El argumento se construiría de la siguiente manera: si el artículo 2118 del *CC* ordena que "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios... Se sujetan a las reglas del mandato", y el artículo 2158 no permite al mandante/paciente dispensarse de cumplir sus obligaciones "alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menor costo; salvo que le pruebe culpa", entonces, no es necesario aplicar la incómoda distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado, puesto que con la aplicación de las normas del mandato conseguiríamos el mismo efecto respecto de la carga de la prueba de la culpa.

A nuestro juicio, la solución descrita presenta debilidades argumentativas y sustantivas que no recomiendan su uso normativo generalizado respecto de la responsabilidad civil del facultativo. En primer lugar, porque el artículo analizado está regulando unas específicas hipótesis de cumplimiento, lenguaje que, como ya se ha hecho notar en el Derecho Comparado, no conviene con-





fundir con el de la responsabilidad civil[10]. En segundo lugar, porque aceptar de manera general, que la culpa del facultativo siempre debe ser probada por el paciente (no se presume) porque así lo dicta el art. 2158 del *CC*, llevaría finalmente a afirmar una regla general inversa a la del artículo 1547 del *CC*, y, en consecuencia, a negar la inversión de la carga de la prueba en casos en que ésta sí se justifica, es decir, en los casos en que nos encontremos ante el incumplimiento de una obligación médica de resultado.

Si examinamos detenidamente el texto de la norma[11], advertiremos que la misma está regulando el caso en que el mandante pretende excusarse de cumplir las obligaciones de reembolso de gastos que el artículo le impone y, que en ningún momento está dando una pauta general respecto del régimen de prueba de la culpa a efectos de imputar responsabilidad por incumplimiento al mandatario, como ya lo observó en su momento el decano Alessandri[12] al advertir respecto del último inciso del 2158 que

> "...el mandante deberá probar la culpa del mandatario, no para hacer efectiva la responsabilidad de este por inejecución de sus obligaciones, sino para dispensarse él mismo de cumplir con las que, a su vez el mandato le impone a favor del mandatario".

El mencionado precepto no puede sino interpretarse de esta manera, pues para una exégesis más extensiva sería necesario soslayar su sintaxis, específicamente la frase que prohíbe al mandante dispensarse de cumplir ciertas obligaciones, lo que a todas luces más que una interpretación, resulta ser una tergiversación. A mayor abundamiento, la opinión de la doctrina más autorizada en la materia[13], considera que la prueba de la culpa del mandatario está sujeta a las normas de Derecho Común y; que dependiendo de si nos

[10] Por todos cfr. Mariano Yzquierdo Tolzada, "La responsabilidad civil médico sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia", en *Derecho Sanitario*, vol. 9, N° 1, Madrid, enero-junio, 2001, p. 40 y ss.

[11] Por lo que aquí nos interesa, la norma prescribe: "No podrá el mandante *'dispensarse'* de cumplir *'estas'* obligaciones... salvo que le prueba culpa".

[12] Alessandri (n. 4), pp. 42-43, n. 3.

[13] Para Stitchkin (n. 3), p. 453, el artículo 2158 del *CC*: "no se refiere a los casos en que el mandatario no ha ejecutado el encargo, lo ha ejecutado parcialmente, ha retardado su ejecución o lo ha ejecutado infringiendo las instrucciones del mandante. Por el contrario, parte del supuesto que el negocio se ha realizado totalmente, pues de otro modo no es posible que el mandatario alegue 'que no ha tenido buen éxito' o 'que pudo desempeñarse a menos costo'. Si ya se discute el éxito obtenido o los gastos en que ha incurrido el mandatario, es porque el negocio se ha realizado; vale decir, el mandatario a dado cumplimiento a las obligaciones que determinadamente contrajo, de ejecutar el negocio en forma y tiempo convenidos y ajustándose a sus poderes".

encontramos ante una obligación de medios o de resultado (indeterminada o determinada en palabras de David Stitchkin) recaerá sobre el acreedor la carga de la prueba de la culpa, razonamiento que excluye una única regla general para todo tipo de obligaciones. El maestro de Concepción, tras anotar que basta que el mandante pruebe la existencia de la obligación incumplida para que se presuma o entienda que el incumplimiento es culpable, previene que es necesario hacer un distingo de importancia a efectos de la prueba, en lo tocante a las causas que generan la responsabilidad del mandatario.

Sostiene la doctrina citada:

> "Cuando la responsabilidad proviene de la inejecución del negocio encomendado, bastará al mandante probar la existencia del contrato y el monto de los perjuicios que el incumplimiento le ha irrogado. Probada la existencia del contrato quedará acreditada la obligación que contrajo el mandatario de llevarlo a cabo y éste sólo podrá exonerarse de responsabilidad probando que lo ha ejecutado o que la inejecución se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor. Lo mismo ocurre si se trata de incumplimiento parcial. Al mandante le bastará acreditar la ejecución parcial del negocio y los perjuicios que le ha irrogado la inejecución del resto. Con ello quedará establecida la responsabilidad del mandatario y su obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento"[14].
>
> "Del mismo modo, si el mandatario ha ejecutado el encargo violando las instrucciones del mandante, éste solo deberá probar la existencia del mandato y de las instrucciones infringidas, las cuales pueden estar contenidas en el mismo título o en actos separados... O sea, en los casos anteriores solo cabe aplicar las reglas generales que rigen la prueba de las obligaciones y de su extinción, artículos 1698 y 1547"[15].
>
> "Pero junto a estas obligaciones determinadas en cuanto a su objeto –ejecutar el negocio, atenerse a las instrucciones que le ha dado el mandante, etc.– existe otra que podríamos calificar de indeterminada y que consiste en el deber general de diligencia y cuidado que pesa sobre todos los individuos que viven en sociedad y cuya infracción da origen a la responsabilidad extracontractual, con la diferencia que la primera va incorporada expresamente en el contrato de mandato y el segundo es ajeno a toda relación contractual"[16].
>
> "Del carácter 'indeterminado' que reviste la obligación del mandatario de obrar con el cuidado de un buen padre de familia, resulta una

[14] STITCHKIN (n. 3), p. 451.
[15] *Op. cit.*, p. 452.
[16] *Ibid.*





> consecuencia de interés en lo tocante a la prueba. En efecto, pesa sobre el mandante la necesidad de probar que el mandatario ha infringido esa obligación y sólo una vez que se acredite surgirá la del mandatario en orden a probar que ha empleado el cuidado suficiente o que ha ocurrido un caso fortuito o fuerza mayor que le exonere de responsabilidad"[17].

Es dudoso que las normas del mandato sean hoy aplicables a los profesionales de la salud, pero aun admitiendo esta posibilidad, debe ser rechazada la interpretación dada al artículo 2158 del *CC* en tanto que sería la norma que prescribiría con carácter general (para todo tipo de obligaciones) que la prueba de la culpa necesaria para imputar responsabilidad recae sobre el mandante/paciente, haciendo innecesaria la recepción de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado.

### 1.2. Nuestra posición.
### La solución que propone reinterpretar el artículo 1547 del *CC* y restringir su alance respecto de la distribución de la carga de la prueba

En realidad, las dificultades de aplicación del artículo 1547 del *CC* son más bien aparentes y responden a una lectura fosilizada del *Código Civil*. A grandes rasgos, uno de los argumentos que utiliza la doctrina, que niega la aplicación de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado es, que como el *Código Civil* no establece diferencias, su artículo 1547 contiene una regla que determina que la carga de la prueba correspondería al deudor/médico, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación de que se trate.

En nuestra opinión, la distinción no encontraría ninguna dificultad en cuanto entendemos que el artículo 1547 del *CC* no contiene una regla de aplicación general, sino que se aplicaría exclusivamente al género de las obligaciones de resultado, sobre todo a aquella obligación de entrega y conservación de la cosa que se debe. La anterior afirmación la basamos en los siguientes argumentos:

#### A. De la frase "la prueba de la diligencia incumbe a quien a debido emplearla" no se sigue lógicamente que en todos los casos se responda por culpa presunta

En nuestro medio es frecuente recurrir o hacer referencia a la "generalidad de los términos" en que una norma está redactada, cuando se intenta dar aplicación general o extensiva a la misma. No obstante lo anterior, y aun

[17] STITCHKIN (n. 3), p. 452.

reconociendo que el mencionado recurso retórico ha funcionado en muchos casos como una eficiente herramienta integradora del Derecho, no se puede ignorar la falsedad de la premisa en la cual se sustenta y su falta de implicación o de atingencia. Y es que de una redacción en términos abstractos no se sigue *(non sequitur)* una aplicación extensiva del precepto, pues, salvo contadas excepciones, todas las normas poseen en mayor o menor medida un alto grado de generalidad, sin que podamos derivar que todas tienen aplicación general. Sobre la base de la misma lógica, más difícil resulta aceptar que esas mismas normas, en función de su redacción abstracta, representan principios generales como la pretendida presunción de culpa que para todo tipo de contratos y de obligaciones contendría el artículo 1547 del *CC*.

Si un argumento no es sólido, lo cual significa, o bien que no es válido, o bien que no todas sus premisas son verdaderas, entonces no sirve para establecer la verdad de la conclusión[18]. Como es falso que la sola generalidad de la redacción sea pábulo para destinar a la norma una aplicación generalizada, no cabe sino concluir que dicho razonamiento no proporciona la solidez suficiente[19] para erigir una norma como principio general.

Pasando por alto que el artículo 1547 del *CC* parece estar refiriéndose únicamente a la culpa en contratos que contienen obligaciones determinadas de dar, queremos insistir en que se nos hace difícil imaginar que una sola regla pueda ordenar con justicia la gran variedad de contratos y obligaciones que se nos presentan en el Derecho contemporáneo. Si dejamos un poco de lado el prejuicio racionalista que Luis Recaséns Siches[20] caracterizaba como el *fetichismo de lo general*, no nos sería difícil imaginar que la culpa contractual pueda –en un ordenamiento jurídico como el nuestro–, ser presumida en ciertos casos; que haya que probarla en otros y; que en otros tantos, ni se presuma ni haya que probarla, puesto que aparecerán supuestos de responsabilidad contractual puramente objetiva[21].

[18] Irwing Copi y Carl Cohen, *Introducción a la lógica*, México D.F., Ed. Limusa, 1997, pp. 75-80. Los autores explican que en un argumento la única forma de garantizar la verdad de una conclusión es estableciendo la validez del razonamiento y la verdad de sus premisas. En el mismo sentido, Juan Rivano, *Lógica elemental*, Santiago, Editorial Universitaria, 2004, p. 132.

[19] Algunos autores denominan como *proton pseudos* al error argumental que se comete cuando entre las premisas de un razonamiento al menos una de ellas no es verdadera, y se pretende pasar la conclusión por cierta. En este sentido: Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1998, p. 359.

[20] Luis Recaséns Siches, *Antología 1922-1974*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 205.

[21] En sentido similar dice Javier Tamayo Jaramillo, *Sobre la prueba de la culpa médica*, Bogotá, Ed. Diké, 2003, p. 55: "no nos interesa justificar o negar la distinción, pero una cosa es cierta: cualquiera sea la posición que se adopte, en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, la





B. El art. 1547 inc. 3° del *CC* solamente le es aplicable a las obligaciones de resultado

El artículo 1547 del *CC* está pensado principalmente

a) para las obligaciones de dar y no para las obligaciones indeterminadas de hacer, como lo demuestra su fraseo,
b) su ubicación geográfica en el articulado del *Código* y
c) la comparación con la fuente tanto doctrinaria (Robert Pothier) como legislativa *(Code)* que nuestro codificador indudablemente utilizó como modelo en esta materia.

a. Respecto del fraseo

Basta con leerlo para que el intérprete pueda cotejar que el legislador al momento de redactar la norma, cuando menos, tenía como modelo una obligación de dar. En efecto, al prescribir el mencionado artículo en su inciso 2°,

> "El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos *que no hubieran dañado la cosa debida*, si hubiese sido entregada al acreedor)..." (lo destacado es nuestro),

resulta muy difícil sujetar una interpretación tendente a una aplicación generalizada, pues el texto entre paréntesis ejemplifica precisamente con la cosa debida, y ya se sabe como para Andrés Bello "los ejemplos ponen a la vista el verdadero espíritu y sentido de la ley en sus aplicaciones"[22].

Desde otra perspectiva, la tesis descrita adquiere mayor claridad si hacemos el ejercicio de cotejar su actual texto con su ascendiente normativo. Y es que el texto completo del art. 4 del título XI del Proyecto de Código Civil presentado por Andrés Bello en 1842[23] únicamente decía:

> "La obligación de *conservar la cosa* existe siempre que se emplee en su custodia el cuidado de un buen padre de familia; pero *esta obligación es más o menos estricta según la naturaleza del contrato*. El deudor nunca es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo

responsabilidad civil se funda en algunos casos en la culpa probada, mientras que en otros, dicha prueba no se exige, acudiéndose unas veces a la noción de culpa presunta; otras, a la de responsabilidad presunta; y otras, a la responsabilidad objetiva".

[22] Cfr. Antepenúltimo párrafo del mensaje del *Código Civil* chileno.

[23] Andrés Bello, *Obras completas*, Santiago, Editorial Universidad de Chile, 1932, tomo III: Proyecto de Código Civil, tomo I, p. 177. La redacción definitiva del actual artículo 1547 del *CC* no apareció hasta el Proyecto de 1847.

el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa, si hubiese sido entregada al acreedor), o *que se haya obligado a ello expresamente, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa*" (lo destacado es nuestro).

Si se observa cuidadosamente, el artículo recién transcrito ya contenía todas las partes estructurales del actual artículo. Así, la frase "esta obligación es más estricta según la naturaleza del contrato", no es más que una fórmula resumida de la tripartición de las culpas[24]. Pero el punto que intentamos resaltar, es que en el contexto descrito, el agregado "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo...", parece tan solo advertir, a quién le corresponde la carga de la prueba de la excusa liberatoria (casus) que el propio artículo contemplaba para la obligación de conservación de la cosa.

b. Respecto de su ubicación geográfica
en el articulado del *Código*

Si se lee con atención el título XII del libro IV, tras los dos primeros artículos que claramente tienen pretensión de aplicación general (arts. 1545 y 1546), es notorio que el legislador ubica el 1547 entre los que reglamentan las obligaciones de dar y bastante alejado de aquéllos que regulan las obligaciones de hacer y de no hacer. Así, haciendo abstracción del art. 1547, el artículo 1548 inicia afirmando: "La obligación de dar contiene..."; el art. 1549 reza: "La obligación de conservar la cosa..."; el art. 1550, a su vez, reitera: "el riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor..."; y no es hasta el art. 1553 cuando el codificador empieza a reglamentar las obligaciones de hacer al prescribir, "Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora..."; siguiendo en el art. 1554 con la regulación de otra típica obligación de hacer (la proveniente del contrato de promesa) y finalizando la tipología en el art. 1555 al referir que "toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios...".

c. Respecto de las fuentes legislativas y doctrinarias
que Andrés Bello tuvo a su alcance

Son tremendamente reveladoras en apoyo de nuestra tesis la redacción del *Code* y los escritos de Robert Pothier en relación con la tripartición de las culpas.

[24] De hecho, es la fórmula que utiliza Robert Joseph POTHIER, *Tratado de las obligaciones* (según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M.C. de la Cuevas), Buenos Aires, Ed. Heliastra, 1993 p. 83, justo antes de referir que en el *Digesto* 5,2. aparece la regla de la tripartición y, también justo antes de afirmar, que la misma "recibe, sin embargo, numerosas excepciones...".





La comparación con la sistemática del *Código Civil* francés, arroja mucha luz sobre nuestro asunto, pues como se verá, nuestro codificador, habiendo seguido prácticamente al pie de la letra la redacción del *Code*, se permitió dos variaciones que se ubicarán en la raíz de nuestro problema: por un lado, introdujo el artículo 1547 y, por otro, suprimió las rúbricas en las que el codificador francés dejaba en claro a que tipo de obligaciones se estaba refiriendo.

*Código civil* chileno
DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

Art. 1545. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Art. 1546. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.

*Art. 1547. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.*

*El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.*

*La prueba de la diligencia o cuidado al que ha debido emplearlo, la prueba del caso fortuito al que lo alega.*

*Todo lo cual se entiende, sin embargo, sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las disposiciones expresas de las partes.*

Art. 1548. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa; y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además

*Código Civil* francés[25]
DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES
Sección I
Disposiciones generales

Artículo 1134. Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado.

Podrán ser revocados por mutuo consentimiento, o por las causas que autoriza la ley.

Deberán ser ejecutados de buena fe.

Artículo 1135. Los acuerdos obligarán no sólo a lo expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza.

Sección II
De la obligación de dar

Artículo 1136. La obligación de dar comportará la de entregar la cosa y la de conservarla hasta la entrega, bajo pena de in-

[25] La traducción del texto francés puede verse en http://www.legifrance.gouv.fr. La traducción fue hecha por la Dra. Michèle Mestrot, profesora de la Universidad de Pau y de los Países de l'Adour; el profesor Dr. José Javier Hualde Sanchez, catedrático de la Universidad del País Vasco (San Sebastián-Gipuzkoa); el profesor Dr. Christian Larroumet, catedrático de la Universidad de París II y el profesor Dr. Jean-Jacques Lemouland, catedrático de la Universidad de Pau y de los Países de l'Adour.

la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no se ha constituido en mora de recibir.

Art. 1549. La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado.

Art. 1550. El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor; salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega.

Art. 1551. El deudor está en mora.

1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;
2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;
3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

Art. 1552. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Art. 1553. Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;
2ª Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a ex pensas del deudor;
3ª Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

Art. 1554. La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurran las circunstancias siguientes:

1ª Que la promesa conste por escrito;
2ª Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces;
3ª Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato;
4ª Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente.

Art. 1555. Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que sé allane a prestarlo.

El acreedor quedará de todos modos indemne.

demnización por daños y perjuicios hacia el acreedor.

Artículo 1137. *La obligación de velar por la conservación de la cosa, bien que el acuerdo tuviera por objeto sólo la utilidad para una de las partes o bien la utilidad común, someterá a quien esté encargado de ella al deber de aportarle todos los cuidados de un buen padre de familia.*

*Esta obligación se extenderá en mayor o menor medida a ciertos contratos, cuyos efectos, a este respecto, se explicarán en los títulos correspondientes a los mismos*[26].

Artículo 1138. La obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes.

Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición no se haya todavía efectuado, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo riesgo de éste último.

Artículo 1139. El deudor se constituirá en mora, bien mediante una acusación de la mora o por otro acto equivalente, tal como una carta de cuyos términos se pueda deducir una interpelación suficiente, o bien por el efecto del acuerdo, cuando comporte que, sin que haya necesidad de ninguna actuación y por el simple vencimiento del plazo, el deudor quedará constituido en mora.

Artículo 1140. Los efectos de la obligación de dar o de entregar un inmueble están regulados en el título "De la venta" y en el título "De los privilegios e hipotecas".

Artículo 1141. Si la cosa que alguien se hubiera obligado a dar o a entregar a dos personas sucesivamente, fuera puramente mobiliaria, aquella de las dos que hubiera sido puesta en posesión real será preferida y quedará como propietaria de ella, aunque su título fuera de fecha posterior, siempre que la posesión fuera de buena fe.

Sección III

De la obligación de hacer o de no hacer

Artículo 1142. Toda obligación de hacer o de no hacer será resuelta con indemnización por daños y perjuicios, en caso de incumplimiento por parte del deudor.

Artículo 1143. No obstante, el acreedor tendrá derecho a pedir que aquello que hubiera sido hecho incumpliendo el compromiso, sea destruido; y podrá hacerse autorizar para destruirlo a cargo del deudor, sin perjuicio de reclamarle por daños y perjuicios si hubiera lugar.

Artículo 1144. El acreedor podrá también, en caso de incumplimiento, ser autorizado a hacer cumplir él mismo la obligación a cargo del deudor. Éste podrá ser condenado a adelantar las sumas necesarias para dicho cumplimiento.

Artículo 1145. Si la obligación fuera de no hacer, aquel que la incumpliera deberá

[26] Al comparar el artículo 1137 del *Code*, con el mencionado antecedente normológico del artículo 1547 del *CC*, ("La obligación de conservar la cosa existe siempre que se emplee en su custodia el cuidado de un buen padre de familia; pero esta obligación es más o menos estricta según la naturaleza del contrato. El deudor nunca es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa, si hubiese sido entregada al acreedor), o que se haya obligado a ello expresamente, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa"), no quedan dudas de que se trata de la misma regla, aunque en el *Código* chileno se le hayan suprimido los acápites.

pagar daños y perjuicios por el solo hecho del incumplimiento.

Artículo 1147. El deudor será condenado, si hubiera lugar, al pago de daños y perjuicios, bien en razón del incumplimiento de la obligación, o bien en razón del retraso en el cumplimiento, siempre que no justifique que el incumplimiento proviniera de una causa extraña a él y que no le pueda ser imputada, sin que hubiera habido mala fe por su parte[27].

Con respecto a la fuente doctrinaria, basta una mirada al celebre texto de Robert Pothier, del que Andrés Bello tomó, con seguridad, al menos el inciso 1º del artículo 1547 para corroborar que el autor francés no daba aplicación general a la regla que contenía la tripartición de las culpas, refiriéndola únicamente a las obligaciones de dar y, que aun dentro de estas obligaciones, el insigne jurista reconocía numerosas excepciones a la aplicación de la regla[28].

En palabras del propio Robert Pothier y bajo la rúbrica "De la obligación de dar",

> "cuando es un cierto cuerpo lo que hace el objeto de la obligación, la obligación tiene todavía ese efecto respecto al deudor, que le obliga a tener un cuidado conveniente para la conservación de la cosa...",

y respecto del grado de cuidado que se debe tener en relación con la conservación de la cosa y, previo a citar el precepto romano que también regula la conservación de la cosas afirma:

> "El cuidado que se debe poner a esta conservación es diferente, según la diferente naturaleza de los contratos o cuasicontratos de donde desciende la obligación"[29].

Como se puede observar, la fuente doctrinaria no se refiere a una presunción general al regular la materia que recoge nuestro artículo 1547 (tripartición de culpas), ya que sólo se refería a obligaciones de dar cuerpo cierto. Por lo mismo, el artículo 1547 y cualquier generalización que de él mismo se pre-

[27] Algunos autores suelen ver en este artículo la base legal para alojar las obligaciones de resultado en el Código Civil Francés.

[28] POTHIER (n. 24), p. 83 y ss.

[29] *Ibid.*





tenda, tendría como límite de aplicación los territorios de las obligaciones de dar un cuerpo cierto, y aún dentro de éstas, reconocía el propio Robert Pothier, la regla recibiría, "...numerosas excepciones..."[30].

Respecto de la presunción de culpa a la que –dicho sea de paso– no se refirió el autor galo, parece claro que la disposición contenida en el artículo 1547 inciso 3º, en estricta teoría, lejos de ser una regla general para todo incumplimiento contractual, no podría regular más que la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de dar, y por lo tanto, no sería más que una reiteración de la regla contenida en el art. 1671 del *CC* que, respecto de la pérdida de la cosa que se debe, presume la culpa del deudor.

Difícilmente se puede atribuir a un mero descuido la generalización que del régimen de las obligaciones de dar hizo Andrés Bello, pues, bien vistas las cosas, perfectamente se pudo tratar de una decisión reposada. En su época, y mucho tiempo después de ella –como reconoce Luis Claro Solar– ese tipo de obligaciones ha sido en nuestro entorno[31] la más común de las obligaciones utilizadas por los privados para proveerse los bienes necesarios para conseguir sus fines vitales[32]. Desde el punto de vista técnico, Andrés Bello sólo tuvo que hacer uso de la operación denominada por Alejandro Guzmán Brito de *ampliación de*

[30] POTHIER (n. 24), p. 83 y ss.

[31] Son reveladoras las palabras de Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, tomo undécimo: De las obligaciones, II, p. 499 y ss. cuando afirma: "el Código francés se refiere a la prestación de la culpa solamente al tratar de la obligación de velar por la conservación de la cosa en las obligaciones de dar. Ha influido seguramente en ese procedimiento de sus redactores el ejemplo de Pothier que se refiere también a la prestación de la culpa en los efectos de esta clase de obligaciones. Sin duda en ellas tiene más importancia y aplicación la teoría de la culpa; pero esto no significa que no deba presentarse en las obligaciones de hacer o no hacer, como lo advierten los comentadores de ese Código generalizando las reglas referentes a esta responsabilidad de los contratantes.

Por lo demás Pothier, al referirse a esta prestación de la culpa en las obligaciones de dar, establece las reglas a que en general se haya sujeta; y como se trata de una prestación que tienen lugar en toda clase de contratos y por lo mismo de obligaciones, nuestro Código ha hecho bien en consignarlas como efecto de los contratos en una disposición especial que los comprende a todos".

[32] En este sentido Álvaro VIDAL OLIVARES, "El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento", en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, p. 495 y ss.; del mismo autor, "La prestación de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil", en Hernán CORRAL y María Sara RODRÍGUEZ (coord.), *Estudios de Derecho civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmue, 2006*, Santiago, Lexis Nexis, 2006, p. 517 y ss.; Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, *Las obligaciones. Teoría general y clasificación. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 40-41.; Carlos PIZARRO WILSON, "Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual", en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007*, Santiago, Legal Publishing, 2007, pp. 397-398.

*normas*[33]. Mas lo que ahora nos interesa no es la técnica, sino el hecho de que los motivos que pudo haber tenido el codificador no se encuentran acorde con la realidad social de hoy y, por lo mismo, el criterio histórico e interpretación debe ser postergado.

Es dudoso que en la actualidad las obligaciones de dar hayan perdido su importancia tanto en número como en utilidad, sin embargo, es un hecho que en la medida en que ha aumentado la tercerización de la economía, también lo ha hecho el número de obligaciones de hacer en el tráfico jurídico. Sobre este proceso piénsese cómo en un rubro tan importante como las ventas inmobiliarias, la clásica obligación de dar, que encerraba la compraventa, se ha venido transformando, en la práctica, en obligaciones de hacer a través del contrato de promesa; o en materia de contratas (incluidos aquí los contratos cuyo objetivo esté constituido por servicios); o piénsese todo el campo obligacional generado por relaciones en las que (sin ser las profesiones liberales), el papel profesional articulado a través de un contrato de mandato cobra una gran relevancia como, por ejemplo, en la gestión que los bancos hacen de los créditos de sus clientes.

Sin duda, el cambio de actitud de "los consumidores" hacia los profesionales liberales ha puesto en evidencia el florecimiento de la categoría de las obligaciones de medios; y sin llegar a los extremos de afirmar que se trata de la categoría de obligaciones más importantes en el tráfico actual, si podemos hacer notar, que su aparición demanda una solución diferente a la concebida para las obligaciones de dar. En este contexto, hemos expuesto los argumentos necesarios para variar la interpretación tradicional del artículo 1547 del *CC*, y sustraer de su ámbito de aplicación si no a todas las obligaciones de hacer, por lo menos a aquellas que podamos calificar como indeterminadas. En otras palabras, no puede haber una presunción de culpa cuando nos encontremos ante una típica obligación de medios.

### *2. Efectos sistémicos de la recepción de la distinción*

Tanto en la doctrina nacional como en la foránea, los autores que abordan la distinción en cuestión, generalmente parten por hacer notar que la utilidad de la misma tiene que ver más con la verificación del incumplimiento que con la inversión de las cargas de la prueba. Otros, de manera más sofisticada afirman:

[33] Se trata de extender a un mayor número de casos los efectos de una regla dada para un caso particular. Sobre este y otros temas técnicos de la codificación puede en extenso Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago, Ed. Universidad de Chile, 1982.





> "las obligaciones de medios suponen preguntas en materia probatoria que son distintas a las que nacen de los negocios de intercambio de cosas; pero la particularidad en este terreno proviene de diferencias en el contenido normativo de la obligación contractual y, solo consecuencialmente en la pregunta por su incumplimiento. Desde esta perspectiva, la interpretación del contrato supone preguntarse por la distribución de riesgos si no se obtiene el beneficio que el acreedor esperaba obtener mediante el contrato"[34].

Sin negar la importancia de las anotaciones, nos parece que lo reiterado de las advertencias no hace más que reafirmar el hecho de que la distinción –si se prefiere, como un efecto indirecto del contenido de la obligación– produce los mayores desacuerdos en lo que se relaciona con la determinación de la carga de la prueba de la culpa[35]. Así, cuando menos en Francia, hasta 1928 la práctica totalidad de la doctrina admitía que la gran diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual era que la culpa se presumía en la primera y, que además, esa presunción no se podía romper salvo probando causa extraña[36] y es a partir de la obra de René Demogue, que un sector de la doctrina, empezó progresivamente a admitir que la diferencia en el trato probatorio no dependía del estatuto de responsabilidad que se hubiese invocado, sino de la naturaleza de la obligación incumplida[37, 38].

[34] Enrique Barros Bourie, "El contrato y el hecho que causa daño como antecedente de la responsabilidad", en Carlos Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2008*, Santiago, Ed. Legal Publishing, 2009, pp. 310-311.

[35] Tan sólo a modo ejemplar, dentro la bastísima literatura pueden consultarse Valeria de Lorenzi, "Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato", in *Digesto delle discipline privatistiche, Sesione civile*, vol. XII, Turín, Utet, 1995, p. 398 o Juan Vallejos, "Las cargas probatorias dinámicas, aproximaciones conceptuales. Especial referencia a la culpa médica", en Jorge Peyrano (dir.), *Las cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 467 y ss.

[36] Patrice Jourdain et Geneviève Viney, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité* (sus la direction de Jacques Ghestin), 2ª ed., Paris, Ed., LGDJ, 1998, p. 442.

[37] Sin pretender discutir el origen alemán o incluso romano de la distinción, creemos que no caben dudas de que fue el autor galo quien popularizó y destacó la importancia que tiene diferenciar las obligaciones de medio y de resultado para configurar la responsabilidad contractual y solucionar el problema de la carga de la prueba de la culpa. Sobre el origen histórico de la distinción puede revisarse en lengua castellana de entre la abundante bibliografía, Antonio Cabanillas Sánchez, *Obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, Ed. Bosch, 1993, p. 13 y ss. La carga de la prueba de la culpa (en las obligaciones de medio) recae sobre el paciente/acreedor, entre otros países, en Francia, Austria, España. En el ordenamiento italiano según refiere el autor, las obligaciones de medios no son excepción al aparato ordinario de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual, por lo que el acreedor debe probar el incumplimiento material para que el deudor tenga que aportar la prueba liberatoria, es decir, que el incumplimiento se debió a una causa que no le es imputable.

[38] Sobre este punto puede consultarse en extenso Pizarro Wilson (n. 5), p. 130 y ss.

Las clasificaciones y subclasificaciones teóricas tienen mayor valor en la medida en que mejor expliquen o justifiquen el fenómeno jurídico que describen. Desde el punto de vista técnico son reconducidas a un criterio ordenador sobre la base del cual se explican sus particularidades, de allí que el valor de recibir una distinción teórica producida en otro contexto normativo radica en recibirla con los efectos que la misma produce en el mentado contexto. Es la solución la que interesa y no la forma. En el moderno planteamiento de la clasificación obligaciones de medios/obligaciones de resultado, el criterio ordenador es precisamente la distribución de la carga probatoria, así, en caso de encontrarnos ante una obligación de resultado incumplida, la culpa se presume; y en caso de encontrarnos ante una obligación de medios, la culpa no podrá presumirse y deberá ser soportada por el acreedor.

Un poco más adelante daremos las razones que justifican el diferente trato, por ahora sólo nos apura llamar la atención sobre el hecho de que es con diversidad de efectos que interesa discutir sobre la admisibilidad de la distinción.

### *3. El efecto de la distinción respecto del régimen probatorio*

En el ámbito nacional, a pesar de cierta vacilación de la jurisprudencia médica, por regla general la carga de la prueba de la culpa pesa sobre el paciente/acreedor (demandante), pues algunos tribunales, al catalogar la obligación del médico como una obligación de medios, han entendido inaplicable el 1547 del *CC*[39], igualando de esta manera la regla contractual, la regla extracontractual y la regla que se sigue en los casos en que es demandada la responsabilidad del Estado por la falta de servicio[40]. Por vía excepcional, cuando la obligación médica es considerada una obligación de resultado, la culpa se presume

[39] La comprobación de la afirmación se encuentra en Hugo A. Cárdenas Villarreal, "La recepción jurisprudencial de la *summa divisio* obligaciones de medios/obligaciones de resultado en la jurisprudencia nacional, y otros factores unificadores de la responsabilidad civil médica", en Carlos Pizarro Wilson (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2008*, Santiago, Ed. Legal Publishing, 2009,.

[40] En los casos en que se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado, las cortes no reproducen la discusión en torno a la calificación de la acción que se ocasiona cuando el daño se produce entre particulares, y en la inmensa mayoría de las sentencias la carga de la prueba la tiene quien demanda. Por vía de ejemplo, en el caso "Oscar Concha Sánchez y Rosa Vea Vera con Servicio de Salud de Concepción", la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de 1 de junio de 2006, rol N° 528-2006 (citando como precedentes las sentencias de Corte Suprema, de 18 de enero de 2006, *Semana Jurídica*, N° 276, Santiago, p. 58 y sentencia de, 14 de enero 2005, *Semana Jurídica* N° 238, Santiago, p. 8) es categórica al señalar que tanto la prueba de la falta de servicio como la del vínculo de causalidad entre ésta y el daño, debe ser probada por quien lo invoca, esto es por el demandante". Cfr. Conc. 1° del fallo citado.





"fuertemente" y la argumentación es apoyada en el expediente de los hechos negativos (que veremos más adelante), y en la regla contenida en el artículo 1547 inc. 3°, cuya aplicación –en estos supuestos– no deviene preterida[41].

Como ya pusimos de manifiesto al introducir este trabajo, para algunos autores la distinción sería "inaceptable en nuestra legislación"[42], pues tratándose de obligaciones contractuales la prueba de la diligencia o cuidado incumbe siempre al deudor, porque es quien ha debido emplearla, y la ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación. Otros, más recientemente, han pretendido una revisión de la clasificación interpretando la norma del 1547 del *CC* de manera sistemática con el artículo 1698 *CC*, norma que realmente contiene el principio rector de la carga de la prueba en nuestro ordenamiento, sin embargo, hay interpretaciones en todos los sentidos y para todos los gustos.

Si para la abrumadora mayoría de la doctrina, con fundamento en el artículo 1698 del *CC*, al acreedor/paciente le basta con probar "la existencia del contrato y alegar su incumplimiento", para que el deudor médico tenga que probar que extinguió[43] o responder; también se pueden encontrar algunas opiniones que sostienen, a través de distintas fórmulas argumentativas, que no basta al acreedor con probar la existencia del contrato, sino que tendrá que probar su incumplimiento[44].

Las posturas de unos y otros pueden verse plasmadas con diferentes matices en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así, por poner un ejemplo, en sentencia de 29 de septiembre 1998[45] –conociendo de un recurso de casación en el caso de una niña que muere a causa de un TEC en el hospital de la Universidad Católica– la Corte afirmó que tratándose de la responsabilidad extracontractual "el peso de la prueba recae sobre la víctima..." y, que en casos de responsabilidad contractual

[41] En este sentido puede verse cómo resolvió la Corte de Santiago el caso "Pedreros Rebolledo con Pinto Reyes" mediante sentencia de 22 de septiembre de 2006, rol. 5515-2001. Contra la sentencia de la Corte de Apelaciones se dedujo recurso de casación en el fondo que fue rechazado por sentencia de la Corte Suprema de 7 de abril de 2008, rol. 6113-2006.

[42] Alessandri (n. 4), p. 58, n. 4.

[43] Por todos véase Abeliuk (n. 4), pp. 795-796.

[44] En este grupo se ubican Vidal (n. 5), p. 166 y García (n. 5), p. 114. Cfr. también Claro Solar (n. 31), p. 523 y ss., especialmente el párrafo 3° de la página 525 donde refiere que: "al acreedor que, en virtud del contrato, reclama los perjuicios de la inejecución de la obligación del deudor, le basta probar la existencia del contrato y *el hecho de la no ejecución de éste* por parte del deudor..." (lo destacado es nuestro). No obstante lo transcrito, en otros pasajes el autor advierte que quien alega el hecho extintivo debe probarlo en aplicación del artículo 1698 del *CC*.

[45] Cfr. *RDJ*, tomo 95, Santiago, sec 1ª, p. 157 y ss. El fallo se encuentra extractado también en Adrián Schopf Olea y William García Machmar, *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*, Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 9.

"el contratante diligente debe probar el incumplimiento de su contraparte, correspondiendo a esta última probar que fue diligente y cuidadoso o que no pudo cumplir por caso fortuito o fuerza mayor".

En sentido diverso, la misma Corte, en fallo de 30 de marzo de 2009[46] afirmó, que en cuanto se trata de un

"caso de responsabilidad contractual, por incumplimiento de una de las partes de las obligaciones que le impone la convención, correspondía a la parte demandante, de conformidad a la regla que al efecto prescribe el inciso 1° del artículo 1698 del Código Civil, probar la existencia de la fuente de la obligación, esto es, del contrato del que emana la prestación que denuncia incumplida y, en cuanto el mandato reviste, por naturaleza, el carácter de contrato bilateral, que ha solucionado a su vez las obligaciones que a ella le impone este acto jurídico, o estar llana a cumplirlas. Satisfechas las exigencias anteriores, el peso de la prueba, de acuerdo al mismo precepto citado en el párrafo precedente, se traslada al deudor, quien debe acreditar que esa obligación que se le imputa incumplida se encuentra pagada o extinguida por alguno de los otros modos que prevé el artículo 1567 del aludido cuerpo legal".

A pesar de las vacilaciones jurisprudenciales y las opciones ideológicas del intérprete, el texto del artículo 1698 del *CC* es una "evidencia" contundente de que, entre los diferentes modelos de distribución de la carga de la prueba que existían al momento de la regulación decimonónica, el codificador chileno[47] optó, a efectos de distribuir las cargas probatorias, por el modelo que recurre a la naturaleza de los hechos litigiosos para localizar los efectos perniciosos de la falta de prueba. Como se sabe, esta teorización no sustenta la carga probatoria sobre la situación procesal de las partes, ni en la forma en que se presentan los hechos (positivos y negativos), sino en la clasificación de éstos en constitutivos, impeditivos, invalidativos y extintivos. En los primeros, la carga de la prueba recaerá sobe el actor; y en todos los demás, sobre el deudor[48].

[46] Corte Suprema, 30 de marzo de 2009, rol 6779-07. En el mismo fallo, el voto disidente del ministro Sergio Muñoz introduce una variación al afirmar: "en el contexto de la responsabilidad contractual correspondería al paciente afectado *probar el daño*, del cual se presume el incumplimiento" (lo destacado es nuestro).

[47] También optó por este modelo la legislación francesa (art. 1315 del *Code*), italiana (art. 1312 del *Códice)* y española (art. 217 de la LEC).

[48] Cfr. Giuseppe CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1954, tomo III, N° 45, pp. 101-102.





Así las cosas, se devela el dramático problema de la recepción de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultados. Quien pretenda aceptarla, deberá hacerlo con los efectos que le son propios. La admisión de las obligaciones de medios deberá conciliar en su explicación, que la carga de la prueba no se desplace al médico/deudor con la norma contenida en el artículo 1547 del *CC* y, con el papel que se le asigne al artículo 1698 del mismo cuerpo legal.

Por cierto que la solución al problema propuesto necesita de una técnica de interpretación y argumentación del Derecho que vayan un poco más allá de la exégesis tradicional, donde con anterioridad habrá que tomar posturas sobre cuestiones tan serias como la que se relaciona con el papel de los jueces en la creación del Derecho. No obstante lo hasta aquí dicho, y ya sea que se participe de una solución o de otra, lo cierto es que la recepción de la distinción es hoy un hecho en el Derecho Comparado,[49] como en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema[50], por lo que no se puede soslayar su tratamiento.

### 3.1. La tesis según la cual tanto en las obligaciones de medios como en las obligaciones de resultado, probado el contrato, es el médico deudor quien soporta la carga de la prueba

En la actualidad, respecto de la responsabilidad contractual de los profesionales existe una tendencia que defiende poner la carga de la prueba en el facultativo, pues, debido a la disparidad de la información, y a las especiales circunstancias en que se desarrolla la prestación del servicio (normalmente en el tratamiento está sólo el paciente con el equipo médico) al paciente/acreedor del servicio profesional víctima de un daño, la prueba de la culpa del facultativo/demandado le resulta *diabólica*[51]. De allí que los defensores de esta corriente en el Derecho Comparado (aun careciendo de un artículo como nuestro 1547 del *CC*), aboguen por formas que pongan la carga de la prueba en la cabeza del profesional, consagrando el principio *favor victimae*[52].

En nuestro medio, el profesor Peñailillo[53] ha expresado que los problemas probatorios que genera la distinción deben ser resueltos tomando en cuenta –además

[49] La distinción incluso fue recogida en los Principios UNIDROIT adoptados en 1994.

[50] Paradigmática en este sentido es una sentencia emitida por la Corte el 10 de diciembre de 2008 (rol 1771-07), donde se invoca la distinción precisamente para retener la carga de la prueba en la cabeza del acreedor al calificar la obligación como una obligación de medios.

[51] La afirmación es desmentida por el creciente incremento de las condenas en contra de los facultativos, y por el hecho de que los médicos y los centros asistenciales son cada vez más gravados con obligaciones de resultado.

[52] María AGOGLIA, Juan BORAGINA, Jorge MEZA, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1993, p. 204 y ss.

[53] PEÑAILILLO ÁREVALO (n. 32), p. 228 y ss.

del artículo 1547 del *CC*–, la norma que gobierna la prueba de las obligaciones (art. 1698 y ss.). Empero, sea que se trate de una obligación de medios o de una obligación de resultado "es el deudor quién tiene el peso de la prueba".

> Así, "en conformidad al artículo 1698 la existencia de la obligación debe ser probada por quién la alega y, lo mismo ocurre respecto al incumplimiento: la carga de la prueba está en quién lo reclama".

Se adiciona que en el Derecho nacional se viene considerando al cumplimiento (ejecución de la prestación o pago) como una causal de extinción de la obligación, con lo cual, técnicamente, la prueba del incumplimiento cae en la segunda parte de la regla probatoria del artículo 1698 del *CC*; el cumplimiento (extinción) de la obligación debe ser probado por el que lo alega.

De lo anterior se sigue –según la misma doctrina–, que

> "en la obligación de medios si el acreedor alega que el deudor fue negligente (que incumplió) y el deudor alega que fue diligente (que cumplió), es el deudor el que debe probar que fue diligente, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de comportarse diligentemente (sin importar que un resultado esperado no se haya producido)"[54].
>
> "En la obligación de resultado, si el acreedor alega que el resultado no se produjo (que el deudor incumplió) y el deudor alega que el resultado se produjo (que cumplió), es el deudor el que debe probar que el resultado se produjo, en los términos en los que se convino, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de obtener el resultado"[55].

Apoyando la misma línea argumentativa y suponiendo la inseparabilidad entre el incumplimiento y la culpa en las obligaciones de medios, recientemente el profesor Pizarro[56] ha insistido en la idea de que

> "es una certidumbre que el artículo 1547.3 CCCH. contempla una presunción de culpa, en el entendido que corresponde al deudor probar la diligencia para exonerarse de responsabilidad...".

[54] Peñailillo Arevalo (n. 32), p. 228 y ss.

[55] *Ibid.*

[56] Carlos Pizarro Wilson, "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medios o de diligencia", en *Revista de Derecho*, vol. XXXI, Valparaíso, 2° semestre de 2008, pp. 255-265.





Agrega además:

> "en materia de responsabilidad contractual, el incumplimiento constituye culpa, siendo imposible disociar ambos elementos en atención a la noción de incumplimiento de aquellas obligaciones que involucran exigencia de diligencia para la satisfacción del acreedor. Entenderlo de otra manera, infringe el artículo 1547.3 del CCCH".

Tratándose de una obligación de resultado,

> "...la culpa carece de función, siendo solo relevante si la obligación fue satisfecha o no, excluyéndose un análisis del comportamiento del deudor destinado a lograr la satisfacción de la pretensión. En otros términos, al calificar la obligación contractual como de resultado se instaura una genuina responsabilidad objetiva en sede contractual".

Aun así, es el propio autor quien ve problemas en darle base legal a esta interpretación, desde que "la regla del artículo 1547 del CCH. que al instaurar la teoría de la prestación de culpa erige a ésta como un elemento de la indemnización de perjuicios"[57].

Pese a lo sugestivo del planteamiento, no compartimos la solución propuesta. Y ello, porque aun pasando por alto que se aleja de la solución que la jurisprudencia ha venido construyendo (cuando menos en temas médicos), no se hace cargo del hecho de que prácticamente la totalidad de la doctrina que admite la distinción, pone la carga de la prueba de la culpa en la espalda del paciente/acreedor en el caso de las obligaciones de medios[58].

Adicionalmente, se nos hace muy difícil aceptar, según propone esta doctrina, que el artículo 1547.3 del *CC* se aplique sin problemas a unas obligaciones que no pudieron estar en la mente del legislador (obligaciones de medios) y, que por el contrario, no se aplique o presente problemas de aplicación respecto de las obligaciones más comunes en la época del codificador y en relación a las cuales seguramente fue diseñado (las de resultado): estas

[57] Pizarro Wilson (n. 56), pp. 255-265. Según el autor, al menos dos opciones pueden esgrimirse para la introducción de las obligaciones de resultado: por una parte, aceptar una culpa contra la legalidad en materia de incumplimiento contractual o, quizá la opción en principio más apropiada, es dar una interpretación al artículo 1547 del *CC* en clave objetiva que excluye la culpa como un elemento de una responsabilidad contractual".

[58] Con abundantes referencias al Derecho Comparado puede verse en este sentido Henry y León Mazeaud y André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, 5ª ed., Buenos Aires, Ed. EJEA, 1962, tomo I, vol. II, p. 406, n. 6.

últimas, "son ciertamente la únicas en las que habían pensado los redactores del Código Francés"[59] y del nuestro también[60].

Finalmente, si se considera aplicable en el art. 1547 del *CC* a las obligaciones de resultado, en ningún caso podría pensarse que se trata de un régimen de responsabilidad objetiva. Y es que sería curioso –por decir lo menos– que se fundamente un régimen sin culpa en el inciso tercero (3º) de un artículo, cuyo inciso primero (1º) recepciona, precisamente, el principio de la tripartición de las culpas.

### 3.2. Tesis que pone la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de medios a cargo del paciente/acreedor, en tanto que el juego procesal de la prueba del cumplimiento así lo determinaría

Según los defensores de esta tesis, en la práctica el paciente/acreedor no se limitará a probar la existencia de la obligación, y a esperar pasivamente que el deudor no pruebe el cumplimiento o alguna forma de extinción de la misma para obtener la indemnización de los perjuicios. Y es que, como dice Alejandro García González, "tal actitud sería en extremo temeraria, puesto que se estaría dejando totalmente en manos de la parte contrincante el resultado del pleito"[61].

En esta línea argumentativa se ubican autores que ven problemas estructurales en la aplicación de los principios probatorios cuando se trata de obligaciones de medios. Al respecto se dirá que en este tipo de obligaciones, aunque inicialmente (y tras demostrar el pacto) se coloque la carga de la prueba del lado del médico, en la práctica, la misma será soportada por el paciente/acreedor, pues el médico/deudor demostrará que realizó actos positivos tendentes a curar y alegará que no se comprometió a más que eso. Por lo anterior, sostiene Enrique Barros:

> "una vez probados los actos de ejecución, la discusión relevante en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios recae en si tales actos de ejecución pueden ser tenidos por cumplimiento de lo debido"[62],

lo que implica preguntarse por la diligencia del profesional.

Para esta doctrina, la pretensión del paciente/demandante sólo prosperará si logra que el juez tenga por acreditado que la conducta invocada por el médico como acto extintivo de la obligación no se corresponde con los estándares de cuidado requeridos. De allí se infiere, que "quien demanda soporta el riesgo de que no sea posible mostrar la negligencia del demandado"[63]. En suma, esta línea argumentativa reconoce un valor sugestivo a la distinción mientras observa, que mientras la culpa "es inequívocamente presumida en las obligaciones de resultados, usualmente debe ser probada en las de medios".

[59] Mazeaud y Tunc (n. 58), p. 400.

[60] Así lo reconoce en la doctrina nacional Barros Bourie (n. 34), p. 661.

[61] García González (n. 5), p. 124.

[62] Barros Bourie (n. 34), p. 659 y ss.





### 3.3 Nuestra posición. En un juicio de responsabilidad civil médica, por regla general corresponde al actor/paciente la prueba de la culpa como hecho constitutivo de su pretensión

Como ya anunciamos más atrás, pensamos que también en el ordenamiento jurídico chileno la culpa contractual se presumirá en ciertos casos; habrá que probarla en otros y; en otros tantos, ni se presumirá ni habrá que probarla, puesto que aparecerán supuestos de responsabilidad contractual puramente objetiva[64].

El *Código Civil* chileno define el pago o cumplimiento utilizando como modelo la obligación de dar o la de hacer una cosa determinada (ambas obligaciones de resultado), y sobre esa base, resulta muy cómodo aplicar el esquema clásico para verificar el incumplimiento, pues deviene evidente que no habiéndose obtenido el resultado concreto a cuya entrega se había comprometido el deudor, el programa de la prestación ha quedado incumplido y el acreedor insatisfecho.

También, sobre una base como la descrita se puede aplicar con facilidad la lectura que la doctrina nacional ha hecho del artículo 1698 del *CC.* donde "probado el contrato" será el deudor quien deba probar que extinguió, pues "tendrá el recibo de la entrega de la mercancía" o, en su caso, "la edificación hablará por sí misma". Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se está ante una obligación de actividad. En éstas, la aparente simetría desaparece, ya que estando claro que el deudor no garantizó un resultado, no parece justo posar sobre éste la carga de la prueba de que actuó diligentemente ante la sola manifestación de insatisfacción del acreedor[65]que, según la lectura descrita, se acreditaría con la prueba del contrato.

[63] Barros Bourie (n. 34), p. 659 y ss.

[64] Adhémar Esmein, "Obligations", VI-1ª parte, en Marcel Planiol, Georges Ripert *et al.*, *Traité pratique de droit civil français de Planiol y Ripert*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, Nº 378 ter.

[65] La injusticia del planteamiento se destaca si notamos que el acreedor podría de hecho retener el pago de los servicios que ya recibió. En un caso como el descrito, el prestador de los servicios ante la sola alegación de insatisfacción del acreedor, no podría reclamar el pago sin antes probar que actuó diligentemente pese a no haber conseguido el resultado esperado pero no prometido.

Seguramente, ante tal panorama fue que Andrés BELLO concibió la regla del 2158 del *CC* que, en lo que aquí nos interesa, prescribe que no podrá el mandante dispensarse de cumplir sus obligaciones "alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menor costo; salvo que le pruebe culpa". Como ya manifestamos un poco más arriba, la regla descrita –no cubriendo todos los tipos de obligaciones que puedan adquirir los profesionales de la Medicina–, sí regula la carga de la prueba de la culpa, en uno de los supuestos de más ordinaria ocurrencia: el cumplimiento defectuoso de una obligación de medios, es decir, los casos en que el profesional ha prestado el servicio y, lo que se discute es la calidad/diligencia del mismo.

Coincidentemente con este argumento de texto, los principios procesales que gobiernan la carga de la prueba en el ordenamiento jurídico nacional también nos llevan, como veremos a continuación, a sostener que la carga de la prueba de la culpa en los juicios de responsabilidad civil médica recae generalmente sobre el paciente/acreedor.

### 3.3.1. Sobre la carga de la prueba en general

Definitivamente las dos tesis descritas precedentemente (*supra* 3.1 y 3.2) tienen aspectos rescatables. La primera de ellas tiene la fortaleza de mantener –pese a la opinión de una influyente doctrina–[66] que en las obligaciones que exigen un comportamiento diligente para la satisfacción del acreedor, el incumplimiento constituye culpa; siendo imposible disociar ambos elementos. La segunda –más certera en el fondo según nuestro parecer– tiene la fortaleza de que ofrece un fundamento normativo para el hecho de que en la práctica la carga de la prueba de la culpa es soportada por el acreedor/paciente.

Sin embargo, ambas explicaciones se valen de una interpretación muy rígida de la regla contenida en el artículo 1698 del *CC* y, no logran explicar completamente el juego del artículo 1547.3 del *CC* en relación con las obligaciones de resultado (en la primera de las tesis expuestas) y, en las de medios (en la segunda de ellas). Ciertamente un estudio acabado del alcance del principio del cual se deriva la regla contenida en el artículo 1698 del *CC* excede la proyección de esta primera aproximación dogmática, empero, no podemos dejar de notar que en nuestro medio, el tema de las cargas probatorias no ha tenido el tratamiento que amerita[67] y, por ello, nos permitiremos algunas acotaciones.

[66] Nos referimos a la doctrina que entiende que la diligencia puede cumplir dos funciones: promover el cumplimiento e, integrar el deber de prestación. En el Derecho Comparado puede verse este planteamiento en Francisco JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 100 y ss.

[67] No pudimos encontrar en la literatura nacional ninguna monografía al respecto. Algunos párrafos en relación al tema y dentro del contexto de la reforma procesal civil pueden verse





Las teorías tradicionales sobre la carga de la prueba, como la lectura que habitualmente se hace del art. 1698 del *CC* han sido superadas porque, aun concediendo que como enunciados orientadores son aceptables, dejan sin explicar ciertos supuestos. Así, algunos han hecho notar que los hechos que gozan de presunciones legales no requieren de prueba; que no es cierto que el demandado tenga necesariamente la carga de las excepciones, ya que si de los hechos invocados por el demandante se deducen excepciones, el juez habrá de reconocerlos de oficio[68].

En el Derecho Procesal contemporáneo, el principio general de la carga de la prueba, es que *al actor incumbe la prueba de los hechos en que funda su pretensión* (hechos constitutivos)[69]; mientras que al demandado, la de aquellos otros que sirven para desvirtuarla o neutralizarla (hechos extintivos o, desde otra mirada, constitutivos de la pretensión defensiva). El principio así enunciado adquiere un carácter más general y, por lo mismo, puede ser aplicado de manera más eficaz a cualquier tipo de pretensión, que la regla positiva –que no principio–[70], del cual se induce en nuestro ordenamiento (art. 1698 del *CC*).

El *Código Civil* como el *Código Procesal Civil*, contienen el principio general de las cargas probatorias, pero se abstienen de una regulación detallada de la materia; por lo que corresponde a la ciencia "llenar esa laguna"[71]. La generalidad del principio impone a la doctrina y a la jurisprudencia "la carga" de

en Raúl TAVOLARI OLIVEROS, "Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno", en Andrés DE LA OLIVA y Diego PALOMO (coord. ), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 45 y ss.

[68] Por todos cfr. Jorge FABRERGA, *Teoría general de la prueba*, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 96.

[69] Siguiendo esta tendencia, así lo recoge el artículo 265 del proyecto de ley que pretende reformar el *Código de Procedimiento Civil* (*Boletín* N° 6567-07) cuando prescribe: *"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 especiales diferentes 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 la parte con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder".

[70] A pesar de la conveniencia de codificar el principio enunciado, él mismo puede y debe ser aplicado sin necesidad de una reforma legislativa, pues, como se ha dicho, el artículo 1698 del *CC* no es un principio probatorio contrario al principio enunciado, sino la concreción que del mismo se hizo específicamente para la pretensión de cumplimiento. De allí que el principio que ordena que *al actor incumbe la prueba de los hechos en que funda su pretensión* se encuentra plenamente vigente en el ordenamiento chileno.

[71] Leo ROSENBERG, *Las cargas probatorias*, traducción de Ernesto krotoschin, 2ª ed., Buenos Aires, Ejea, 1956.

determinar cuáles son los hechos constitutivos de la específica pretensión de reparar los perjuicios, que se producen en el contexto de una relación médico paciente, sea ésta de índole contractual o extracontractual. En este contexto, decía Francisco Jordano Fraga:

> "que aquella regla general procesal de la carga de la prueba es, precisamente por su carácter procesal una norma neutra desde la perspectiva del Derecho sustantivo. Lo cual quiere decir, que la aplicación de tal norma procesal presupone, lógicamente, la previa calificación de los hechos a probar, como constitutivos o extintivos-obstativos, pero tal calificación no se hace por el Derecho procesal, sino que ese derecho remite al derecho sustantivo: es éste el que señala, para cada pretensión su hecho constitutivo y su hecho obstativo, y sobre tal calificación extraprocesal, opera la aplicación de la norma general procesal, que la presupone"[72].

Así las cosas, y desde nuestra perspectiva, en la pretensión resarcitoria –que estructuralmente difiere de la del cumplimiento– la carga de la prueba del incumplimiento corresponde al acreedor, pues "en la simple defensa negativa, el demandado está exento de ese peso, pues será el actor quien deba probar el fundamento del derecho que alega"[73]. Y ello, sobre la base de que el principio inducido del artículo 1698 del *CC* se aplica a posteriori, sobre las clasificaciones previas de los hechos efectuadas por las normas sustantivas, lo que en nuestro caso implica que en las pretensiones de resarcimiento el demandante no sólo debe probar la existencia de la obligación sino el hecho de su incumplimiento por el demandado, pues, *el supuesto de hecho* del artículo 1556 del *CC* permite calificar el incumplimiento como hecho constitutivo de la pretensión resarcitoria[74].

Respecto del Derecho español –que dicho sea de paso– presentaba una norma prácticamente idéntica al artículo 1698 del *CC*, Jaime Guasp hacía

[72] Francisco JORDANO FRAGA, "Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de una jurisprudencia reciente)", en *ADC*, tomo XLIV, fascículo I, Madrid, 1991, p. 75.

[73] Enrique PAILLAS, *Estudios de derecho probatorio*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 34. El autor afirma además que si el demandado reconviene, naturalmente asume la carga respectiva en cuanto a los hechos en que basa su pretensión.

[74] Esta solución es compartida en ordenamientos jurídicos que tienen prácticamente las mismas normas que el nuestro en lo que a la carga de la prueba se refiere. Tan sólo a título ilustrativo puede verse el trabajo de Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid, Ed. Thomson-Civitas, 2004, p. 87 y ss. para el Derecho español y el de Philippe LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil profesional*, traducción de Javier Tamayo, Bogotá, Ed. Legis, 2006, p. 27 y ss.





notar la dificultad que generaba en la práctica distinguir entre hechos constitutivos y extintivos y, renunciando a cualquier consideración aislada sobre los elementos de la prueba, sostenía:

> "es preciso fijarse únicamente en la situación relativa del sujeto y el tema probatorio, es decir, en la posición que el dato a probar ocupa respecto a las partes sobre las que la carga de la prueba pesa en concreto. Como la carga de la prueba no consiste sino en el riesgo que corre un litigante de que el juez no se convenza de ciertos datos procesales, el perjuicio no puede sufrirlo sino la parte a quién favorezca el convencimiento del juez sobre el dato"[75].

En síntesis, conviene tener siempre presente que la carga de la prueba es una instrucción para el juez sobre el contenido del fallo que debe dictar cuando no tiene certeza sobre la veracidad de una afirmación de hecho que se emitió en el transcurso del proceso. Así, la sentencia deberá dictarse inapelablemente en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba respecto de los hechos no probados o no suficientemente aclarados durante el proceso[76].

La noción carga de la prueba solamente de manera indirecta determina cual de la partes debe desplegar con mayor vehemencia acciones conducentes a probar o negar el hecho fijado por el juez en el auto de prueba, pues seguramente ambas partes deben desplegar conductas activas en el probatorio. Lo anterior se comprende más bien si no perdemos de vista que solamente se decidirá sobre la carga de la prueba luego de producidas íntegramente las pruebas ofrecidas por las partes, esto es, al final de proceso en la sentencia definitiva.

### 3.3.2. La carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de medio y en las obligaciones de resultado

Si se comparte lo dicho hasta ahora, se tendrá que aceptar que en nuestro ordenamiento la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones en que el deudor sólo comprometió un actuar diligente y no un resultado, corresponde al paciente/acreedor. Al pesar sobre éste la carga de la prueba del incumplimiento, y al no poder disociar conceptualmente la negligencia que supone la prueba del incumplimiento de la negligencia necesaria para atribuir responsabilidad, la conclusión no puede ser otra: *pesa sobre el paciente/acreedor*

[75] Jaime GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, Civitas, 1968, tomo I, p. 326.

[76] Inés LÉPORI WHITE, "Cargas probatorias dinámicas", en Jorge PEYRANO (dir.), *Las cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 51 y ss.

*la carga de la prueba de la culpa*. En los casos de responsabilidad médica, la carga de la prueba de la culpa así distribuida, no presenta ninguna incompatibilidad con el artículo 1547.3 del *CC* puesto que como ya demostramos en la primera parte de este trabajo, el citado precepto no le es aplicable a este tipo de obligaciones.

Con lo dicho se otorga cobertura dogmática a las posiciones que no encontraban justificación para presumir la culpa cuando no se había prometido un resultado. En este sentido, ya decían los hermanos Mazeaud, que en las obligaciones de actividad

> "la verificación del cumplimiento no puede ser instantánea y, en cierto modo, material; exigiría un examen atento y constante sobre la conducta del deudor. Entonces, no sólo no cabe presumir responsable al médico cuando no mejora el estado de su enfermo sino que ni siquiera tiene que justificar que haya prestado cuidados que presenten las cualidades requeridas. Las consideraciones de mejor aptitud para la prueba que la explicaban para las obligaciones de resultado, esa carga, dejan de funcionar"[77].

Respecto de las llamadas obligaciones de resultado, la solución es un poco más compleja, pues las distintas posibilidades de exoneración que se admitan ante el incumplimiento harán variar la respuesta en torno a la función que desempeña la culpa en el actual sistema de responsabilidad contractual. Así, podría sostenerse que una vez probado el incumplimiento por el acreedor/paciente, al médico deudor no le quedaría otra que probar la causa extraña o el caso fortuito para exonerarse de la responsabilidad, pues la culpa no tendría en este esquema ninguna función. Si se admite esta tesis, en todos los casos en que se establezca una obligación de resultado, nos encontraríamos en casos de responsabilidad objetiva.

Sin embargo, esta solución deja sin aplicación alguna la presunción de culpa que el artículo 1547.3 del *CC* "supuestamente" consagra, y hace que en nuestro medio pasemos de no admitir más que excepcionalmente casos de responsabilidad objetiva, a poner en este régimen a todos aquellos incumplimientos en los que se vea involucrada una obligación de resultado. La objeción recién planteada podría salvarse, aceptando que el artículo 1547.3 del *CC* no contiene realmente una presunción de culpa, y que solamente regula la carga de la prueba liberatoria del caso fortuito. Eso sí, esta solución obliga a sostener que el legislador utilizó como sinónimos 'diligencia' y 'caso fortuito',

[77] Mazeaud y Tunc (n. 58), p. 405.





lo que tampoco resultaría tan extraño, ya que desde la estricta lógica, probar que desplegamos la diligencia que nos es exigida en el cumplimiento de una obligación, es lo mismo que acreditar que la causa de su incumplimiento nos es ajena[78].

Con todo, de momento no vemos inconveniente en aceptar que en algunos casos, acreditado el incumplimiento, el deudor podría liberarse probando mediante su diligencia que la causa del daño le es ajena, aunque no pueda identificar el hecho que efectivamente causó el daño[79]; mientras que en otros, no se le permita exonerarse más que probando el caso fortuito[80]. Una solución como ésta permite salvar la incongruencia que implicaría sostener que un mismo artículo reciba en su primer inciso la teoría de la tripartición de las culpas, mientras que en su inciso tercero, prescriba un régimen de responsabilidad objetiva.

Una tesis como la descrita se podría fundamentar desde el texto del art. 1547.3 del *CC*, aceptando que, incluso, en las obligaciones de resultado no se exige una certeza de un 100%, sino que es suficiente que sea alcanzado razonable o normalmente. En este contexto es que se suelen catalogar como obligaciones de resultado, operaciones simples que normalmente entrañan poco riesgo, como las extracciones dentales o las apendicetomías.[81]

No podemos cerrar este apartado sin antes prevenir al lector de que el esquema probatorio descrito no debe llevar a pensar que la víctima se encuentra en una posición sumamente gravosa o –como se ha dicho–, que se le impone una carga probatoria diabólica. Como se sabe, los jueces cuentan con buenos instrumentos técnicos como las presunciones judiciales, que les permiten alivianar la aparente dificultad con que se encuentra el paciente, cuando la particularidad del caso así lo amerite. Adicionalmente, ya empiezan a aparecer en nuestro entorno construcciones doctrinarias como la teoría de la *culpa virtual* o la teoría de las *cargas probatorias dinámicas*, que en la práctica

[78] Lo más probable es que para el codificador la "ausencia de culpa" (prueba de la diligencia) y el *casus* fuesen conceptos sinónimos. Así, cuando el incumplimiento se debía a una causa extraña (sin culpa) se hablará de incumplimiento inimputable y cuando la causa del incumplimiento no le sea ajena al deudor, se hablará de incumplimiento imputable.

[79] Para ejemplificar esta forma de exoneración se puede pensar un caso en que un médico revisa personalmente la sangre que posteriormente es utilizada en una transfusión, y que resulta contaminada. En el caso, el médico podría exonerarse probando diligencia, demostrando que pese a haber utilizado todos los medios de que disponía, científicamente no pudo detectar el error (es el llamado riesgo del desarrollo).

[80] Esta fórmula deja, cuando menos conceptualmente, menos espacio a la responsabilidad objetiva.

[81] Sobre la aleatoriedad del acto véase, Jorge Gamarra, *La responsabilidad civil médica 1*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 22.

pueden hacer que el juez ordene, respecto de un hecho concreto, que rinda la prueba "la parte que tiene para ello mayor facilidad, independientemente de la naturaleza del hecho afirmado"[82].

## III. Sobre la doctrina de la culpa virtual, los hechos negativos y otros expedientes utilizados por la judicatura para morigerar la carga de la prueba

Como adelantamos, los expedientes probatorios que rubrican este apartado, junto con las presunciones judiciales, están siendo utilizados en la práctica por los jueces para recabar la información que la incapacidad o deliberada desidia de las partes se niega a suministrar. Y, aunque los desarrollos en el ámbito nacional son en estos temas todavía muy incipientes, creemos percibir en la judicatura una cierta flexibilización de la construcción dogmática del principio de aportación de parte.

Para finalizar, en lo que sigue presentaremos a título ilustrativo algunos fallos en los que la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de aplicar algunos de estos expedientes.

### *1. La culpa virtual (res ipsa loquitur)*

La doctrina de la culpa virtual, que no es más que una manifestación del clásico principio *res ipsa loquitur* fue invocada en el caso "Rochet con Dr. Oksenberg y Clínica las Nieves"[83], precisamente para volver a poner la presunción sobre el facultativo, ya que en virtud de la aplicación que el mismo juzgador había hecho de la doctrina de las obligaciones de medios y de resultado, se había excluido la aplicación del artículo 1547 inc. 3°. En palabras del propio juzgador:

> "Dicho contexto, sin embargo, ha de verse modificado cuando el resultado negativo del proceso de atención medica resulte exorbitantemente pernicioso para la salud del paciente mas allá de cualquier

[82] Juan Montero, Aroca, "Los principios informadores del proceso civil en el marco de la constitución", en *Justicia*, N° 4, Barcelona, 1982, p. 7, citado por Raúl Tavolari Oliveros, "Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno", en Andrés de la Oliva y Diego Palomo (coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 46.

[83] Sentencia del 26° Juzgado Civil de Santiago, 15 de julio de 2003, rol. 31139-2001 (el pronunciamiento fue confirmado con voto disidente mediante fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de agosto de 2004, rol 7700-03, y por sentencia de la Corte Suprema, de 25 de marzo de 2008, rol 4931-2006.





> margen razonable de probabilidades de éxito o fracaso que las partes contratantes hayan podido tener en mente al contratar, en consideración a las condiciones del paciente y de la naturaleza de la atención encomendada, en cuyo caso *la sola acreditación de la existencia de tal perjuicio exorbitante ha de constituir un indicio de culpabilidad del profesional* que exija de éste la acreditación de circunstancias a su actuar que hayan podido tener aptitud para desviar el curso de los hechos de todo margen razonable de probabilidades de evolución del paciente" (el destacado es nuestro).

A mayor abundamiento, en el considerando décimo quinto se expresó:

> "...en concordancia con lo señalado en el motivo décimo segundo precedente, *debe considerarse que la sola existencia de las referidas lesiones constituye un indicio de la negligencia incurrida* por el equipo medico que operó al menor Federico Estévez Rochet –y, consiguientemente, *del incumplimiento de la obligación de medios asumida* por quien encabezó ese grupo, el demandado Tomas Oksenberg Reisberg–, *suficiente para que el peso de la prueba se traslade al demandado*, de modo de tener que acreditar el advenimiento de circunstancias externas a su actuación que hayan podido ocasionar las lamentables lesiones sufridas por el paciente" (el destacado es nuestro).

Con meridiana claridad, también puede observarse la aplicación de la doctrina de las culpas virtuales en la sentencia que emitió la Corte de Apelaciones de Concepción el 24 de enero de 2002[84], resolviendo un caso en el que los actores reclaman del Servicio demandado (Servicio de Salud de Talcahuano, hospital Higueras) la indemnización por el deceso de una paciente intervenida quirúrgicamente de la vesícula por su médico privado y fallecida en el período posoperatorio a raíz de una infección intrahospitalaria. En el fallo se expresó:

> "frente al hecho cierto de que la víctima falleció a consecuencias de una infección intrahospitalaria, la existencia de la negligencia y falta

[84] En el caso que enfrentó a los "herederos de Adriana Fierro con el Servicio de Salud de Talcahuano" resulta, además, interesante porque toma partido por la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado y, si bien esta posición ha sido definitivamente abandonada por la Corte Suprema, este fallo nos demuestra que aun manteniéndose formalmente una teoría subjetiva de la responsabilidad del Estado, por la prueba de la culpa se puede abrir una tendencia objetivizadora.

de cuidado en la mantención de las adecuadas o debidas condiciones sanitarias del establecimiento, a fin de precaver sucesos semejantes, es de toda evidencia, pues, de no ser así, aquélla no habría contraído la infección que la condujo a la muerte".

Una recepción expresa de la doctrina puede verse en el citado caso "Myriam Pedreros y otros con Dr. Armando Pinto y Clínica Santa María", allí el 22° Juzgado Civil, en su considerando trigésimo tercero se pronunció en los siguientes términos:

"que esta juzgadora, estima que no es razonable mantener en toda rigidez, el principio que por tratarse de un contrato habido entre ella y el médico señor Pinto, haya necesariamente que presumírsele culpa a este o, a la inversa, que toca al actor demostrar la culpa del médico cirujano. Ello por que de ordinario, el paciente no tiene medios para calificar el proceder del profesional y, muchas veces ignora en que consistió su actuación, es más, *mediante aquello que la doctrina conoce como culpa virtual*, que no es más que un mecanismo intelectual a través de una deducción obtenida de la anormalidad de los resultados, puede sostenerse que el médico señor Pinto no actuó con una conducta profesional diligente, pues si no hubiese incurrido en negligencia, ningún daño se la habría provocada a la paciente como a su familia, *y comprobado como está el daño, es dable presumir que hubo culpa suya...*" (el destacado es nuestro).

Para otros sentenciadores sin embargo, la aparición de una pinza de "Nelly" en el la zona intraabdominal de una paciente (miden de 14 a 16 cm) a seis meses de haber sido intervenida quirúrgicamente, no es suficiente para presumir la culpa, pues

"hay evidencia científica de que un instrumento como ese puede permanecer largo tiempo alojado en el cuerpo de una persona, sin perjudicar su salud, incluso, sin causarle molestias apreciables",

por lo que "es perfectamente posible que se hayan encontrado allí desde que se le operó varios años antes"[85].

[85] Corte Suprema, 16 de marzo de 1998, en *GJ*, N° 213, Santiago, p. 112, caso "Susana Torres con Dr. Araneda y otros".





### *2. El expediente de los hechos negativos*

Aunque según Arturo Alessandri, la idea de que los hechos negativos no deben probarse es un error de los glosadores medievales al interpretar el aforismo latino *incubi probatio qui et non qui negat*, ya que un hecho negativo puede probarse cuando se resuelve en un hecho positivo[86]; nuestra jurisprudencia al determinar que se encuentra ante una obligación de resultado, suele acompañar a la presunción del artículo 1547 del *CC* el expediente de los hechos negativos.

Así se puede leer en algunos fallos,

"que, el paciente al afirmar haber sido víctima de una 'mala praxis', *está aseverando un hecho negativo, correspondiendo inferir de esto que es el médico o facultativo el que deberá probar que sí empleó los medios idóneos a su alcance, para cumplir con el cometido encargado*'[87] (el destacado es nuestro).

### *3. El expediente probatorio relacionado con la falta del consentimiento informado y de la deficiente confección de la historia clínica*

El consentimiento informado constituye una exigencia de la *lex artis* para llevar a efecto la actividad médico-quirúrgica curativa. Estamos, por tanto, ante un acto o proceso clínico más, cuyo incumplimiento puede ser causa de responsabilidad, y que en la actualidad supone una de las principales causas de condena en los supuestos de responsabilidad civil médica en el Derecho Comparado[88].

La falta de obtención de este consentimiento puede generar responsabilidad cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha

[86] Según Arturo Alessandri, *Derecho Civil. De los contratos*, Santiago, Ediar-Conosur, 1998, p. 466, es un error, porque dicho adagio no significa otra cosa que el demandado nada debe acreditar cuando se limita a negar los hechos. Los hechos negativos pueden probarse; yo puedo probar que no soy francés probando que soy chileno.

Según el autor, hay hechos negativos que no son susceptibles de probarse, pero no por ser negativos sino por ser vagos e indeterminados; yo no podría probar que nunca he estado en Valparaíso. En la misma forma que no podría probar que he estado siempre en Santiago; es un hecho positivo, pero igualmente vago e indeterminado.

[87] Considerando cuarto de la Corte de Apelaciones de Santiago en el citado caso "Pedreros Rebolledo con Pinto Reyes".

[88] Resulta evidente que el consentimiento del paciente debe prestarse antes del acto médico que se pretende llevar a efecto y ha de subsistir durante todo el tratamiento (principio de temporalidad), en tal forma que el consentimiento sea modulado a lo largo de todo el proceso terapéutico en el caso de enfermedades crónicas que precisan tratamiento en distintas fases, con lo que se protege el derecho a la libertad del paciente. Se trata, por consiguiente, de una información de tracto sucesivo o de ejecución continuada, y no de tracto único.

sido informado. Con anterioridad a la promulgación de leyes específicas sobre esta cuestión, el consentimiento del paciente, aunque era ajeno a la práctica médica de carácter paternalista, podía exigirse en todo acto médico haciendo uso de las normas integradoras del contrato (en nuestro Derecho haciendo uso del art. 1546 del *CC*). Por tanto, lo relevante de la aparición de esta legislación especial en el Derecho Comparado, es que la misma ha provocado que los tribunales exijan el consentimiento informado con tanto rigor, que *su no acreditación por parte del médico* es conceptualizada como una omisión culposa que lleva a sostener que el médico asumió por sí solo los riesgos inherentes a la intervención, en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información adecuada.

En Chile pese a que el derecho a ser informado viene prescrito por el *Código de Ética Médica*, y a que se encuentra en tramitación un proyecto de ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud que lo consagra explícitamente (art. 7 y ss.), este expediente probatorio ha tenido más bien poca acogida por la jurisprudencia nacional. Sin embargo, en "Avendaño Carrasco con Dr. Herrera Otto" la Corte de Apelaciones de Concepción tuvo oportunidad de afirmar

> "que de acuerdo a los principios suficientemente conocidos si el *acreedor-paciente* se encuentra jurídicamente habilitado para exigir de su *médico-deudor* que despliegue las actividades y habilidades que su título profesional manifiesta para curar o aliviar los malestares que padece (en los cuales está incluida el consejo e información), y si ello finalmente no se cumple por el médico, forzoso es concluir que la infracción debe estimarse imputable al deudor, sin perjuicio de la prueba de la diligencia o cuidado que pueda éste aportar en el proceso respectivo para exonerarse de toda responsabilidad"[89].

Por otra parte, no hemos encontrado rastros en la jurisprudencia chilena del expediente probatorio que determina la carga de la prueba de la culpa, atendiendo a los defectos u omisiones que pueda tener la historia clínica. Lo anterior resulta particularmente alarmante, puesto que las carencias o deficiencias que pueda presentar la historia clínica priva de un elemento valioso para la prueba de la *mal praxis;* y debe perjudicar a quien le era exigible como deber de colaboración o cooperación en la difícil actividad probatoria y esclarecimiento de los hechos. A través de la prueba de presunciones, una historia clínica

[89] Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de noviembre de 2001, rol N° 273-2000. La sentencia citada fue casada con posterioridad (cfr. Corte Suprema, 20 de noviembre de 2002, rol N° 4837-01) por haber incurrido los sentenciadores en el vicio de *ultra petita*.





insuficiente se constituye en un indicio más que deberá ser tenido en cuenta por el tribunal a la hora de analizar las conductas de los profesionales.

### *4. El expediente de la facilidad probatoria: el favor probationis o la doctrina de las cargas probatorias dinámicas*

El expediente de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que en la práctica se traduce en que "puede tener que probar la parte que tiene para ello mayor facilidad, independientemente de la naturaleza del hecho afirmado"[90], tampoco ha tenido aplicación de manera explícita en los fallos revisados. Aun así, la aplicación del principio de la facilidad de la prueba en desmedro del principio de aportación de parte, parece una exigencia de justicia en muchos de los casos bajo examen si atendemos a los tipos y calidades de las pruebas que deben ser aportadas.

## IV. Algunas conclusiones sumarias

1. La distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado está siendo cada vez más utilizada por nuestros tribunales de justicia, y la tesis de que la distinción no tiene cabida en nuestro ordenamiento porque el artículo 1547 del *CC* regula la carga de la prueba de la culpa con carácter general no es aceptable. Básicamente, la tesis no se sustenta porque el precepto citado sólo se refiere a un determinado tipo de obligaciones: las obligaciones de resultado.
2. Si bien es cierto que el artículo 2158 del *CC* exige al acreedor paciente que le pruebe la culpa al mandatario, el mismo no puede ser aplicado con carácter general a todos los casos de responsabilidad médica, puesto que fue diseñado para ciertos casos que tienen como presupuesto que el asunto encomendado al mandatario/médico haya sido efectivamente ejecutado. No se podría aplicar a los casos en que el médico no llega a operar, ni cuando interviene tardíamente, ni –en general–, cuando la obligación que se incumple es de resultado.
3. En las obligaciones de medios el probar el incumplimiento equivale a probar la culpa del galeno. La carga de esta prueba le corresponde al paciente/acreedor, pues según los principios del Derecho Procesal contemporáneo, al acreedor le corresponde la prueba del supuesto de hecho de la norma en la que fundamenta su pretensión. Como el incumplimiento es

[90] Montero, Aroca (n. 82), p. 7, citado por Raúl Tavolari Oliveros, "Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno", en Andrés de la Oliva y Diego Palomo (coord. ), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 46.

el hecho supuesto del artículo que en nuestro ordenamiento fundamenta la pretensión reparatoria (1556 del *CC*), la solución no puede ser otra.

4. Por el contrario, tratándose de obligaciones de resultado, sí se podría distinguir la prueba del incumplimiento, de la prueba de la culpa. De allí que si se quiere conservar la idea de una culpa presunta en el articulado del *Código Civil* habría que aceptar –cuando menos en algunos casos– que el galeno/deudor se pueda exonerar probando diligencia, pese a no haber conseguido el resultado prometido. Si ante la prueba del incumplimiento sólo se permite la exoneración del facultativo/deudor mediante la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, entonces todas las obligaciones de resultado serian casos de responsabilidad objetiva o sin culpa. Y ello llevaría a afirmar la inexistencia de una presunción de culpa en el sistema de responsabilidad contractual chileno.
5. La regla que distribuye la carga de la prueba de la culpa en nuestro ordenamiento no atiende preferentemente a la ubicación de la acción de responsabilidad civil en uno de los dos grandes ámbitos de responsabilidad (contractual/extracontractual), sino a su caracterización como una obligación de medios o de resultado. En este sentido, nos parece que en el futuro nos acostumbraremos a leer en los fallos que "en el terreno civil, la noción de daño se vincula tanto por la responsabilidad contractual como con la extracontractual, existiendo entre ellas unidad genérica y diferencias específicas", y que:

   "en consecuencias, siendo la diferenciación que subsiste entre ellas, la existencia o no de un vínculo jurídico anterior entre las partes, la cuestión procesal relativa a la prueba no marca una sustancial diferenciación entre ambas responsabilidades civiles, pues en lo civil, la responsabilidad existe, cada vez que una persona debe indemnizar el daño sufrido por otra"[91].

6. Por último –conviene recordar–, que el hecho de que por regla general la carga de la prueba de la culpa recae sobre el paciente/víctima (generalmente el facultativo asumirá una obligación de medios), no debe llevar a pensar que éste se encuentra en una situación muy desfavorable. Como hemos visto, los jueces cuentan con instrumentos como las presunciones judiciales, que les permiten alivianar la aparente dificultad con que se encuentra el paciente. El constante aumento de las condenas en contra de facultativos y de centros hospitalarios, es una prueba de ello.

[91] "Tapia Mirand con Dr. Elgueta y Clínica Dávila y Servicios Médicos S.A.", Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de octubre de 2005, rol 6.877-2002, confirmada por Corte Suprema, sentencia del 8 de enero de 2007, rol 6.554-2005.



# ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD MATERIAL Y JURÍDICA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

*Rodrigo Barcia Lehmann*

## I. Introducción

La responsabilidad médica se sustenta sobre la denominada *lex artis*, es decir, en que el facultativo se aleja de las reglas propias de su oficio. Pero, como han destacado la mayoría de los autores modernos, no cabe confundir la responsabilidad médica con el error médico. El error se puede producir en cualquier profesión liberal, pero su generación no trasunta necesariamente un actuar negligente que genere responsabilidad civil[1]. Para ello se requiere que el error refleje la violación de un estándar de cuidado, que dé lugar a la responsabilidad civil, ya sea que recurramos a un sistema subjetivo u objetivo de imputabilidad[2]. Incluso, en algunos sistemas jurídicos puede haber responsabilidad médica sin imprudencia, como si el médico diagnostica equivocadamente, pero de acuerdo con los síntomas del paciente.

Se trata de errores que excluyen un comportamiento negligente; pero estos casos son extraños y excepcionales. Ello se debe a que la responsabilidad de los profesionales liberales no es igual a la responsabilidad por productos defectuosos o a la construcción de una carretera. En estos campos el nivel de certeza en el resultado es, por regla general, cercano al 100%.

Sin perjuicio de lo anterior, no existen casos en que el error no deba sustentarse en criterios de imputabilidad. Lo que sucede es que el criterio de

[1] Mariano Yzquierdo al respecto señala: "por error profesional debe entenderse, con Cattaneo [hay nota al pie], el comportamiento objetivamente distinto del que exigía la situación en concreto, pero no necesariamente culposo". Lo señalado entre corchetes es mío.

Mariano Yzquierdo Tolsada, "La responsabilidad civil de los profesionales –una selección de aspectos problemáticos vistos desde el Derecho español–", en revista *Anales Derecho UC: Temas de Responsabilidad Civil*, Santiago, Legis, agosto, 2006, p. 86.

[2] Pablo Salvador Coderch, "Prólogo", en Álvaro Luna Yerga, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid, Thomson, Civitas, 2004, p. 20. Mariano Yzquierdo Tolsada se refiere a esta distinción como culpa profesional y error profesional, (n. 1), p. 87.

imputabilidad no tiene por qué ser subjetivo[3], pudiendo ser objetivo como si el error rompe con el umbral de riesgo permitido[4].

Este artículo pretende evidenciar la relación existente entre los criterios de imputabilidad y los de causalidad, ambos requisitos de la responsabilidad extracontractual[5]; pero, como se verá, estas exigencias de la responsabilidad civil están íntimamente conectadas.

Por otra parte, no puede dejarse de lado la creciente importancia que ha adquirido la relación de causalidad como requisito de la responsabilidad extracontractual, dado que, en muchas ocasiones, los tribunales han desechado demandas fundados precisamente en la falta de nexo causal entre el hecho ilícito y el daño[6].

[3] En un sistema de imputabilidad subjetivo se debe analizar si la negligencia, de la que responde el médico, es la de un buen padre de familia, o la que corresponde a la culpa grave o levísima; o si se aplican a la responsabilidad médica las reglas del artículo 1547.1° del *CC*, que gradúan la culpa de que responde el deudor según si el contrato reporte utilidad para el acreedor, para el propio deudor o para ambas partes. Así, existen teorías que señalan que el médico al tratar con la salud, es decir, con la vida de sus pacientes, responde de un estándar de cuidado agravado, como un médico excelente o sumamente prudente.

Luis Picasso, "Algunos aspectos de la responsabilidad civil de los médicos en el Derecho argentino", en AA.VV, *Regímenes especiales de responsabilidad civil, Cuadernos de Análisis Jurídico*, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, Colección Derecho Privado, 2008, vol. IV, p. 169.

A pesar de que nuestro sistema de responsabilidad civil es subjetivo, en este trabajo los criterios de imputabilidad que se analizan, en su mayoría, son objetivos.

[4] Clara Asua sostiene que estos casos son de errores no imprudentes, derivados de factores humanos o limitaciones presupuestarias; pero en realidad más bien ellos deben calificarse como supuestos de imputabilidad objetiva. Clara Asua González, "Responsabilidad sin culpa en la medicina privada: el artículo 28 LGDCU", Juan Antoni Moreno Martínez (coord.), *Responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dickinson, 2008, p. 45.

[5] Como destaca Álvaro Luna esta confusión ha sido aclarada tanto en el Derecho Continental como en el Consuetudinario. Así, el referido autor señala: "en los países del *Common Law* y en los del *Civil Law*, de nuevo, especialmente en la doctrina alemana [hay cita], hace tiempo que se distingue entre causalidad e imputación objetiva, distinción que da respuesta a dos problemas completamente distintos...". Lo señalado entre corchetes es mío. Luna Yerga (n. 2), pp. 353-354.

[6] Julio C. Galán destaca varias sentencias del TC español que desechan la responsabilidad extracontractual, a pesar de haberse acreditado la culpa, por no comprobarse la relación de causalidad. Estos casos dejan en evidencia que en muchas ocasiones la relación de causalidad es una forma en que los tribunales evitan aplicar la responsabilidad objetiva. De este modo, sucedió con la sentencia del TS español, de 30 de enero del 2004, por la cual se estimó que a pesar de que "el conjunto de posibles deficiencias asistenciales (...) exime al paciente de la prueba en el cuál de los momentos de la actuación médica se produjo la deficiencia y, por tanto, de la prueba de la identidad del facultativo que hubiera podido incurrir en ella"; en definitiva, se desechó la responsabilidad médica por falta de prueba de la relación de causalidad. En igual sentido, falló la sentencia del TS, de 26 de julio de 2006, al entender que no se acreditó que la intervención lesiva por la que se demandaba a los médicos, no tenía por causa el traumatismo original que motivó la operación. Ello fundado precisamente en un peritaje que señalaba la imposibilidad de acreditar la





## II. Análisis de las teorías en consideración a las cuales es posible sustentar la causalidad como requisito de la responsabilidad extracontractual

A continuación, se enuncian brevemente las principales teorías en las cuales se ha sustentado la relación de causalidad como requisito de la responsabilidad extracontractual; que se diferenciarán según si ellas dan lugar a una causalidad material o jurídica[7]. En realidad lo que hacen es separar los problemas

relación de causalidad. La sala al respecto resolvió: "ahora bien, sea cual fuere el criterio seguido para atribuir la responsabilidad, ya el de naturaleza subjetiva, ya el basado en la doctrina del daño desproporcionado –que, según recuerda la sentencia de 15 de febrero de 2006, no conduce *per se* a la objetivización de la responsabilidad, sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño–, ya, en fin, el de carácter objetivo derivado de la aplicación de leyes especiales, en todo caso es preciso que se de un enlace causal entre el daño y la actuación del demandado que opere como ineludible presupuesto para que pueda declararse la responsabilidad de éste (...) de modo que cuando falta el nexo causal no puede declararse la responsabilidad (...)". Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad médica*, 2ª ed., Navarra, Thomson Civitas, 2007, pp. 254-256.

[7] Esta distinción se hace a nivel de manual en los países del *Common Law*. Así, Richard Epstein destaca: "to approach this problem, it is best to follow the traditional division between causation-in-fact and proximate causation as it applies to both physical harm and mental distress (...) [t]he factual issues are often troublesome when there is genuine uncertainty or only probabilistic knowledge as to what happened. The conceptual issues present special difficulties when it is known that the actions of two or more parties, along with some natural events, have all combined to 'do' the harm". Sin perjuicio de lo señalado por el autor un análisis probabilístico en material de causalidad es procedente en ambas formas de causalidad. El análisis de probabilidad que se plantea en este trabajo, conforme a criterios de causalidad material es sumamente básico; en cambio como criterio de imputabilidad, como causalidad jurídica, es más complejo. En el primero se puede apreciar por el juez conforme a la experiencia, pero el segundo es mucho más exigente y debe estar presente en la prueba de forma directa. Richard A. Epstein, *Torts*, New York, Aspen Law & Business, 1999, § 10.1, p. 248.

Fernando Pantaleón plantea esta distinción en los siguientes términos: "el problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso –lo que los anglosajones llaman *causation in fact*– no debe ser en modo alguno confundido con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser 'puesto a cargo' de aquella conducta como 'obra' de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es objetivamente imputable a la conducta del demandado, lo que se ha llamado, en forma muy imprecisa, 'causalidad jurídica' (la *causation in law legal causation o remoteness of damage* de los anglosajones) y lo que la doctrina alemana, con más precisión, denomina *objektive Zurechnung*". Fernando Pantaleón Prieto, "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación", en Asociación de Profesores de Derecho Civil, *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, tomo II, pp. 1.561-1.662.

Así, esta distinción –que se hace claramente en los países del *Common Law*–, también se efectúa en los países de Derecho Continental, especialmente en el Derecho alemán y español.

de causalidad –que denominan como causalidad material, física, fáctica o ontológica– de los de causalidad jurídica, que suelen ser de imputabilidad objetiva. Esta distinción ya ha sido planteada en Chile por Enrique Barros en cuanto a que la causalidad suele tener dos funciones. En virtud de la primera, la causalidad relaciona el hecho con el daño en el ámbito empírico; en consideración a la segunda, se analiza si tal hecho fue el causante de los daños –que pueden o no ser concretos, dependiendo de la función del daño– resulta imputable normativamente al victimario. En realidad, estas funciones no tienen por qué ser sucesivas, es más, suelen ser simultáneas y siempre están presentes, aunque de forma diferente, en la medida que se recurra a criterios de imputabilidad objetivo o subjetivo[8]. La responsabilidad objetiva –que no es lo mismo que los criterios de imputabilidad objetivos– suele responder, como la responsabilidad subjetiva, sólo a criterios de causalidad material. Pero únicamente en la medida que el criterio de imputación sea automático, lo que hace que vaya implícito en la causalidad material[9].

### *1. Teorías de la causalidad física o material*

Estas teorías sólo sirven para relacionar el ilícito o el incumplimiento del contrato con el daño o perjuicios; pero no relacionan el ilícito o incumplimiento con criterios de imputabilidad que generan el daño, lo que se hace de acuerdo con teorías de causalidad denominadas como jurídicas. En las primeras lo que opera es un ejercicio de causalidad científica; en cambio, en las segundas se agregan criterios de imputabilidad que tradicionalmente son objetivos. No

En este sentido, Álvaro Luna señala que la primera fase de la relación de causalidad se refiere al problema fáctico de si existe relación causa-efecto entre la conducta de los eventuales acreedor y deudor y el daño, de acuerdo con nociones científicas u objetivas que explican secuencias físicas. La segunda cuestión se refiere a determinar si el demandado debe responder y, de ser así, hasta que extremo debe hacerlo. LUNA YERGA (n. 2), pp. 353-354.

[8] En la imputabilidad subjetiva la causación material o *in fact* presenta dos componentes: (a) determinación de lo sucedido y (b) determinación si el demandado ha tenido el debido cuidado. EPSTEIN (n. 7), § 10.3, p. 251.

[9] Los criterios de imputabilidad ya están resueltos porque simplemente el incumplimiento se presume culpable, como en los contratos, o porque la responsabilidad es objetiva (la realización de la actividad se vincula directamente con el daño sin recurrir a ningún otro criterio de imputabilidad). Pero ambas situaciones exigen la concurrencia de la causalidad material, tanto el incumplimiento del contrato como los riesgos de actividad deben ser causa directa y necesaria del daño. Sin perjuicio de ello, en la medida que se recurra a un criterio de imputación objetiva o subjetiva y que, a su vez, concurran varios hechos –que puedan ser causa material del daño– y en el caso se presente otro criterio de imputación se suele invertir la carga de la prueba: como si ha habido imprudencia de la víctima. Y en estos supuestos, la defensa del demandado se hará conforme a un criterio de causalidad jurídica.





se centra exclusivamente en el daño o perjuicio, sino, también, en la relación del hecho dañoso y los criterios de imputabilidad que operan para construir la relación de causalidad (como la probabilidad del daño, violación al deber de garante, etcétera.)[10].

#### a. Teoría de la equivalencia de las condiciones

Esta teoría fue levantada por el penalista alemán Maximiano von Buri, y en virtud de ella se exige una causa suficiente y necesaria para generar un ilícito. Para esta teoría el daño es consecuencia de una serie de hechos o condiciones que en su conjunto lo hacen posible. Esta posición doctrinal se basa en la teoría de las condiciones *sine qua non* planteada por John Stuart Mill. A esta teoría se le critica que extiende la responsabilidad de forma demasiado amplia, ya que ella comprende cualquier hecho que pudiese servir de causa del daño.

Las críticas a esta teoría deben ser revisadas, pues una cosa es que un hecho sirva de causa para el daño y otra es que efectivamente genere responsabilidad civil. Lo anterior se debe a que quien ejecuta el hecho ilícito también debe haber actuado con culpa o dolo o conforme a un criterio de imputabilidad objetivo para que exista responsabilidad extracontractual. Así, por ejemplo, si una persona traslada a un delincuente para cometer un delito, aquél puede ser responsable del daño, si lo ha hecho voluntaria y conscientemente –se trata de un autor o cómplice–, pero si era un taxista e ignoraba las oscuras intenciones del cliente no lo será[11]. En ambas situaciones, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, habrá una relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño, pero el taxista no siempre será responsable. Ello se debe a que además de la relación de causalidad, para que exista responsabilidad, debe concurrir la culpa o el dolo como causales de imputabilidad.

Esta teoría ha sido puesta en tela de juicio por varios autores. De esta forma, Philippe Le Tourneau, citado por Julio César Galán, se refiere a un caso abordado en una sentencia de la CA de París, de 7 de julio de 1989, en consideración al cual, producto de una transfusión de sangre, en un accidente automovilístico, la víctima fue contagiada de SIDA. Si se aplica la teoría de la equivalencia de las condiciones a este supuesto, resulta evidente que

[10] Enrique Barros se refiere a este fenómeno entendiendo que lo que en este trabajo se denomina causalidad material pertenece al mundo físico y es la relación de causalidad, como requisito de la responsabilidad extracontractual, y lo que denominamos como causalidad jurídica, que obedece a criterios de imputabilidad normativa u objetiva, sirve para determinar causalmente el *quantum* del daño. Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, § 242, p. 374.

[11] Jorge BUSTAMANTE ALSINA, *Teoría de la responsabilidad civil*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, pp. 268-274.

el accidente sirve de causa al contagio del SIDA[12]. Para el referido autor la relación de causalidad entre la producción el accidente y la transfusión de sangre, que enferma a la víctima de SIDA, es evidente conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones. A estas soluciones extremas nos llevaría, según parece entender Julio Galán, la teoría en comento. Pero esta conclusión no es definitiva, por cuanto la negligencia en la transfusión, que llevó al contagio del SIDA, no le es imputable al conductor del vehículo.

En resumen, esta teoría es fundamental y, sin perjuicio de las teorías que se analizan a continuación, es tal vez la que mejor se acomoda a los problemas de causalidad, aun en la actualidad[13]. Enseguida, se analizan algunas de las teorías en consideración a las cuales se puede sustentar la relación de causalidad[14].

### b. Teoría de la causa próxima o final

Para algunos autores, la teoría anterior se encontró con un problema insoluble, como lo sería la concurrencia de diferentes causas-necesarias para que el daño se produzca. Frente a ello, Francis Bacon planteó esta tesis, señalando que para determinar el nexo causal se debe atender a la última causa. Esta teoría se ubica dentro de las que explican la causalidad materia por cuanto ella nada puede indicar respecto del reproche de imputabilidad que debe operar respecto del victimario en la causalidad.

[12] Galán Cortés (n. 6), p. 259.

[13] En este sentido uno de los estudios más interesantes en materia de causa es el elaborado por Francisco Infante Ruiz que señala: "en fin, numerosos son los problemas causales y también numerosas las pretendidas 'teorías causales' que han tratado de solucionarlos. En este trabajo no sólo abordaremos el estudio de los cursos causales alternativos hipotéticos, sino que también, y a fin de la resolución de los mismos, *trataremos demostrar que la única teoría de la causalidad válida desde un punto de vista científico es la antigua teoría de la condicio sine qua non*, y que otra cuestión bien diferente será la de la imputación de un evento dañoso ligado causalmente a la conducta del posible responsable ('teoría de la imputación objetiva'), que habrá de resolverse en función de los diferentes criterios de imputación objetiva extraíbles de la estructura y función de las normas de responsabilidad". Francisco Infante Ruiz, "La responsabilidad por daños: nexo de causalidad y 'causas hipotéticas'", véase N° de Ref: ref_TOL214.474.

[14] No me referiré a varias teorías como la causa preponderante. Esta teoría fue planteada por Binding y Oertmann. En virtud de ella la causa es lo que "rompe el equilibrio entre los factores favorables y adversos a la producción del daño, es decir, aquel acto que por su mayor peso o gravitación imprime la dirección decisiva para el efecto operado". Isidoro H. Goldenberg, *La relación de la causalidad en la responsabilidad civil*, 2ª ed. ampliada y con actualización jurisprudencial, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, p. 21.

De acuerdo con esta teoría se deben preferir las condiciones positivas sobre las negativas y además para que exista vínculo causal se debe recurrir al concepto de autor.

En resumen, para esta teoría se debe elegir la condición que desequilibra las posibilidades a favor de la producción del daño.





Sin embargo, fue resistida por llevar a soluciones absurdas[15]. Como ejemplo de estas inconsistencias se suele mencionar el caso "Butterfield c/ Forrester" en consideración al cual

> "un propietario coloca una barra atravesando una ruta y un jinete cabalgando al galope tropieza con ella lesionándose; el juez niega a la víctima toda indemnización alegando que su negligencia fue la *causa próxima* del daño que sufrió, ya que si hubiera galopado más lentamente habría podido sortear el obstáculo"[16].

La aplicación de esta teoría, entonces, lleva a excluir la responsabilidad civil, a pesar del comportamiento negligente del propietario, que reúne las condiciones de la teoría de la equivalencia de las condiciones, por lo que debe desecharse. Isidoro Goldenberg, haciendo frente a estas críticas, señala que la causa próxima debe aplicarse como un criterio de inmediatez lógica y no cronológica.

### 2. *Teorías jurídicas de causalidad*

La mayoría de las teorías de causalidad jurídica se han construido sobre criterios de imputabilidad objetivos, por lo que también la mayoría de éstas se pueden calificar como objetivas.

Las teorías objetivas, que explican la causalidad, se han desarrollado fuertemente en el Derecho Penal (Honing y Claus Roxin). Ellas, aunque han tenido una menor acogida en el Derecho Civil, también han sido desarrolladas en él (Karl Larenz). Así para Claus Roxin la imputación de un resultado a un ilícito penal típico "presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo"[17, 18].

[15] Clásica es la crítica a esta teoría planteada por Orgaz a través del siguiente caso: una persona sustituye el contenido de una inyección, que va a ser utilizado por una enfermera por una sustancia tóxica. En caso que el veneno de la inyección mate al paciente, la causa próxima sería la inyección de la enfermera, lo que nos llevaría, según esta teoría, al absurdo de condenarla por homicidio.

[16] Caso citado por Jean Deschizeaux, *De l'influence du fait de la victie sur la responsabilitié civile délictuelle, Grenoble*, 1934, p. 33 n. 1; Goldenberg (n. 14), p. 20.

[17] Hernán Corral T., *Los elementos de la responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 189.

[18] Las teorías de imputación objetiva han sido fuertemente desarrolladas por la doctrina alemana, que las ha criticado de la forma siguiente. La primera crítica consiste en que el descarte de un hecho, en la relación de causalidad, a la que llevan estas teorías por no ser la causa de la conducta antijurídica excluye la tentativa. Así sucede si un hospitalizado muere a consecuencia de un incendio, pero no por efecto de un disparo que se hace en su contra. El disparo no mató al enfermo, pero constituye un delito de tentativa de homicidio que esta

Esta teoría debe complementarse con la de la imputación objetiva, la cual, en el campo de la causalidad, suele llevar a un análisis de previsibilidad de resultado, dada la alteración que la circunstancia causal genera en la normalidad de las cosas[19].

Los criterios de imputabilidad objetiva son de distinta clase como la teoría de la causalidad adecuada[20]; la pérdida de oportunidad[21]; la teoría del riesgo permitido[22]; la prohibición de regreso y posición de garante[23]; el fin de la

forma de causalidad excluye. Por otra parte, la creación de un peligro no necesariamente atrae aparejada responsabilidad, como si una persona convence a otra de escalar el Himalaya y éste perece en la asunción. En este caso, la persona que recomendó subir el Himalaya no es responsable de homicidio. Estos problemas han tratado de ser resueltos mediante la distinción, por una parte, de varios criterios –incluidos dentro de la creación de un riesgo no permitido– como la exclusión de imputación en caso de disminución de riesgo o por falta de creación de riesgo, etc. y otros –incluidos en la realización del riesgo prohibido– como la exclusión de la imputación por falta de realización del peligro y por falta de resultado no cubierto por el fin de la norma, etc. y finalmente conforme al ámbito del tipo.

Marín García-Ripoll Montijano, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Granada, Editorial Comares, 2008, pp. 24-49.

[19] En este sentido Hernán Corral señala: "la previsibilidad del resultado dañino debe introducirse en el análisis de la causalidad para destacar aquellos procesos causales en los que la acción humana interviene decisivamente (y por ello es causa en el sentido natural o para la teoría de la equivalencia de las condiciones), pero en los que parece imposible imputar ese resultado a ese comportamiento humano concreto al carecer el agente de toda posibilidad de prever las consecuencias que se derivarían de su acción y no poder así atribuirse a su actuación ninguna forma de dirigibilidad del proceso". Corral Talciani (n. 17), p. 192.

[20] La posición de la doctrina española en torno este punto no es pacífica, sobre todo respecto de la relación de la teoría de la causalidad adecuada con los restantes criterios de imputabilidad objetiva. En este sentido cabe destacar una sentencia del TS español de 21 de octubre de 2005 –que se refiere a la causalidad jurídica en la exclusión de la responsabilidad de un médico– que resuelve "...no hay causalidad jurídica –juicio perteneciente a la quesito iuris–, bien porque se entienda aplicable la exclusión en virtud del criterio de imputación objetiva del 'riesgo general de vida', bien porque no ha sido la intervención la denominada causa próxima o inmediata, ni la causa adecuada del resultado, criterio éste (para unos, filtro de los restantes medios de imputación; para otros, residual de cierre del sistema, y que, por ende, opera cuando no sea aplicable alguno de los previstos específicamente en la doctrina –riesgo general de la vida, provocación, prohibición de regreso, incremento del riesgo, ámbito de protección de la norma, consentimiento de la víctima y asunción del propio riesgo, y de la confianza–) que descarta la causalidad cuando, como dice la doctrina, 'el daño aparece como extraordinariamente improbable para un observador experimentado que contara con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión al momento inmediatamente anterior a la conducta'". La referida sentencia, en definitiva, absuelve al demandado por cuanto era improbable que el demandado pudiera tener acceso a las condiciones genéticas, las cuales en una operación normal y de bajo riesgo llevaron a la muerte del paciente.

[21] Galán Cortés (n. 6), pp. 274-296.

[22] Luna Yerga (n. 6), p. 377.

[23] *Ibid.*





norma[24], etcétera[25]. En realidad, al subsumir los problemas de causalidad en la imputabilidad, se recurre a criterios objetivos de valoración de la culpa o, incluso, del daño, como la pérdida de una oportunidad o chance (*loss of chance* o *perte de chance*)[26, 27, 28]. Conforme a esta última teoría los casos de pérdida de una oportunidad dan lugar a una responsabilidad proporcional. De este modo, el nexo causal ha de establecerse respecto de un hecho concreto en materia de responsabilidad médica: la pérdida de una oportunidad cierta de sanarse.

[24] Esta teoría fue planteada en Alemania por Ernst Rabel (1874-1955) y se basó en el *Restatement of the Law of Contracts* de 1932. Los antecedentes remotos de esta teoría parecen estar en Robert Pothier y en el famoso caso "Hadley *v.* Baxendale". En la actualidad, como destaca Marín García-Ripoll en el Derecho alemán, esta teoría sirva, además, para delimitar el *quantum*. Así lo ha resuelto una sentencia del tribunal supremo alemán de 11 de enero de 2005 (X ZR 163/02, www.bundesgerichtshof.de).

García-Ripoll Montijano (n. 18), p. 98.

En nuestro Derecho se pueden citar como ejemplos de esta corriente de causalidad, la eficacia preventiva de las normas de tránsito o la culpa infraccional.

Barros Bourie (n. 10), § 248, pp. 384-391.

[25] Álvaro Luna destaca que todas estas teorías, a las que agrega las del ámbito de protección de la norma; consentimiento de la víctima y asunción de riesgo; principio de confianza, se pueden subsumir en la teoría del incremento del riesgo. De acuerdo con ella, no es posible imputar un daño a un causante cuando su comportamiento no ha incrementado el riesgo de producción del daño. Esta forma de abordar la causalidad es propia del AED.

[26] En este sentido Álvaro Luna destaca: "...la imputación objetiva se proyecta en la cuestión de la reparación". Esta proyección, un tanto ajena a nuestro Derecho, se plantearía como una forma de reproche o de eximición parcial del daño provocado. De esta forma, los criterios de imputación –que son esencialmente axiológicos– afectarían al *quantum*. Luna Yerga (n. 2), p. 357.

[27] François Chabas critica esta última teoría, que fue acogida por una sentencia francesa del Tribunal de Casación, en consideración a la cual una paciente recurre a un ginecólogo que no le diagnostica un cáncer uterino, fácilmente evidenciable, producto de lo cual un segundo facultativo le diagnostica correctamente la enfermedad, pero como ya el cáncer estaba muy extendido la paciente muere. Para la referida sentencia, el mal diagnóstico del primer facultativo no puede ser considerado como la causa de la muerte. Ello se debe a que no se puede saber si el tratamiento pudo haber sanado a la enferma. En la especie, no se cumpliría ni siquiera con la teoría de la equivalencia de las condiciones.

[28] La causalidad vincula el hecho ilícito o incumplimiento con el daño o el perjuicio, pero en algunos casos complejos, como en el de las causas concurrentes debe hacerse referencia a un criterio de imputabilidad que en definitiva determine la responsabilidad; pero ello no quiere decir que se deben confundir los criterios de previsibilidad, que pueden jugar en la relación de causalidad, con la determinación del *quantum*, como destaca acertadamente Hernan Corral en su análisis del artículo 1558 del *CC*. Así, para el referido autor, la relación de causalidad como previsibilidad en la responsabilidad contractual se exige al momento del incumplimiento; en cambio los perjuicios se limitan a los que se previeron o pudieron preverse a la época de la celebración del contrato. Hernán Corral T., "Causalidad y previsibilidad en la responsabilidad contractual", en Hernán Corral T. (ed.), *La relación de causalidad, análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*, Santiago, Editorial Universidad de los Andes, 2008, pp. 153-155.

Así habría certidumbre en la probabilidad de sanarse e incertidumbre en el monto del perjuicio causado por el actuar omisivo del médico. El rechazo a esta teoría en Francia –fue acogida en dicho país ya en una sentencia de 14 de diciembre de 1965[29]– no se hizo esperar. La objeción a ella es que llevaría a concluir, sobre todo en materia médica, que todo error médico es la pérdida de un chance de curarse y, por tanto, extiende la responsabilidad civil de forma demasiado amplia, haciendo sinónimos dos cosas que no lo son: el error y la negligencia profesional[30]. A pesar de ello éste es un criterio especialmente aplicable en los casos de responsabilidad médica, en los que los criterios de previsibilidad son esenciales[31].

A continuación, se analizará la más importante de estas teorías, la de la causalidad adecuada; una teoría de la causalidad levantada por Cossío, que recoge mucho de los planteamientos de la doctrina respecto de la causalidad, y la causalidad conforme al AED.

### a. Teoría de la causalidad adecuada

Fue planteada por Johannes von Kries en 1886, aunque su establecimiento, como la conocemos en la actualidad, se debe a Traeger[32]. Para esta teoría la relación entre la causa y el daño debe ser adecuada y, por ende, entre todas las causas necesarias se debe optar por aquélla que, conforme al curso natural de las cosas, lleva hacia el resultado dañino. Esta teoría, en un sentido, es superior a la de la equivalencia de las condiciones: unifica los criterios de causalidad e imputabilidad. La conducta ilícita o el incumplimiento no sólo debe cumplir con las exigencias de la teoría de las condiciones equivalentes sino que el actuar debe ser "imputable" al deudor. Como señala Jullio C. Galán exige un juicio de imputabilidad en abstracto[33].

Es sumamente dúctil, como veremos, y es compatible con cualquier criterio de imputación objetivo que se califique como adecuado con relación a la conducta ilícita o al incumplimiento y el daño. Por ello, para algunos la aplicación de esta teoría exige la formulación de "un juicio de probabilidad" para elegir la condición adecuada al daño[34]. La causalidad adecuada, como destaca Isidoro Goldenberg siguiendo a Stiglitz, se aprecia

> "de conformidad con lo que acostumbra suceder en la vida misma. Es decir, para exista relación causal (...) la acción tiene que ser idónea para producir el efecto operado, tiene que determinarlo normalmente"[35].

Julio C. Galán replantea el criterio de la probabilidad, como otra teoría de aplicación de la causalidad, denominada 'teoría de la probabilidad estadística', siguiendo al criterio del *common law* denominado *more probable than not.* De acuerdo con este criterio, según Julio Galán, en caso que la causalidad material no haya sido suficientemente acreditada es posible reconstruir la relación de causalidad en la medida que la prueba conduzca a un grado suficiente de probabilidad de acaecimiento del daño, y ello sobre todo cuando la probabilidad sea alta[36]. De acuerdo con los tribunales estadounidenses en la medida que se pueda establecer una certeza superior al 50% se puede dar por acreditada la relación de causalidad. Y, en este sentido, continúa Julio Galán, en el campo de la responsabilidad médica se exige una "certeza médica razonable, probabilidad razonable y posibilidad sustancial". En dicho Derecho esta teoría se construye bajo un influjo normativo, que permite delimitar y excluir la responsabilidad; pero ella ha ido variando desde una probabilidad de un 50%hasta una probabilidad cercana al 100%. Esta teoría tiene un fuerte impacto en Alemania[37], Italia[38] y

[29] Esta teoría ha sido acogida en Estados Unidos de América en un fallo de 1966, que resolvió la causa "Hicks *versus* United State" y en 1992 en el juicio "Wollen *versus* DePaul Health Center".

[30] Galán Cortés (n. 6), pp. 275-277. Señala, además, que esta teoría ha sido desechada en el Reino Unido (*House of Lords* en el caso "Hotson *versus* Eat Berkshire Health Autority, 1987"). El demandante sufrió una caída de la que no fue adecuadamente diagnosticado por el médico demandado, producto de lo cual quedó con una inhabilidad en su cadera. Pero de haber sido diagnosticado y tratado adecuadamente habría obtenido con una probabilidad del 75% el mismo resultado, por lo que fue condenado por un 25% del daño en primera instancia. Esta sentencia fue revocada por la *House of Lords*. Véase, *op. cit.*, p. 277.

[31] De esta forma Richard Epstein señala: "the issue has its most common application in medical malpractice cases... For concreteness, however, suppose that D negligently missed a diagnosis of P's cancer, thereby diminishing her chances of survival. Clearly, ex ante, no patient would be indifferent to that loss of opportunity, which is why good physicians command high fees for good diagnosis. But after the fact, should P (or P's estate) recover? A lot depends not only on the fact that some chance was lost, but on the size of the chance. In the simplest cases, if survival were certain with proper diagnosis (or treatment), and impossible without it, cause-in-fact requirement becomes a certainty". De esta forma, la pérdida de una oportunidad debe tener un nivel alto de certidumbre y haber sido fundamental en la recuperación de la salud perdida –como señala el autor más adelante– para dar lugar a la responsabilidad médica. Epstein (n. 7), § 10.4, p. 252.

[32] Esta teoría ya era aceptada por el TS del imperio alemán, pero su consagración definitiva la haría una sentencia del mismo tribunal de 23 de octubre de 1951.

García-Ripoll Montijano (n. 18), p. 96.

[33] Galán Cortés (n. 6), p. 261.

[34] Este juicio de probabilidad lo han exigido las sentencias del TS español de fechas 20 de mayo de 1981 y 5 de abril de 1983.

[35] Goldenberg (n. 14), p. 23.

[36] Galán Cortés (n. 6), p. 268.

[37] En el Derecho alemán es conocida como *adäquanztheorie.*

[38] Giulio Adinolfi destaca que la teoría de la certeza causal, que exige un 100%de certeza en la responsabilidad médica, ha sido revisada por una sentencia de la CS italiana de 2002, buscándose en ello la obtención de una certeza procesal, que se sustentaría en tres principios "los dos primeros

el Reino Unido[39, 40]. Por otra parte, en algunos países ha llevado a excesos[41].

se refieren al proceso de búsqueda de la relación causal a través de un paradigma condicionalista integrado en la subsunción del tipo concreto en una ley de cobertura científica y de la imposibilidad de reconducir la comprobación causal exclusivamente al coeficiente de probabilidad de una ley estadística. El tercer principio de derecho es el de imponer una pronunciación de absolución cuando la reconstrucción procesal de la relación de causalidad resultara insuficiente, contradictoria o incierta. La sentencia ha intentado mostrar una solución idónea, realizando compromisos, entre los contrastes interpretativos. Un compromiso sobre la base del estudio de Stella, olvidando y negando obviamente las partes, en algunas ocasiones, más evolucionadas de la teoría de la imputación objetiva en la comprobación causal (a través de un procedimiento normativo primero y concreto después)".

Asimismo, se refiere a la evolución de la relación de causalidad en la jurisprudencia de la sección penal de la Corte di Cassazione, en torno a los criterios de imputabilidad objetiva, anteriores a este fallo. Así, señala que en: "una primera dirección interpretativa de los años ochenta consideraba, partiendo de la relevancia del bien de la vida, que también una baja probabilidad de que la intervención quirúrgica no ejecutada correctamente hubiese podido impedir el evento, configuraría la responsabilidad del sanitario (el leading case de esta primera orientación interpretativa se encuentra en Cass, sez. IV, 7 gennaio 1983, Melis, en Foro it., 1986, II, 351, con nota de Renda, Sull'accertamento della causalità omissiva nella responsabilità medica)", señalando que esta posición se desechó por cuanto extendía inaceptablemente la responsabilidad médica, señalando: "la explícita reconducción hacia criterios de valoración probabilística, dejaba en mano del juez una amplia discrecionalidad al pronunciarse sobre el nexo causal. Se consideró, como intento de simetría, que el 30% de posibilidad de éxito era una medida suficiente para la individuación del nexo causal (Cass., 12 luglio 1991, Silvestri, en Foro it., 1992, II, 363, con nota de Giacona, Sull'accertamento del nesso di causalità tra la colposa omissione di terapia da parte del medico e la morte del paziente, en Giur. it., 1992, II, 414, con nota de Tornatore, In tema di colpa medica omissiva, en Nuova giur. civ., 1992, I, 358, con nota de Zeno- Zencovich, Questioni in tema di responsabilità per colpa professionale, e in Dir. economia, 1992, 469 con consideraciones de Colombini)". Estos fallos dieron lugar a un segundo grupo de sentencias no muy alentadores por cierto en consideración a los cuales "razonando siempre en términos probabilísticos, considera que la responsabilidad profesional del médico pueda ser reconocida únicamente cuando se compruebe que la conducta debida y omisiva hubiera impedido la realización del evento con un elevado grado de probabilidad 'cercano a la certidumbre', es decir, con un porcentaje cercano al 100. (De esta forma Cass. sez. IV, 28 settembre 2000 Baltrocchi, en Foro it., 2001, II, 420, con notas de Nicosia y en Riv. it. dir. e proc. pen., 2001, 277, con notas de Centonze, Causalità attiva e "Nexo de causalidad en la responsabilidad penal del médico...", iustel.com, *RGDP*, N° 7, mayo 2007)".

Lo señalado entre paréntesis corresponde a las notas a pie. Giulio ADINOLFI, "Nexo de causalidad en la responsabilidad penal del médico y desmitificación de la imputación objetiva en la consolidada jurisprudencia de la 'Corte di Cassazione' italiana", en www.iustel.com, N° de identificador: 400063.

[39] En igual sentido cita varios fallos del TS, 20 de febrero de 1995, 23 de diciembre de 2002, 23 de mayo de 2003, etcétera. GALÁN CORTÉS (n. 6), pp. 269-274.

[40] Estos criterios no son ajenos a nuestro Derecho. De esta forma Enrique Barros sostiene: "...bajo las reglas de las presunciones judiciales, podría estimarse que si las probabilidades son superiores a un umbral (50%, por ejemplo), se debe dar por probada la causa y negada en caso contrario...". BARROS BOURIE (n. 10), § 246, p. 380.

[41] El juicio de probabilidad de daño se ha desdibujado sobre todo en la jurisprudencia francesa de responsabilidad del fisco por daños en vacunación e infecciones, transformando





La crítica fundamental a esta teoría es que, se sustenta en un juicio de previsibilidad, que más bien se funda en la culpa que en la relación de causalidad[42, 43]. La relación de causalidad, conforme a esta teoría, necesariamente supone una pluralidad de casos. De esta forma de ocurrir nuevamente los mismos hechos se debe producir necesariamente el mismo resultado dañoso. De este modo, "el juicio de idoneidad o cálculo de probabilidades tiene que plantearse en abstracto, o en general, con prescindencia de los efectivamente sucedido, atendiendo a lo que usualmente ocurre; y no en concreto o en particular, es decir, como se han producido realmente las cosas"[44].

Por otra parte, la causalidad excluye la denominada "fractura del nexo causa".

En Chile, Hernán Corral explica esta teoría, refiriéndose a una sentencia de la CA de Santiago. La sentencia recayó en una demanda por la muerte de un conductor en un choque en que el victimario no respeto un disco pare. En dicho juicio se resolvió que

> "existe relación de causalidad entre tal conducta y el resultado que se produjo, esto es, la muerte del conductor del otro vehículo, al que interceptó con su derecho preferente de tránsito, pues de haberse respetado la señalización, el accidente no se habría producido" (CA de Santiago, 4 de septiembre de 1991, *RDJ*, tomo LXXXVIII, sección 4ª, p. 138)[45].

Ahondando un poco más en el análisis de este fallo, el sentenciador aplicaría la teoría de la equivalencia de las condiciones para determinar la causalidad

presunciones cuasilegales de culpabilidad en verdaderas presunciones de responsabilidad o, quizá, de imposición de una obligación de resultado.

Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ, "Presunción de falta y responsabilidad por la prestación de servicios sanitarios: la aplicabilidad en España de la experiencia francesa", en *Revista de Administración Pública*, N° 140, mayo-agosto 1996, pp. 379-425. www.iustel.com, N° identificador: §751572.

[42] Fernando ARAYA JASMA, *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Santiago, Fundación Fernando Fueyo, Lexis Nexis, 2003, p. 29.

[43] Estas críticas no hacen más que evidenciar la acepción de la relación de causalidad considerada de forma jurídica. En este sentido, por citar sólo un ejemplo, Jorge Baraona construye la imputabilidad sobre dos concepciones: la previsibilidad de la culpa, y la evitabilidad del daño. De esta forma el referido autor recurre a criterios de imputabilidad objetivos.

Jorge BARAONA GONZÁLEZ, "Peculiaridades de la culpa del profesional liberal: consideraciones dogmáticas", en revista *Anales UC: Temas de Responsabilidad Civil*, Santiago, Legis, agosto, 2006, pp. 51-53.

[44] GOLDENBERG (n. 14), p. 24.

[45] CORRAL T. (n. 17), p. 195.

materia –que estaría dado por el choque de los vehículos que generaron el accidente–, y la causalidad jurídica estaría dada por la violación de la señalización ética por el victimario, es decir, por un criterio de imputabilidad objetiva.

Las críticas a esta doctrina son las siguientes:

a) Ella se basa en un juicio de probabilidad, pero no proporciona ninguna metodología, ni criterio que especifique cómo opera dicho juicio. Esta crítica, dado lo que se ha avanzado en el establecimiento de criterios de probabilidad y previsibilidad debe desecharse.

b) Esta teoría confunde la causalidad con la culpabilidad. De esta modo, Isidoro Goldenberg destaca:

"en tal sentido, Núñez reprocha a la teoría que a fin de estructurar el juicio de idoneidad de la conducta para producir el resultado, se sirve de los materiales propios de la culpabilidad. De este modo la consecuencia no se pone a cargo del autor por su conexión de sentido puramente físico con la conducta, como lo requiere un proceso de causalidad material entre causa y efecto"[46].

Esta crítica también debe revisarse por cuanto esta teoría sirve para determinar con relación a varias condiciones que se presentan como probables con relación al ilícito, cuál de ellas se debe excluir y cuál de ellas, conforme precisamente a criterios de imputabilidad, es imputable al actor.

b. Teoría de Cossío

Cossío ha levantado una teoría en torno a causalidad en la responsabilidad civil, distinguiendo entre una serie causal, que tiene su origen en un hecho de la naturaleza y el que lo tiene en la voluntad humana. Como en este trabajo nos referiremos sólo a la responsabilidad médica, me referiré, entonces, a la serie causal que tiene su origen en la voluntad humana. Al respecto, Infante Ruiz hace las siguientes distinciones:

"a) Si nos encontramos ante un caso de culpa común propiamente dicha, es decir de un supuesto en que el hecho único origen del daño, procede del acto conjunto de diversas personas, nadie discute que todas ellas son responsables del mismo: se trata del supuesto de coautoría, en que aun siendo varios los agentes, el hecho causal es único.

b) Si por el contrario, nos encontramos ante dos causas distintas, puestas por dos autores diferentes, que confluyen en la producción

[46] Goldenberg (n. 14), p. 28.





de un resultado, que sin su interferencia a posteriori no se hubiera podido producir, habremos de considerar:

1°. Si la interferencia de ambas causas era previsible, en cuyo caso la responsabilidad de ambos agentes es indudable.

2°. Si tal interferencia era imprevisible, en cuyo supuesto nos encontramos ante un caso fortuito, y ambos autores quedan exonerados de toda responsabilidad"[47].

Pero lo realmente importante de esta teoría es que se sustenta en la causalidad jurídica, tomando elementos del Derecho Comparado y derivados de la teoría de la condición adecuada. As, Infante Ruiz señala respecto de los criterios de imputación objetiva que:

"el siguiente ejemplo ofrecido por Larenz, que se ha convertido en típico a la hora de explicar la causalidad alternativa hipotética, resulta bastante aleccionador: A, que regresa a su casa eufórico después de pasar una buena tarde alegre, rompe con el bastón el cristal de la ventana de B y se declara dispuesto al día siguiente a mandar colocar a su costa un nuevo cristal. Pero antes de que esto se lleve a efecto se produce en las proximidades una explosión que rompe todos los cristales de los alrededores. A sostiene entonces que B, según resulta ahora, no fue perjudicado por él, porque, si no hubiese roto el cristal, éste lo hubiera sido poco después como consecuencia de la explosión.

La doctrina estudiosa del tema se plantea dos cuestiones. En primer lugar si es posible imputar el evento dañoso a la conducta del sujeto agente, al autor de la causa real, y en segundo lugar, cuál será la influencia del curso hipotético respecto a la valoración del daño, es decir, si es posible reducir la cuantía de la indemnización, o sin más, suprimir la misma.

Ambas cuestiones suponen diferentes perspectivas en torno a la contemplación de un mismo problema. Casi unánimemente la doctrina entiende que nos encontramos ante un problema de averiguación del daño a indemnizar y no ante un problema de causalidad. Sin embargo, no puede ser desdeñada desde un principio la opinión que entiende que hay que distinguir entre los problemas causales, a resolver sobre la base de la teoría de la equivalencia de las condiciones, y los problemas de imputación objetiva, a resolver con los diferentes criterios que al respecto la doctrina viene esgrimiendo en los últimos tiempos, presentándose, de este modo, la 'causalidad hipotética' como un pro-

[47] Infante Ruiz (n. 13).

blema de imputación objetiva, que habría de resolverse sobre la base de los denominados 'criterios de imputación objetiva'"[48].

c. La relación de causalidad conformidad al AED

La relación de causalidad, entendida como causalidad jurídica, no es más que un análisis de imputabilidad y el AED ha abordado criterios de imputabilidad, desde una aproximación que no se puede dejar de lado en un sistema de responsabilidad civil. A pesar de que no es del caso tratar en detalle el AED en la responsabilidad extracontractual, a lo menos, se señalará la forma de ver los problemas de causalidad desde esta perspectiva.

Para determinar la responsabilidad civil se debe analizar si el victimario actuó negligentemente. Se entiende que es negligente si adoptó unos gastos de prevención del accidente menores a la probabilidad que éste acontezca multiplicado por la previsibilidad del daño. Éste es un *test* de imputabilidad o negligencia y es objetivo por cuanto no se basa en un "actuar negligente" del victimario, sino en parámetros externos a su voluntad. De este modo se aplica la conocida *Hand formula*, conforme a la cual, en un caso concreto, se genera responsabilidad si ocurre lo siguiente[49]:

La determinación del óptimo de prevención del daño se hace conforme a la siguiente fórmula:

$$V < Sq$$

Donde:
V: gastos de prevención.
S: daño previsto.
q: probabilidad que ocurra.

Apliquemos esta fórmula a la estructura de costos de un accidente, teniendo en cuenta que se hace respecto de un caso concreto y conforme al criterio se aplica *ex-ante*, es decir, atendiendo a si se resolviera el caso justo antes que acontezca el accidente, de tal forma que la sentencia se traduce en una norma jurídica que incentivará a los futuros victimarios o victimas (accidentes unilaterales) o a ambos (accidente bilateral) a comportarse con un grado eficiente de actividad y cuidado[50].

[48] Infante Ruiz (n. 13).

[49] Esta formula fue planteada en el caso del juez federal Learned Hand ("United State *v.* Carroll Towing C.", 159 F, 2d 169 [2d Cir. 1947]). Hans-Bernd Schäfer & Claus Ott, *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Madrid, Tecnos S.A., 1986, pp. 110-111.

[50] Este análisis puede hacerse si el accidente es unilateral, es decir, sólo depende de un nivel de cuidado de la víctima o del victimario o si es bilateral, el accidente depende de un nivel de cuidado de ambas partes. Pero además es relevante considerar el nivel de actividad, por cuanto a mayor nivel de actividad se genera mayor riesgo. Pero no es del caso tratar en profundidad el AED en materia de accidentes o responsabilidad extracontractual, sino que sólo explicar como opera.





| (1) Gastos de prevención del daño (V) en TDM (todo en $) | (2) Cuantía de los daños (q.S) en TDM | (3) = (1) + (2) Empleo total de recursos |
|---|---|---|
| 0 | 200 | 200 |
| 10 | 100 | 110 |
| 20 | 50 | 70 |
| 30 | 25 | 55 |
| 40 | 12 | 52 |
| 50 | 6 | 56 |
| 60 | 3 | 63 |
| 100 | 0 | 100 |

Fuente: Schäffer & Ott (n. 49), p. 111.

El empleo de una suma adicional sobre $40, en gasto en prevención de daño –de acuerdo con esta estructura de costos–, supone un aumento en gasto de prevención de $10 y sólo genera una disminución del daño de $6 ($12-$6), lo que produce un costo marginal superior al beneficio y una pérdida de $10-$6=$4 (el empleo total de recursos, por ello, aumentará de $52 a $56). Por lo cual, si, el nivel eficiente de gasto de prevención (nivel de cuidado) es $40, y si el victimario (suponiendo que el accidente es unilateral) sólo ha empleado $30 debe ser condenado, por cuanto debió esmerarse más en invertir en preveer los riesgos del accidente. Por otra parte, si sobreinvierte $50 en evitar el accidente no será condenado. No puede dejarse de lado que esta inversión en prevención tampoco es eficiente, pero es de suponer que si el victimario sabe que los tribunales lo condenará sólo si invierte menos de $40, la tendencia será llegar a ese nivel óptimo de cuidado.

En resumen, según la fórmula precedente, alguien actúa negligentemente cuando su gasto de previsión (V) es menor que el daño previsto (S), multiplicado por la probabilidad de que éste ocurra (q). La culpabilidad aparece cuando se cumple la siguiente condición: $V < Sq$. Volviendo al análisis de este artículo, esta forma de operar del AED se sustenta en una causalidad jurídica que sirve para excluir casos de causalidad material, como los de accidente por pura coincidencia. Álvaro Luna plantea un interesante caso que explica esta distinción. El referido autor analiza el caso "Bery *v.* Sugar Notch Borough". En dicho juicio un conductor de un tranvía manejaba a exceso de velocidad (el contrato de concesión con el municipio sólo le permitía conducir a ocho

millas por hora), y al pasar por debajo de un castaño, éste calló sobre el tranvía e hirió a los pasajeros. Se demandó a la compañía concesionario por los daños que sufrieron los pasajeros. De acuerdo con un criterios de causalidad retrospectiva (*test but for test*), el referido autor entiende que el conductor debería haber sido condenado. La velocidad del vehículo es una condición necesaria para el accidente, ya que lo hace estar allí al momento que el árbol cae. Sin embargo, un análisis prospectivo –que sería el propio del AED–, nos debe llevar a concluir que el exceso de velocidad no incrementa la posibilidad que el accidente ocurra. Ello se debe a que el árbol pudo haber caído si el tranvía iba a la velocidad reglamentaria[51, 52].

## III. La causalidad en la responsabilidad civil en Chile

En Chile, la causalidad es un requisito de la responsabilidad extracontractual, independiente de la imputabilidad. Ello a pesar de que aquélla no tiene una consagración expresa; pero la causalidad, como requisito de la responsabilidad civil extracontractual, se desprende fundamentalmente de los artículos 2314 que utiliza la forma verbal 'ha inferido'; 2316 que establece que el que 'hizo' el daño está obligado a la indemnización; 2318 que dispone que el ebrio es responsable del daño 'causado' por su delito o cuasidelito; 2323 y 2326 que hacen responsable, respectivamente, al propietario de un edificio por los daños que 'ocasiones' su ruina, y al dueño de un animal por los daños 'causados' por el mismo animal, 1437, que establece que el delito "...es un hecho que *ha inferido injuria o daño a otra persona*", todos del *CC*. También una serie de leyes especiales se refieren a la relación de causalidad, como los artículos 14.1° de la ley N° 18.287, 171 de la LT o 52.2° de la ley N° 19.300.

En cambio, la causalidad en la responsabilidad contractual se desprende de los artículos 1558.1°, que establece:

> "*si no se puede imputar* dolo al deudor, sólo es responsable de los *perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato*; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios *que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento*"[53]

[51] Álvaro Luna extrae este ejemplo, como el mismo señala, de los estudios de Steven Shavell. Luna Yerga (n. 2), p. 383 y Steven Shavell, "Causation and Tort Liability", in Peter Newman (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and Law*, London, Macmillan Reference Limited, 1998, vol. 1, p. 213.

[52] Pero la conclusión a que llega Steven Shavell es discutible por cuanto claramente la velocidad es un elemento que influye en la magnitud del accidente. Ello llevará a que simplemente el *quantum* sobre el que se calcula el daño previsto sea una suma tal que represente el aumento del daño en el accidente. Ello es evidente desde que los daños previstos son mayores a 40 km que a 80 km, aun en los casos de accidente por casualidad o pura coincidencia.





y 1556.1°, que preceptúa:

> "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, *ya provengan* de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento", ambos del *CC*[54].

Hernán Corral destaca, sobre la base de un fallo de la CS, respecto a la fuente legal de este requisito de la responsabilidad civil, que:

> "la relación de causalidad no está definida por el legislador, por lo que debe entenderse en su sentido natural y obvio... Entre un acto ilícito y un determinado daño existirá relación de causal si el primero engendra al segundo y éste no puede darse sin aquel" (CS, 16 de octubre de 1954, *RDJ*, tomo LI, sección 1ª, p. 488)[55].

La relación de causalidad, como requisito de la responsabilidad extracontractual del Estado, también ha sido reconocida en diversos fallos, como en la paradigmática sentencia de la CS en el caso "Béraud". En este fallo la CS resolvió:

> "para que la responsabilidad tenga lugar y para que nazca el derecho de la víctima a ser indemnizado es suficiente que la actuación del agente público esté relacionada con el servicio u órgano público y que haya un vínculo directo de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido";

pero agrega: "no desprovista de todo vínculo con el servicio" (se refiere al hecho generador de responsabilidad)[56].

[53] Enrique Barros sustenta la relación de causalidad, como requisito de la responsabilidad contractual, exclusivamente en el artículo 1558 del *CC*. Barros Bourie (n. 10), § 243, pp. 374-375.

[54] Hernán Corral agrega, como fuente normativa de la relación de causalidad, como requisito de la responsabilidad contractual, el artículo 1553, Regla 3ª del *CC*. Esta norma se refiere al incumplimiento de una obligación de hacer, que da lugar a la indemnización de los perjuicios "resultantes" de la infracción del contrato. Corral T. (n. 28), pp. 129-130.

[55] Corral T. (n. 17), p. 180.

[56] La referida sentencia de la CS, de 20 de junio de 1996, en su considerando 37° establece: "...ante los hechos recordados precedentemente y de otros establecidos en autos, la sentencia

La CS rechazó una demanda por responsabilidad civil –sustentada en la denominada "falta de servicio"– por falta de vínculo causal en un caso que entendió que el Estado no está obligado a proveer ningún servicio a la víctima. Así resolvió la CS en el juicio "Arévalo", casando un fallo de la CA de Antofagasta. El fallo de la CS resolvió que

> "en efecto, Gendarmería de Chile no está obligada a prestar servicio concreto alguno a la comunidad, como no sea en una forma totalmente indirecta, ya que su función primordial es la custodia de los reclusos que se encuentran a disposición de los tribunales de justicia, por lo que no se hallaba en situación de incurrir en este tipo de responsabilidad" (considerando 14° de la sentencia)[57].

Por otra parte, tampoco se puede dejar de lado la ley N° 19.966, que modificó fuertemente la responsabilidad médica, sobre todo en torno a las prestaciones se salud obligatorias por parte del Estado (que son garantizadas por el denominado Plan Auge)[58].

recurrida tanto en su considerando noveno como al reproducir los fundamentos del fallo de primer grado y particularmente los que llevan los números 40°, 42°, 45°, 46°, 47°, 48°, 49° y 50°, dio por establecida la responsabilidad cuasidelictual del recurrente como coautor del ilícito investigado en autos, por su descuido o negligencia culpable en materia básica o elemental durante la intervención quirúrgica en que se lesiono grave e indebidamente la cadera izquierda del querellante, conducta negligente que, al igual que la de otros integrantes del equipo interdisciplinario, pero con el mismo objetivo común, que participo en aquella intervención quirúrgica, dio origen a ßque se produjera el resultado antijurídico, esto es, las lesiones graves en la cadera que no debía ser operada, al punto que si no hubiera mediado culpabilidad en uno cualquiera de los miembros del equipo, tal resultado no se hubiera producido, *de donde se sigue la necesaria relación de causalidad entre cada responsable y el resultado.* De allí, entonces, que la sentencia recurrida, al confirmar la de primera instancia, no ha vulnerado las normas legales que el recurso estima infringidos, dándoles la debida aplicación ante la evidencia de los hechos establecidos en estos autos, de los cuales prescinde el presente recurso". Descriptor Legal Publishing: 13931.

[57] En todo caso, José M. Valdivia critica este fallo y señala que en realidad esta sería una falta de servicio objetiva, por lo que no cabe circunscribir la falta de servicio a un vínculo directo con la víctima. José Miguel VALDIVIA, "Nuevas fronteras de la falta de servicio", en *GJ*, N° 301, Santiago, 2005.

[58] No es del caso analizar esta ley, que se refiere fundamentalmente a las garantías estatales mínimas que debe prestar el Estado en materia de salud, pero ya existen algunos trabajos que se hacen cargo de ello.

Carlos PIZARRO WILSON, "La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la Ley del Auge en perspectiva civil en ella en el Derecho español", en Hernán CORRAL y María RODRÍGUEZ (coord.), *Estudios de Derecho Civil II. IV Jornadas de Derecho Civil, Olmué*, Santiago, Lexis Nexis, 2006, pp. 401-419.





Para algunos autores las dos principales teorías en consideración a las cuales se puede determinar la forma en que se resuelve la causalidad en Chile son la de la equivalencia de las condiciones y la de la causa adecuada. A pesar de que estas teorías son incompatibles entre sí para Fernando Araya, es posible aplicar la primera a la responsabilidad subjetiva y la segunda a la responsabilidad objetiva[59]. De acuerdo con Fernando Araya, para aplicarlas es posible distinguir las siguientes dos situaciones:

a) En cuanto al fondo se recurre a la teoría de la causalidad necesaria o equivalencia de las condiciones. En este caso se sabe que un hecho fue necesario para la generación del daño, no cabe duda que el contribuyó a causarlo.
b En cambio, si se duda si un hecho fue causa del daño se debe recurrir a la probabilidad o previsibilidad objetiva en torno a dicho hecho.

Dicho criterio no es otro que el de razonabilidad y en este sentido esta segunda forma de apreciar la relación de causalidad no hace más que facilitar la prueba de la causalidad[60]. En contra pareciera estar Enrique Barros, que no diferencia criterios de causalidad para ambas clases de responsabilidad[61].

Por otra parte, Hernán Corral estima que nuestra CS se adscribe claramente a la teoría de la equivalencia de las condiciones. Así, el referido autor, destaca un fallo de éste último tribunal que resuelve:

> "hay concatenación causal entre la acción del reo, que manejó su automóvil en forma deficiente e imprudente y chocó o rozó el otro automóvil que lo precedía, y el hecho de que el chofer de éste al sufrir esa colisión perdiera el control del vehículo y chocara contra la muralla, produciendo lesiones a sus pasajeros. Por tanto, es indudable que dentro de la teoría comúnmente aceptada de la equivalencia de las condiciones o causas que generan el resultado producido, la acción del reo fue causa del accidente y de las lesiones que sufrieron los ocupantes del auto chocado por él" (CS, 11 de enero de 1960, *RDJ*, tomo LVII, sección 4ª, p. 7);

y agrega otro fallo en el que se sentencia:

[59] ARAYA JASMA (n. 42), p. 31.

[60] *Op. cit.*, p. 32.

[61] En este sentido Enrique Barros señala: "en este capítulo se atenderá a la causalidad en la responsabilidad por negligencia; en general, lo que se dice respecto de este tipo de responsabilidad resulta aplicable en materia de responsabilidad estricta...". BARROS BOURIE (n. 10), § 241, p. 373.

"es evidente que el procesado M.M., desde un punto de vista físico, puso una condición *sine qua non* del resultado [lesiones y muerte de S.F.A], pues eliminando mentalmente su intervención, esto es, el choque o impacto que ocasionó, sería forzoso concluir que no habría sobrevenido toda la serie de consecuencias señaladas... una condición de esta naturaleza debe ser considerada causa, dada su equivalencia con otras condiciones que también se dieron, según se verá más adelante, y ya que la causa de la causa es causa del resultado ...el impacto inicial de la camioneta fue la causa de una causa y en definitiva la causa del resultado" (CS, 12 de agosto de 1981, *RDJ*, tomo LXXVIII, sección 4ª, p. 120).

En voto disidente el ministro Erbetta y el abogado integrante Luis Cousiño rechazaron la tesis de la equivalencia, que en el caso revela sus más extremas consecuencias, y señalaron:

"aún aceptando que el reo N.N. puso una 'condición física' del resultado fatal, no puede considerársele 'causa' de éste, por no ser una condición adecuada para producir normalmente este evento".

## IV. Algunas consideraciones relativas al nexo causal como una condición de la responsabilidad extracontractual en el Derecho Comparado

La teoría de la causa en el Derecho español se desprende de los artículos 1902 y 1107 del *CC*, que establecen lo siguiente:

"Artículo 1902. El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Artículo 1107. Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

En Francia la relación de causalidad se desprende de los siguientes artículos:





"Artículo 1151 del Code.

En caso de que el incumplimiento del contrato proceda de dolo del deudor, los daños y perjuicios sólo deberán comprender, con relación a la pérdida sufrida por el acreedor y a la ganancia de la que haya sido privado, los que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento contractual.

Artículo 1382 del Code.

Cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo".

En el Derecho francés el nexo causal se aplica conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones para la responsabilidad subjetiva y a la teoría de la causa adecuada para la responsabilidad objetiva[62]. En casos de pluralidad de autores, en caso que no se sepa cuál de ellos ha causado el daño, los tribunales franceses han extendido la responsabilidad hasta la solidaridad.

Gerardo García destaca una línea jurisprudencial, en sede administrativa por responsabilidad del fisco, que comenzó a desarrollarse a raíz de una resolución del Consejo de Estado francés de 18 de noviembre de 1960, en el caso Savelli (Lebon, 1960, p. 640; *RDP*, 1961, p. 1068, nota de M. Waline). En este procedimiento se condenó al fisco por la muerte de un niño, que aquejado de rubéola, fallece de viruela plausiblemente contraída en el hospital. Gerardo García señala, además, que esta línea jurisprudencial, aunque existe, ha sido zigzagueante en el tiempo. Sin embargo, esta presunción de falta, en materia de contagios en medio hospitalario, se ha desarrollado fuertemente a partir de los años ochenta[63]. Estas presunciones en Francia se han extendido a casos de accidentes producidos inmediatamente después de una vacunación obligatoria[64].

[62] Jorge Baraona González, Raúl Carnevali Rodríguez, Hernán Corral Talciani y Tatiana Vargas Pinto, *La relación de causalidad. análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*, Santiago, Editorial Universidad de los Andes, 2008, p. 28.

[63] Gerardo García destaca, entre este supuesto los siguientes casos: un supuesto contagio de meningitis complicada con lesión de la médula espinal (CE, 9 de diciembre de 1988, Cohen, Lebon, 1988, p. 431); infección por estafilococos desarrollada con posterioridad a la intervención quirúrgica de una fractura cerrada de rodilla (CE, 1 de marzo de 1989, Bailly, Lebon, 1989, tablas, p. 908); quemaduras sufridas por un recién nacido (CE, 1 de marzo de 1989, Epoux Peyres, Lebon, 1989, p. 65); ceguera de un paciente como secuela de una intervención quirúrgica, resultado inesperado al que nada parecía predisponerle (CE, 31 de octubre de 1990, Epoux Pelletier, Lebon, 1990, tablas, p. 975), e infección del hueso frontal con ocasión de una intervención quirúrgica, sin que nada permita suponer que el paciente fuese portador de una cepa infecciosa (CE, 14 de junio de 1991, Maalem, Lebon, 1991, tablas, p. 1184).

Lo señalado entre paréntesis son notas del autor. García Álvarez (n. 41), pp. 379-425.

[64] Al respeto Gerardo García destaca: "...la peculiaridad de este supuesto reside en que las vacunaciones son impuestas por los poderes públicos en interés de la salud pública y, en

Gerardo García destaca que estas resoluciones habrían llevado al establecimiento a una suerte de presunción cuasilegal en el campo de las infecciones hospitalarias. Lo interesante de esta presunción es que ella opera aun en caso de que el hospital haya adoptado las medidas adecuadas para evitar el contagio[65]. Finalmente, de los últimos casos, el más relevante, según el mismo autor, es el de Epoux Pelletier, resuelto por decisión de 31 de octubre de 1990. En este caso un paciente presenta demanda por una ceguera, como secuela imprevista de una intervención quirúrgica. El juez administrativo condenó a la administración, presumiendo, sin mayores antecedentes, que ello se podría haber producido por el contacto de los ojos del paciente con ciertas sustancias químicas, resolviendo:

> "ese accidente revela, incluso si es imposible determinar las circunstancias exactas en las que los ojos han entrado en contacto con un producto tóxico, una falta en el funcionamiento del servicio"[66].

consecuencia, se reunían todos los elementos para imponer al Estado una obligación por riesgo, lo que por otra parte constituyó la posición adoptada en su momento por los distintos Comisarios del Gobierno y posteriormente por el legislador". Sin embargo, el Consejo de Estado iba a aplicar una presunción de falta que habitualmente ha sido considerada como *iuris et de iure;* pueden señalarse especialmente las dos primeras decisiones, en las que se afirma taxativamente que las secuelas sufridas "revelan" por parte de la Administración sanitaria "un mal funcionamiento del servicio", *op. cit.*, pp. 379-425.

[65] Así, en el *arrêt* Sainte savi d'Avignon, no había sido posible identificar un acto preciso en el origen del daño, ya que el aislamiento de la víctima había sido hecho diligentemente, y cabían dudas sobre si la víctima no habría contraído la enfermedad antes de su ingreso en el hospital (J. M. Auby, nota sobre Derridj, cit., JCP, 1978, II, N° 18792.). Gerardo García destaca un segundo caso resuelto por el Consejo de Estado, el 9 de diciembre de 1988, respecto del señor Cohen: "un supuesto de meningitis complicada con lesión de la médula espinal, plausiblemente producida durante una exploración radiológica o la intervención que la siguió, sin que se haga referencia a la comisión de ninguna falta en concreto; sin embargo, el contagio 'revela una falta en la organización o el funcionamiento del servicio hospitalario'". A los que siguieron otros fallos, como el caso Bailly, del Consejo de Estado de 1 de marzo de 1989, y, en otro de la misma fecha, Epoux Peyres. Respecto de este último caso Gerardo García agrega: "el supuesto enjuiciado eran las quemaduras sufridas por un recién nacido. El Consejo de Estado iba a señalar que 'considerando que resulta de la argumentación precedente que las quemaduras que han sido constatadas cuando el niño ha sido examinado después de la operación no han podido ser ocasionadas más que por el material del centro hospitalario regional de Toulouse [y no de la clínica de Pau en la que el niño había sido atendido antes], sea en el momento del examen previo a la operación, sea durante la realización de esta última; que *la existencia de esas quemaduras revela por sí sola una falta en el funcionamiento del servicio hospitalario* de naturaleza adecuada para hacer surgir la responsabilidad de este centro hospitalario regional'". GARCÍA ÁLVAREZ (n. 41), pp. 379-425.

[66] En igual sentido Gerardo García señala innumerables fallos como: *arrêt* de la CAA de Burdeos de 6 de marzo de 1990, Centre hospitalier de Brive (parada cardíaca sufrida por un niño durante una broncoscopia, accidente que revela un mal funcionamiento del servicio); *arrêt*





Esta línea de desarrollo jurisprudencial es un exceso, por cuanto ya no se tratarían de presunciones de falta, sino de verdaderas presunciones de responsabilidad o, quizá, de imposición de una obligación de resultado. Pero, esta línea de razonamiento seguida por la jurisprudencia administrativa ha tenido un ámbito de aplicación bastante acotado[67]. Así, como ya se indicó, estas presunciones de culpa por mala organización o mal funcionamiento han llevado a establecer una suerte de responsabilidad objetiva de la administración en materia de responsabilidad médica[68].

El sistema de responsabilidad extracontractual o denominado de *tort*, en los países del *Common Law*, lo que se busca es "evitar los accidentes". Jorge Baraona destaca que puede haber tres formas en que los tribunales aplican la causalidad:

a) Los tribunales invierten la causa de la prueba para obligar al demandado a acompañar antecedentes que de otra forma no acompañarían.
b) La causa es aquello que aumenta la probabilidad que el daño se genere (*increased risk*).
c) De los antecedentes del proceso es posible inferir el hecho dañoso[69].

del Consejo de Estado de 14 de junio de 1991, Maalem (infección del hueso frontal con ocasión de una intervención quirúrgica, sin que nada permita suponer que el paciente fuese portador de una cepa infecciosa: la introducción accidental de un germen en el organismo durante una operación quirúrgica revela un mal funcionamiento del servicio hospitalario), etcétera. Lo señalado entre paréntesis son notas del autor. GARCÍA ÁLVAREZ (n. 41), pp. 379-425.

[67] Así, la Asamblea Plenaria de la Corte Administrativa de Apelación de París, mediante un fallo de 20 de octubre de 1992 en "Administration Genérale de l'Assistance Publique a Paris c. X", rechazó la aplicación de la presunción de falta en un caso de contaminación por VIH acontecido en 1987, al entender que la relación de causalidad no estaba lo suficientemente establecida. Gerardo García destaca, respecto de la argumentación de la Corte, que en ella "...se afirma que ni la Administración estaba obligada a recurrir a métodos de trabajo más seguros, dada la pequeña probabilidad de contagio (evaluada en un 0,003%), ni, por la misma razón, estaba obligada a advertir del riesgo al paciente. En consecuencia, ante la ausencia total de falta, ni probada ni presumida, la Administración no puede ser condenada". Lo señalado entre paréntesis son notas del autor. GARCÍA ÁLVAREZ (n. 41), pp. 379-425.

[68] En este sentido José M. Fernández trae a colación una sentencia de la AP de la Coruña, de 20 de marzo de 1998, que a falta de pruebas de detección del SIDA condena a la Administración de Salud (la Generalidad de Cataluña) y excluye la responsabilidad de los médicos. La sentencia se fundamenta en que la falta de los medios de detección eran imputables a la administración y no a los médicos. José Manuel FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, 5ª ed., Granada, Comares, 2007, p. 372.

[69] Jorge BARAONA GONZÁLEZ, "La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: Panorama de Derecho Comparado", en Hernán CORRAL TALCIANI (ed.), *La relación de causalidad. Análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*, Santiago, Editorial Universidad de los Andes, 2008, p. 18.

FAC. DE JURÍDICAS
BIBLIOTECA
NO RAYAR

En torno a la responsabilidad médica podemos destacar las apreciaciones de Jorge Baraona que señala, respecto de la causalidad,

> "en estos casos, el demandante tiene alguna evidencia factual para probar exitosamente que el demandado infringió el estándar de su deber de cuidado, pero insuficiente para determinar la *causation in fact*, lo que le permite probar que la infracción al deber de conducta por parte del demandado incrementa materialmente el riesgo de que el daño sufrido por el demandante en particular se haya producido. En estos casos falta la prueba sobre el vínculo causal directo entre comportamiento negligente y daño sufrido por el demandante"[70].

El sistema del *Common Law* ocupa fundamentalmente dos *test* para la determinación del vínculo causal. El primero es el *but for test*[71]. Pero esta regla, como destaca Julio C. Galán, no es más que la consagración de la teoría de la equivalencia de las condiciones; pero algunos autores más bien entienden que este criterio esta inspirado en la *proximate causation*, planteada por Francis Bacon[72]. De esta forma, conforme a esta regla, los daños no se habrían generado "*de no haber sido por* la conducta" del victimario[73]. Este *test* fue perfeccionado, dando lugar a un segundo, denominado *substancial factor test*[74], que se hace cargo de lo que sucede si dos hechos generan daño. De acuerdo con este segundo criterio la causa debe ser un factor determinante, de forma material y sustancial, del daño.

A su vez, los casos relevantes para la interrupción del nexo causal (*superseding cause*) son los que terminan por desplazar o sustituir la conducta del agente. Así, por ejemplo, sucede si, cuando un conductor deja su auto con las llaves puestas, el auto es robado por un ladrón que atropella a alguien. De acuerdo con dicho Derecho, aunque se puede considerar previsible que si el dueño de un vehículo deja las llaves puestas y un ladrón lo roba –y producto

[70] Baraona (n. 69), p. 21.

[71] Esta expresión es una simplificación de la siguiente pregunta: "*¿would the damage have occurred 'but for' the defendant's conduct?*". Un interesante estudio de la evolución de esta máxima del *Common law* realiza Álvaro Luna. Así el referido autor señala que esta máxima ha sido objeto de sucesivas mejoras, mediante el criterio denominado Ness (*Necessary Element of a Sufficient Set*) y finalmente mediante su consagración en el *Restatement of the Law, Second, Torts*, que desarrolla el denominado *substantial factor test*. Luna Yerga (n. 2), pp. 361-369.

[72] Epstein (n. 7), § 10.6, p. 258.

[73] Galán Cortés (n. 6), p. 257.

[74] Este *test* fue aplicado por primera vez por el TS estadounidense de Minesota en "Anderson v. Minneapolis, St. Paul & Sault Ste. Marie Railway Co." Su consagración definitiva se hace en los §§ 431 y 432 (1) y (2) del *Restatement of the Law, Second, Torts*.





de la rapidez en su actuar– pueda atropellar a alguien, el dueño del vehículo no es responsable. Así, la acción del ladrón sería una *superseding causes*, que libera de responsabilidad al dueño del vehículo[75].

La teoría de la equivalencia de las prestaciones es la que ha predominado en el Derecho Comparado para los efectos de la causalidad material[76]. Y ello es evidente, pues en la causalidad material no se analiza la relación de causalidad de forma axiológica, como sucede cuando se recurre a criterios de imputabilidad. Esta teoría sólo señala lo que naturalmente puede entenderse como causa de un daño, lo que juntamente con otros requisitos de la responsabilidad civil sirve para configurar la responsabilidad del victimario. Pero para determinar su responsabilidad debemos recurrir a un segundo estadio: el de la imputabilidad. En este estadio la relación de causalidad se presenta de otra forma que en la causalidad material, y nos conduce a preguntamos si el criterio axiológico conforme al cual aplicamos la responsabilidad, cualquiera que éste sea, es causa del daño producido y, en este estadio la teoría de la equivalencia de las condiciones es impotente. En esta etapa se aplican las teorías de la causalidad adecuada o eficiente.

Este artículo no estaría completo, si no se refiere a la forma en que abordan los PECL –más conocidos como Principios Landó– el problema de la

[75] Otra forma de exclusión de relación causal es la "cláusula de cierre" planteada por Traeger. En virtud de ella si el daño ha sido desechado por una circunstancia extraordinariamente improbable por un observador experimentado, que tome en cuenta la situación del victimario, la relación de causalidad debe descartarse. Esta cláusula no es más que la aplicación de un criterio ex-ante a la relación de causalidad. Julio C. Galán comenta la sentencia del TS, de 27 de marzo de 2004, por la que se aplica este criterio. Al respecto cometa: "con fundamento en el criterio de la prohibición de regresa no debe imputarse objetivamente el daño a quien puso en marcha un curso causal que condujo al resultado dañoso, cuando en éste interviene sobrevenidamente la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero, salvo que esta última conducta se haya visto decisivamente favorecida por la del autor mediato". En igual sentido, el autor se refiere a una sentencia del TS, de 14 de febrero de 2006, como causal de exclusión de imputación objetiva, causal de prohibición de regreso o como una forma de causa *too remote*. La sentencia resuelve: "del propio análisis de los hechos que considera probados la sentencia impugnada se advierte que la única intervención que se atribuye al expresado facultativo en el curso de los acontecimientos fue la indicada, esto es, la realización de un legrado que resultó incompleto y por lo tanto deficiente, sin que se advierta esta circunstancia con posterioridad a su práctica, cuando debió serlo". Galán Cortés (n. 6), pp. 265-266.

[76] Ésta es la teoría conforme a la cual se resuelven los problemas de causalidad en el Derecho continental alemán y en los países del *Common Law*. Pantaleón Prieto, (n. 7), pp. 1.551 y 1.562 y Luna Yerga (n. 2), pp. 365 y 370-371. En este sentido este último autor señala: "la teoría de la equivalencia de las condiciones, como hemos visto, ha sido considerada por la doctrina alemana y del *Common Law* como la única correcta a la hora de determinar la existencia o no de relación de causalidad, mas no así en nuestro ordenamiento jurídico, en que dicha teoría ha sido mayoritariamente rechazada como criterio válido para determinar la existencia de causalidad".

causalidad[77]. El valor de estos principios no puede desconocerse por cuanto ellos son indispensables para interpretar el Derecho Privado Moderno. Estos principios pueden ser aplicables al Derecho chileno en la medida que se haga un esfuerzo de armonización entre ambos Derechos.

Los PECL se refieren a la causalidad en los siguientes términos:

"Art. 3: 101. [*Conditio sine qua non*].

Una actividad o conducta es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido.

Art. 3: 102. [*Causas concurrentes*].

En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas hubiera causado daño por sí sola al mismo tiempo, se considerará que cada actividad es causa de daño de la víctima.

Art. 3: 103. [*Causas alternativas*].

(1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la victima.

Art. 3:104. [*Causas potenciales*].

(1) Si una actividad ha acarreado a la víctima un daño irreversible y definitivo, toda actividad posterior que por si misma hubiera causado el mismo daño debe ser ignorada.

(2) No obstante, deberá tenerse en cuenta esa actividad posterior si conlleva un daño adicional o agravado.

(3) Si la primera actividad ha causado un daño continuado y la actividad posterior también lo hubiere causado más tarde, ambas actividades deben ser consideradas como causa del daño continuado a partir del momento en que concurran.

Art. 3: 105. [*Causalidad parcial incierta*].

En el caso de una pluralidad de actividades, si es seguro que ninguna de ellas ha causado todo el daño o una parte determinable del mismo, se presume que aquellas que probablemente han contribuido (mínimamente) a causarlo lo han causado a partes iguales.

Art. 3: 106 [*Causas inciertas en la esfera de la víctima*].

A víctima tiene que cargar con la pérdida sufrida en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber sido causada por una actividad, acontecimiento o cualquier otra circunstancia perteneciente a su propia esfera".

[77] Los orígenes de lo que pudiera constituirse como la eventual armonización del Derecho europeo en materia de obligaciones y contratos se encuentran en la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos, también conocida con el nombre de quien la presidió, Ole Ländo. Dicha comisión fue de trabajo, estaba conformada por académicos provenientes de diversos Estados miembros de la Comunidad Europea, cuyas reuniones se estructuraron a partir de tres comisiones cronológicamente sucesivas y desarrolladas entre 1980 y febrero de 2001, oportunidad en que terminaron sus trabajos y la comisión se disolvió. Su financiamiento se ha efectuado gracias a fondos de la Comisión Europea y aportes de empresas e instituciones privadas.





Los PECL, al acoger distintos sistemas jurídicos, tuvieron que transar entre dos formas de ver la causalidad: los ordenamientos jurídicos, que separan la causalidad de la imputabilidad –por considerarlos requisitos diferentes– y los que en la actualidad son la mayoría, y subsumen la imputabilidad en la causalidad. Asimismo, optaron por establecer una solución general para ambos sistemas. El primer criterio a utilizar es el de la causalidad para el que se aplica en el artículo 3.101, que establece la *conditio sine qua non* y para las particularidades que puedan producirse con relación a la imputabilidad se aplican las siguientes disposiciones. De este modo, este artículo sigue la metodología establecida por los PECL.

## V. Algunas consideraciones en torno a la causalidad material y jurídica

El presente trabajo invita a aplicar la relación de causalidad, distinguiendo problemas de causalidad material, que se solucionan de acuerdo con la teoría de la equivalencia de las condiciones, y de causalidad jurídica que aplica fundamentalmente criterios de imputabilidad subjetiva (los cuales no he abordado) y objetiva (que son los que sigue la mayoría de los ordenamientos jurídicos). Los criterios de imputabilidad evidentemente son los establecidos como aplicables a la responsabilidad civil general –y, en este supuesto, a la responsabilidad médica–, pero ellos deben complementarse con criterios objetivos de causalidad. A continuación, se explican cómo debería aplicarse la relación de causalidad en la responsabilidad civil.

1. La división entre causalidad material y jurídica en los términos aquí planteados es relevante. La causalidad material es causalidad pura y elemental: será fácilmente advertible por el juez, conforme a la teoría de la equivalencia de las condiciones, si existe una relación de causalidad entre el ilícito o el incumplimiento del contrato y el daño o los perjuicios. La causalidad material se puede acreditar mediante la prueba de presunciones, y no es susceptible de recurso de casación por tratarse de una cuestión de hecho. En cambio, la causalidad jurídica es más compleja, por cuanto se aplica

conforme a criterios de imputabilidad objetiva, por lo que requiere de una prueba más exigente y se discute si ella se puede acreditar sólo por prueba de presunciones[78]. También los fallos que resuelven sobre causalidad jurídica son objeto de casación por violación de normas que establecen criterios de imputabilidad[79]. En el Derecho americano esta distinción es fundamental, ya que los problemas de causalidad material los resuelve el jurado; en cambio, los problemas de imputabilidad los falla el juez, distinguiéndose en la causalidad claramente los aspectos de hecho –que son fijados por el jurado– y los de Derecho que los resuelve el juez[80]. Esta distinción no se hace en nuestros tribunales, lo que lleva a que se deseche el recurso de casación por considerar erróneamente que toda cuestión de causalidad considera sólo cuestiones de hecho y no de Derecho[81].

[78] En la responsabilidad médica, como destaca Enrique Barros, en la mayoría de los casos sólo se puede recurrir a las presunciones que se basan en hechos de la causa o de pública notoriedad. BARROS BOURIE (n. 10), § 246, p. 379.

[79] Es destacable en España los fallos del TS español de fecha 21 de octubre de 2005 y de 26 de julio de 2006, conforme a los cuales los problemas de causalidad jurídica dan lugar a casación, no así en los casos de causalidad material. El primero de estos fallos resolvió: "...no cabe hacer al Dr. Carlos Manuel ningún juicio de reproche en el ámbito de la culpabilidad, pero incluso se puede decir que falta el elemento de causalidad en su secuencia de causalidad jurídica –criterio de imputación objetiva o de atribuibilidad del resultado–. Evidentemente hay causalidad física o material –questio facti para la casación–, porque el queloide se generó como consecuencia de la intervención quirúrgica, y sin ésta no habría habido aquel. Pero no hay causalidad jurídica –juicio perteneciente a la quesito iuris..." y en el segundo se falló: "esta causalidad es una causalidad física o material, antes que jurídica, cuya determinación constituye una *questio facti* que, como tal, es función propia de la instancia, y resulta ajena, por tanto, al control de casación por error de derecho en la valoración de la prueba, con la ineludible cita de la regla legal de prueba que se considera infringida". GALÁN CORTÉS (n. 6), p. 256.

La última de estas sentencias se refiere a la causalidad fáctica o material y no a la causalidad jurídica. En la medida que se refiera a aspectos de imputabilidad, que pueden o no incluir problemas de causalidad, se puede recurrir de casación por cuanto no estamos frente a un problema de hecho de la causa, sino a uno eminentemente jurídico o axiológico. En este sentido Álvaro Luna señala: "en buena lógica, además, la consideración de causalidad adecuada como una teoría sobre la causalidad naturalística impediría revisar en casación la cuestión causal al tratarse de una mera cuestión de hecho, lo que no se compadece con el hecho de que la atribución jurídica de la responsabilidad por la causación de un daño a un presunto autor es una cuestión sustantiva y, por tanto, susceptible de una mayor protección" (hay nota que se refiere a una sentencia del TS, de 18 de octubre de 1999 por el que un menor perdió la visión de un ojo al recibir el impacto de un palo mientras jugaba con otros niños).

Lo agregado entre paréntesis es mío. LUNA YERGA (n. 2), pp. 371-372 y PANTALEÓN PRIETO (n. 7), p. 1.565.

[80] GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO (n. 18), pp. 123-124.

[81] Este rechazo de nuestros tribunales a la procedencia del recurso de casación por problemas de causalidad es criticada y puesta de manifiesto por la mayoría de la doctrina





2. La imputabilidad objetiva es parte de la relación de causalidad, a través de la teoría de la causa adecuada o efectiva o de cualquier teoría objetiva de causalidad; pero la imputabilidad es parte de la responsabilidad civil y, como tal, configura un requisito que no siendo totalmente distinto de la relación de causalidad, tiene una justificación y alcance diferentes. Así, en un sistema como el nuestro, que todavía se funda en criterios de imputabilidad subjetiva, este criterio se diferencia de forma más nítida de las consideraciones de causalidad. Ello, sin embargo, no es de este modo en los casos de imputación objetiva. En los países que aceptan esta diferenciación, como el alemán y el de los países del *Common Law*, se discute si es necesario un doble control de imputabilidad o, más bien, los problemas de imputabilidad se subsumen en la relación de causalidad.
3. La función que cumple la imputabilidad objetiva está íntimamente relacionada con aspectos axiológicos y normativos propios de cada ordenamiento jurídico, aunque muchos de ellos son compartidos. La imputabilidad objetiva puede estar dada por el AED, como por criterios que otorgan certeza y homogeneidad al Derecho. Así, la relación de causalidad se suele acreditar en la responsabilidad médica, si existe un deber de garante, como el que podría tener el facultativo que pasa con su auto frente a un accidente y no para a socorrer a las víctimas; el deber de hacer transfusiones de sangre conforme a un protocolo que impida el contagio del SIDA; la falta de salubridad en el pabellón de operaciones que produce la amputación de la pierna de un paciente; los casos en que falla el instrumental quirúrgico en una operación delicada[82], etcétera[83].

nacional que ha abordado este tema, como Jorge Baraona, Hernán Corral, Carmen Domínguez A., etcétera.

Jorge BARAONA GONZÁLEZ, "La causa del daño en la jurisprudencia reciente (con especial referencia a la responsabilidad extracontractual)", en Hernán CORRAL TALCIANI, *La relación de causalidad, análisis de su relevancia en la responsabilidad civil y penal*, Santiago, Editorial Universidad de los Andes, 2008, pp. 72-78; Hernán CORRAL TALCIANI, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 207, etcétera.

[82] Un caso de esta clase es el resuelto por una sentencia de la CS, de 8 de enero de 2005, que confirmó un fallo de la CA de Concepción, impugnado por la demandada por el que se condenó al hospital Guillermo Grant Benavente por responsabilidad médica. En este caso, el hospital se comprometió a operar en una situación delicada a un enfermo; pero postergó la operación, debido a la falta de una válvula de reemplazo, por más de un mes, lo que llevó al fallecimiento de la paciente por un infarto hepático. Descriptor Legal Publishing: 33235.

[83] Estos casos, en el Derecho Comparado, son calificados como típicos supuestos de responsabilidad médica. Ellos pueden entenderse como casos de responsabilidad objetiva o como casos en que la negligencia es evidente. La tendencia más bien es a considerarlos como casos de negligencia médica evidente.

Por otra parte, en los casos que la actuación médica está desprovista de los estándares de resultados necesarios, la responsabilidad médica debe sustentarse en criterios de imputación subjetiva, desde que la recuperación de la salud no puede darse por segura. La utilidad de los criterios de imputación objetiva –que no es lo mismo que responsabilidad objetiva– son fundamentales por cuanto constituyen formas de comportamiento no adecuado y, por regla general, negligente[84].

La responsabilidad objetiva es de muy difícil aplicación a la responsabilidad médica, por no tratarse de una ciencia exacta. La responsabilidad objetiva supone que el victimario debe tomar los resguardos necesarios para que el accidente no ocurra, como en los casos de responsabilidad nuclear, la caída de un satélite, etc. Pero los médicos, como los abogados, jamás pueden asegurar un resultado. En este sentido es sumamente interesante la sentencia de TS, de fecha 5 de febrero de 2001 que resuelve: "ciertamente son cada vez más las sentencias de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica u hospitalaria aplican el citado artículo 28 (...). No obstante, tales sentencias suelen versar sobre casos de infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario... o a consecuencia de transfusiones de sangre..., de fallos de determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención... o, en fin, de daños desproporcionado en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada intervención".

Esta sentencia es relevante, pues los supuestos que analiza son de fácil cumplimiento por los médicos o facultativos, como la revisión de implantes, no utilización de sustancias prohibidas, limpieza del pabellón, etc., es decir, estamos en casos en los cuales Clara Asua entiende que la culpabilidad es evidente. En realidad son casos de responsabilidad por falla del deber de garante o de causalidad jurídica. El ordenamiento jurídico exige al médico o al facultativo un comportamiento determinado que se le exige como garante de una persona desprotegida: el enfermo.

RJA 2001, 541. Sentencia citada por Asua González (n. 4), p. 58.

Otra sentencia el TS, de fecha 1 de julio de 1997, resuelve en este mismo sentido, pero aplicando el artículo 28 de la LGDCU, "esta responsabilidad de carecer objetivo cubre los daños originados por el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o matemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario...".

Asua González (n. 4), p. 48.

[84] La responsabilidad objetiva es excepcional dentro de la responsabilidad médica y en ella más bien se aplican criterios de presunción de imputabilidad en la medida que son exigibles resultados concretos, como el caso de las cirugías plásticas; como si en un nacimiento en un hospital no atiende un especialista en partos; no se mantiene en una unidad de tratamiento intensivo el equipo básico adecuado, etc. La mayoría de estos casos exigen la mantención de un servicio con determinados niveles de eficacia.

En este sentido Clara Asua destaca una sentencia del TS, de 21 de julio de 1997, en la cual se condena al sistema público de salud –al INSALUD– por la amputación de una pierna a un paciente, como consecuencia de una gangrena gaseosa producida por una infección de *costridium* a través de una herida quirúrgica. El TS desestima una casación contra la sentencia





Estos casos también se pueden plantear como un alejamiento evidente a los criterios de normalidad de la *lex artis*. El verdadero reto en todo caso, como lo señala Clara Asua, es establecer criterios de responsabilidad médica en casos de funcionamiento normal[85].

5. Aquí se han tratado de analizar algunos criterios de imputabilidad objetiva, dentro de la relación de causalidad, que son ajenos a la responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva, en principio, no se aplica a la responsabilidad médica, como hemos visto. A este respecto la distinción entre la causalidad material y jurídica nos permite dibujar una difusa línea que diferencia la responsabilidad objetiva de la imputación objetiva. En la primera sólo es necesario acreditar, en principio, la causalidad material –y en casos excepcionales ni siquiera ello es necesario[86]–; pero

condenatoria de segunda instancia, resolviendo que "la actuación culposa se *deduce del propio resultado producido...*". Asua González (n. 4), p. 49.

En un caso muy similar una sentencia de la CS, de 24 de enero de 2002, resolvió acoger una demanda de responsabilidad extracontractual del fisco por el deceso de un enfermo producto de una infección hospitalaria. En este sentido en el considerando 23° del fallo se resuelve: "no parece justo que una persona que se interna en un hospital para atenderse de una determinada enfermedad, fallezca a consecuencia de otra distinta contraída en el mismo establecimiento, por mucho que alegue la demandada que no existe hospital en el mundo que tenga un índice de infecciones hospitalarias igual a cero, o que en el caso concreto del Hospital Las Higueras tenga tasas de infección intrahospitalarias por debajo de los indicadores nacionales". Descriptor Legal Publishing: 19288.

Este fallo es criticado por Jorge Baraona que, en realidad, no parece estar contra la solución adoptada por la Corte, sino por su falta de "enjundia dogmática". Sin perjuicio de ello, diferimos del autor en cuanto que, a diferencia de lo que él señala, éste no es un caso de responsabilidad estricta, sino de imputación objetiva. Baraona González (n. 43), p. 89.

En igual sentido la CS sentencia de 23 de abril de 2007 –aunque modificando una sentencia del tribunal *a quo*, que condenaba a un médico por delito, lo recalifica de cuasidelito mediante– condenó a un facultativo por haber olvidado una pinza quirúrgica en el interior de un paciente, circunstancia que le provocó lesiones graves. Descriptor Microjuris: MJCH_MJJ9619 | ROL: 6585-06

Estos casos, como otros, se plantean como de imputación objetiva, que se desprende de distintas reglas como la *res ipsa loquitur*, la prueba *prima facie* o como la culpa virtual, que lleva a una presunción de culpa. En realidad, en estos casos opera una verdadera prueba de presunciones, tanto de la causalidad material como en la jurídica. Asua González (n. 4), p. 56.

[85] Asua González (n. 4), p. 44.

[86] La causalidad exige un cierto umbral de certeza, que va desde un 51% (regla de la preponderancia positiva de la prueba y de probabilidad razonable) a casi un cien por ciento (regla tradicional). Pero esta regla debe corregirse para internalizar niveles de descuido conforme a una regla de responsabilidad proporcional. Así sucede en caso de que una empresa que maneja un reactor nuclear irradia a un vecino; pero como en el juicio no se ha acreditado la relación de causalidad material por cualquier motivo, nos encontramos que el victimario se beneficiará del daño que provoca su falta de cuidado. La falta de cuidado puede internalizarse

en la imputabilidad objetiva, además de probarse la causalidad material, se debe acreditar la causalidad jurídica, es decir, el supuesto que da lugar al criterio objetivo de imputación[87]. Lo que sucede en estos casos es que existe un trasfondo valórico o axilógico que permite asignar la responsabilidad, como sucede, por ejemplo, con la violación de la regla de garante. También pueden darse casos muy similares a los anteriores, en que la causalidad jurídica falla, pero existe una causalidad material clara. Ello ocurre, por ejemplo, en los casos en que uno de los miembros del equipo médico genera el daño y no se sabe cuál de ellos ha generado el daño. En un caso de esta especie la causalidad material es evidente, pero no se cumple con los estándares que la causalidad jurídica exige; a menos que se pruebe la imputabilidad del causante del daño. En estos casos, sólo cabe aplicar una responsabilidad solidaria del grupo, proporcional o simplemente denegar la acción de responsabilidad[88].

en la medida que se sabe científicamente la proporción del daño que genera el descuido o la actividad –como si existe un 80% de cáncer fuera de lo normal que es atribuible a la planta de energía–, en cuyo caso se aplica una regla de responsabilidad proporcional. En estos supuestos el demandado deberá cubrir los costos totales del perjuicio provocado.

La regla de la responsabilidad proporcional empezó a aplicarse en los tribunales estadounidense en los ochenta, a raíz del juicio "Sindell *v.* Abbott Laboratories".

Luna Yerga (n. 2), pp. 414-417.

Sin perjuicio de lo anterior, una regla de responsabilidad para estos casos parece como ineficiente. Es mucho más eficiente una regla de propiedad en lugar de una regla de responsabilidad, como una multa que debe pagarse al Estado que se distribuye entre las victimas. Ello rebaja los costos de administración de la regla de responsabilidad, como los de recurrir a los tribunales, y disminuye las actuaciones oportunistas o de *free-rider*, como ocurre conforme a las reglas de responsabilidad en que algunas victimas demandan y sólo algunos victimarios son demandados. De esta forma, si recurre a una regla de propiedad se aplicará sólo una regla de causalidad material de forma proporcional, por cuanto estamos más bien frente a una regla de distribución social del daño.

[87] Esta distinción es más o menos difusa desde que la responsabilidad objetiva también se construye sobre un supuesto fáctico que es necesario acreditar: como el riesgo de actividad provocado, pero no es necesario en principio recurrir a criterios de causalidad jurídica; en cambio en la imputabilidad objetiva opera necesariamente a través de un criterio como mala organización, violación al deber de garante, etcétera.

[88] Estos casos se conocen en la doctrina como causa alternativa. Las soluciones que provienen del Derecho comparado respecto de esta hipótesis –como sucede respecto de los dos cazadores que matan negligentemente a un tercero y no se sabe cuál de ellos disparó y mató al tercero– son de dos clases: en Estados Unidos de América se aplica la inversión de la carga de la prueba (de acuerdo con el § 28 del *Restatement of the Law, Third, Torts: Liability for Physical Harm* del 2002) y, en Alemania, los probables actores responden de forma solidaria.

Sin embargo, como destaca Álvaro Luna, se desecha la regla de la inversión de la carga de la prueba en caso que la cantidad de eventuales demandantes sea demasiado alta, como en "Sindell *v.* Abott Laboratories". Luna Yerga (n. 2), pp. 419-420.





6. Un juicio de probabilidad se hace tanto en el ámbito de la causalidad material como jurídica. De esta forma, se puede analizar, conforme a la prueba rendida, si es probable que el actuar del demandado es la causa del daño, pero para que un criterio de imputabilidad se construya sobre una probabilidad la prueba rendida debe ser mayor. De esta forma, el juez debe apreciar si dada una operación lo más probable es que los médicos hayan actuado conforme al protocolo que la intervención médica exigía[89]. Por regla general, la carga de la prueba en ambos estadios corresponde al demandante, pero en materia de causalidad material la carga de la prueba puede alterarse. En la causalidad jurídica el juicio de probabilidad se hace en torno a un criterio de imputabilidad[90].
7. En nuestro sistema judicial subsisten criterios de imputabilidad tanto objetivos como subjetivos. Los objetivos están siendo acogidos en la actualidad por nuestros tribunales[91].
8. Sin perjuicio de lo anterior nuestros tribunales suelen aplicar criterios de imputabilidad subjetiva, obviando del todo los criterios de imputabilidad

Los PECL (en los artículos 3:103, 3:105 y 3:106) aplican a este problema el principio de la proporcionalidad. De acuerdo con este principio el victimario sólo responde en la proporción del daño que genera. La solución planteada para los supuestos de causas concurrentes, conforme a la normativa precedente, es la siguiente: (a) dos o más acontecimientos son condiciones *sine qua non* del daño y (b) dos o más causas pueden o no haber causado el daño. En el primer supuesto se establece una responsabilidad solidaria y en el segundo, proporcional.

Helmut Koziol, "Relación de causalidad", capítulo III, en *Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*, Miquel Martín-Casals (coord.), Pamplona, Thomson, Aranzadi, 2008, p. 84.

[89] De esta forma, Richard Epstein señala que los problemas de causalidad material se aprecian conforme a los hechos de la causa, son verdad o no, y por ello las dificultades que se presentan pueden tener que ver con las distintas hipótesis que explican los hechos de la causa. Así sucede si, por ejemplo, la victima murió en el pabellón, pero no está claro que cumplió con determinadas exigencias que le señalaron los médicos antes de la operación o no se sabe si el hospital, en una operación, debía contar con determinados equipos médicos, sin los cuales jamás se debió llevar a cabo la operación. Epstein (n. 7), p. 250.

[90] Richard Epstein señala el siguiente caso para explicar esta forma de ver la causalidad: una persona demanda a otra por el daño sufrido como consecuencia de un pelotazo que recibiera del demandado. El demandado, en consideración a la causalidad material, podrá alegar que no fue él quien arrojó la pelota; en cambio, conforme a la causalidad jurídica, podrá alegar que estaban ambos jugando fútbol y que el demandante se negó a utilizar las protecciones que él le proporcionó, con las cuales el daño no se habría producido. Epstein (n. 7), p. 251.

[91] De esta forma lo destaca Jorge Baraona, que analiza varias sentencias de los tribunales chilenos, sobre todo en materia penal, que establecen una suerte de imputación objetiva en los casos de un helicóptero que aterrizó en un terraplén de la mina La Disputada de Las Condes; la muerte de una paciente con embarazo tubario por efecto de una transfusión sanguínea equivocada; muerte en un estadio de fútbol de Federico Schwager; muerte de un transeúnte de la calle Unión por trabajos mal hecho, etcétera.

Baraona González (n. 84), pp. 82-92.

objetiva. De este modo la CS, en el considerando séptimo de un fallo resuelve:

"que en lo que interesa al recurso no obstante el defecto de que adolece corresponde analizar si el encausado Carvajal en su intervención en el parto de Miroslava Damjanic Yutronic en la oportunidad de autos lo hizo con negligencia culpable como lo exige el artículo 491 del Código Penal antes transcrito, lo que excluye la posibilidad de que lo haya hecho en forma imprudente, esto es, con exceso en su actuar que pudo haberse evitado desarrollando menos actividad; o actuando con impericia, vale decir, si lo hizo con ignorancia o falta de destreza en el ejercicio de su profesión; o por inobservancia de reglamentos la que por sí sola no está penada si no va acompañada por alguna de las formas de culpa. Como consecuencia de esas precisiones lo que corresponde ahora es analizar si en los hechos tal como han quedado establecidos por los jueces del fondo el procesado Carvajal actuó en forma negligente"[92].

En igual sentido, una sentencia de la CS, de fecha 29 de septiembre de 1998, desecha dos recursos de casación, uno en la forma y el otro en el fondo, por no operar los requisitos de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno establecidos en el artículo 2320 del *CC*. Los hechos que se dieron por acreditados en la causa, conforme al considerando 14° de la sentencia son los siguientes:

"que se encuentran establecidos en la sentencia, como hechos de la causa, los siguientes: que el día 18 de febrero de 1991, a las 12:00 horas, Gabriela, de un año y 8 meses, sufrió una caída que le provocó diferentes lesiones que fueron diagnosticadas en la Unidad de Emergencia del Hospital Calvo Mackenna, como traumatismo cráneo encefálico (TEC), servicio al que ingreso a las 14:40 horas; que la caída la tuvo en el jardín posterior de su casa, cuando estaba acompañada únicamente con el conviviente de su madre y era conducida sobre los hombros de éste, cuya altura es de 1,80 cm, el que a causa de un tropezón, la soltó, cayendo los dos al piso de cemento; que el mismo día, entre las 16:40 a 18:50 horas se le practicó a la menor un examen en el Servicio de Radiología del Hospital Instituto de Neurocirugía A. Asenjo, en el que se expresa: 'extenso rasgo de fractura lineal con diastasis de fragmentos en fosas cerebrales y cerebelosa de la escama del occipital en el lado izquierdo. Otro rasgo de fractura pequeño en hueso frontal

[92] Descriptor Microjuris: MJCH_MJJ1221 | RDJ1221.





del lado izquierdo' que el mismo día, a las 19:05 horas, la menor fue hospitalizada en el Hospital Calvo Mackenna con diagnóstico TEC cerrado, fractura occipital y dada de alta el día 20 de febrero; que después que se le dio el alta volvió al referido hospital por vómitos, siendo derivada al Instituto de Neurocirugía el día 4 de marzo de 1991, retornando al hospital el mismo día a las 15:40 horas y posteriormente a su domicilio; que el día 5 de marzo de 1991 a las 9:10 horas ingresó al Hospital Calvo Mackenna por presentar la menor vómitos con pérdida de conocimiento, siendo ingresada el mismo día, a las 17:50 horas, al Servicio de Pediatría del Hospital Clínico de la Universidad Católica; que el día 8 de marzo de 1991 a las 12:00 horas se le da el alta por los médicos señores Larrea y Acuña, evaluando en forma previa el doctor Luis Schalack el estado neurológico de la menor; que el día 10 de marzo de 1991 la menor, en la casa de una vecina, jugó sin demostrar dolor o impedimento, presentando ánimo alegre y confiado y, como a las 19:30 horas, presentó vómitos mientras comía, la madre salió, dejando acostada a la menor y al cuidado de su conviviente, como el estado de la niña se agravó éste la llevó al Consultorio de Ñuñoa, a donde llegó la demandante; que ese mismo día, a las 21:00 horas, ingresó la menor en coma al Instituto de Neurocirugía, lugar al que fue enviada desde el Hospital Luis Calvo Mackenna, siendo conducida por decisión de la madre al Hospital Clínico de la Universidad Católica, al que ingresó a las 23:10 horas, con diagnóstico de: 1) coma profundo sin función cerebral. 2) TEC cerrado complicado antiguo. 3) D.C.P.G.II, confirmándose la muerte cerebral de la menor mediante diagnóstico que se efectuó el 11 de marzo de 1991 a las 15:00 horas, falleciendo el día 13 de marzo del mismo año a las 15:07 horas; que en el certificado de defunción se consignó como causa de la muerte 'traumatismo cráneo encefálico' y en el informe por el cual se amplió el de autopsia, se dejó constancia de la siguiente conclusión: 'muerte se debió a un traumatismo cráneo encefálico que posteriormente se complicó con bronconeumonía bilateral', TEC que se produjo después del alta dada el 8 de marzo de 1991, sin que se pudiera establecer el día, la hora y el hecho que lo causó; que los médicos que atendieron a la menor no requirieron los antecedentes producidos en el Hospital Calvo Mackenna y en el Instituto de Neurocirugía, pero coincidieron sus observaciones clínicas y los diagnósticos, especialmente en lo neurológico y neuroquirúrgico con los de aquellos centros, efectuando a la menor múltiples exámenes de laboratorio que no se le habían practicado antes; que no se acreditó que el TEC, principal causante del deceso, haya sido producto de un acto doloso o culposo de persona

determinada o indeterminada por quien responde la demandada, ni que reúna las características adecuadas para ocultar negligencia médica; que no se acreditó que la lesión de fractura fuera inexistente, ni que se hubiese simulado para justificar imputación de maltrato infantil y ocultar negligencia y, en cambio, que se probó que las atenciones brindadas a la menor fueron oportunas y adecuadas y que corresponden a acciones realizadas conforme a la 'Lex Artis' Médica, en todas las diversas etapas de tratamiento de la menor"[93].

[93] El fallo precedente agrega en sus considerandos siguientes: "15° Que, para fijar dichos hechos, los sentenciadores de segundo grado analizaron y apreciaron toda la prueba rendida en los autos por los litigantes. Como la parte recurrente sostiene que los jueces en dicho proceso racional, conculcaron leyes reguladoras de la prueba, cuya infracción de ser efectiva permitiría a este Tribunal modificar los hechos señalados en el razonamiento anterior, se analizaran en primer lugar dichas infracciones. 16° Que, de acuerdo a lo que dispone el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, los tribunales deben apreciar la fuerza probatoria del dictamen de peritos, en conformidad a las reglas de la sana crítica. La sana crítica es una forma de apreciar la prueba que conduce al descubrimiento de la verdad, por los medios que aconseja la recta razón basada en la experiencia racional puesta en juicio. En el caso de autos, el Instituto Médico Legal evacuó un informe médico legal, ampliando el de autopsia que en su oportunidad se le practicó a la menor. Además, rolan en el expediente el resultado de los scanners efectuados a la misma. Como en el informe practicado por el Instituto Médico Legal, sólo se expresa que la hija de la demandante falleció a consecuencia de un traumatismo cráneo encefálico, que después se complicó con una bronconeumonía bilateral, conforme a las reglas de la sana crítica no puede arribarse a la conclusión que pretende el recurrente; esto es, que la lesión causante del traumatismo es imputable a algún dependiente de la demandada, que se la infirió cuando fue hospitalizada por segunda vez en las dependencias del demandado, más aún si la menor ingreso en el hospital con diagnóstico de 'coma profundo, sin función cerebral' y, por lo mismo, el hecho de que el traumatismo no haya figurado en los scanners que se le practicaron a la menor, no es suficiente por sí sólo para concluir en la forma como lo hace el recurrente. Por lo expuesto, los jueces del fondo no han conculcado lo que dispone el artículo 425 del código citado.

17° Que, en lo que dice relación con la prueba testifical, se debe tener presente que los artículos 320, 340 y 366 del Código de Procedimiento Civil, sólo son normas que regulan la forma en que debe rendirse dicha prueba. Por consiguiente, su eventual infracción no puede ser denunciada mediante la interposición de un recurso de casación en el fondo. Sin perjuicio de lo anterior, como del examen del expediente aparece que la demandante, a fojas 170, solicitó que el expediente criminal en que se investigó la muerte de la menor, se tuviera como acompañado en parte de prueba, a lo que el juez de la causa accedió por resolución que rola a fojas 171, los sentenciadores estaban autorizados para analizar toda la prueba que se produjo en la etapa de sumario de dicho proceso penal, como lo hicieron. En lo relativo al resto de la prueba testifical rendida en estos autos, se debe tener presente que de la lectura del escrito que contiene el recurso, aparece que el recurrente impugna, en definitiva, la ponderación que los jueces de la instancia hicieron respecto de dicho medio probatorio, aplicando para ello las reglas que están contenidas en el artículo 384 del código del ramo. Como la apreciación de la prueba es una facultad privada de los jueces de la instancia, que escapa al control que debe efectuar este Tribunal Supremo, el recurso en este aspecto tampoco puede prosperar.





Los fundamentos para la solución de este caso, simplemente se basan

18° Que respecto de la infracción a las normas contenidas en los artículos 426 y Código de Procedimiento Civil y 1712 del Código Civil, se debe tener presente que conforme al medio de prueba de la presunción, el hecho desconocido es deducido de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas; valga decir, se infiere sobre una cosa porque se cuenta con señales o indicios para ello. Según lo dispone el artículo 1712 del Código Civil, las presunciones son legales o judiciales, reglándose las primeras por el artículo 47 del mismo código y, tratándose de las segundas, la norma legal exige que sean graves, precisas y concordantes. En consecuencia, para que el juez pueda dar por probado un hecho mediante este medio de prueba, es menester que en el proceso se proporcionen y acrediten antecedentes suficientes y de tal entidad, que le permitan suponer, barruntar o intuir el hecho desconocido; en el caso de autos, la negligencia o imprudencia en que incurrieron los dependientes del demandado, que se traduce en la infracción de la lex artis y/o el incumplimiento por parte de aquellos de las obligaciones que emanan del contrato médico. Sin embargo, como los antecedentes acreditados en autos no permiten arribar a la conclusión que pretende el recurrente, más aún si se probó que la menor ingresó a las dependencias del Hospital Clínico de la Universidad Católica, con diagnóstico de muerte cerebral; los jueces de la instancia no han incurrido en la infracción que se analiza.

19° Por último, tampoco se ha violado lo que dispone el artículo 1698 del Código Civil, en la medida que ambas partes tuvieron la posibilidad de acreditar sus asertos. Además, no constituye infracción a la norma señalada, la circunstancia de que la prueba rendida por la actora se haya estimado insuficiente para acreditar los hechos materia del juicio y, además, que por la proporcionada por la demandada, se haya concluido que ésta no incurrió en imprudencia o negligencia, o en el incumplimiento de las obligaciones que le impuso el contrato médico, sino que, por el contrario, la atención médica dada a la hija de la demandante estaba acorde a la lex artis, pues dicha conclusión fue el resultado del proceso racional que efectuaron los jueces de la instancia, en conformidad con las normas legales que lo regulan.

20° Que, en esas condiciones, los hechos que se han dado por establecidos por los jueces de la instancia, que se consignaron en el fundamento signado con el número 14 del presente fallo, resultan inamovibles para este Tribunal Supremo. En consecuencia, como no se acreditaron los presupuestos fácticos que hacen surgir la obligación de resarcir los perjuicios, ya en sede extracontractual o contractual, resulta innecesario entrar al análisis de las normas substanciales que se denuncian como infringidas por la parte recurrente.

21° Que, a mayor abundamiento, atendida las alegaciones vertidas en estrados por la parte recurrente, se debe considerar que la demanda planteada en estos autos tampoco puede prosperar, en la medida que los argumentos que la actora ha esgrimido, tanto en el curso del juicio como en el libelo que se ha analizado en el presente fallo, para obtener que se le resarzan los perjuicios que sufrió por la muerte de su hija; resultan contradictorios e incongruentes. En efecto, por una parte expone que los dependientes del demandado, al otorgar el alta a Gabriela, incurrieron en conductas que hacen surgir la obligación de indemnizar los perjuicios que indica, lo que implica que en ese hecho hace radicar la responsabilidad del demandado y, por lo mismo, en su pretensión no tienen incidencia aquellos que acaecieron con posterioridad, en los que también imputa responsabilidad a los médicos que en esa época se desempeñaban en el Hospital Clínico de la Universidad Católica de Chile. Por otra parte, como también afirma que la responsabilidad de la demandada surgió por la participación que le cupo a sus dependientes, en los hechos que ocurrieron en la oportunidad en que su hija fue internada por segunda vez en el referido hospital; entonces ello significa que en su pretensión indemnizatoria carecen de

en criterios de imputabilidad subjetivos y, de este modo, la sentencia de la CS no analiza criterios de imputabilidad objetivos.

Por otra parte, también ha sucedido que la CS ha acogido implícitamente criterios que la doctrina califica como de imputabilidad objetiva, como los analizados en este trabajo; pero preswentados como criterios de imputabilidad subjetiva. Así sucedió en los siguientes casos. La sentencia de la CS, de 24 de septiembre de 2007, que rechazó recursos de casación en el fondo y forma contra una sentencia de segunda instancia. La sentencia confirmada por la CS condenó por responsabilidad médica a unos facultativos por una infección bactarial y tratamiento negligente propinado a un paciente[94]. El fallo se construye sobre una presunción de un actuar negligente, es decir, conforme a criterios de imputabilidad subjetiva; pero como hemos visto dicha responsabilidad en el Derecho Comparado más bien se sustenta sobre criterios de imputabilidad objetivo[95]. En igual sentido, un fallo de la CS, de 16 de junio de 2009, confirmó una sentencia de segunda instancia de la CA de Concepción en que se calificó como culpa temeraria la actuación de una enfermera que no correspondió a la *lex artis* –ella fue condenada por cuasidelito de homicidio a una menor–. La menor falleció en el hospital regional de Concepción como consecuencia de haber recibido una medicación por vía intratecal, cuando la misma debió ser suministrada por vía intravenosa[96].

En otros casos, nuestros tribunales, simplemente han desechado la responsabilidad médica sin entrar a analizar criterios de imputabilidad objetiva. Así, por ejemplo, la sentencia de la CA de Coyhaique, de 5 de

importancia, aquellos hechos relacionados con la autorización que se le dio a Gabriela para que fuera conducida a su hogar por su madre.

22º Que, por lo expuesto, el recurso de casación en el fondo no puede prosperar y debe ser desestimado. Por estas consideraciones y de acuerdo, además, con lo que disponen los artículos 764, 766 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se declaran sin lugar los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en contra de la sentencia de 23 de septiembre de 1997, escrita a fojas 415, con costas". Descriptor Microjuris: MJCH_MJJ1123 | RDJ1123.

[94] Los casos de responsabilidad médica por infección intrahospitalarias son muchos como destaca Enrique Barros. Se estima que en Estados Unidos de América el año 2002 murieron alrededor de noventa mil personas por dicho concepto. Los casos más comunes son de infecciones que se adquieren en el mismo hospital e infecciones que se generan por material mal esterilizado. En el primer caso se entiende que se ha violentado una suerte de obligación tácita de resultado por la clínica u hospital (GJ, Nº 259, Santiago, p. 38 sentencia de 10 de agosto de 2000 de la CA de Concepción) en el caso de la responsabilidad contractual o se ha producido una falta de servicio en el supuesto que la responsabilidad sea extracontractual (GJ, Nº 259, Santiago, p. 38 y Nº 268, Santiago, pp. 93 y 274). Barros Bourie (n. 10), § 493, p. 692.

[95] Descriptor Microjuris: MJCH_MJJ15635 | ROL:4103-05.

[96] Descriptor Microjuris: MJCH_MJJ20294 | ROL:5076-08.





marzo de 2008, desecha la responsabilidad médica, revocando una sentencia condenatoria de primera instancia. En la especie habría faltado la asistencia de un ginecólogo, contratado al efecto, el que fue reemplazado por una matrona. En el parto la criatura falleció por asfixia producida por el cordón umbilical que la unía a su madre. En este caso, la CA estimó que no estaba acreditada la relación de causalidad entre la muerte de la criatura y la falta del facultativo y que la sentencia de primera instancia no se refirió a esta alegación de la demanda por lo que procedió a casar de forma a la sentencia recurrida (voto disidente de la ministra Araneda Espinoza)[97, 98].

[97] Ello a pesar que el informe del fiscal judicial estima que la sentencia recurrida se refiere a todos los elementos de la responsabilidad civil. La falta del facultativo se ve agravada por cuanto la madre ya había tenido tres pérdidas espontáneas.

[98] En su considerando séptimo la sentencia da por acreditados, en segunda instancia, los siguientes hechos:

"1. En el año 2001 Marisol de las Mercedes Monjes Núñez requirió al médico José Francisco Redondo Caro y a la matrona Eliana Candelaria Barría Haro para que la asistieran profesionalmente hasta el término de su embarazo en curso;

2. Aproximadamente a las 11:45 horas del 31 de octubre de dicho año, la paciente ingresó por sus propios medios al Hospital de Coyhaique –en modalidad privada, esto es, con médico y matrona particular–, en razón de haber sentido contracciones repetidas y cada vez más frecuentes y de haber sufrido algún sangrado, ingreso que cumplió conforme a las instrucciones que le había impartido la matrona para actuar así ante situaciones de aquel tipo;

3. Luego que la paciente comunicó telefónicamente este hecho a la matrona Barría Haro, ésta se apersonó en el establecimiento y la sometió a un monitoreo, aproximadamente a las 00:10 horas, cuyo resultado comunicó también telefónicamente al médico Redondo Caro quien, entonces, le ordenó hospitalizarla, prescribirle la ingesta de una solución azucarada, disponer se le efectuara una nuevo monitoreo e informarle de su resultado agregándole que en principio la operaría a las 08:00 horas siguientes, a menos de producirse un cambio sustancial en su situación;

4. La matrona Barría Haro encargó, entonces, la paciente a las matronas de turno institucional Yesenia Alejandra Valdebenito Torres y Luisa Carrillo Martínez, informándoles las instrucciones del médico Redondo Caro sobre la ingesta de glucosa y el control a través de un nuevo monitoreo;

5. Luisa Carrillo Martínez, la matrona de turno hospitalario que mantenía la vigilia durante el descanso de su colega Valdebenito Torres, practicó a la paciente el nuevo monitoreo, aproximadamente a las 01:30 horas, cuyo resultado guardó en la carpeta correspondiente, sin dar cuenta de él al médico de turno institucional ni a otro profesional.

6. Aproximadamente a las 04:00 horas siguiente, la matrona Yesenia Alejandra Valdebenito Torres, que regresó para retomar sus funciones en reemplazo de la matrona Carrillo Martínez, examinó a Marisol de las Mercedes Monjes Núñez pero sin identificar esta vez latidos del feto, por cuyo motivo dio cuenta inmediata al médico de turno Cristián Lira Breitler e hizo llamar a la matrona Barría Haro y al médico Redondo Caro, quienes llegaron una tras otro al hospital.

7. Intervenida quirúrgicamente la paciente Monjes Núñez por el médico Redondo Caro el feto, de una edad gestacional de 38 semanas, fue rescatado ya fallecido, resultando infructuosas las maniobras de resucitación; y

9. El caso precedente es interesante porque en definitiva se desecha la responsabilidad civil por falta de causalidad. En este trabajo se propone revisar la forma de estructurar los fallos que resuelvan problemas de causalidad[99]. En este sentido, la sentencia debió dar por sentada la relación de causalidad material (la falta de intervención de un médico especialista, en lugar de una enfermera, concurrió al resultado final: que fue la muerte de la criatura); pero, conforme a un criterio de causalidad jurídica, se debió analizar si dicha falta de actividad del médico fue adecuada en torno a la muerte de la criatura, es decir, si la actividad de un médico especialista pudo haber salvado su vida.

8. La causa de muerte fue un sufrimiento fetal agudo, con doble circular al cuello del cordón umbilical".

Descriptor Microjuris: MJCH_MJJ16766 | ROL:32-07

[99] Sin perjuicio de lo mediado precedentemente, es de destacar el fallo de la CS, de 26 de enero de 2004, que distingue entre "condición necesaria de responsabilidad" –lo que en este trabajo se denomina causalidad material– y "atribución normativa", es decir, causalidad jurídica. Carlos PIZARRO WILSON, "Obligaciones y responsabilidad civil, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 2, Santiago, 2004, pp. 175-179.



# CONSENTIMIENTO INFORMADO Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

*Iñigo de la Maza Gazmuri*

S'il est un domaine juridique dans lequel est périlleux
de s'aventurer, c'est bien celui de la causalité
P. Esmein

## I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En otra parte me he detenido con mayor morosidad sobre los aspectos generales del consentimiento informado[1]. No es mi objetivo volver a hacerlo aquí. Sin embargo, a título de consideraciones preliminares, resultarán útiles algunos breves comentarios introductorios.

El primero de ellos se refiere a que tanto en el Derecho nacional como, especialmente, en el Comparado se acepta que el consentimiento informado del paciente es un requisito jurídico de las actuaciones médicas[2].

[1] Véase Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, "Consentimiento informado y responsabilidad médica", en prensa con *Ius et Praxis*.

[2] En el Derecho nacional véase Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 682-685 y María Graciela BRANTT ZUMARÁN, "Los deberes de información y seguridad en el contrato de atención médica y la responsabilidad por su incumplimiento", en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2008, pp. 512-520. Un enfoque médico-legal respecto de la capacidad y el consentimiento informado puede encontrarse en Gladys BÓRQUEZ, Gina RAINERI, Nina HORWITZ y Gabriela HUEPE, "La noción de capacidad de la persona para tomar decisiones, en la práctica médica y legal", en *Revista Médica de Chile*, N° 132, Santiago, 2004, pp. 1.243-1.248.

En Derecho Comparado, la lista es inagotable, sin embargo, simplemente a título ejemplar, puede consultarse, para Estados Unidos Peter SCHUCK, "Rethinking Informed Consent", in *The Yale Law Journal*, vol. 103, N° 4, 1994, pp. 900-959; para el Derecho francés Angelo CASTELLETTA, *Responsabilité Médicale, Droits des Malades*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 77-87; para el Derecho italiano Andrea VITA, "Rapport italien (I)", en AA.VV., *La responsabilité. Aspects nouveaux*, Paris, LGDJ, 1999, pp. 304-309; para el Derecho holandés puede consultarse HULST, E., "Rapport Néerlandais", in AA.VV., *La responsabilité. Aspects nouveaux*, Paris, LGDJ, 1999; para el Derecho español, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª ed., Valladolid, Editorial LexNova, 2007, p. 323. Una comparación del Derecho inglés y alemán a este respecto en la que se muestra cómo en ambos ordenamientos se exige el consentimiento

En segundo lugar, suele aceptarse que el fundamento del consentimiento informado como requisito de una actuación médica es la protección de la au-

informado, puede encontrarse en Josephine SHAW, "Informed Consent: A Gernan Lesson", in *The Internacional and Comparative Law Quaterly*, vol. 35, N° 4, , 1988, pp. 864-890.

En el ámbito chileno, a diferencia de lo que suele suceder en el Derecho Comparado el consentimiento informado no está regulado legalmente. Sin embargo, "Proyecto que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud" (en adelante Proyecto), en *Boletín* N° 4.398, p. 11, contiene disposiciones al respecto, conviene citar aquí su extenso artículo 8:

"Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, dentro del ámbito que la ley autorice, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

Dicha información será proporcionada directamente a los mayores de catorce años de edad y menores de dieciocho. Asimismo, los padres o representantes legales de los menores de edad serán también informados por el profesional tratante en los mismos términos del inciso anterior. Sin perjuicio de ello, si el menor solicitare que ellos no sean informados respecto de algún aspecto específico de su salud, el profesional tratante podrá acceder a dicha petición si estima que la situación del menor no implica grave riesgo para su salud o su vida. En caso que el menor solicite que sus padres o representantes no sean informados, y el profesional tratante tenga dudas acerca de la gravedad o riesgo de la situación de salud del menor o de la pertinencia de informar, deberá consultar al comité de ética que corresponda. A los menores de catorce años de edad igualmente se les deberá informar, atendiendo las condiciones de desarrollo psíquico, competencia cognitiva y situación personal, sin perjuicio que se informe directamente, en los términos del inciso anterior, a los representantes legales.

Cuando la condición de la persona no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, la información a que se refiere el inciso primero de este artículo será dada a su representante legal, o en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre. Sin perjuicio de lo anterior, una vez que haya recuperado la conciencia y la capacidad de comprender, deberá ser informada en los términos indicados en los incisos anteriores.

Tratándose de atenciones médicas de emergencia o urgencia, es decir, de aquéllas en las que la falta de intervención inmediata e impostergable implique un riesgo vital y/o secuela funcional grave para la persona y ella no esté en condiciones de recibir y comprender la información, ésta será proporcionada a su representante o a la persona a cuyo cuidado se encuentre, velando porque se limite a la situación descrita. Sin perjuicio de lo anterior, la persona deberá ser informada, de acuerdo con lo indicado en los incisos precedentes, cuando a juicio del médico tratante, las condiciones en que se encuentra lo permitan, siempre que ello no ponga en riesgo su vida. La imposibilidad de entregar la información no podrá, en ningún caso, dilatar o posponer la atención de salud de emergencia o urgencia.

Los prestadores deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar la adecuada confidencialidad durante la entrega de esta información, así como la existencia de lugares apropiados para ello".

Por su parte, el *Código de Ética* del Colegio Médico de Chile dispone en su artículo 25 que: "Toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente".





tonomía o autodeterminación de los pacientes[3]. Si bien no es el único fundamento[4], es el que se menciona con mayor frecuencia[5] y al que se asigna mayor importancia.[6]

En tercer lugar, como ha sugerido algún autor, el consentimiento informado constituye un tema "eternamente inacabado"[7]. Esta característica se relaciona con el hecho de que no existe ninguno de sus aspectos que no sea objeto de discusión por parte de la doctrina y de los tribunales[8].

En este trabajo me interesa detenerme nada más sobre una de esas discusiones, la que discurre en torno a la posibilidad de establecer un vínculo de causalidad entre la falta de consentimiento informado y los daños que se derivan para el paciente de una actuación médica realizada conforme a la *lex artis*.

En cuarto lugar, se ha sostenido por un sector especialmente autorizado de la doctrina nacional que, tratándose de actuaciones médicas, generalmente, prima el contrato, es decir, en general, se entiende que la relación entre el médico y el paciente queda disciplinada por un contrato[9]. Sin embargo, según

[3] Véase, por ejemplo, Ruth FADEN y Tom BEAUCHAMP, *A History and Theory of Informed Consent*, New York, Oxford University Press, 1986, pp. 7-9; SHAW (n. 2), p. 866; SCHUCK (n. 2), pp. 924-925; BARROS BOURIE (n. 2), p. 683; CASTELLETTA (n. 2), p. 79; Ricardo LORENZETTI, *Responsabilidad civil de los médicos*, Buenos Aires, Editorial Jurídica Grijley, 1997, pp. 231-235 y Jaime STAPLES KING y Benjamín MOULTON, "Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decisión-Making, in *American Journal of Law*, vol. 36, 2006, p. 435.

[4] Otro fundamento frecuente en las discusiones sobre ética médica es el "principio de beneficencia". Véase, por ejemplo, FADEN y BEAUCHAMP (n. 2), pp. 9-14; STAPLES KING y MOULTON (n. 3), p. 435 y SCHUCK (n, 2), p. 921. Según este principio, en sus relaciones con el paciente, el médico debe actuar siempre intentando proteger los intereses del paciente, ésta es la idea que subyace a la máxima hipocrática *primum non nocere*. El principio de la beneficencia y la protección de la autonomía pueden o no colisionar. Se produce tensión entre ellos en la medida en que se acepta de que, bajo ciertas circunstancias, el médico sabe mejor que el paciente qué es lo que le conviene y, eventualmente, este conocimiento legitima que silencie cierta información con el objetivo de no amedrentar al paciente. Véase, por ejemplo, BARROS BOURIE (n. 2), p. 684.

El conflicto se presenta toda vez que la justificación del silencio del médico es paternalista: el médico estima estar en mejores condiciones que el propio paciente para tomar una decisión que afecta a este último. Véase STAPLES KING Y MOULTON (n. 3), p. 436.

[5] Véase FADEN y BEAUCHAMP (n. 3), p. 7.

[6] Véase SCHUCK (n. 2), p. 924.

[7] Ricardo ÁNGEL YAGÜEZ, "Consentimiento informado: algunas reflexiones sobre la relación de causalidad y el daño", en www.jus.unitn.it/cardozo/Review/2006/Yaguez.pdf. Última visita 22 de septiembre de 2009, s/p.

[8] Me he detenido sobre esas discusiones en DE LA MAZA GAZMURI (n. 1).

[9] Véase, por ejemplo, Mauricio TAPIA RODRÍGUEZ, "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", en *Revista de Derecho*, vol. 15, N° 2, Valdivia, 2003, pp. 91-97 y BARROS BOURIE (n. 2), p. 666.

advierten los mismos autores, la calificación contractual o extracontractual resulta más bien irrelevante y se percibe una tendencia jurisprudencial a resolver los casos en sede extracontractual[10]. No parece necesario, entonces, formular distinciones a este respecto.

## 2. Supuestos de responsabilidad

En los temas de responsabilidad médica que interesan a propósito del consentimiento informado resulta frecuente distinguir la corrección de la actuación médica –es decir, la observancia de la *lex artis*– del cumplimiento de los deberes de información del médico[11]. Combinando las dos variables es posible aislar, al menos, los siguientes supuestos:

a) cumplimiento del deber de informar (y, por lo tanto, obtención del consentimiento informado del paciente) y *praxis* médica negligente;
b) incumplimiento del deber de informar y *praxis* médica negligente;
c) cumplimiento del deber de informar y *praxis* médica según las exigencias de la *lex artis*; y
d) incumplimiento del deber de informar y praxis médica según las exigencias de la *lex artis*.

Desde la óptica de la causalidad es posible reunir estos supuestos en dos grupos. El primero de ellos comprende a) y c); el segundo b) y d). Denominaré al primero de estos grupos "supuestos sencillos" y al segundo "supuestos complejos".

### *a. Supuestos sencillos*

El primero de los supuestos a) no presenta problemas específicos en términos de consentimiento informado, dicho requisito fue cumplido. El daño cuya indemnización puede reclamar el paciente se anuda causalmente a la inobservancia de la *lex artis* en la actuación médica[12].

El segundo de los supuestos comprendidos en este grupo c) no presenta problemas en lo absoluto. El médico ha cumplido con todos sus deberes sin

[10] Véase especialmente Tapia Rodríguez (n. 9).

[11] Véase, por ejemplo, Ángel Yagüez (n. 7); María Paz García Rubio, "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica", en Eugenio Llamas Pombo (coord.) *Estudios de derecho de obligaciones, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, La Ley", tomo I, p. 811. En el ámbito chileno, aunque más indirectamente, puede consultarse Barros Bourie (n. 2), p. 686 y Brantt Zumarán (n. 2), p. 511.

[12] Un ejemplo de este supuesto se encuentra recogido en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 938-2005, en *Jurisprudencia sobre negligencia médica*, Santiago, Thomson Reuters, 2010, pp. 59-69.





que pueda imputársele culpa. La pregunta respecto de su responsabilidad carece, en general, de importancia[13].

### *b. Supuestos complejos*

En el supuesto b) el médico realiza una actuación médica sin contar con el consentimiento informado del paciente. Pero, además, dicha actuación es llevada a cabo con inobservancia de la *lex artis*[14]. En un supuesto como éste

[13] Esto, desde luego, asumiendo que el contenido de la prestación del médico no incorporara un resultado diverso del simple despliegue de una actividad o conducta diligente (utilizo aquí la caracterización de obligaciones de medio de Francisco Jordano Fraga, "Obligaciones de medios y de resultado (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", en *ADC*, vol. 44, N° 1, Madrid, 1991, pp. 5-96. Sobre las obligaciones de medios y resultados respecto de la responsabilidad médica pueden consultarse en este mismo volumen los trabajos de la profesora Carmen Domínguez Hidalgo,y del profesor Hugo Cárdenas Villarreal). Esto es lo que sucede, generalmente, en el ámbito chileno en el cual se considera que el fundamento de la responsabilidad del médico se encuentra en la culpa. Así, por ejemplo, Barros Bourie (n. 2), p. 671 señala: "El deber esencial del médico es poner a disposición del paciente sus capacidades profesionales de acuerdo a un estándar general de diligencia. Por eso, a efectos de determinar si se ha empleado el cuidado debido, es necesario comparar la conducta efectiva con la de un profesional competente".

El mismo autor, sin embargo, advierte acerca de algunos casos de presunción de culpa y obligaciones de resultado, *op. cit*, pp. 679-682.

[14] En el ámbito chileno un caso similar a este supuesto se ha presentado tratándose de responsabilidad de servicios públicos de salud. Digo similar porque en el caso que presentaré el factor de imputación fue la falta de servicio no la inobservancia de la *lex artis*. Con todo, el ejemplo es útil en la medida que muestra que existiendo alguna forma de reprochar jurídicamente la actuación médica el recurso a la falta de consentimiento informado se diluye.

Es el caso de "Graciela de Carmen Fuentes González con Servicio de Salud Concepción", Corte Suprema, 23 de junio de 2009, rol 6217-2007, N° Legal Publishing 42236. En los hechos, doña Graciela de Carmen Fuentes González se sometió a una intervención cardiaca que hacia necesario paralizar el funcionamiento del corazón. Por esta razón el equipo médico recurrió a una máquina de circulación extracorpórea. Durante el acto operatorio entró una burbuja de aire a la circulación extracorpórea que llegó al cerebro de la paciente provocándole un AVC (infarto cerebral) lo que determinó la muerte de una parte significativa de su cerebro y un daño neurológico irreversible e irrecuperable. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción estimó acreditada la falta de servicio, pero además quedó acreditado que la doctora jefe del equipo quirúrgico no le informó a la paciente de los riesgos de la intervención a la que sería sometida (aparentemente, existe un porcentaje de 2 a 3% de incidencia de accidentes vasculares encefálico en los pacientes sometidos a cirugía cardiaca). Ni ella ni sus familiares firmaron ninguna hoja de consentimiento informado. En la sentencia de primera instancia se señala: "Que siendo el daño sufrido por la autora previsible (se sabía del riesgo de entrada de aire desde el año 1953 cuando se introdujo la circulación extracorpórea), la falta de servicio es incontrovertible: es un hecho cierto que la víctima antes de la cirugía estaba en condiciones estables y al salir de ella estaba peor, en coma profundo, con muerte cerebral. Además, ni ella

resulta sencillo –conceptualmente al menos– establecer el nexo causal entre la inobservancia de la *lex artis* y el daño derivado de la actuación médica. Respecto del consentimiento informado las cosas se tornan más escurridizas. Por dos razones. La primera de ellas es que resulta complejo vincular la falta de consentimiento informado al daño causado por la defectuosa ejecución de la prestación médica, después de todo, el problema no surge del hecho de someterse a una operación médica, sino del hecho de que dicha operación fue defectuosamente ejecutada[15]. La segunda razón –que depende de la primera– es que si el vínculo causal no se establece con ese daño, ¿entonces con cuál? Una posibilidad consiste en prescindir del daño corporal derivado de la intervención y radicar la cuestión en un daño moral peculiar derivado de la falta de consentimiento informado, consistente en la pérdida de la posibilidad del paciente de ejercer su capacidad de autodeterminación[16]. Ambas cuestiones resultan interesantes –sobre la segunda me detendré más adelante[17]–, sin embargo, existe una razón práctica para no ahondar sobre ellas aquí y es que como ha sostenido un sector de la doctrina española:

> "Cuando el profesional sanitario incurre en negligencia en su actuación técnica, la eventual omisión o defecto en la información suministrada al paciente pasa prácticamente desapercibida o, cuando menos, no alcanza autonomía para justificar por sí sola una reclamación de daños que encuentra, en general, su fundamentación en la violación de la *lex artis*"[18].

ni sus familiares fueron informados de los riesgos a que se exponía en su intervención y, mucho menos del riesgo de la entrada de aire que la podía dejar con grave daño neurológico".

Sin embargo, la Corte de Apelaciones no considera en la parte decisoria de su fallo la falta de consentimiento informado. La relación de causalidad entre la conducta y el daño se configura únicamente a través de la falta de servicio. Por otra parte, la indemnización se concede por daño moral, sin embargo, al mensurar éste no se considera el hecho de que se haya privado a la paciente de su facultad de decidir si someterse a la operación o no.

[15] Más adelante advertiré que una posibilidad de establecer un vínculo causal entre la falta de consentimiento informado y el riesgo materializado a través de una actuación médica correctamente ejecutada consiste en relacionar la falta de información con el *hecho* de la actuación médica.

[16] Después de todo, como ya se ha señalado una de las principales justificaciones del requisito del consentimiento informado radica en la autonomía o autodeterminación de las personas. Una mirada a la jurisprudencia española al respecto en Clara Asua González, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Navarra, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 103-110.

[17] Véanse pp. 142-143.

[18] Véase García Rubio (n. 11), p. 814.





Finalmente, el supuesto d) tiene lugar cada vez que existe incumplimiento del deber de informar (y, por la tanto, falta de consentimiento informado) y cumplimiento de las exigencias de la *lex artis*. A diferencia del supuesto anterior, éste no sólo posee interés teórico, sino que, además, un innegable interés práctico por su frecuencia[19].

Este último es el supuesto al cual se encuentra dedicado lo que resta de este trabajo, aquel en que:

1) el profesional sanitario ha incumplido su deber de informar al paciente, dejando de comunicarle ciertos riesgos asociados a la actuación médica que le va a realizar;
2) en que dicha actuación se realiza conforme a la *lex artis* y
3) que dichos riesgos se materializan[20].

Lo que me interesa investigar en torno a este supuesto es la posibilidad de establecer una relación de causalidad entre la falta de consentimiento informado y el daño sufrido por el paciente a consecuencia de la actuación médica.

### *c. Un caso*

Una persona se dirige a la consulta de su oftalmólogo y le plantea que producto de un accidente ha experimentando un severo deterioro en la visión

[19] Señala García Rubio (n. 11), p. 802: "constituye uno de los casos más habituales en las reclamaciones de indemnización en este ámbito [responsabilidad civil sanitaria]". En la práctica de los tribunales en el ámbito chileno, sin embargo, este supuesto no parece resultar frecuente. De hecho, ni en Barros Bourie (n. 2), p. 686 ni en Brantt Zumarán (n. 2), pp. 512-519 se citan fallos judiciales al respecto.

Con todo, puede consultarse una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco de 23 de enero de 2009 (comentada en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 12, Santiago, julio 2009, pp. 247-252), en la que el tribunal se pronuncia sobre una solicitud de indemnización de daños solicitada por una menor y su madre por una intervención quirúrgica realizada a la primera sin que se le informara suficientemente su naturaleza.

[20] Antes de explorar este supuesto, me interesa despejar un supuesto que no ocupará mi atención. Es posible que se infrinja el requisito del consentimiento informado, en términos de que no se le informe al paciente los riesgos que entraña la actuación médica, que dicha actuación se realice conforme a la *lex artis* y que los riesgos no informados no se materialicen. Pues bien, en un supuesto como éste resultaría posible afirmar que igualmente se ha violado el derecho de autodeterminación del paciente al no permitírsele ejercer, informadamente, la decisión de someterse o no a la actuación médica. De ahí que, si se considera que el bien jurídico que se protege a través del consentimiento informado es la autonomía del paciente "no tendría por qué ser descabellado hablar de los daños derivados de la lesión de su autonomía". Asua González (n. 16), p. 109. No obstante lo anterior, en general, la doctrina ha considerado que en este supuesto no procedería indemnización, véase, por ejemplo, Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad civil médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas, 2001; García Rubio (n. 11), pp. 825-827 y Asúa González (n. 16), pp. 108-109). La repuesta, en la mayoría de los casos, parece ser correcta, en general, como se verá, las consideraciones de consentimiento hipotético apuntan en este sentido.

de su ojo izquierdo. El ojo derecho, sin embargo, funciona perfectamente, El oftalmólogo examina al paciente y le hace saber que, de no someterse a una intervención quirúrgica, perderá totalmente la visión de ese ojo en un plazo no superior a seis meses. El médico le informa al paciente que la cirugía sugerida ha probado ser efectiva en alrededor del 50% de los casos en que se ha empleado. Además, le informa de los riesgos generales de la anestesia y del hecho que no existen tratamientos alternativos disponibles. El paciente decide someterse a la cirugía la que no resulta exitosa. El día siguiente a la cirugía el paciente comienza a experimentar molestias en su ojo derecho el que, paulatinamente, alcanza el mismo estado en el que se encontraba el izquierdo antes de la intervención. El doctor le explica al paciente que se trata de un caso de "oftalmía simpática", un riesgo extremadamente infrecuente en este tipo de intervenciones (alrededor de tres en diez mil). El paciente señala al médico que si hubiera sabido que existía riesgo de quedarse totalmente ciego no se hubiera sometido a la operación[21].

### *d. Dos preguntas*

A partir de un caso como el planteado es posible formularse dos preguntas. La primera de ellas tiene que ver con aquello que se le imputa al facultativo, es decir, un no informar y, a partir de esta constatación es necesario cuestionarse acerca de la posibilidad de vincular causalmente una omisión a un resultado. La segunda pregunta se refiere a los daños que es posible anudar a la falta de consentimiento informado. A estas dos preguntas dedico lo que resta de este trabajo.

Desarrollo, en ese orden, ambas preguntas en los dos apartados que siguen.

## 3. Omisiones y causalidad

Probablemente, un número importante de supuestos de falta de consentimiento informado como los que interesan a este trabajo no constituyan supuesto de omisiones puras, sino de omisión en la acción[22]. No obstante, el escenario

[21] Tomo el ejemplo de Staples King y Moulton (n. 3), p. 481.

[22] El tema ha sido tratado por Ricardo de Ángel Yagüez, *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Universidad de Deusto-Civitas, 1993, p. 257, quien, citando a Raymond Weil, distingue omisiones simples (a saber, no rescatar a alguien que se ahoga) de omisiones relacionadas con actos que se ejecutan (así, por ejemplo, no encender las luces mientras se conduce). Como sucede en los supuestos de deber de informar donde las abstenciones y





más desafiante en términos de establecer la relación de causalidad es el de las omisiones puras, por lo mismo, me limito a ellas.

En general, la doctrina más autorizada niega que exista causalidad en las omisiones puras.[23] En sede penal, que es donde la idea ha recibido mayor desarrollo, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán han presentado esta idea respecto de los delitos de comisión por omisión señalando:

> "...realmente la omisión no puede ser entendida como componente causal de ningún resultado, ya que la causalidad exige la puesta en marcha de una fuerza desencadenante que por definición falta en la omisión"[24].

En el ámbito civil la idea ha sido defendida, entre otros, por Fernando Pantaleón Prieto[25], Fernando Reglero Campos[26] y Phillipe Le Torneau y Loic Cadiet[27].

Pues bien, acudiendo una vez más a la doctrina penal, tratándose de una omisión es necesario abocarse a dos tareas. La primera de ellas consiste en buscar un criterio que permita equiparar la omisión a la causación y, en segundo lugar, resulta necesario investigar si existía un deber de evitar el resultado[28].

acciones se mezclan, en el caso en que no se encienden las luces mientras se conduce, en verdad, el problema no está en la omisión, sino en la acción que creó el riesgo: conducir el coche. Un luminoso análisis de ese ejemplo en Ernest Weinrib, "The Case for a Duty", in *Yale Law Journal*, vol. 90, 1980, p. 254 y ss. En la doctrina chilena se puede consultar Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, pp. 199-201 y Barros Bourie (n. 2), p. 125.

[23] La idea de que en materia de omisiones no es posible hablar de causalidad, sino únicamente de imputación objetiva fue tempranamente defendida por Karl Larenz. Véase Martín García-Ripoll Montijano, *Imputación objetiva, causa próxima y alcance de los daños indemnizables*, Granada, Editorial Comares, 2008, pp. 4-5.

[24] Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal, Parte general*, 4ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 277.

[25] Fernando Pantaleón Prieto, "Comentario al artículo 1902", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, tomo II, pp. 1.971-2.003. Algunas valiosas citas al respecto en Álvaro Luna Yerga, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Navarra, Thomson Civitas, Cizúr Menor, 2004, p. 394.

[26] Francisco Reglero Campos, "El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas", en Francisco Reglero Campos (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., Navarra Aranzadi Thomson, Elcano, 2003, p. 327.

[27] Phillipe Le Torneau, P. et Loic Cadiet, *Droit de la responsabalité et des contrats*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 1.135-1.144.

[28] Muñoz Conde y García Arán (n. 24), p. 277. En el ámbito civil véase Asua González (n. 16), p. 26.

### a. Causalidad hipotética

Tratándose de la causalidad natural la operación consiste en determinar si un determinado hecho es condición necesaria del daño, en términos tales que si se suprime se elimina el resultado. Ya se ha visto, sin embargo, que tratándose de omisiones esto no resulta posible. De ahí que se haya recurrido a la causalidad hipotética.

En la causalidad hipotética la operación que realiza el operador jurídico es diversa. Se trata de determinar si añadiendo un determinado hecho el resultado dañoso se hubiera evitado. Como ha sugerido Clara Asúa González: "...se trata de decidir si, añadiendo mentalmente el comportamiento omitido, el resultado lesivo se habría producido"[29]. Entendido de esta manera, el juicio de causalidad hipotética –u omisiva, es lo mismo– precisa tener por acreditado, de alguna manera, que si el médico hubiese cumplido con su deber de información, el daño no se hubiera producido.

En otras palabras, en la causalidad hipotética no se trata de determinar *qué* es lo que sucedió, sino que, cosa distinta, *qué es lo que hubiera* sucedido de haberse observado el comportamiento ordenado al médico[30]. De esta manera, una vez realizada la operación se puede llegar a dos resultados. El primero de ellos es que si el médico hubiese informado al paciente los riesgos de la intervención éste último igualmente se habría sometido a ella. En ese caso, suele aceptarse, el requisito de la causalidad hipotética falla[31]. Por el contrario, si se asume que, habiendo recibido el paciente la información, no se hubiese sometido a la actuación médica que, en definitiva, produjo el daño, se entiende cumplido el requisito de la causalidad.

#### i. Consentimiento hipotético

Como se puede ver, la idea de causalidad hipotética reposa sobre una voluntad que el paciente no tuvo oportunidad de manifestar, es decir, reposa sobre el consentimiento hipotético del paciente. Esta figura recaba su contexto de otra más amplia y, relativamente familiar para la dogmática civil nacional: el "comportamiento alternativo lícito" (*rechtmässiges Alternativverhalten*)[32].

[29] Asua González (n. 16), p. 26. Véase también Luna Yerga (n. 25), p. 396.

[30] En la precisa fórmula de Peter Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, 7ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 115: "it is not about what happened but about what might have happened".

[31] Así, por ejemplo, en "Canterbury *v.* Spence" (464 F.2d 772 [D.C. Cir. 1972]), un caso especialmente importante en el ámbito estadounidense, se lee: "A causal connection exists when, but only when, disclosure of significant risks incidental to treatment would have resulted in a decision against it".

[32] Véase Barros Bourie (n. 2), pp. 407-408.





La cuestión del comportamiento alternativo lícito ha sido presentada, a propósito de un criterio de imputación objetiva –el incremento del riesgo– con singular elocuencia por Fernando Pantaleón Prieto, conviene servirse de sus palabras:

> "...un evento dañoso no puede ser objetivamente imputable a la conducta negligente que lo ha causado, cuando dada la configuración de los hechos a enjuiciar, dicha conducta, comparada con su alternativa diligente (con la conducta que, en esas circunstancias, no habría pasado los límites del riesgo permitido), no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión. De otra forma, el operador jurídico estaría tratando de manera diferente supuestos que, en lo relevante, son idénticos; puesto que *respecto del concreto evento dañoso efectivamente acaecido*, la conducta negligente del dañante (*sic*) ha sido exactamente igual a su alternativa diligente: ha creado el mismo riesgo que ésta (o un riesgo menor; un riesgo permitido en todo caso) de que dicho evento se produzca... no habrá existido [un] incremento del riesgo y, por ende, no cabrá imputar objetivamente el resultado cuando se constate *con seguridad rayana en la certeza* que un resultado sustancialmente idéntico al acaecido se habría producido también de haber obrado el dañante (*sic*) diligentemente"[33].

Como señala Enrique Barros Bourie, un área en la que el comportamiento lícito alternativo tiene especial importancia es en el caso de que no se obtenga el consentimiento informado del paciente

> "...en circunstancias que pueda darse por extremadamente probable que el paciente habría consentido en asumir el riesgo, atendidas las circunstancias"[34].

A propósito de esta última cita, conviene referirse brevísimamente a la métrica que se emplea para determinar el consentimiento informado. El autor señala que debe ser "extremadamente probable" que el paciente hubiese consentido en la actuación médica. La pregunta es *qué* paciente, ¿uno razonable *in abstracto* o *ese* paciente *in concreto*?

La respuesta, en mi opinión, puede buscarse a partir del bien jurídico protegido por el requisito del consentimiento informado. Si efectivamente

[33] Fernando Pantaleón Prieto, "Causalidad e imputación objetiva: Criterios de imputación", en AA.VV., *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1990, tomo II, pp. 1.577-1.578 (cursivas en el original).

[34] Barros Bourie (n. 2), p. 407.

es la autodeterminación del paciente, lo que deberá acreditarse es que *ese* paciente, considerando sus características individuales y situación particular, hubiera consentido en la actuación médica. Ésta parece ser la posición que ha tomado algún sector especialmente autorizado de la doctrina alemana y española[35]. Se trata, sin embargo, de una respuesta que no se encuentra exenta de problemas[36].

### ii. La prueba del consentimiento hipotético

En el ámbito chileno, Enrique Barros Bourie ha sugerido que una vez que se encuentra acreditado que el médico no dio la información debida, éste puede excusarse probando la voluntad hipotética del paciente[37]. De esta opinión parece seguirse que la carga de la prueba de la existencia de un deber de informar y su infracción corresponde al paciente; en cambio, la prueba del consentimiento hipotético es de cargo del médico[38]. Es decir, es él quien debe acreditar que si el paciente hubiera dispuesto de la información omitida igual se hubiera sometido a la actuación médica.

[35] Para la doctrina alemana véase SHAW (n. 2), p. 882, con cita de Mertens. Respecto de la doctrina española puede consultarse PANTALEÓN PRIETO (n. 32), p. 1.589; ÁNGEL YÁGÜEZ (n. 7) y DOMÍNGUEZ LUELMO (n. 2), p. 325.

[36] Como advierte SHAW (n. 2), p. 882, una crítica persistente es que un sistema de apreciación subjetiva del consentimiento hipotético no representa más que un mecanismo que permite a quienes han sufrido daños durante una actuación médica conseguir una indemnización por un mecanismo distinto al ortodoxo de *malpractice*. Otras críticas en Scott PORCH, "NOTE: Recent Develoments in Tennessee's Doctrine of Informed Consent", in *University of Memphis Law Review*, vol. 30, Memphis, Tennessee, 2000, p. 611.

[37] BARROS BOURIE (n. 2), p. 686. Una opinión semejante, me parece, puede desprenderse de los comentarios de Hernán CORRAL TALCIANI, *Lecciones de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 206-207, sobre la prueba de la relación de causalidad.

[38] Según reporta SHAW (n. 2), p. 881, en el Derecho alemán la cuestión del consentimiento hipotético surge como una defensa de la cual puede servirse el médico para enervar la presunción según la cual la falta de información determinó la voluntad del paciente de someterse a la actuación médica.

Una posición discrepante en LUNA YERGA (n. 25), p. 494, quien señala: "La carga de la prueba de la mal llamada causalidad omisiva corresponde a la parte demandante que, dadas sus especiales características, deberá acreditar que existía un deber de actuación previsto para evitar el daño médico-sanitario de que se trate, la omisión de la conducta debida y su capacidad evitadora del daño con una posibilidad rayana al 100%".

Por su parte, PANTALEÓN PRIETO (n. 33), pp. 1.588-1.589 entiende que la carga del consentimiento hipotético recae sobre el médico, es el quien debe acreditar que, aún si hubiera tenido la información omitida el paciente se hubiera sometido a la intervención. En la misma posición ÁNGEL YAGÜEZ (n. 7).





### *b. El deber de evitar el resultado*

Convendrá, una vez más, abrevar de la doctrina penal. Señalan Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán que:

> "A diferencia de lo que sucede en el delito de acción, en el delito de comisión por omisión no basta, para imputar un resultado al sujeto de la omisión, con la simple constatación de la causalidad hipotética de la omisión respecto del resultado producido y de la evitabilidad del mismo. Por el contrario, es preciso, además, que el sujeto tenga la obligación de tratar de impedir la producción del resultado en virtud de determinados deberes cuyo cumplimiento ha asumido o le incumben en razón de su cargo o profesión"[39].

En sede penal, este especial deber de conducta transforma al sujeto en garante de que no se produzca el resultado. *Mutatis mutandis*, en el ámbito civil, puede emplearse un razonamiento similar.

El hecho de que lo que se le impute al médico sea una inactividad es importante porque como ha sugerido certeramente Enrique Barros Bourie.

> "...es correcta la intuición de que existe una diferencia significativa entre el sentido normativo de la actividad y de la inactividad. La razón fundamental radica en que mientras la acción genera por sí misma el riesgo de un daño, la omisión se refiere a la posibilidad de evitar un riesgo cuyo origen es independiente de la persona pretendidamente responsable"[40].

A partir de este comentario, tratándose de supuestos de inactividad, resulta útil distinguir entre *abstención* y *omisión*. La distinción ha sido formulada por Tony Honoré[41]. Este autor diferencia aquellos supuestos en los que una persona simplemente no hace algo, a los que denomina abstenciones, de aquéllos en que no hace algo que el Derecho le ordena hacer, que serían las omisiones. Lo que diferencia a las abstenciones de las omisiones es que, en las segundas, existe un deber de actuar que se infringe[42].

De esta manera, tratándose del ejemplo del oftalmólogo referido más atrás[43], lo determinante para distinguir si su inactividad constituye una simple abs-

[39] MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN (n. 24), p. 278.

[40] BARROS BOURIE (n. 2), p. 124.

[41] Tony HONORÉ, "Are Omissions Less Culpable?", in Peter CANE and Jane STAPPLETON, *Essays for Patrick Atiyah*. Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 37.

[42] Véase Luis DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, p. 290.

[43] Véanse pp. 133-134.

tención o, en cambio, una omisión será precisar si el médico tenía o no un deber de informar al paciente la existencia de los riesgos que, en definitiva, se materializaron[44]. Entonces, no es suficiente la demostración de que el paciente no recibió la información ni que, de haberla conocido el paciente, se hubiera abstenido de la actuación médica; es necesario, además, que el médico haya tenido el deber de suministrar la información y, como resulta, evidente, los médicos no tienen el deber de entregar "toda" la información al paciente[45]. Si la información se encuentra más allá del umbral exigido, no existe deber de imputar el daño. La cuestión puede aclararse –o no– volviendo al caso del oftalmólogo. ¿Debe informar a su paciente del riesgo extremadamente infrecuente en este tipo de intervenciones (alrededor de tres en diez mil)? Si la respuesta es negativa, el problema de la causalidad hipotética se torna irrelevante toda vez que la conducta –el suministro de información– no le era exigible al facultativo y, por lo tanto, el resultado lesivo no se le puede imputar.

## 4. Daños

El nexo de causalidad vincula un hecho –y comprendo aquí tanto acciones como omisiones– con el daño que provoca. ¿Cuál es ese daño? Según se verá a continuación existen, al menos, tres posibilidades: imputar al médico todo el daño derivado de la intervención; imputarle, nada más, un daño moral por la lesión al derecho de autodeterminación al paciente e imputarle al profesional un daño por pérdida de oportunidad.

### *a. Todo el daño*

Una primera respuesta que ha sido sugerida por algunos autores nacionales es que deben indemnizarse *todos* aquellos daños provenientes de riesgos no informados[46]. En otras palabras, constituyen daños indemnizables todos aquellos riesgos no informados –y que debieron informarse- materializados a propósito de la intervención médica. Una opinión similar, aunque más articulada –y matizada- puede encontrarse en Ricardo de Ángel Yagüez[47].

[44] Sobre el consentimiento informado como derecho del paciente y deber del médico puede consultarse en este mismo volumen el trabajo del profesor Máximo Juan Pérez García, pp. 145-166.

[45] Sobre algunas limitaciones al consentimiento informado de los pacientes puede consultarse De la Maza Gazmuri (n. 1).

[46] En este sentido Álvaro Vidal Olivares, "La responsabilidad civil del profesional médico", en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, Nº 8, Santiago, 2002, p. 172 y Brantt Zumarán (n. 2), p. 519.

[47] Ángel Yagüez (n. 7).





Señala este autor que la ausencia de información no es lo que ocasiona el daño derivado de la actuación médica, sino que es la propia acción médica. El problema, sin embargo, es que, en el supuesto que interesa aquí, dicha actuación fue realizada conforme a la *lex artis*. No obstante –continúa el autor–: "Esta circunstancia sólo sirve para *no imponer* al médico responsabilidad por el concepto de imputación de culpa en la *actuación curativa*"[48]. Luego agrega:

> "...el daño sufrido por el paciente se anuda a la *acción curativa* del médico, no porque fuera defectuosamente llevada a cabo, en sí misma, sino porque para su ejecución faltó una genuina voluntad del propio paciente"[49].

Pues bien, si la actuación médica causó el daño y dicha actuación fue "'consecuencia' de que el paciente no hubiese tenido oportunidad de decidir que *las cosas fueran de otra manera*"[50]. No debe causar extrañeza que el citado autor defienda la tesis según la cual la regla general es que: "el médico que incurre en culpa en el deber de información le es *objetivamente imputable* el daño experimentado por el paciente"[51].

La idea de que debe indemnizarse todo el daño no ha estado exenta de críticas. Así, por ejemplo, María Paz García Rubio advierte que no resulta coherente que el médico responda de la misma manera en aquellos supuestos en que su culpa radica exclusivamente en el incumplimiento de su deber de informar y en aquellos casos en los cuales, además –o de manera independiente–, hubiese realizado la actuación médica con inobservancia de la *lex artis*[52].

Esta última objeción hace, en principio, sentido, ¿por qué deberían asignarse al médico riesgos que se encuentran más allá de la observancia de la *lex artis*? Una posible respuesta pasa por advertir que, en general, se considera que el consentimiento informado desempeña un papel dual en las actuaciones médicas[53]. Por una parte, legitima la interferencia en la integridad corporal del paciente; por otra, asigna al paciente los riesgos asociados a la actuación. Esta asignación, desde luego, no cubre aquéllos que derivan de la negligencia del médico[54], sino nada más los que se materializan pese a la observancia de la

[48] Ángel Yagüez (n. 7) (cursivas en el original).

[49] *Ibid.* (cursivas en el original).

[50] *Ibid.* (cursivas en el original).

[51] *Ibid.* (cursivas en el original).

[52] García Rubio (n. 11), p. 824.

[53] Véase Shaw (n. 2), p. 873.

[54] García Rubio (n. 11), p. 815.

*lex artis*. Pues bien, si no se obtiene el consentimiento informado, se entiende que dichos riesgos son asumidos por el médico[55].

### *b. Lesión al derecho a la libre determinación*

Ha quedado dicho más atrás que una defensa del médico consiste en mostrar que si el paciente hubiese conocido el riesgo, igualmente se hubiera sometido a la actuación médica[56]. Conviene, sin embargo, detenerse un momento en ella, ahora desde la perspectiva de los daños.

Si el galeno acredita que el paciente igualmente se hubiera sometido a la intervención, entonces ya no resulta posible imputarle los daños derivados de ésta. Ahora bien, se ha señalado que planteadas las cosas de esa manera un problema que se produciría es que la falta de información por parte del médico quedaría impune[57]. Salvo que se acepte la existencia de un daño moral autónomo, consistente en la lesión del derecho de la libre determinación. Así parecen haberlo considerado algunas decisiones judiciales en España y en Francia[58], también parece ser la opinión de un autorizado sector de la doctrina en Alemania[59]. En el ámbito chileno, el tema no parece haber sido abordado

[55] Véase SHAW (n. 2), p. 873. Dos sentencias del tribunal supremo español que utilizan este criterio para imputar el daño el médico en ÁNGEL YAGÜEZ (n. 7). En la primera de ellas se trata de una demanda de indemnización de perjuicios en contra de un otorrinolaringólogo que había practicado al demandante un estapedectomía en el oído izquierdo a consecuencias de la cual perdió la audición del mismo. Señala el tribunal en su sentencia, que al incumplir con su deber de informar al paciente acerca de los riesgos de la operación el médico "asumió por sí solo los riesgos de la operación". En la segunda sentencia se trata de una menor afectada por una escoliosis dorsal directa idiopática a la cual, a consecuencia de la operación, sufrió una parálisis de las extremidades inferiores que determinó la necesidad de utilizar, de por vida, una silla de ruedas. El tribunal supremo consideró que: 'no se advirtió a la madre de Mónica [la menor] de los riesgos de la operación ni delas otras alternativas, para que ella decidiera". En virtud de esta falta de advertencia el supremo imputa los riesgos de la operación al médico en los siguientes términos: "Estas son las actividades y omisiones culposas, que llevan a la Sala de Apelación a sostener fundadamente que los demandados asumieron los riesgos por sí solos, en lugar de la paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible".

[56] Véanse pp. 136-137.

[57] ÁNGEL YAGÜEZ (n. 7).

[58] Véase ASUA GONZÁLEZ (n. 16), p. 107.

[59] Véase SHAW (n. 2), p. 881, con cita a Deutsch y Lange, señalando: "Not all authors, however, are convinced that the doctor should be allowed to establish a full defence where there is a clear failure to disclose. By failing to disclose, the doctor has deprived the patient of the possibility of considering, in full knowledge of the risks, whether or not to have the operation. In itself, this undermines the stated purpose of the rule requiring doctors to disclose risks, which is to protect the patient's freedom of decision, rather than to prevent the harms which has occurred".





por la doctrina, sin embargo, sí se acepta que el bien jurídico protegido es el derecho del paciente a determinar en forma autónoma si someterse o no a una actuación médica resulta coherente afirmar que, al prescindir del consentimiento del paciente, se ha lesionado un interés extrapatrimonial digno de protección jurídica. En otras palabras, que se le ha infligido un daño moral indemnizable.

### *c. Pérdida de oportunidad*

En el ámbito nacional Enrique Barros Bourie se ha referido a la pérdida de oportunidades de sanarse para designar aquellos casos en los que el daño experimentado por el paciente no es el resultado "cierto e inequívoco de la negligencia médica, sino a si en razón de esa negligencia el paciente perdió una oportunidad de sanarse"[60]. En la doctrina española el tema ha sido tratado monográficamente por Clara Asua González[61]. La autora se refiere especialmente a los supuestos de pérdida de oportunidad en casos de incumplimiento del deber de información al paciente sobre riesgos de tratamientos e intervenciones[62].

Indica la autora que se trataría de supuestos en los cuales debe descartarse "que el cumplimiento de la obligación de información hubiera impedido que se sufriera el daño final o que de todos modos éste hubiera acontecido"[63]. Ahora bien, una mirada a las decisiones de los tribunales superiores españoles citadas por la autora muestra al menos dos aspectos interesantes. El primero de ellos es la indemnización por la pérdida de oportunidad, que se refiere a un daño diverso de aquél del directamente derivado de la actuación médica. El segundo aspecto es que dicho daño puede consistir o, bien, en la pérdida de oportunidad del paciente de tomar una decisión autónomamente o, bien, a la pérdida de oportunidad de optar por otras alternativas a la cirugía realizada[64].

[60] BARROS BOURIE (n. 2), pp. 686-687.

[61] ASUA GONZÁLEZ (n. 16), *passim*.

[62] *Op. cit.*, pp. 98-110.

[63] *Op. cit.*, p. 99.

[64] ASUA GONZÁLEZ (n. 16), pp. 101-107.

# LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICO-SANITARIA EN EL DERECHO ESPAÑOL: SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DEL DEBER DE INFORMACIÓN

*Máximo Juan Pérez García*

## I. Introducción

La responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario es, sin duda, uno de los grandes temas jurídicos del actual panorama jurídico español[1], a juzgar por el gran número de sentencias que los tribunales dictan sobre la mencionada cuestión[2] y por la especial atención que la doctrina presta a esta materia.

---

[1] Para un análisis del régimen jurídico de la responsabilidad civil médico-sanitaria en el Derecho chileno, véase: Enrique Barros Bourie, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 656-694. Afirma el citado autor: "la medicina es una de las actividades más expuestas al riesgo de acciones indemnizatorias" y que "la expansión de la responsabilidad médica puede ser atribuida a diversas razones concomitantes:

- la aceptación generalizada de la reparación del daño moral por daños corporales, tanto en sede extracontractual como contractual [...];
- el interés particular que nuestra época presta a la vida y a la salud, y, en particular, una menor tolerancia a los riesgos de la vida;
- los avances de la medicina, que aumentan exponencialmente los riesgos de error y permiten distinguir con relativa precisión un diagnostico o tratamiento incorrecto, sobre una base científica y de experiencia;
- la despersonalización de la relación entre el médico y el paciente, que debilita la antigua relación de confianza con el 'médico de cabecera';
- el abandono correlativo del respeto reverencial que el paciente debía al profesional, y al médico en particular, fundado en una especie de mágico conocimiento de la *lex artis*;
- la progresiva tipificación de derechos del paciente, cuyo cumplimiento puede ser exigido ante los tribunales, como, por ejemplo, los derechos a ser tratado con dignidad, a la confidencialidad del expediente, a adoptar decisiones informadas, y a las garantías de prestaciones de salud; y
- el incentivo de los abogados a plantear acciones con baja probabilidad de éxito, pero respaldadas en convenios de *quota litis*, en atención a que la entidad de los perjuicios que se siguen de daños corporales crea expectativas de indemnizaciones significativas", pp. 663-664.

[2] El aumento del número de reclamaciones formuladas en el ámbito médico-sanitario puede llevar a una verdadera situación de colapso de la asistencia sanitaria ante el temor de

El tratamiento jurídico de la responsabilidad médico-sanitaria en España, a diferencia de lo que sucede con otras hipótesis de responsabilidad civil de los profesionales, ha experimentado una rápida evolución, que va desde la rigurosa exigencia probatoria de la culpa y de la relación de causalidad, hacia una objetivación de la responsabilidad cuya finalidad es la obtención de la reparación de todo resultado insatisfactorio o indeseado[3]. Ahora bien,

los profesionales médico-sanitarios de que sus actuaciones sean continuamente cuestionadas ante los tribunales. En este sentido, José GUERRERO ZAPLANA, *Las redamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pp. 33-34, afirma que por esta vía se puede llegar a realizar "una medicina a la defensiva por parte de los profesionales, sobre todo por parte de aquellos que desarrollan actividades de más alto riesgo o con más alto índice de reclamaciones (anestesistas, médicos de urgencias, etcétera), lo que puede llevar a paralizar, o al menos, ralentizar muy seriamente, lo que sería una prestación sanitaria normal; así ocurriría con la exigencia de pruebas diagnósticas excesivas o injustificadas o con la realización de una cirugía excesivamente cautelosa". En este mismo sentido se pronuncia Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO, "Responsabilidad civil de los profesionales sanitarios. La *lex artis*. Criterios jurisprudenciales", en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Nº 3, Valladolid, 2004, p. 170, cuando señala: "a la multiplicación de querellas y demandas de resarcimiento puede seguir no una mejora de la calidad de las prestaciones, sino la adopción de una actitud defensiva que, a la larga, puede repercutir en contra de los intereses de los pacientes".

Por su parte, Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 31.-34, ofrece datos estadísticos sobre cuántas muertes causan los errores médicos en España, así como el número aproximado de denuncias de errores médicos que se producen en España (unas setenta mil en el año 2003).

En relación con esta cuestión, José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, *Derecho de daños*, 3ª ed., Barcelona, Bosch, 2009, p. 181, señala: "no existen muchos campos del Derecho en los que se hayan suscitado últimamente mayores cambios que en el terreno de la responsabilidad médica y en general de todo el personal sanitario; no ya en el aspecto legislativo, en el que nuestro Código Civil sigue sin contemplar, siguiendo la más pura tradición del Código Napoleónico, ningún precepto relativo a esta responsabilidad médica, a diferencia de lo que ya sucedía en el Código de Hammurabí y en la Lex Aquilia, que incluían disposiciones contra aquellos médicos que con su intervención causaren daños, aunque fuesen referentes a un supuesto limitado, sino en el terreno de las reclamaciones diarias que tienen lugar ante los Tribunales de justicia, que son, en definitiva, los que han tenido que ir creando una doctrina que supla la inexistencia anteriormente aludida de falta de regulación legal".

[3] En este mismo sentido se pronuncian, Esther GÓMEZ CALLE, "El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario", en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo IV, Madrid, 1998, pp. 1.693-1.694; Álvaro LUNA YERGA, "Fractura de rodilla en accidente de esquí y responsabilidad civil médico-sanitaria. Comentario a la STS, 1ª, 8.5.2003", en revista *Indret*, Nº 4, 2003, http://www.indret.com, p. 1; Andrea MACÍA MORILLO, *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales. (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 37-43 y Francisco MARÍN CASTÁN, *Prólogo a la obra de Julio César Galán Cortés, "Responsabilidad civil médica"*, Madrid, Aranzadi, 2005, p. 13.

Por su parte, Pedro RODRÍGUEZ LÓPEZ, *Responsabilidad médica y hospitalaria*, Barcelona, Bosch, 2004, p. 19, afirma: "no existen muchos campos del Derecho en los que se hayan sus-





no conviene olvidar "que la medicina es una ciencia axiológica relativa, esto es, una ciencia inexacta" en la que el resultado nunca puede ser garantizado porque en ella inciden muy diversos factores, tanto de naturaleza endógena como exógena[4], razón por la cual no será adecuado admitir reclamaciones en cualquier supuesto de no curación del paciente.

Por otra parte, merece ser destacado que en los últimos años, los tribunales de justicia en España suelen invocar la vulneración del derecho a la información asistencial, reconocido en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica[5] para fundar condenas por mala praxis médica en casos en que la negligencia de los demandados (personal médico-sanitario) en la práctica de la intervención o tratamiento médico no puede ser acreditada. Así pues, el mero incumplimiento del deber de información se convierte, en estos casos, en el único criterio de imputación de daños, pese a que no puede establecerse un nexo causal ni de imputación objetiva entre la falta de información y el daño[6].

El objetivo de este trabajo es doble: por una parte, esbozar los rasgos de la naturaleza jurídica de la obligación del médico, distinguiendo entre la medicina curativa y la medicina voluntaria o satisfactiva[7] y, por otra, delimitar el régimen

citado últimamente mayores cambios que en el terreno de la responsabilidad médica y, en general, de todo el personal sanitario. El auge de la responsabilidad médica es un fenómeno propio de nuestros días".

[4] En este mismo sentido se pronuncia Julio César GALÁN CORTÉS, *Responsabilidad civil médica*, Madrid, Aranzadi, 2005, pp. 18 y 63.

[5] A estos efectos debe tenerse en cuenta que la Ley 41/2002 tiene por objetivo, según dispone su artículo 1, "la regulación de los derechos y obligaciones de los pacientes, usuarios y profesionales, así como de los centros y servicios sanitarios, públicos y privados, en materia de autonomía del paciente y de información y documentación clínica".

La mencionada ley, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.1 y 16 de la Constitución española de 1978, tiene el carácter de legislación básica, y, por tanto, las comunidades autónomas pueden adaptar y desarrollar el contenido de dicha ley, respetando el contenido de la misma.

Para una aproximación al contenido de la Ley 41/2002 puede consultarse el trabajo de Joan C. SEUBA TORREBLANCA / Sonia RAMOS GONZÁLEZ, "Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre", revista *Indret*, Nº 2, 2003, http://www.indret.com.

[6] En términos similares se pronuncian José GUERRERO ZAPLANA, *El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia*, Valladolid, Lex Nova, 2004, pp. 35 y 204; Álvaro LUNA YERGA, "Mamoplastia fallida. Comentario a la STS, 1.ª, 22.6.2004", en revista *Indret*, Nº 1, 2005, http://www.indret.com, p. 3 y GALÁN CORTÉS (n. 4), pp. 301-311.

[7] A este respecto la STS (Sala 1ª) de 29 de junio de 2007 [ROJ 4472/2007] recuerda que es una terminología comúnmente aceptada por la Sala Primera del Tribunal Supremo la que: "distingue entre medicina curativa, necesaria o asistencial, y medicina voluntaria o

jurídico del consentimiento informado del paciente[8] y determinar el contenido del deber de información que incumbe al personal médico-sanitario en el ordenamiento jurídico español[9], atendiendo también a esa diferenciación entre la medicina curativa o asistencial y la medicina voluntaria o satisfactiva.

## II. La naturaleza jurídica de la obligación del médico

No cabe duda de que la actividad del médico puede calificarse jurídicamente como una obligación de hacer; esto es, el médico se obliga a realizar una determinada actividad, conforme al estado actual de la ciencia médica y atendiendo las circunstancias que concurren en el caso concreto. Ahora bien, la actividad del médico siempre se caracteriza por la existencia de

> "un elemento aleatorio, en el sentido de que el resultado buscado no depende exclusivamente de su proceder, sino también de otros factores, endógenos y exógenos a su actuación, que escapan a su control [...] el médico no garantiza, por tanto, la curación del enfermo"[10].

En esta materia adquiere vital importancia la distinción doctrinal entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado[11], dado que este factor marca el alcance de la responsabilidad del médico, que será distinto según

satisfactiva. La primera actúa ante una determinada patología, y se califica nítidamente como de arrendamiento de servicios. La segunda, es aquella en la que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, puesto que se actúa sobre un cuerpo sano, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético, o lo que es lo mismo para lograr una transformación satisfactoria del propio cuerpo".

Téngase en cuenta que el *ROJ* puede consultarse en la base de datos de jurisprudencia del CENDOJ, cuyo acceso es libre y gratuito, a través de http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp (fecha de consulta: 5 de enero de 2010).

[8] El principio del consentimiento informado (sugerido ya incidentalmente en 1914 en la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos al resolver el caso Schlendorff *v.* Society of New York Hospital fue reconocido en España por el artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 1986 (Ley 14/1986, de 25 de abril).

[9] A este respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de septiembre de 2001 [Base de datos EDJ 2001/30954] señala, con acierto: "esta materia ha sufrido en los últimos años una evolución impulsada por el crecimiento de la conciencia ciudadana del derecho a los servicios médicos como usuarios conscientes de los mismos y no sólo como sujetos pasivos de ellos".

[10] Véase Galán Cortés (n. 4), p. 63.

[11] Sobre esta cuestión, véase la interesante monografía de Antonio Cabanillas Sánchez, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, Bosch, 1993.





los casos. A estos efectos, la doctrina distingue dos tipos de medicina: por una parte, la medicina curativa (también denominada medicina necesaria o asistencial) cuya finalidad es curar las enfermedades o mejorar las carencias de salud que sufren las personas y, por otra, la denominada medicina voluntaria o satisfactiva (por ejemplo, la cirugía estética), cuyo fin no es curativo, pues no existen enfermedades o cuadros patológicos en el paciente, sino conseguir algún resultado que éste voluntariamente desea obtener sobre su cuerpo (por ejemplo, mejorar el aspecto estético de su persona).

En lo que se refiere al ámbito de la denominada medicina curativa, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirman mayoritariamente que la obligación del médico es una obligación de medios[12]. Pero, ¿en qué consiste esta obligación de medios que incumbe al médico? Siguiendo a la doctrina mayoritaria y a la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal

[12] Así lo ponen de manifiesto, entre otros, Clara I. Asua González, "Responsabilidad civil médica", en L. Fernando Reglero Campos (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 4ª ed., Cizur Menor, Navarra, Thomson Aranzadi, 2008, tomo II, pp. 735-739; Domingo Bello Janeiro, "La responsabilidad sanitaria", en Domingo Bello Janeiro (coord.), *Cuestiones actuales de responsabilidad civil*, Madrid, Reus, 2009, pp. 240-245; Ricardo de Ángel Yágüez, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 17-19 y 28-34; Fernández Entralgo (n. 2), pp. 175-179; José Manuel Fernández Hierro, *Sistema de responsabilidad médica*, 4ª ed., Granada, Comares, 2002, pp. 37-40; Galán Cortés (n. 4), pp. 63-70; Tomás García Hernández, *Elementos de Derecho Sanitario en la responsabilidad civil y penal de los médicos por mala praxis*, Madrid, Edisofer, 2002, p. 21; Gómez Calle (n. 3), p. 1.698; Luna Yerga (n. 2), pp. 155-160; Javier Plaza Penadés, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Cizur Menor, Navarra, Aranzadi, 2002, pp. 61-64 y Luis Martínez-Calcerrada y Ricardo de Lorenzo (coord.), *Derecho médico. Tratado de Derecho sanitario*, Madrid, Colex, 2001, tomo I, pp. 97-99.

Asimismo, la jurisprudencia del tribunal supremo también mantiene que se trata de una obligación de medios. En este sentido, la sentencia de la sala primera del tribunal supremo de 26 de mayo de 1986 [*RJA* 2824] señala: "[...] de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una 'obligación de medios', es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos, y sobrevenido el resultado lesivo, en el caso debatido el fallecimiento, es preciso que ésta no pueda atribuirse a otras circunstancias, como ocurre en el supuesto de enfermedad sometida, según la prueba pericial, a toda clase de complicaciones" [en términos similares se pronuncian, entre otras, las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1996 (*RJA* 866), 10 de diciembre de 1996 (*RJA* 8967), 9 de diciembre de 1998 (*RJA* 9427), 13 de abril de 1999 (*RJA* 2583), 10 de abril de 2001 (*RJA* 2391), 11 de diciembre de 2001 (*RJA* 2711) y 7 de abril de 2003 (*RJA* 2845)].

Supremo (entre otras, la sentencia de 25 de abril de 1994; *RJA* 3073) puede afirmarse que el médico tiene las siguientes obligaciones[13]:

a) Debe utilizar todas las técnicas y remedios de que disponga, conforme al estado actual de la ciencia médica, a fin de que su actuación sea acorde con la denominada *lex artis ad hoc*[14];
b) Debe informar al paciente o a los familiares, siempre que sea posible, del diagnostico de la enfermedad o de la lesión que padece, de los resultados previsibles del tratamiento, así como de los riesgos del tratamiento[15];

[13] Véanse, en este sentido, lo expuesto por ASUA GONZÁLEZ (n. 12), p. 737; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ (n. 2), pp. 195-200 y GARCÍA HERNÁNDEZ (n. 12), pp. 21-22.

[14] Sobre el concepto de *lex artis*, véase: GUERRERO ZAPLANA (n. 2), pp. 120-124; Alberto JORGE BARREIRO, "Jurisprudencia penal y *lex artis* médica", en Alberto JORGE BARREIRO y Diego GRACIA GUILLÉN (dirs.), *Responsabilidad del personal sanitario*, seminario organizado por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo), Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 71-73 y MACÍA MORILLO (n. 3), pp. 219-222.

Asimismo, en relación con la denominada *lex artis ad hoc*, pueden consultarse, entre otras, las SSTS (Sala 1ª) de 2 de febrero de 1993 (*RJA* 793), 23 de marzo de 1993 (*RJA* 2545), 2 de julio de 1994 (*RJA* 6730), 2 de octubre de 1997 (*RJA* 7405), 29 de junio de 1999 (*RJA* 4895), 9 de diciembre de 1999 (*RJA* 8173), 29 de mayo de 2003 (*RJA* 3916) y 23 de julio de 2003 (*RJA* 5462).

[15] Los pacientes, como se analizará, tienen derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad y sus consecuencias, los posibles tratamientos y sus efectos, con la finalidad de que puedan decidir libremente si consienten o no someterse al tratamiento médico propuesto, en virtud del artículo 8.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que establece: "toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso".

Sobre el contenido de la información que debe suministrarse al paciente para que éste pueda otorgar su consentimiento, el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, establece: "la información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias". En este sentido, véanse las SSTS de 4 de abril de 2000 (Sala 3ª; *RJA* 3258), 27 de abril de 2001 (Sala 1ª; *RJA* 6891), 29 de mayo de 2003 (Sala 1ª; *RJA* 3916), 10 de febrero de 2004 (Sala 1ª; *RJA* 456) y 27 de mayo de 2004 (Sala 1ª; *RJA*. 3548), así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (Sala de lo civil y de lo penal) de 27 de octubre de 2001 (*RJA* 1079; año 2002).

Por otra parte, como señala LUNA YERGA (n. 6), p. 3, en la última década, los jueces y tribunales "recurren con frecuencia al incumplimiento del deber de información para fundar condenas por mala praxis médica en casos en que la negligencia de los demandados en la práctica de la intervención o tratamiento médico no hubiera podido ser acreditada. [...] El mero incumplimiento del deber de información se convierte, en estos casos, en el único criterio de imputación de daños, pese a que no puede establecerse un nexo causal ni de imputación objetiva entre la falta de información y el daño" [en términos similares se pronuncia GALÁN CORTÉS (n. 4), pp. 301-311]. En este mismo sentido, pueden consultarse las SSTS (Sala 1ª) de





c) Debe continuar suministrando el tratamiento al enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta;
d) Debe advertir al paciente, o en su caso a los familiares, de los riesgos que implica el abandono del tratamiento;
e) En los casos de enfermedades crónicas o evolutivas, debe informar al paciente de los análisis, controles y cuidados preventivos que tiene que realizar.

Así, pues, es posible afirmar que en el ámbito de la medicina curativa, el médico cumple con su obligación cuando realiza el conjunto de actividades que acaban de señalarse y que son exigibles a un profesional de la Medicina, aunque "el paciente no se cure, pues este resultado, la curación, es el fin de la prestación médica pero no entra en el contenido de su obligación"[16].

En lo concerniente a la denominada medicina voluntaria o satisfactiva, existe polémica sobre si en este tipo de supuestos la obligación del médico es una de medios o de resultado[17]. Ahora bien, la tesis mayoritaria tanto en la doctrina[18]

12 de enero de 2001 (*RJA* 3), 27 de abril de 2001 (*RJA* 6891), 17 de octubre de 2001 (*RJA* 8741), 23 de julio de 2003 (*RJA* 5462), 8 de septiembre de 2003 (*RJA* 6065), 10 de junio de 2004 (*RJA* 3605) y 22 de junio de 2004 (*RJA* 3958).

Asimismo, en esta materia debe tomarse en consideración los artículos 5 a 9 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997 (que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000) [puede consultarse en http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm (fecha de consulta: 5 de enero de 2010)].

Sobre estas cuestiones pueden consultarse los trabajos de: Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho sanitario y responsabilidad médica. (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Valladolid, Lex Nova, 2003, pp. 233-267; GALÁN CORTÉS (n. 4), pp. 251-331; GARCÍA HERNÁNDEZ (n. 12), pp. 45-59 y Ignacio SANCHO GARGALLO, "Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado", en revista *Indret*, Nº 2, 2004, http://www.indret.com).

[16] Se pronuncia en este sentido, GALÁN CORTÉS (n. 4), p. 65.

Asimismo, la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo reitera que el médico no queda obligado a curar al paciente, sino a administrar al enfermo un determinado tratamiento conforme a la *lex artis* y al estado actual de la ciencia [véanse, entre otras, las SSTS de 10 de febrero de 1996 (*RJA* 866), 10 de diciembre de 1996 (*RJA* 8967) y 10 de abril de 2001 (*RJA* 2391)].

[17] Así lo ponen de manifiesto, entre otros, CABANILLAS SÁNCHEZ (n. 11), pp. 72-73; FERNÁNDEZ HIERRO(n. 12), pp. 40-50 y LUNA YERGA (n. 2), p. 160.

[18] En este sentido, BELLO JANEIRO (n. 12), pp. 293-302; Carmen BLAS ORBÁN, *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2003, pp. 99-101; DE ÁNGEL YÁGÜEZ (n. 12), pp. 19 y 34-38; FERNÁNDEZ HIERRO (n. 12), pp. 39-40, 50-51; LUNA YERGA (n. 2), pp. 160-165; PLAZA PENADÉS (n. 12), p. 64 y MARTÍNEZ-CALCERRADA y DE LORENZO (n. 12), p. 99.

como en la jurisprudencia del Tribunal Supremo[19], defiende que en estos casos la obligación del médico se configura como una obligación de resultado, que se aproxima al contrato de obra[20].

Asimismo, hemos de señalar que existen supuestos mixtos en los que la actuación médica puede encuadrarse tanto en el ámbito de la medicina curativa o asistencial, por tener una finalidad curativa o paliativa, como en el ámbito de la medicina voluntaria, por tener también una finalidad estética o de embellecimiento. Así, pues, en este tipo de casos, la obligación del médico reúne el doble carácter de obligación de medios y de resultado. Un ejemplo claro e ilustrativo de estos casos se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo (sala 1ª) de 22 de junio de 2004 (*RJA* 3958)[21].

Hasta aquí lo relativo a la naturaleza jurídica de la obligación del médico. Al hablar de obligación nos estamos refiriendo, naturalmente, al ámbito de la responsabilidad contractual. Sin embargo, es discutido que la responsabilidad derivada de la actividad médica sea necesariamente contractual, dado que en muchas ocasiones no ha mediado un contrato previo entre el paciente (víctima del daño) y el médico (causante del daño). Pensemos que las situaciones pueden ser muy diversas[22]:

- La asistencia sanitaria puede prestarse por razones humanitarias y de urgencia fuera de un centro sanitario (por ejemplo, un médico atiende a una persona que ha perdido el conocimiento en la calle como consecuencia de un accidente);

[19] Sobre la naturaleza de la obligación del médico en la denominada medicina voluntaria o satisfactiva, pueden consultarse, entre otras, las SSTS (Sala 1ª) de 25 de abril de 1994 (*RJA* 3073), 11 de febrero de 1997 (*RJA* 940), 28 de junio de 1997 (*RJA* 5151), 28 de junio de 1999 (*RJA* 4894), 5 de febrero de 2001 (*RJA* 541), 11 de diciembre de 2001 (*RJA* 2711; año 2002), 22 de julio de 2003 (*RJA* 5391), 26 de marzo de 2004 (*RJA* 1668) y 29 de octubre de 2004 (*RJA* 7218).

[20] En relación con esta cuestión, Galán Cortés (n. 4), pp. 70-71, afirma: "en la medicina voluntaria la obligación del médico debe calificarse como 'obligación de medios acentuada', en el sentido de que aun tratándose de un arrendamiento de servicios se halla muy cercano al de obra, por cuanto si bien no se garantiza el resultado, por el componente aleatorio inherente a toda actuación médica, debe partirse de 'cierta' garantía en su obtención, pues de lo contrario el cliente, que ya no paciente, no se sometería a la actuación médica, siendo especialmente relevante la exigencia de una información rigurosa y exhaustiva sobre todos los riesgos y alternativas de la intervención e incluso de la eventualidad de un mal resultado".

En términos similares, Fernández Hierro (n. 12), p. 431; García Hernández (n. 12), pp. 22-24 y Gómez Calle (n. 3), pp. 1.702-1.703.

[21] En relación con esta sentencia, véase Luna Yerga (n. 6).

En relación con otros supuestos de naturaleza híbrida, véase lo expuesto por Bello Janeiro (n. 12), pp. 303-307.

[22] Véase Gómez Calle (n. 3), pp. 1.695-1.714.





- La asistencia sanitaria puede prestarse en el marco de un contrato celebrado entre el médico y el paciente;
- La asistencia sanitaria puede prestarse en virtud de un contrato entre el paciente y un centro médico, siendo éste el que determina el personal médico-sanitario que atenderá al paciente;
- La asistencia sanitaria puede prestarse en virtud de un contrato de seguro médico privado que el paciente ha suscrito con una determinada entidad aseguradora (esta entidad ofrece a sus asegurados una serie de centros médicos, facultativos de distintas especialidades y personal sanitario, a los que el paciente puede acudir cuando lo necesite; asimismo, esos centros médicos y personal médico-sanitario pueden ser propios de la entidad aseguradora o ésta puede contratar los servicios de hospitales y de personal médico-sanitario independientes que se comprometen a prestar asistencia sanitaria a los asegurados);
- Finalmente, otra posibilidad es que la asistencia sanitaria se preste por los servicios públicos de salud cuando el paciente es un afiliado a la Seguridad Social (INSALUD o, en su caso, los respectivos servicios sanitarios públicos de cada Comunidad Autónoma).

Así, pues, tomando en consideración las distintas situaciones que pueden darse, la normativa aplicable a los casos de responsabilidad civil médico-sanitaria puede ser diversa: en unos casos resultarán aplicables las normas de la responsabilidad contractual (arts. 1101 a 1107 del *CC*); en otros casos serán de aplicación las normas de la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y 1903 del *CC*); y, por último, en los casos en los que la asistencia sanitaria generadora del daño se haya realizado por los servicios públicos de salud estaremos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, conforme a lo dispuesto en los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuyo conocimiento corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo[23]. Además, debe tenerse en cuenta que en el ámbito de la responsabilidad civil médico-sanitaria también puede resultar de aplicación, dependiendo del caso concreto, el artículo 148 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (aprobado por el real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre)[24].

[23] Así lo pone de manifiesto, entre otros, Gilberto Pérez del Blanco, "Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: presupuestos y carga de la prueba", en AA.VV., *Carga de la Prueba y responsabilidad civil*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 170-176.

[24] En relación con esta cuestión véase Asua González (n. 12), pp. 784-806.

## III. El consentimiento informado: un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis*

El artículo 2.2 de la Ley 41/2002 configura el consentimiento informado[25] como un principio básico, disponiendo el artículo 8.1 de la Ley 41/2002 que

> "toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado[26], una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso".

Por otra parte, el artículo 3 de la citada Ley 41/2002 define el consentimiento informado como

[25] Para un análisis exhaustivo del consentimiento informado (presupuestos, contenido y límites), pueden consultarse los trabajos de Domínguez Luelmo (n. 15) y de Julio César Galán Cortés, *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 73-238. Asimismo, este último autor realiza en su obra (pp. 395-683) un interesante análisis de la jurisprudencia española referente al consentimiento informado (que expone con un criterio estrictamente cronológico).

[26] Ahora bien, en determinados supuestos el consentimiento informado puede otorgarse por representación. Así lo establece el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, para las siguientes hipótesis:

*a)* Cuando el paciente no se capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o síquico no le permita hacerse cargo de su situación. En estas situaciones le corresponde al representante legal del paciente prestar el consentimiento. Si careciere de representante legal, lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

*b)* Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

*c)* Cuando el paciente sea un menor de edad y no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este supuesto, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, y si tiene doce años cumplidos, previamente se deberá haber escuchado su opinión.

En todo caso debe tenerse en cuenta que el consentimiento informado por representación no podrá prestarse cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.

En relación con esta cuestión, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 dispone que la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.

Por último, el artículo 9.5 de la Ley 41/2002 señala que la prestación del consentimiento por representación debe ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.





> "la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud"[27].

Puede afirmarse, por tanto, que las personas tienen derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad y sus consecuencias, así como los posibles tratamientos y sus efectos, con la finalidad de que puedan decidir libremente si consienten o no someterse al tratamiento médico propuesto [en este sentido, entre otras, véase la STS (Sala 1ª) de 2 de julio de 2002 (EDJ 2002/26117)].

Ciertamente el consentimiento informado es, por una parte, un derecho del paciente[28], pero, por otra parte, también es un deber jurídico médico-sanitario[29]. Y a estos efectos parece importante destacar que la jurispruden-

[27] Como regla general el consentimiento del paciente se prestará verbalmente. Ahora bien, en determinados casos la Ley 41/2002 exige que el consentimiento se preste por escrito. En concreto, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2 de la citada ley, se requiere un consentimiento por escrito en los siguientes casos: *a)* intervenciones quirúrgicas; *b)* procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y *c)* en general, en la aplicación de procedimientos que supongan riesgos e inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente (art. 8.2).

Por otra parte, el artículo 8.5 de la Ley 41/2002 dispone que el paciente puede en cualquier momento revocar libremente su consentimiento por escrito.

[28] Debe tenerse en cuenta que no se trata de un derecho absoluto, pues el artículo 9 de la Ley 41/2002 ha previsto un conjunto de límites al consentimiento informado, que responden básicamente a 3 criterios:

*a)* la autonomía de la voluntad del paciente;

*b)* la protección de la salud pública;

*c)* la protección de la salud del paciente.

Concretamente las excepciones legales a la exigencia por parte del médico del consentimiento informado del paciente son las siguientes:

*a) Que exista una renuncia expresa del paciente* (derecho a no ser informado) conforme a lo dispuesto en los artículos 4.1 y 9.1 de la Ley 41/2002. En estos casos el médico y el centro sanitario están obligados a respetar la voluntad del paciente, aunque debe tenerse en cuenta que la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Ahora bien, lo que acaba de exponerse no significa que el médico pueda realizar una intervención médica sin el consentimiento del paciente; la obtención del consentimiento (sin informar de las consecuencias de la intervención médica) es un requisito imprescindible.

*b) Que la no intervención médica suponga un riesgo para la salud pública* [art. 9.2, apartado a) de la Ley 41/2002].

*c) Que se trate de una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo* [art. 9.2, apartado b) de la Ley 41/2002].

[29] El artículo 2.6 de la Ley 41/2002 establece: "todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al

cia de la sala primera del tribunal supremo considera que el consentimiento informado es un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* [entre otras, SSTS de 2 de octubre de 1997 (EDJ 1997/7985), 23 de julio de 2003 (EDJ 2003/80469), 21 de diciembre de 2005 (EDJ 2005/206730), 15 de noviembre de 2006 (*ROJ* 6788/2006)[30] y 28 de noviembre de 2007 (*ROJ* 7788/2007)], y que es calificado como "un derecho humano fundamental al entender que es una consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia"[31] [entre otras, pueden citarse las SSTS (Sala 1ª) de 12 de enero de 2001 (EDJ 2001/6) y de 11 de mayo de 2001 (EDJ 2001/6571)]. En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia 137/1990, de 19 de julio, cuando afirma

cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente".

[30] La sala primera del tribunal supremo en la presente sentencia señala que el consentimiento informado constituye "una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica" y afirma: "es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto". Asimismo en los fundamentos de Derecho de la citada sentencia mantiene: "en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información [...]. Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención".

[31] Algún autor ha criticado la calificación del consentimiento informado como un derecho humano fundamental porque "puede inducir a error, al no quedar claro si con ello se pretende incluirlo dentro de los llamados 'derechos fundamentales' (sección 1ª, del capítulo segundo, del título I de la CE), que estarían sujetos a una regulación por ley orgánica –por lo menos, en lo que se refiere al núcleo esencial del Derecho– (art. 81.1 CE) y garantizados con una tutela judicial específica por los tribunales ordinarios y por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE)". Asimismo, se afirma que "el Tribunal Supremo está utilizando términos vacíos, y que esto puede resultar desconcertante o estéril" y defienden la utilización de un término más tradicional en Derecho Civil como es el de los derechos de la personalidad [en este sentido, SANCHO GARGALLO (n. 15), pp. 4-5.

Para un análisis desde el punto de vista constitucional del consentimiento informado, véase la interesante monografía de Antonio ROVIRA VIÑAS, *Autonomía personal y tratamiento médico. Una aproximación constitucional al consentimiento informado*, Pamplona, Aranzadi, 2007.





que: la imposición a una persona de una "asistencia médica en contra de su voluntad [...] constituiría una limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física y moral" (art. 15 CE de 1978). Ahora bien, la autonomía del paciente en lo referente a la facultad de decidir sobre los tratamientos y actuaciones médico sanitarias que afecten a la propia vida no tiene carácter absoluto porque como señala expresamente el Tribunal Constitucional en la ya mencionada sentencia 137/1990, de 19 de julio, en el derecho fundamental a la vida reconocido en el artículo 15 de la Constitución española de 1978 "no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida".

Por otra parte, debe señalarse que, si bien es cierto que antes de cualquier intervención médica, tanto de medicina curativa como de medicina satisfactiva, es requisito exigible contar con el consentimiento informado del paciente (art. 8.1 de la Ley 41/2002), no es menos cierto que en el ámbito de la medicina satisfactiva el nivel de información que hay que suministrar es mucho mayor, a fin de lograr que el paciente-cliente esté en las condiciones adecuadas para valorar si le conviene o no someterse a la intervención médica, que no es necesaria para su salud. No debe olvidarse que la finalidad de la información que se facilita al paciente es conseguir que éste conozca los riesgos que implica la realización de la intervención médica, pues sólo de esta forma podrá afirmarse que el consentimiento se ha prestado con plena libertad y con conocimiento de causa. A este respecto puede afirmarse que el consentimiento informado requiere, como requisito previo, que el paciente cuente con información suficiente sobre la actuación médica que se pretende efectuar[32]. Su ausencia o su carácter insuficiente puede conllevar la exigencia de responsabilidad civil al médico, aunque la actuación de éste se hubiere adecuado a la *lex artis ad hoc*. En virtud de todo lo anterior, debemos preguntarnos, ¿cuál es el contenido del deber de información en el ámbito médico-sanitario? A dar respuesta a este interrogante dedicamos el siguiente epígrafe de este trabajo.

## IV. EL DEBER DE INFORMACIÓN: DELIMITACIÓN DE SU CONTENIDO

La obligación que tiene el médico de informar al paciente (en el ámbito de la medicina curativa)[33] o al cliente (en el ámbito de la medicina voluntaria

[32] A este respecto debe dejarse claro que el consentimiento informado y el derecho a la información asistencial no son dos cosas distintas, sino que uno es consecuencia del otro. Dicho con otras palabras: sin la previa información por parte del médico no puede existir un consentimiento del paciente válido y eficaz.

[33] Debe tenerse en cuenta que el derecho a la información asistencial que tienen los pacientes no es absoluto, sino que puede limitarse, como señala el artículo 5.4 de la Ley

o satisfactiva) encuentra fundamento en la Constitución española de 1978 (entre otros, en los artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 43), así como en diversas normas internacionales [entre otras podemos citar las siguientes: los artículos 5 a 9 del Convenio de Oviedo para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina de 1997] y no es un mero formalismo[34], pues a través de la información que suministra el médico, el enfermo puede escoger con libertad alguna de las opciones que la ciencia médica le ofrece e, incluso, la de no someterse a ningún tratamiento [en este sentido, SSTS (Sala 1ª) de 12 de enero de 2001 (EDJ 2001/6), 11 de mayo de 2001 (EDJ 2001/6571), 17 de octubre de 2001 (EDJ 2001/33580), 2 de julio de 2002 (EDJ 2002/26117) y 23 de julio de 2003 (EDJ 2003/80469)].

La información que debe suministrar el médico debe ser una comunicación completa y continuada, que incluya tanto el diagnóstico como el pronóstico y las alternativas de tratamiento y sus riesgos[35]. Como afirma la Sala Primera del Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de abril de 2001 (EDJ 2001/6466)

41/2002, por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Esto es, el médico podrá actuar sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Ahora bien, en este tipo de casos es necesario que se cumpla un conjunto de requisitos para que la actuación del médico sea acorde a la normativa vigente: *a)* que la realidad del estado de necesidad terapéutica esté acreditado; *b)* que se deje constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y *c)* que el médico comunique su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho.

[34] Como afirma Guerrero Zaplana (n. 6), p. 47, el "proceso de información no es una concesión graciable del médico, sino un verdadero derecho del paciente". Asimismo señala que el proceso de información "tiene un carácter esencialmente individual del propio paciente, alejado de toda situación de masificación, burocratización y deshumanización y se asienta sobre la base de la autodeterminación y libertad individual del propio paciente".

[35] En relación con esta cuestión resulta muy ilustrativa la STS (Sala 1ª) de 23 de octubre de 2008 (*ROJ* 5371/2008) cuando en su fundamento de Derecho séptimo señala: "la doctrina jurisprudencial sobre la información médica [...], cabe resumirla en los siguientes apartados: 1. La finalidad de la información es la de proporcionar a quien es titular del derecho a decidir los elementos adecuados para tomar la decisión que considere más conveniente a sus intereses [...]. Es indispensable, y por ello ha de ser objetiva, veraz y completa, para la prestación de un consentimiento libre y voluntario, pues no concurren estos requisitos cuando se desconocen las complicaciones que pueden [sobrevenir] de la intervención médica que se autoriza; 2. La información tiene distintos grados de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o se trate de la medicina denominada satisfactiva [...]; revistiendo mayor intensidad en los casos de medicina no estrictamente necesaria [...]; 3. Cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria [...]".





> "la información habrá de ser exhaustiva y también ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen. A dichos requisitos ha de añadirse que la información, en todo caso, debe ser correcta, veraz y leal"[36].

Sólo de este modo se conformará un *consentimiento debidamente informado*.

En lo referente a quién es el titular del derecho a la información asistencial, el artículo 5.1 de la Ley 41/2002 establece que es el paciente, incluso en caso de incapacidad[37]. Ahora bien, ello no significa que sea el único sujeto que deba ser informado, pues dicha ley establece que las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho también podrán ser informadas:

a) Cuando el paciente lo permita expresa o tácitamente (art. 5.1 de la Ley 41/2002).
b) Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o síquico. (art. 5.3 de la Ley 41/2002).

En relación con la cuestión de cuál debe ser el contenido básico de la información que el médico tiene la obligación de facilitar al paciente, el artículo 10 de la Ley 41/2002 establece que es la siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
d) Las contraindicaciones.

[36] La Sala Primera del Tribunal Supremo mantiene en reiterada jurisprudencia en relación con el deber de información en los casos de intervención quirúrgica que "no es posible exponer un modelo prefijado, que albergue "a priori" todo el vasto contenido de dicha información, si bien abarcaría como mínimo y, en sustancia, por un lado, la exposición de las características de la intervención quirúrgica que se propone, en segundo lugar, las ventajas o inconvenientes de dicha intervención, en tercer lugar, los riesgos de la misma, en cuarto lugar, el proceso previsible del post-operatorio e, incluso en quinto lugar, el contraste con la residual situación ajena o el margen a esa intervención" [SSTS de 13 de abril de 1999 (EDJ 1999/7179) y 23 de julio de 2003 (EDJ 2003/80469)].

[37] En los casos de pacientes incapacitados, éstos también deben ser informados "de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión" y, en todo caso, deberá informarse al representante legal del paciente (art. 5.2 de la Ley 41/2002).

A la luz de lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley 41/2002 debemos preguntarnos si el médico está obligado a informar sólo de los riesgos típicos o si también debe informar de los riesgos atípicos[38]. Una interpretación literal de la norma nos llevaría a afirmar que sólo existe obligación de informar de los riesgos típicos[39]. Ésta es la doctrina que ha mantenido, con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma, nuestro alto tribunal cuando afirma que:

> "la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia" [STS (Sala 1ª) de 28 de diciembre de 1998 (EDJ 1998/30714)][40].

[38] Como señala María Paz García Rubio, "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica", en *Estudios de Derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, tomo I, Madrid, Las Rozas, La Ley, 2006, p. 807, "en Derecho español un sector de la doctrina y algunas decisiones judiciales distinguen entre riesgos típicos y riesgos atípicos, entendiendo que los primeros son aquellos que con frecuencia se asocian al tratamiento o intervención que va a sufrir el paciente, y los segundos los riesgos que pueden ser considerados excepcionales, porque resulta poco probable que se presenten".

[39] Por el contrario, algunas normas autonómicas sobre la materia regulan con mayor exhaustividad el contenido de la obligación de informar. Así, por ejemplo, el artículo 8.5 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia y el artículo 11 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la comunidad valenciana, establecen que el médico debe informar de las consecuencias previsibles de la realización del tratamiento, de las consecuencias previsibles de la no realización del tratamiento, de los riesgos frecuentes, de los riesgos poco frecuentes cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento y de los riesgos y consecuencias asociados a la situación clínica del paciente y con sus circunstancias personales y profesionales.

[40] García Rubio (n. 38), pp. 807-809, se muestra crítica con esta tesis y afirma: "el contenido del deber de información es amplísimo y ha de ser relacionado con la emergencia y gravedad del acto médico, de suerte que cuanto más grave o menos necesario sea, más exhaustiva ha de ser la información. Incluye, como no puede ser de otro modo, el de dar cuenta de los riesgos de la intervención y sus consecuencias [...], sin que la escasa frecuencia en su producción constituya un supuesto de exoneración del deber de informar. [...] Por ello creo más acertada la línea jurisprudencial que estima que el deber de información alcanza también a los riesgos poco probables, con tal de que sean previsibles, sean específicos o genéricos, típicos de la intervención o derivados de la patología individual del paciente o de sus personales circunstancias, todo ello con independencia de la frecuencia en su materialización y siempre que revistan cierta importancia, lo cual no significa que necesariamente haya de tratarse de riesgos graves".





Por el contrario, la STS (Sala 1ª) de 21 de octubre de 2005 (EDJ 2005/165831), relativa a una reclamación de responsabilidad civil en un caso de medicina satisfactiva, mantiene la doctrina contraria[41]; esto es, la

[41] La doctrina que se contiene en esta sentencia es muy interesante e ilustrativa, razón por la cual, a continuación, se exponen los hechos más destacados del caso resuelto por el Tribunal Supremo en la citada sentencia: en mayo de 1987, doña Raquel acude a un centro médico privado de Bilbao para que se le practique una intervención quirúrgica consistente en un "tratamiento dermoabrasador por láser quirúrgico $CO_2$ con la finalidad de hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices puntiformes en la región peribucal y mentón provenientes de una depilación eléctrica» realizada hace varios años. Como consecuencia de dicha intervención quirúrgica, realizada por el Dr. Carlos Manuel, doña Raquel sufre «unas cicatrices queloideas en el labio inferior y en el mentón" que le provocan «un trastorno psíquico calificado por los especialistas de "neurosis de angustia".

Doña Raquel interpone una demanda de responsabilidad civil contractual contra el médico D. Carlos Manuel, reclamando una indemnización de diez millones de pesetas (equivalentes a sesenta mil euros). El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Bilbao desestima la demanda al apreciar la existencia de un caso fortuito (art. 1105 del *CC*), pues llega a la conclusión de que la aparición del queloide se debe "a una anormal o patológica cicatrización atribuible a la predisposición genética de la actora, sin que haya métodos analíticos ni exploraciones especiales que permitan sospechar tal desarrollo, sólo anticipable cuando existan unos antecedentes personales en tal sentido", y que, por tanto, «el resultado lesivo producido era de todo punto imprevisible y científicamente inevitable, de modo que la única forma de haber salvado la aparición del queloide era no haber realizado ninguna operación». Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial de Bilbao lo desestima, afirmando: "el indeseado resultado estético obtenido por la actora es producto de una causa ajena al Dr. Carlos Manuel, como es la aparición de un queloide, tumor cicatrizal infrecuente, que depende sólo de la predisposición genética de la paciente y de imposible averiguación previa, salvo que se haya producido también una intervención quirúrgica anterior, lo que en el caso no había sucedido, y sin que el tratamiento de dermoabrasión por láser potencie la aparición de dicha contingencia en mayor medida que intervenciones quirúrgicas de otra naturaleza". Por otra parte, la Audiencia Provincial señala en su sentencia que "la naturaleza absolutamente extraordinaria e imprevisible del queloide [...] descargaban al médico de toda obligación informativa al respecto, ya que [...] la obligación de informar sólo surge cuando las consecuencias o resultados de la intervención tengan visos posibilistas con un margen porcentual razonable según los precedentes de la ciencia médica [...] pero no, desde luego, en el presente caso en el que el resultado obtenido ha sido absolutamente inusual y, por tanto, improbable 'ab initio'".

Interpuesto recurso de casación por doña Raquel, la Sala Primera del Tribunal Supremo coincide con la sentencia de instancia al afirmar que la intervención quirúrgica realizada por el médico demandado "fue practicada correctamente conforme a la técnica y práctica médica" y que el resultado insatisfactorio se debe a la predisposición genética de la paciente. Sin embargo, nuestro alto tribunal discrepa respecto del alcance del deber de información y afirma que éste en el ámbito de la medicina voluntaria o satisfactiva se acrecienta y comprende no sólo "las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre las probabilidades del resultado, sino que también se debe advertir de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia y de que la intervención se desarrolle con plena corrección

Sala Primera del Tribunal Supremo considera que en el ámbito de la medicina voluntaria o satisfactiva el deber de información médica se acrecienta, debiéndose advertir al paciente-cliente

> "de cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia"

(incluso, aunque la posibilidad de que se produzcan dichos eventos sea remota, poco probable o se produzcan excepcionalmente)[42] "y de que la intervención se desarrolle con plena corrección técnica". Así, pues, conforme a la doctrina que establece el Tribunal Supremo en esta sentencia únicamente quedan excluidos del deber de información "los riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención".

La Sala Primera del Tribunal Supremo es plenamente consciente de las peculiaridades que presentan los casos de medicina voluntaria o satisfactiva respecto de los casos de medicina curativa, no sólo en cuanto a la prestación asistencial propiamente dicha[43] sino, también, en lo referente al contenido

técnica". En conclusión, el médico "debe advertir de la posibilidad de dichos eventos aunque sean remotos, poco probables o se produzcan excepcionalmente [...]; esto es, la información de riesgos previsibles es independiente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y sólo quedan excluidos los desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención".

Así, pues, aplicando la anterior doctrina al presente caso, el Tribunal Supremo afirma que se ha infringido el deber de información porque la ciencia médica conoce que la aparición de las cicatrices queloideas es un riesgo previsible, aunque improbable, que pueden sufrir personas genéticamente predispuestas, con independencia de la técnica quirúrgica utilizada, y, por tanto, el médico debería haber informado a doña Raquel del citado riesgo. En virtud de todo lo anterior, la Sala Primera del Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por doña Raquel, casa y anula la sentencia de primera instancia y estima demanda.

[42] La STS (Sala 1ª) de 12 de enero de 2001 (EDJ 2001/6) mantiene la misma tesis al defender que la información se extienda a aquellos riesgos que son estadísticamente poco frecuentes, pues afirma textualmente: "poco importa la frecuencia a efectos de la información y el tanto por ciento y las estadísticas al respecto".

[43] Como se ha indicado anteriormente en el ámbito de la denominada medicina curativa, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, afirman mayoritariamente que la obligación del médico es una obligación de medios (arrendamiento de servicios), mientras que en el ámbito de la medicina voluntaria o satisfactiva la obligación del médico se configura como una obligación de resultado, que se aproxima al contrato de obra. En relación con esta cuestión, Galán Cortés (n. 4), pp. 70-71, afirma: "en la medicina voluntaria la obligación del médico debe calificarse como 'obligación de medios acentuada', en el sentido de que aun tratándose de un arrendamiento de servicios se halla muy cercano al de obra, por cuanto si bien no se garantiza el resultado, por el componente aleatorio inherente a toda actuación médica, debe partirse de 'cierta' garantía en su obtención, pues de lo contrario el cliente,





del deber de información y del consentimiento informado. Razón por la cual el Tribunal Supremo español, de manera acertada, considera que en los supuestos de medicina satisfactiva la exigencia de información es mayor, ya que la libertad de opción del paciente-cliente es evidentemente superior a la que se tiene en los casos de medicina necesaria o curativa para rechazar la intervención médica, pues ésta resulta innecesaria o no tiene carácter urgente [en este mismo sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS (Sala 1ª) de 2 de julio de 2002 (EDJ 2002/26117), 23 de mayo de 2007 (*ROJ* 4302/2007) y 22 de noviembre de 2007 (*ROJ* 7790/2007)]. Además, otro factor que hace conveniente que el deber de información médica en el ámbito de la medicina voluntaria o satisfactiva sea más riguroso, es la posibilidad que existe de que el personal médico sanitario, en determinados casos, no informe de la existencia de riesgos excepcionales para evitar que los pacientes-clientes no presten su consentimiento para someterse a la intervención. A este respecto no debe olvidarse que en los casos de medicina satisfactiva no existe la necesidad de realizar la intervención médica para mejorar la salud de la persona, sino que ésta se produce de manera voluntaria para mejorar el aspecto físico (cirugía estética y determinadas intervenciones odontológicas) o para conseguir la transformación de una actividad biológica (operaciones de esterilización), motivo por el cual el paciente-cliente tiene que estar informado de todos y cada unos de los riesgos y secuelas que se pueden derivar de la intervención médica. Sólo en estos casos podremos afirmar que el paciente-cliente ha recibido una información adecuada y que éste ha tenido la oportunidad de valorar los eventuales riesgos y ejercitar su derecho de autodeterminación sobre su salud y persona, prestando o denegando libremente su consentimiento a la intervención médica (respetándose así la autonomía de la voluntad del paciente, reconocido en el art. 2 de la Ley 41/2002 como un principio básico).

## V. La ausencia de consentimiento informado como causa de imputación de responsabilidad civil médico-sanitaria

Dogmáticamente la ausencia de consentimiento informado puede calificarse de dos formas distintas:

*a)* Como vulneración del derecho del paciente a proteger su autonomía personal, en cuyo caso puede afirmarse que la mera ausencia del consen-

que ya no paciente, no se sometería a la actuación médica, siendo especialmente relevante la exigencia de una información rigurosa y exhaustiva sobre todos los riesgos y alternativas de la intervención e incluso de la eventualidad de un mal resultado". En términos similares, Gómez Calle (n. 3), pp. 1.702 y 1.703.

timiento informado equivaldría a un comportamiento antijurídico del médico y éste siempre debería responder, aunque no se haya causado un daño corporal al paciente o

*b)* Como vulneración de un deber más del médico con los pacientes que sólo generaría responsabilidad civil del médico si el paciente ha sufrido un daño (esto es, si la intervención médica realizada sin consentimiento informado ha tenido éxito, el médico no incurre en responsabilidad).

Se trata, en todo caso, de una cuestión que no tiene una respuesta unitaria ni por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia española[44].

A mi juicio, la simple omisión del deber de informar (y, por tanto, la ausencia de consentimiento informado) no debe generar responsabilidad civil del médico, siempre que la actuación de éste fuera imprescindible (supuestos en los que no existan tratamientos alternativos), se haya realizado conforme a la *lex artis ad hoc* y el paciente no haya sufrido ningún tipo de daño corporal (no se ha materializado ningún riesgo típico derivado de la intervención o tratamiento médico realizado)[45]. Evidentemente la anterior reflexión no resulta aplicable, con carácter general, a los casos de medicina satisfactiva.

A modo de conclusión de todo lo expuesto puede afirmarse que en los casos en los que existe consentimiento informado del paciente, éste asume las consecuencias y los riesgos inherentes y asociados comúnmente a la intervención o tratamiento médico que se autoriza y no existirá, por tanto, responsabilidad civil médico-sanitaria si se sufre alguna de esas consecuencias o se materializa alguno de esos riesgos[46].

*Contrario sensu*, la ausencia del consentimiento informado[47] por parte del paciente, aunque la intervención o tratamiento médico haya sido correcto, puede generar un supuesto de responsabilidad civil médico-sanitaria, pues se ha privado al paciente del derecho a obtener información clara y fidedigna, del derecho a realizar consultas a otros profesionales médicos, así como del derecho a elegir si se somete o no a dicho tratamiento (autonomía del paciente). Ahora bien, como se ha señalado anteriormente, no toda falta de información conlleva el nacimiento de un supuesto de responsabilidad civil médico-sanitaria; para su existencia es imprescindible que el paciente pruebe los daños y perjuicios que su ausencia le ha ocasionado. Así, por ejemplo, cuando la intervención médica se ha realizado con la diligencia exigible, conforme a la *lex artis* (aunque sin consentimiento informado), pero se produce en el paciente un riesgo típico previsible (que debería haber formado parte de la información facilitada al paciente), el médico incurre en responsabilidad civil por los daños sufridos por el paciente. En estos casos, en palabras de Pérez del Blanco[48],

> "la ausencia del consentimiento informado supone que se traslada la responsabilidad por el resultado dañoso de la esfera del paciente (que con el consentimiento estaría asumiendo los riesgos) a la del médico".

Por el contrario, si la actuación del médico es conforme a la *lex artis* (aunque no haya existido consentimiento informado) y el paciente sufre un riesgo imprevisible, atípico o infrecuente (de los que normalmente no se informa al paciente), en principio, no se podrá imputar al médico responsabilidad civil ya que en estos casos "la ausencia de consentimiento es irrelevante pues la información (y el posterior consentimiento del paciente) no podría haber abarcado el daño producido"[49].

[44] En este mismo sentido se pronuncia DOMÍNGUEZ LUELMO (n. 15), p. 251. Sobre esta cuestión, véanse las interesantes reflexiones que realiza la profesora María Paz GARCÍA RUBIO (n. 38), pp. 811-827.

[45] En términos similares se pronuncian DOMÍNGUEZ LUELMO (n. 15), p. 260 y Joan Carles SEUBA TORREBLANCA, "Comentario a la STS de 12 de enero de 2001", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 56, Navarra, 2001, pp. 733-734.

[46] Evidentemente lo expuesto no constituye impedimento alguno para apreciar la existencia de responsabilidad civil cuando el paciente sufra daños derivados de una actuación negligente del personal médico-sanitario.

[47] La carga de la prueba sobre la existencia del consentimiento informado corresponde al médico, pues es el sujeto que está en mejor posición para acreditarlo [en este sentido, véanse, entre otras, las SSTS (Sala 1ª) de 7 de marzo de 2000 (EDJ 2000/1976), 12 de enero de 2001 (EDJ 2001/6) y 8 de septiembre de 2003 (EDJ 2003/92643)]. Así lo ponen de manifiesto, entre otros, ASUA GONZÁLEZ (n. 12), p. 756; DOMÍNGUEZ LUELMO (n. 15), pp. 175-179 y SEUBA TORREBLANCA (n. 45), pp. 741-742.

[48] PÉREZ DEL BLANCO (n. 23), p. 205.

[49] *Ibid.*.

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

*Héctor Hernández Basualto*

## 1. Introducción

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

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

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

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

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

## 2. La relevancia del consentimiento del paciente en el Derecho Penal chileno

Hasta la actualidad la literatura chilena virtualmente no le concede eficacia eximente de responsabilidad penal al consentimiento del titular del bien jurídico afectado por la conducta. En efecto, cuando en los textos de parte general se aborda el consentimiento como una causa no legislada de justificación, sólo parece existir acuerdo en cuanto a que los casos más relevantes de consentimiento eficaz en rigor no constituyen hipótesis de justificación, sino derechamente de exclusión de la tipicidad[1], con lo cual, en realidad, no se trata de genuino consentimiento, sino de lo que la doctrina comparada suele denominar "acuerdo" y que, por definición, es un elemento negativo del tipo y no una causa de justificación.

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

[1] Cfr. Eduardo Novoa, *Curso de Derecho Penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960, tomo I, p. 410 y ss.; Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal*, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, tomo I, p. 240 y ss.; Enrique Cury, *Derecho Penal. Parte general*, 7ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005, p. 370 y s.; Mario Garrido, *Derecho Penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, tomo II, p. 124; Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, María Cecilia Ramírez, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 240; Jaime Náquira, *Derecho Penal. Teoría del delito I*, Santiago, McGraw-Hill, 1998, p. 306.





del requisito fundamental para la aceptación del efecto justificante, que es el *carácter disponible del bien jurídico* en cuestión, conduce a que, en último término, los únicos bienes que exhiben esa cualidad son precisamente aquéllos respecto de los cuales el consentimiento excluye la tipicidad, de modo que casi no queda espacio para conductas típicas justificadas mediante el consentimiento[2].

En lo que concierne específicamente a la salud individual y a la integridad corporal existe amplio consenso en cuanto a que no se trata de bienes jurídicos disponibles, de modo que el consentimiento carece de todo efecto, tanto en términos de tipicidad como de antijuridicidad[3]. Es muy posible que este consenso deba ser sometido a revisión a la luz de la todavía reciente regulación de los acuerdos reparatorios en el art. 241 *CPP* que permite extinguir la acción penal pública, en general aun contra la oposición del Ministerio Público, por un acuerdo entre el autor y la víctima, también tratándose de *lesiones menos graves* (enfermedad o incapacidad por el trabajo por hasta treinta días como resultado típico). Desde luego esta regulación nada dice directamente respecto del efecto legitimante del consentimiento en materia de lesiones, pero, sin duda, torna menos evidente la enfática afirmación del carácter indisponible de la salud y la integridad, al punto de volver muy plausible el reconocimiento de una causa de justificación no reglada de consentimiento en ese ámbito[4]. Como fuera, sigue siendo opinión completamente dominante que el consentimiento del titular del bien jurídico carece de efecto justificante.

En consecuencia, la licitud general de los tratamientos médicos que implican afectaciones corporales del paciente no descansa entre nosotros en el consentimiento del paciente, sino que se encuentra en otro lugar. Para la que hoy parece ser la opinión dominante se trata simplemente de una conducta atípica en razón de adecuación social o riesgo permitido[5], en tanto que para

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

[3] Así Novoa (n. 1), p. 413 y s.; Etcheberry (n. 1), p. 241; Juan Bustos, Sergio Politoff, Francisco Grisolía, *Derecho Penal chileno. Parte especial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 257; Garrido (n. 1), p. 125; Politoff, Matus, Ramírez (n. 1), p. 127 y s.

[4] Al respecto Rafael Blanco, Héctor Hernández, Hugo Rojas, "Las salidas alternativas en el nuevo proceso penal chileno", en *Colección de Investigaciones Jurídicas*, Nº 8, Santiago, 2005, p. 50 con n. 93.

[5] Bustos, Politoff, Grisolía (n. 3), p. 249 y ss.; Cury (n. 1), p. 371 y s.; Mario Garrido, *Derecho Penal*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo III, p. 182; Politoff, Matus, Ramírez (n. 1), p. 121; aparentemente también Carlos Künsemüller, "Responsabilidad penal del acto médico", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, Nº 2, Santiago, 1986, pp. 259 (263).

quienes sostienen que se trata de una conducta típica justificada de modo excepcional[6] la justificación se funda en el *ejercicio legítimo de la profesión médica*, con efecto explícito en materia penal mediante la cláusula de la segunda parte del art. 10 N° 10 *CP*, que exime de responsabilidad penal al que obra "en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo"[7].

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

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

> "El donante deberá manifestar el consentimiento requerido, señalando el o los órganos que está dispuesto a donar, de modo libre, expreso e informado.
>
> Del consentimiento se dejará constancia en un acta firmada ante el director del establecimiento donde haya de efectuarse la extracción, quien para estos efectos tendrá el carácter de ministro de fe. La calidad de ministro de fe se hará extensiva a quien el referido director delegue tal cometido.
>
> El acta que debe firmar el donante contendrá la información relativa a los riesgos de la operación y a las eventuales consecuencias físicas y sicológicas que la extracción le pueda ocasionar a aquel, como asimismo, la individualización del receptor. El acta deberá ser suscrita por los médicos que hayan emitido el informe de aptitud física del donante y por el médico que le haya proporcionado la referida información, cuyo contenido se especificará en el reglamento".

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

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





La discusión se concentra entonces en la relevancia del consentimiento en el contexto de los tratamientos curativos. Pues bien, un sector muy significativo de nuestra literatura ha entendido que el ejercicio legítimo de la profesión médica es independiente del consentimiento del paciente, de modo que debe tener efecto legitimante aun contra la voluntad del mismo. Así, Juan Bustos, Sergio Politoff y Francisco Grisolía expresaban que, no obstante la indiscutible relevancia de dicho consentimiento, su ausencia no debía conducir a la incriminación a título de lesiones corporales, ya que, en rigor se trataría de un atentado contra la libertad de autodeterminación y no contra la salud del paciente[8]. Del mismo parecer era Luis Cousiño, quien sólo le atribuía relevancia ético-profesional a la obtención del consentimiento[9]. Por su parte, Enrique Cury mantiene hasta ahora, precisamente para negar la necesidad de un consentimiento siquiera presunto del paciente, que las intervenciones quirúrgicas ejecutadas según diagnóstico cuidadoso y de acuerdo con la *lex artis* "no requieren justificación alguna porque yacen fuera de los límites del tipo en razón de su adecuación social"[10], en tanto que Jaime Náquira sólo le atribuye consecuencias a la ausencia de consentimiento cuando la conducta terapéutica fracasa y, en todo caso, siempre que ésta hubiese supuesto, *ex ante* considerada, un riesgo elevado, por sobre lo normal[11].

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

Todo indica, sin embargo, que la plausibilidad de esta posición se ve muy resentida en un contexto de creciente reconocimiento y valoración de importantes *derechos de los pacientes*, con la consecuente "desacralización" de la profesión médica[12]. En efecto, la pretensión de legitimidad general de las

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

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

[10] CURY (n. 1), p. 371 y s.

[11] NÁQUIRA (n. 1), p. 298 y s.

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

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

Semejante pretensión no resulta, por cierto, compatible con las actuales valoraciones sociales. No puede desconocerse la existencia excepcional de *tratamientos médicos obligatorios*, incluso, de casos especialmente problemáticos en que no se imponen en interés de otras personas (como ocurre con las medidas sanitarias para impedir epidemias, como las previstas en el título II del libro I del *Código Sanitario*), sino en exclusivo "beneficio" del paciente[13]. En todo caso, es al mismo tiempo claro que se trata de casos muy especiales que de modo alguno constituyen ni pueden constituir regla.

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

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

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

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

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





irrelevante (atípico o justificado) es sólo el tratamiento médico que *además* de ajustarse a la *lex artis* cuenta con el *consentimiento informado* del paciente. A los planteamientos pioneros en ese sentido de Eduardo Novoa[14] y Alfredo Etcheberry[15], se han sumado en los últimos años Mario Garrido[16], Sergio Politoff / Jean Pierre Matus / María Cecilia Ramírez[17], Rodrigo Medina Jara[18], Vivian Bullemore / John Mackinnon[19] y al parecer también Jaime Campos, en cuanto mencionaba la realización de operaciones sin consentimiento derechamente como una hipótesis de *imprudencia* médica[20], al punto de parecer hoy la opinión dominante.

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

Parecen confirmar esta impresión las conclusiones algo contradictorias de Vivian Bullemore y John MacKinnon al respecto, quienes señalan que el médico que actúa contra la voluntad del paciente o de la persona competente para consentir por él lo hace típica y antijurídicamente, sin perjuicio de ceder su responsabilidad penal (exculpación) por creencia errónea de actuar justificado o por fuerza irresistible[21], para afirmar, luego, que el tratamiento

[14] Novoa (n. 1), p. 406.

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

[16] Garrido (n. 5), p. 181.

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

[18] Rodrigo Medina Jara, *Manual de Derecho Penal*, Santiago, LexisNexis, 2007, tomo II, p. 125 y s.

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

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

[21] Bullemore, MacKinnon (n. 10), p. 224.

exitoso ("el médico que, desoyendo a su paciente lo sana o, incluso, lo salva en contra de su voluntad"), al parecer ahora sin excepciones, sólo da lugar a responsabilidad civil por *daño moral*, en tanto que el tratamiento no exitoso da lugar a responsabilidad penal, pero al parecer siempre sólo por culpa[22].

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

## 3. Las consecuencias de la ausencia de consentimiento

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

Como es obvio, en este contexto vienen en consideración sólo tratamientos médicos que importen una afectación corporal mínimamente perceptible del paciente, de suerte que se excluyen de antemano los tratamientos, incluso, invasivos que, no obstante, no producen heridas o alteraciones funcionales o sólo lo hacen de modo insignificante y no perceptible, que, según la opinión dominante entre nosotros, no satisfacen las exigencias típicas mínimas de las lesiones corporales[23]. En el centro de la atención deben estar las afectaciones corporales *inherentes al tratamiento en cuanto tal*, esto es, con total independencia del éxito o fracaso de sus fines ulteriores, como consecuencia directa y necesaria del simple hecho de ejecutarse, en lo que podrían denominarse lesiones inherentes o "lesiones técnicas"[24].

[22] Bullemore, MacKinnon (n. 10), p. 235.

[23] Debe recordarse que conforme a la opinión dominante entre nosotros las agresiones que no dejan secuelas físicas perceptibles no constituyen lesiones corporales. Al respecto Politoff, Matus, Ramírez (n. 1), p. 115 y s.; de otra opinión Etcheberry (n. 1), tomo III, pp. 116 y 119. y Garrido (n. 5), p. 159 y s.

[24] De "lesiones técnicas" hablaban Bustos, Politoff, Grisolía (n. 3), p. 250; se refieren también a estas lesiones inherentes Enrique Cury, "Contribución al estudio de la responsabilidad médica por hechos culposos (cuasidelitos)", en *RCP*, tomo XXXVII, vol. II, Santiago, 1981 (1978-1981), pp. 97 (100): "El problema nace de que en un amplio campo de las intervenciones médicas parece ser necesario una cierta lesión del cuerpo del paciente. Para inyectarle una droga hay que pincharlo; para curar una herida superficial pero infestada hay que cortar tejidos; para curar su dentadura hay que arrancarle una pieza; para extraer un cálculo biliar hay que abrir la caja toráxica; para suprimir un tumor cerebral..." y Künsemüller (n. 5), pp. 259 (261): "En procura de su fin curativo, el médico debe afectar, muchas veces de manera cruenta, la salud física o psíquica del paciente"; o más adelante: "gran parte de las acciones curativas, especialmente quirúrgicas, suponen que el cuerpo del paciente sufra alguna lesión, un detrimento de su armonía e integridad corporal. Basta pensar en la amputación de una extremidad, en la extirpación de un órgano. Hay casos en que la tarea curativa puede exigir lesiones de gran magnitud" (p. 265).





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

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

En general no se pone en duda que los tratamientos *no curativos* que afectan el cuerpo del paciente constituyen lesiones, porque se trata de operaciones que menoscaban la salud o la integridad corporal de la persona sin ningún beneficio correlativo para ella en términos estrictos de salud. Así, no puede decirse seriamente que la extracción con fines de trasplante de un riñón u otro órgano de la persona sea inocua desde el punto de vista de la integridad corporal del donante, porque es evidente que la pérdida del órgano sólo importa un menoscabo de esta última, sin beneficio alguno para su salud. Sin duda, se trata de menoscabos en favor de los cuales pueden militar razones importantes y legítimas, como sería, en este caso, la salud y hasta la vida de otra persona, pero su carácter de menosc0abo y, con ello, de lesión parece indiscutible.

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

aisladamente considerados pueden importar un menoscabo efectivo de la integridad o la salud del paciente, dicho menoscabo es sólo *relativo*, porque en rigor tiende al mayor bienestar del mismo visto en términos globales o absolutos. Así, por ejemplo, la incisión necesaria para remover un obstáculo al correcto funcionamiento de un órgano, supone, desde luego, una intervención no inocua en el cuerpo del paciente, pero que, por así decirlo, se ve "compensada" con creces con el restablecimiento de las funciones normales del órgano en cuestión. En términos globales, la situación de salud del paciente después de practicada la incisión es mejor que antes, no peor[25].

Para expresarlo en categorías de dogmática penal, no se trataría de un caso de creación de riesgo prohibido, sino, por el contrario, de uno de "reducción del riesgo" en la terminología de Claus Roxin, con lo que debería negarse derechamente la tipicidad de la conducta, tal como ocurre en el ejemplo escolar de aquél que empuja a otra persona provocando que un objeto pesado que viene cayendo se estrelle con sus piernas y no con su cabeza, que es lo que hubiera ocurrido de no haber mediado el empujón[26]. Cabe señalar, sin embargo, que el razonamiento sólo es de recibo cuando el riesgo asociado a la conducta en cuestión y que ésta reduce es el mismo riesgo preexistente, pero no cuando la conducta crea un riesgo distinto que desplaza al que existía hasta ese momento, aunque éste sea de menor entidad[27]. En este último caso no podría negarse la tipicidad objetiva de la conducta (ni la imputación del resultado a la misma), sino sólo su antijuridicidad, bajo el supuesto de concurrir una causa de justificación.

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

[25] Esto es lo que se ha denominado, en tono crítico, el concepto de "salud como saldo", cfr. Ulrich Weber, in Gunther Arzt, Ulrich Weber, *Strafrecht BT*, Bielefend, Gieseking, 2000, § 6 marg. 100.

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

[27] *Op. cit.*, marg. 54.





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

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

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

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

### *3.2. Segunda opción: el tratamiento curativo (aun correcto) lesiona*

No es en absoluto pacífico, sin embargo, que el tratamiento médico curativo correcto no realice, siquiera desde un punto de vista descriptivo, las exigencias conceptuales de una lesión. Así, por ejemplo, la jurisprudencia alemana viene afirmando desde fines del siglo XIX –contra la opinión mayoritaria de la doctrina– que los tratamientos médicos curativos correctamente ejecutados realizan el tipo objetivo de las lesiones, sin perjuicio de que puedan legitimarse por el consentimiento del paciente[29]. Y para ello existen buenas razones.

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

[28] En Chile expresamente Bustos, Politoff, Grisolía (n. 3), p. 253.

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

*bilidad* sobre el propio cuerpo, de modo que cada decisión externa arbitraria sobre el cuerpo del paciente afecta *per se* su salud[30]. Desde este punto de vista la distinción entre salud y libertad de autodeterminación del paciente carece simplemente de sentido.

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

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

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

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





la intervención implica un *cambio esencial en la sustancia* corporal, cual es el caso con las amputaciones o extracciones de órganos[31].

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

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

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

Como ya se dijo, esto no representaba ningún problema en el contexto en que la legitimidad del tratamiento médico se supeditaba exclusivamente a la corrección técnica del mismo, porque siempre se ha estado dispuesto a admitir responsabilidad penal del médico cuando éste se aparta sin justificación de la *lex artis* y de este modo, por regla generalísima mediando *culpa*[32], provoca un *daño* al paciente[33]. Pero cuando se pretende incluir entre los requisitos legitimantes el consentimiento informado del paciente la cuestión se vuelve mucho más compleja, porque la ausencia de ese consentimiento obliga a ver en el tratamiento en cuestión unas lesiones típicas y antijurídicas, aunque el tratamiento se haya realizado de modo impecable desde un punto de vista técnico.

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

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

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

Por cierto, se podrá decir que la ausencia de consentimiento afecta la *libertad* y no la salud del paciente, pero ése no es el punto[34]. Lo que afecta la salud o integridad del paciente es la intervención médica en cuanto tal y lo que está en discusión es si se dan razones suficientes para que dicha afectación pueda ser admisible. Y si esas razones pasan también por la obtención del consentimiento del paciente, en caso de que éste falte no es que se le atribuya a dicha ausencia un efecto corporal lesivo, sino que se le niega legitimidad a la lesión provocada por el tratamiento en que ella ha estado ausente. Lo que habrá serán unas lesiones típicas por encontrarse más allá del riesgo permitido y también antijurídicas, por no estar cubiertas por el ejercicio legítimo de la profesión médica.

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

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

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

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

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





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

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

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

Esta última consideración debería conducir a que la consecuencia resultara menos dramática desde el punto de vista general de la responsabilidad penal del médico, considerando que las lesiones necesarias inherentes al tratamiento en sí muchas veces serán menores (salvo en el caso de amputación de miembros importantes) y que las penas asignadas a las lesiones dolosas menos graves (no así a las mutilaciones) son bastante bajas, equivalentes a las de las lesiones culposas[37]. Con todo, el efecto simbólico para la profesión médica parece sin duda devastador.

[36] BUSTOS, POLITOFF, GRISOLÍA (n. 3), p. 253 (énfasis en el original).

[37] Si sólo se consideran las penas privativas de libertad, las lesiones dolosas menos graves (art. 399 del *CP*) acarrean la pena de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días de privación de libertad), pena de igual extensión que la prevista para la mayoría de las lesiones culposas (art. 490 Nº 2 del *CP* en relación con los arts. 396 inciso segundo, 397 Nº 2 y 399 del *CP*) e, incluso por debajo de la asignada a algunas lesiones culposas graves, que van de reclusión menor en su grado mínimo a medio, es decir, de 61 días hasta tres años de privación de libertad (art. 490 Nº 1 del *CP* en relación con arts. 395, 396 inciso primero y 397 Nº 1 del *CP*).

Es probable que esto explique que la jurisprudencia alemana, que, como se dijo, considera que las intervenciones médicas cruentas son lesiones típicas sólo susceptibles de ser legitimadas por el consentimiento del paciente, de modo que en ausencia de éste son típicas y antijurídicas, se ocupe mayoritariamente de imputaciones a título de *culpa* y no de dolo, en circunstancias que, como se ha dicho, pocas dudas pueden caber sobre el carácter doloso del tratamiento no consentido en cuanto tal[38]. Una mirada a la jurisprudencia sugiere que esto es así porque lo que en rigor se somete a escrutinio a la hora de verificar la presencia de dolo o culpa no es el tratamiento médico en sí, sino la *omisión de haber obtenido el consentimiento* debido, lo que a todas luces sería un error, porque la lesión corporal es imputable al tratamiento en sí y no a la ausencia de consentimiento[39], de modo que no puede ser este último factor el que defina el carácter doloso o culposo del delito. El acomodo dogmático que permitiría, no obstante, dicho resultado parece radicar en la asunción especialmente generosa –que contrasta con lo que es normal en otras materias– de una posible *creencia errónea* de contar con el (suficiente) consentimiento del paciente, caso en el cual, conforme a la teoría limitada de la culpabilidad, dominante en Alemania en sus diversas variantes, se le puede dar a este error sobre los presupuestos fácticos de la causa de justificación el mismo tratamiento que corresponde al error de tipo, esto es, exclusión del dolo y eventual subsistencia de la culpa[40]. De este modo, la afirmación de una conducta dolosa queda circunscrita a casos más o menos extremos de actuación contra negativa expresa y categórica de un paciente capaz[41].

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

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

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

[41] ESER (n. 31), marg. 52.





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

## 4. PERSPECTIVAS

En un seminario sobre responsabilidad penal médica desarrollado hace casi veinticinco años, dos distinguidos profesores chilenos expresaban unos puntos de vista que, a la luz de las conclusiones del análisis precedente, resultan muy relevantes. Por una parte, Mario Garrido constataba, desde su experiencia adicional como juez, la escasa aplicación práctica de las disposiciones pertinentes y en particular la renuencia de los jueces a hacer efectiva la responsabilidad penal de los médicos[42]. Por su parte, Alfredo Etcheberry denunciaba las ambigüedades que lastraban la regulación de la materia y se decantaba abiertamente por una amplia retirada del derecho penal del campo de la *malpractice* médica en favor de la responsabilidad civil[43]. Si esto era así en un contexto al parecer dominando *de facto* por la mera comprobación de apego a la *lex artis*, bien puede adivinarse cuál sería el tenor de sus opiniones si se incluyera entre los elementos del sistema de imputación de responsabilidad penal médica el consentimiento informado con consecuencias prácticas efectivas. Para decirlo con toda claridad, condenas por lesiones dolosas en casos de intervenciones curativas correctas y exitosas resultan contraintuitivas y llamadas a ceder sin dificultad en favor de consecuencias más cercanas a las representaciones sociales dominantes sobre la responsabilidad penal médica.

Por otra parte, la doctrina civil advierte sobre los excesos a los que puede conducir la exacerbación litigiosa de los *deberes de información* derivados de la exigencia de consentimiento informado[44], a lo que debe sumarse la experiencia comparada, también en sede penal, que indica cómo la omisión real o supuesta

[42] Mario GARRIDO, "Responsabilidad del médico y la jurisdicción", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, Nº 2, Santiago, 1986, pp. 281 (284 y ss.).

[43] Alfredo ETCHEBERRY, "Tipos penales aplicables a la actividad médica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 13, Nº 2, Santiago, 1986, pp. 271 (2 78, 280).

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

de tales informaciones juega muchas veces como anexo o abierto sucedáneo de la imputación de un desempeño incorrecto más difícil de probar[45].

Y, si bien el camino de la descriminalización de las lesiones culposas inferidas en el contexto de un tratamiento médico no parece un camino transitable, desde luego ya por razones elementales de igualdad ante la ley y por la importancia de los bienes jurídicos en juego, sí parece posible, y se aprecia como prudente, revisar el acoplamiento funcional entre protección de la salud y de la integridad corporal y protección de la libertad de autodeterminación del paciente que se verifica cuando se hace del consentimiento informado un requisito legitimante del ejercicio profesional[46].

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

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

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

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

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

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





Si un precepto de estas características puede tener sentido en el Derecho chileno es una cuestión opinable[48]. No parece serlo, en cambio, que en nuestro país se impone una toma de posición (más) clara y (más) consciente de sus consecuencias sobre el papel del consentimiento informado en la configuración de la responsabilidad penal médica. Estas breves reflexiones han querido contribuir a la necesaria discusión con ese fin.

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

# CONTROVERSIAS JURISPRUDENCIALES DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE SALUD

*Carlos Pizarro Wilson*

La ley N° 19.966, más conocida como Ley del Auge, consagró un régimen de garantías en salud, dedicando un título a la responsabilidad en materia sanitaria[1]. En una serie de artículos se norma la responsabilidad civil de hospitales públicos y, en general, de órganos de la administración del Estado en materia sanitaria, alcanzando, en ciertos aspectos, a los profesionales de la salud[2]. Habiendo transcurrido seis años desde su implementación parece útil realizar un análisis de la jurisprudencia a que ha dado lugar esa normativa específica. Las sentencias, no tan numerosas como pudiera pensarse, arrojan controversia sobre la naturaleza del trámite de mediación y otras de índole sustantiva. En ese mismo orden serán expuestas.

## I. La mediación

Las controversias de índole procesal se han centrado en la forma de entender el artículo 43 de la ley N° 19.966, cuyo texto exige someter el conflicto a mediación obligatoria como un trámite habilitante al ejercicio de las acciones indemnizatorias, ya sea contra prestadores públicos o privados[3].

[1] Publicada en el *Diario Oficial*, Santiago, 3 de septiembre de 2004.

[2] Sobre esto, Carlos Pizarro Wilson, "La responsabilidad civil de los hospitales públicos. Una mirada a la ley del auge en perspectiva civil", en *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas nacionales de derecho civil, Olmué, 2006*, Santiago, LexisNexis, 2007, p. 401 y ss.

[3] Este precepto establece: "El ejercicio de las acciones jurisdiccionales contra los prestadores institucionales públicos que forman las redes asistenciales definidas por el artículo 16 bis del decreto ley N° 2.763, de 1979, o sus funcionarios, para obtener la reparación de los daños ocasionados en el cumplimiento de sus funciones de otorgamiento de prestaciones de carácter asistencial, requiere que el interesado, previamente, haya sometido su reclamo a un procedimiento de mediación ante el Consejo de Defensa del Estado, el que podrá designar como mediador a uno de sus funcionarios, a otro en comisión de servicio o a un profesional que reúna los requisitos del artículo 54.

En el caso de los prestadores privados, los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación ante mediadores acreditados por la Superintendencia de Salud, conforme

Varias sentencias han considerado el trámite en forma obligatoria, acogiendo excepciones dilatorias interpuestas en que se denuncia el vicio, mientras otras distinguen según el prestador de salud sea público o privado.

La Corte de Concepción sostuvo que:

> "haberse sometido a un procedimiento de mediación es un trámite previo e imperativo de procedencia de la acción de perjuicios, por lo que [la] omisión del mismo acarrea una irregularidad procesal que, sin afectar el fondo de la acción deducida, debe corregirse. Que no lleva razón el juez en cuanto argumenta, para rechazar las excepciones, que la omisión anotada no acarrearía un perjuicio al articulista ya que en cualquier estado del proceso podrían las partes transigir, logrando el mismo objetivo perseguido por la mediación, puesto que el procedimiento de mediación es no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia, según señala el artículo 43 inciso final de la Ley 19.966, situación del todo diferente a una transacción"[4].

En el mismo sentido, asumiendo la naturaleza obligatoria del procedimiento de mediación se pronuncia, también, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago:

> "Que las normas sobre mediación, establecidas en el Párrafo Segundo del Título III de la Ley 19.966, contemplan –como exigencia previa

a esta ley y el reglamento, procedimiento que será de cargo de las partes. Las partes deberán designar de común acuerdo al mediador y, a falta de acuerdo, la mediación se entenderá fracasada.

La mediación es un procedimiento no adversarial y tiene por objetivo propender a que, mediante la comunicación directa entre las partes y con intervención de un mediador, ellas lleguen a una solución extrajudicial de la controversia". Existe información estadística disponible sobre mediación con prestadores privados de marzo 2005-diciembre 2009. Véase el documento disponible en http://www.supersalud.cl/568/article-3840.html. Visitada el 13 de abril de 2010.

Y, por su parte, la misma información sobre prestadores públicos cuya mediación se somete al Consejo de Defensa del Estado, *Mediación por daños en salud. Balance y perspectivas a 5 años de su puesta en marcha*, Unidad de Mediación Consejo de Defensa del Estado, disponible en http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/821d7d004045371bab44bff6e2078ead/BALANCE+Y+PERSPECTIVAS+2005+-2009.pdf?MOD=AJPERES. Visitada el 13 de abril de 2010.

Esta información muestra tasas bajas de acuerdo en los procesos de mediación, aún más intensas con prestadores privados.

[4] Corte de Apelaciones de Concepción, 8 de octubre de 2007, rol 2903-2005, N° Legal Publishing: 37418.





> para el ejercicio de una acción de esta naturaleza– el agotamiento de las instancias de composición, de manera que sólo una vez fracasado el mecanismo de mediación, resulta posible la interposición de la demanda correspondiente. Al ser ese su alcance y contenido, fuerza es concluir que dicha normativa atañe a la forma de proponer la pretensión y que, por ende, no condice con disposiciones sustantivas que deban entenderse incorporadas al contrato. En suma, no regla los derechos emanados de la convención sino que –cuestión diferente– la manera de reclamarlos en juicio"[5].

Sin embargo, existió un voto disidente cuya argumentación es la que sigue:

> "Aún cuando es cierto que el inciso segundo del artículo 43 de la Ley Sobre Régimen de Garantías Explícitas de Salud está extendido en términos imperativos ("...los interesados deberán someterse a un procedimiento de mediación... ), lo que pudiera ser indicativo de su carácter obligatorio, no lo es menos que su redacción es sensiblemente diferente a la de su inciso primero –pertinente a los prestadores institucionales públicos– donde, de modo inequívoco, se condiciona el ejercicio de la acción al sometimiento previo a un proceso de mediación. Tal cosa no se advierte al regularse la situación de los prestadores privados".

Y agrega:

> "Refuerza ese aserto considerar que, acto seguido, se supedita la pervivencia del procedimiento de mediación a la existencia de común acuerdo en la persona del mediador. Se hace difícil sostener la cualidad obligatoria apuntada si basta un desacuerdo tan preliminar para entender fracasada la mediación, circunstancia ésta que más bien permite sustentar la existencia de un derecho enteramente renunciable por alguna de las partes. Lo que se viene diciendo armoniza también con el fundamento del instituto aludido que, antes que una obligación, es el derecho de las personas a su autodeterminación, a tomar sus propias decisiones. En ese contexto, es dable afirmar que el solo hecho de ocurrir directamente en demanda de protección jurisdiccional, es susceptible de asumir como demostrativo de la intención de prescin-

[5] Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de mayo de 2008, rol 4926-2007, N° Legal Publishing: 38996.

dir de esa fase previa, sin que exista involucrado en ello algún bien de entidad tal que obste al derecho de acción. Comoquiera que sea, no logra advertirse la ley que sancione expresamente con nulidad la omisión del trámite que se ha venido examinando en este fallo, motivo que también conduce a la conclusión anticipada al inicio de esta disidencia".[6]

Esta decisión con la disidencia ya apuntada, abre el camino para consolidar la distinción entre la mediación para prestadores públicos y privados, lo que será recogido ahora en forma principal en la decisión de la Corte de Apelaciones de Concepción.

En el caso de los servicios públicos la mediación es obligatoria en razón de que:

"constituye una norma de orden público, pues está inspirada en un interés social donde la responsabilidad por los daños ocasionados pueden afectar a la colectividad, por la que debiera responder el Estado, transformándose en una exigencia imperativa, obligatoria y esencial para la procedencia de la acción, acarreando su omisión la nulidad de todo lo obrado".

Sin embargo, tratándose de prestadores privados, asevera la sentencia:

"la norma mira más bien al interés individual de las personas, y es por esto que la mediación no puede ser calificada como un trámite esencial para la interposición de la demanda, lo que implica que su omisión no provoca la nulidad de lo obrado, toda vez que el mismo legislador dispone que en caso de falta de acuerdo para la designación del mediador, la mediación se entiende fracasada". [7]

La naturaleza obligatoria de los procesos alternativos para resolver los conflictos siempre ha sido discutida. La razón primordial radica en que al consagrarlos como un trámite imperativo decae la relevancia de la voluntad de los sujetos involucrados, lo que redunda en menos éxito en las tasas de solución. Esto lo corroboran las estadísticas ya mencionadas que muestran índices bajos de acuerdos. Por lo demás, tratándose de prestadores privados de la salud, la mediación constituye un trámite oneroso para las víctimas,

[6] Corte de Apelaciones de Santiago (n. 5).

[7] Corte de Apelaciones de Concepción, 20 de mayo de 2008, rol 211-2007, Nº Legal Publishing 39058.





pues ellas deben financiarlo. Es decir, no sólo concurre una probabilidad baja de éxito del acuerdo extrajudicial sino que, además, la gestión debe ser costeada por la propia víctima.

En consecuencia, el objetivo de evitar la judicialización de la responsabilidad sanitaria no ha sido logrado luego de cinco años de implementación del sistema.

Por su parte, los tribunales no han reaccionado de manera uniforme a la naturaleza obligatoria de la mediación. Los fallos citados muestran dudas sobre el carácter forzoso de la mediación en que intervienen prestadores privados de salud. Este dilema no ha sido dilucidado por la Corte Suprema.

Si bien existe una redacción diversa respecto al trámite al referirse a la mediación con prestadores públicos y privados, el interés del legislador estuvo en descongestionar los tribunales del contencioso. No aparece de la redacción ni de la historia legislativa la diferencia a que apunta la sentencia del voto disidente y aquélla de Concepción, aludiendo a un objetivo de protección del patrimonio público. La colectividad puede verse afectada por daños ocasionados en la esfera pública o privada. De ahí que consagrar la norma de interés público sólo para los servicios de salud no sea procedente. Tampoco parece con claridad que el origen del requisito imperativo sea calificar como una norma de orden público la regla enunciada, sino que la ley lo exige sin más como condición para el ejercicio de las acciones indemnizatorias.

En suma, la mediación constituye en materia sanitaria una condición precedente para incoar acciones indemnizatorias, ya sea que se trate de un prestador público o privado. Si una reforma se quisiera, al menos en nuestra opinión, sería excluir la mediación como trámite obligatorio, la que ha redundado en retardar el derecho a accionar de las víctimas e, incluso, en convertirse en una hipótesis de encarecimiento del legítimo derecho a ejercer acciones judiciales.

Todavía debe tenerse presente que en el actual sistema procesal civil, las partes se encuentran obligadas a someter el conflicto a conciliación como trámite esencial del proceso antes del auto de prueba. La rutina de ese trámite no es tan diversa a lo que ocurre con la mediación extrajudicial. Los abogados especializados en defensa de prestadores privados son extremadamente reacios a las soluciones extrajudiciales y, si bien la actitud de los servicios públicos de salud es menos refractaria, sigue siendo un índice escaso aquél de aprobación de los procesos no contenciosos de solución de conflictos.

En conclusión, aun cuando la Corte Suprema debiera corroborar la jurisprudencia que entiende el trámite como obligatorio, compete al legislador excluir, en términos generales, la mediación como una condición ineludible al ejercicio de las acciones jurisdiccionales.

## II. Cuestiones sustantivas

Las cuestiones de índole sustantiva que se han discutido a propósito de la responsabilidad sanitaria, inciden en los elementos de su configuración. Así ocurre a propósito de la noción de falta de servicio y de ciertas condiciones especiales del daño moral indemnizable. Por último, es relevante analizar la causal de exoneración particular prevista en el art. 41 de la Ley 19.966.

### *1. La noción de falta de servicio*

La noción de falta de servicio sigue siendo un aspecto fundamental para la procedencia de la responsabilidad del servicio público de salud, cuestión transversal a toda la responsabilidad patrimonial del Estado y sujetos de Derecho Público. Se entiende que existe

> "falta de servicio cuando éste no se presta, debiendo prestarse, o cuando prestándose, se realiza en forma deficiente o tardía; por lo tanto, en el caso particular cabe analizar si el servicio cuestionado omitió actuar debiendo hacerlo o si lo hizo de forma tardía o deficiente. Luego de este análisis es perfectamente posible concluir que en la actuación del ente de salud se omitieron actos que debieron realizarse para agotar la comunicación del resultado de la muestra de sangre del afectado, ya que esto le hubiese permitido una atención e ingreso al programa del control del Sida con una anticipación suficiente para evitar una mayor progresión de la enfermedad"[8].

Uno de los cambios más importantes, aunque no sea propio del ámbito sanitario, consiste en el abandono de aquella jurisprudencia que entendía la falta de servicio como una manifestación de un tipo de responsabilidad objetiva. La Corte Suprema en reiteradas sentencias ha considerado la falta de servicio como un factor de imputación que debe probar la víctima, cuya definición, como lo muestra la sentencia explicitada, es análoga a aquélla de la culpa civil.

La noción de falta de servicio ha sido entendida hoy por la Corte Suprema, de manera bastante uniforme como un elemento de imputabilidad subjetivo. A propósito de la responsabilidad patrimonial del SERVIU, se señaló:

[8] Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 31 de agosto de 2009, rol 7-2009, N° Legal Publishing 42449.





> "Que la acción deducida en contra del Servicio de Vivienda y Urbanismo Metropolitano es de responsabilidad extracontractual por falta de servicio, la que se presenta como una deficiencia o mal funcionamiento del servicio en relación a la conducta normal que se espera de él; y así, doctrinaria y jurisprudencialmente, se ha estimado que concurre cuando el servicio no funciona debiendo hacerlo, cuando funciona de manera irregular o tardíamente"[9].

En otra sentencia, la propia Corte Suprema ratifica el criterio subjetivo para comprender la noción de falta de servicio, aunque la entiende como una cuestión distinta de la culpa civil.

> "Que precisada de la manera antes referida la cuestión de hecho implícita en la controversia, resulta conveniente iniciar este examen por definir qué tipo de imputación implica la responsabilidad por falta de servicio. Si bien, la falta de servicio es una noción que técnicamente no es asimilable a la culpa, en los términos fijados en el artículo 43 del Código Civil, conlleva la constatación de una carencia o ausencia de actividad. En otras palabras, y para el caso de autos, la falta de servicio consiste en la omisión o ausencia de actividad municipal, debiendo ésta haber existido por serle impuesta ella por el ordenamiento jurídico. Ello supone afirmar algo más que el daño causado, toda vez que debe haber algún punto de imputación que se basará en la ausencia de una actuación debida por parte del municipio condenado".

Y agrega

> "Que conforme a lo expuesto, al ser la falta de servicio el factor que desencadenará la responsabilidad municipal, ésta necesariamente supone que el municipio incurra en una falla en su actuación que se ha traducido en la ausencia de un servicio que debió haberse prestado o, al menos, debió haberse entregado de mejor forma"[10].

Ambas sentencias ratifican una posición uniforme en la jurisprudencia actual de la Corte Suprema. No existe equivalencia entre falta de servicio y la responsabilidad objetiva, tesis peregrina que debe tenerse por sepultada[11].

[9] Corte Suprema, 26 de noviembre de 2009, rol 1504-2009, N° LegalPublishing 42943.

[10] Corte Suprema, 15 de octubre de 2009, rol 2787-2008, N° LegalPublishing 42845.

[11] Para conocer esta posición en desuso, véase, entre otros, Enrique Silva Cimma, *Derecho Administrativo chileno y Comparado*, "El servicio público", Santiago, Editorial Jurídica de Chile,

Sin embargo, no se logra entender la distancia conceptual entre culpa y falta de servicio que sugiere la Corte Suprema. El máximo tribunal define la falta de servicio como la "falla en la actuación que se ha traducido en la ausencia de un servicio que debió haberse prestado". La idea de falla en la conducta equivale, en la dogmática civil, a la culpa. La confusión deriva de entender al Estado como un sujeto pasivo de responsabilidad, distinto a lo que puede ser una persona jurídica de Derecho Privado. No concurriendo órdenes de jurisdicción diversos para conocer los problemas contencioso-administrativos y contencioso-privados, la diferencia, ni siquiera semántica, carece de todo asidero. Lo razonable es confluir a una noción unívoca de imputación subjetiva, ya sea contra los prestadores de salud públicos o privados, ¿qué podría justificar una diferencia? ¿En qué medida podríamos aceptar que las víctimas de uno u otro ámbito se encuentren mejor o peor que las víctimas del otro? Existiendo una misma jurisdicción competente para conocer el contencioso de víctimas con los servicios de salud y los entes privados, el factor de imputación debiera tener una comprensión análoga, aunque en una hipótesis se le denomine falta de servicio y en el otro culpa[12]. Si bien no existe un pronunciamiento explícito de la naturaleza subjetiva de la falta de servicio en el ámbito de la responsabilidad sanitaria por parte de la Corte Suprema, es razonable presumir que la decisión será la misma, lo que debe saludarse como una solución correcta.

Coincidente con esta premisa, la Corte de Apelaciones de Chillán resume con claridad cómo debe entenderse la falta de servicio en materia sanitaria:

> "la fuente generadora directa de la responsabilidad del Estado es la 'falta de servicio', expresión que no fue definida por el legislador, pero que la doctrina ha señalado que ella se produce cuando los órganos o agentes estatales no actúan debiendo hacerlo, o cuando su accionar es tardío o defectuoso, provocando, en uno u otro caso, o en concurrencia total o parcial, un daño a los usuarios o beneficiarios del respectivo servicio público. En estos casos, si bien los perjudicados no requieren individualizar ni perseguir al funcionario cuya acción u omisión personal origina la falta, en cambio debe invocar y acreditar la existencia de esta falla en la actividad del órgano administrativo, y

1995, p. 247 y "El control público", 1994, pp. 216 y 217; Hugo Caldera Delgado, *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución política de 1980*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 205-207; Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, tomo II, pp. 309-310; "Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho chileno", en *RDJ*, tomo LXXXI, Santiago, 1984, doctrina, p. 87.

[12] Ya se insistió sobre esto, en Pizarro (n. 2), p. 403 y ss.





> que ella es la causa del daño experimentado. Que, en consecuencia, conforme al artículo 1698 del Código Civil, le corresponde a los demandantes acreditar la falta de servicio que sirve de fundamento a su demanda. Lo anterior se ha visto corroborado por lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley Nº 19.966, que al establecer normas de la responsabilidad en materia sanitaria, señala que 'los órganos de la Administración del Estado en materia sanitaria serán responsables de los daños que causen a particulares por falta de servicio'. El particular deberá acreditar que el daño se produjo por la acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio".

No sólo reconoce la falta de servicio como un elemento de imputabilidad subjetivo sino que en forma correcta, aplicando el artículo 1698 del *Código Civil*, establece la necesidad para la víctima de acreditar dicho elemento para acceder a la indemnización que reclama[13].

En síntesis, la correcta aplicación de la noción de falta de servicio como un factor subjetivo de atribución de responsabilidad contra los servicios de salud, implica la prueba de dicho elemento por las víctimas para ser indemnizadas del daño reclamado.

## 2. El daño moral

La Ley Nº 19.966 se refiere de manera expresa al daño moral. El artículo 41 señala:

> "La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas".

Este artículo se ocupa de establecer parámetros para el cálculo de la indemnización del daño moral, acogiendo una concepción más amplia que el simple precio del dolor o *pretium doloris*. Por primera vez el legislador entrega criterios al juez para evaluar la indemnización que corresponde por este rubro de daño extrapatrimonial[14]. El artículo 41 se refiere en forma precisa al daño moral:

[13] Corte de Apelaciones de Chillán, 23 de julio de 2008, rol 527-2005, Nº LegalPublishing 39391.

[14] Sobre el daño moral, la obra esencial, Carmen Domínguez Hidalgo, *El daño moral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

"La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas".

El precepto innovó al considerar estos factores para cuantificar el daño moral[15].

Estos parámetros debieron tener por finalidad alcanzar una avaluación más objetiva y uniforme del daño moral por los jueces. En su oportunidad se apreció el esfuerzo del legislador al introducir estos parámetros con la esperanza que fuera un aporte para acabar con la lotería judicial en materia de indemnización de daños extrapatrimoniales. Sin embargo, no ha ocurrido un cambio en la forma de avaluación del perjuicio moral, aunque se ha avanzado en una definición más comprensiva.

Aun cuando a veces se avanza en una definición más amplia de las diversas manifestaciones de daños extrapatrimoniales, ello no constituye la regla general. En cierta medida, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt amplía el criterio, rechazando como excepción de fondo la falta de las condiciones del artículo 41, a partir del entendimiento del daño moral como

"una modificación del espíritu en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y radica en las consecuencias o repercusiones anímicas o espirituales"[16].

Esta definición resalta un cambio sustantivo en cómo debe entenderse este rubro de daño, pues hace hincapié en el artículo 41 de la ley, el cual fue esgrimido como excepción por la demandada, al establecer que la indemnización debe considerar la modificación de las condiciones de existencia, atendiendo también a la edad y condiciones físicas del que ha sufrido el daño. En ese sentido, como se anunció, el artículo 41 constituye un aporte, mas no soluciona la lotería judicial de la avaluación del daño moral o, al menos, no lo muestra la jurisprudencia de los tribunales. En la especie, existió prueba testimonial sobre las mayores expectativas de vida, salud y condiciones físicas del paciente si se hubiere informado en forma oportuna la presencia del VIH.

[15] Un análisis de estas circunstancias en PIZARRO (n. 2), p. 412 y ss.

[16] Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 31 de agosto de 2009, rol 7-2009, N° Legal Publishing 42449.





Esto habría significado enfrentarlo a un menor porcentaje de mortalidad de su enfermedad, mejorando su pronóstico. De ahí que se concluye en la sentencia el cumplimiento de los supuestos generales y especiales del artículo 41 de la ley N° 19.966:

"Que para determinar la cuantía de la indemnización habrá de tenerse en consideración que, el servicio demandado no ha tenido incidencia alguna en el hecho de que el demandante contrajere la enfermedad, y el hecho que a pesar de la tardía comunicación, se le han efectuado los tratamientos que mantiene estable su carga viral y asintomático, razón por la que fijarán la cuantía de la indemnización en una suma sustancialmente menor a la fijada por el juez a quo".

Aunque no lo especifica en forma explícita, la sentencia deslinda el perjuicio eventual, que no merece indemnización, de la denominada pérdida de la posibilidad. La víctima fue privada de una mayor expectativa de asumir un tratamiento oportuno. Esa pérdida de posibilidad, como asevera de manera correcta la sentencia, no significó el origen de la enfermedad o carga viral sino sólo una alteración de la época en que el paciente debió recibir la información. La falta de información oportuna sobre su diagnóstico constituye un incumplimiento por el servicio de salud, quedando por resolver si, al mismo tiempo, concurre un daño indemnizable. La sentencia se manifiesta por la afirmativa, aunque precisando que la enfermedad no es causada por la infracción al deber de informar, lo que implica la rebaja en la indemnización otorgada por la sentencia de primera instancia. Luego, cabe preguntarse qué indemnizó la Corte con ese monto menor. La respuesta es la pérdida de la posibilidad de someterse, con anterioridad y estando debidamente informado, a un tratamiento para su enfermedad.

Son dos las hipótesis que pueden concurrir. Que el paciente haya descubierto la enfermedad por otros medios y el tratamiento efectuado haya sido oportuno o que el paciente nada haya hecho, sino hasta descubierta la infracción del servicio. En el primer caso, si bien existe incumplimiento no se vislumbra viable ninguna indemnización, pues el paciente no padeció ningún perjuicio, salvo que la pérdida de la posibilidad en sí misma se considerara un daño *per se* reparable. En la segunda situación, en cambio, hubo retardo en la entrega de información, privándose al paciente de la posibilidad de escoger someterse o no a un tratamiento, lo que no debe confundirse con las consecuencias nocivas de la enfermedad como resultado de la omisión.

En estos casos siempre es discutible si concurrió un daño relevante que haga admisible la indemnización. La sentencia desliza que no hubo problemas

para el tratamiento, pues su carga viral se mantuvo estable y sin manifestaciones de la enfermedad. Podría plantearse que la mera pérdida de la posibilidad constituye un daño indemnizable, aunque en este caso no arrojó ninguna consecuencia ni en el tratamiento ni en la manifestación de la enfermedad.

Para establecer un criterio apropiado, parece razonable que en la hipótesis en que la pérdida de la posibilidad no tenga consecuencias en el estado del paciente, no cabría indemnizar suma alguna; en cambio, sólo habría derecho a indemnización si existiere un vínculo entre la pérdida de posibilidad y un resultado perjudicial para el paciente derivado de su estado inicial.

### 3. Causal de exoneración especial para los servicios de salud

El artículo 41 expresa:

> "No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos".

Esta causal de exoneración especial podría haber tenido una creciente aplicación a propósito de las infecciones intrahospitalarias tan comunes en el servicio público[17]. Nada de eso se vislumbra en la jurisprudencia de cortes de apelaciones ni tampoco en aquélla de la Corte Suprema.

El cambio en la noción de la fuerza mayor se verifica al considerar causal de exoneración un hecho o circunstancia sin necesidad de que concurran en forma copulativa el elemento de imprevisión e inevitabilidad. O sea, basta que concurra uno u otro, cuestión que se verifica en las infecciones intrahospitalarias, las que, aunque son previstas en cuanto a su ocurrencia, son inevitables en determinados porcentajes de riesgo.

Eso sí, debe distinguirse el hecho mismo de sus consecuencias, pues una vez acaecido, el servicio respectivo debe desplegar la conducta necesaria para paralizar o atenuar los efectos de las infecciones, quedando sometido a la imputación por falta de servicio.

[17] Sobre este vaticinio no corroborado, Pizarro (n. 2), p. 416 y ss.



# AUTONOMÍA DE LOS PACIENTES Y RESPONSABILIDAD DE LOS MÉDICOS

*Rodolfo Figueroa G.*

## I. Introducción

Este artículo analiza el proyecto de ley que regula los derechos y deberes que las personas tienen en relación con acciones vinculadas a su atención en salud[1]. Cuyo enfoque está en los derechos de los pacientes, en particular en los denominados *derechos de autonomía.* El objetivo de este trabajo es mostrar algunos problemas que este proyecto plantea respecto de la autonomía de los pacientes y la responsabilidad de los médicos. Concretamente, el proyecto no parece dejar del todo claro qué responsabilidad tiene el médico frente a las decisiones que el paciente adopte haciendo uso de los derechos de autonomía que el proyecto le franquea.

En términos generales, el proyecto de ley confiere varios derechos a los pacientes. Entre ellos, el derecho a recibir un cierto trato[2], el derecho a recibir cierta información[3], el derecho a la confidencialidad[4] y los denominados derechos de autonomía, que son los que importan para efectos de este trabajo

[1] *Boletín* N° 4.398-11 Actualmente en trámite en el Senado.

[2] Este derecho se desglosa en cuatro casos: a) Que la atención de salud sea prestada oportunamente y sin discriminación, art. 2; b) Recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia, art. 4; c) Que los prestadores le faciliten la compañía de familiares y amigos cercanos durante su hospitalización y con ocasión de prestaciones ambulatorias, art. 5; d) Recibir, oportunamente, consejería, asistencia religiosa o espiritual, art. 5 inc. 2°.

[3] Este derecho comprende también cuatro casos: a) Que el prestador le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible, en una serie de aspectos relativos a la atención de salud, art. 6; b) Ser informado, en forma oportuna y comprensible acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, art. 8; c) No ser informado si no lo desea, art. 9; d) Recibir un informe después de terminada su hospitalización, art. 11.

[4] La ficha clínica es considerada un dato sensible y obtiene la protección de la ley N° 19.628, art. 12.

y, por ello, se citarán los preceptos íntegramente. Estos derechos se desglosan en los siguientes:

a) El derecho de cualquier persona a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud[5].

b) El derecho del enfermo terminal a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida[6]. Sin embargo, hay un límite: en ningún caso el

[5] Artículo 14. Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud, con las limitaciones establecidas en el artículo 17.

Este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para lo cual será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible, según lo establecido en el artículo 8°.

Por regla general, este proceso se efectuará en forma verbal, pero deberá constar por escrito en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos y, en general, para la aplicación de procedimientos que conlleven un riesgo relevante y conocido para la salud del afectado. En estos casos, tanto la información misma como el hecho de su entrega, aceptación o rechazo deberá constar por escrito en la ficha clínica del paciente y referirse, al menos, a los contenidos indicados en el inciso primero del artículo 8°. Se presume que la persona ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo del procedimiento o tratamiento al cual deba someterse.

[6] Artículo 17. La persona que fuere informada que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.

Este derecho de elección no resulta aplicable cuando, como producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, se ponga en riesgo la salud pública, en los términos establecidos en el *Código Sanitario*. De esta circunstancia deberá dejarse constancia por el profesional tratante en la ficha clínica de la persona.

Para el correcto ejercicio del derecho establecido en el inciso primero, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar información completa y comprensible.

Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual.

Tratándose de menores de edad, personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, igualmente se les deberá informar y consultar su opinión, cuando sea posible, sin perjuicio que la decisión definitiva deberá ser adoptada por quien tenga su representación legal.

Sin perjuicio de lo anterior, podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona o el apoderado designado de acuerdo con el inciso cuarto del artículo siguiente o los parientes señalados en el artículo 42 del *Código Civil*, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enumeración.





rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte[7].

c) El derecho, también del enfermo terminal, a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tiene derecho a los cuidados paliativos que le permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado y a recibir, cuando lo requiera, asistencia espiritual[8].

d) El derecho de cualquier persona a manifestar anticipadamente su voluntad de no someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud y de donar órganos. Este derecho corresponde al testamento vital[9].

e) El derecho de cualquier persona a solicitar el alta voluntaria, en caso que expresare su voluntad de no ser tratada, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas[10].

[7] Véase art. 17.

[8] *Ibid.*

[9] Artículo 18. La persona podrá manifestar anticipadamente su voluntad de no someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud.

Dicha manifestación de voluntad deberá expresarse por escrito ante un ministro de fe o, al momento de la internación, ante el director del establecimiento o en quien éste delegue tal función y el profesional de la salud responsable de su ingreso.

Mediante esta declaración anticipada una persona podrá manifestar su voluntad sobre los cuidados y tratamientos a los que desearía ser sometida en el evento de que se encuentre en una situación en la cual no esté en condiciones de expresar su consentimiento personalmente.

En esta declaración también se podrá expresar la voluntad de donar órganos de acuerdo con lo establecido en la ley N° 19.451. También en ella podrá designarse un apoderado para las decisiones vinculadas a los tratamientos. Asimismo, podrá expresarse la voluntad de que todos o algunos de los antecedentes específicos de su salud y de su ficha clínica no sean comunicados a terceros. De la existencia de esta declaración se deberá dejar constancia en la ficha clínica de la persona.

En esta declaración no se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propios del arte médico. En caso de duda, su aplicación concreta deberá ser revisada por el comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento dispuesto en el artículo 22 le corresponda al establecimiento de salud donde ésta sea atendida, el que velará especialmente por el cumplimiento de los supuestos de hecho en ella descritos. De lo anterior, deberá dejarse constancia en la ficha clínica de la persona.

Las declaraciones de voluntad regidas por este artículo son actos personalísimos y esencialmente revocables, total o parcialmente. La revocación podrá ser verbal y en cualquier momento, pero para ser oponible, deberá dejarse testimonio de ella por escrito.

[10] Artículo 20. En caso de que la persona, en virtud de los artículos anteriores, expresare su voluntad de no ser tratada, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas, podrá solicitar el alta voluntaria. Asimismo, en estos casos, la dirección del correspondiente establecimiento de salud, a propuesta del profesional tratante y previa consulta al comité de ética, podrá decretar el alta forzosa.

Nótese que algunos derechos se aplican sólo al enfermo terminal en tanto otros son más amplios.

Junto a estos derechos de autonomía, el proyecto de ley establece una limitación general: el profesional de la salud puede oponerse a la voluntad del paciente. Esto puede ocurrir en los siguientes casos:

i) El profesional tratante deberá solicitar la opinión del comité de ética si tuviere dudas acerca de la competencia de la persona, o estimare que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados[11]. Si la persona no se conformare con la opinión del comité, podrá recurrir a la Corte de Apelaciones, mediante una acción equivalente a la acción de protección del art. 20 de la *Constitución*[12].

ii) Se podrá solicitar la opinión del mismo comité si el paciente o sus representantes legales rechazaren la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico[13].

Nótese cómo en el primer caso la recurrencia al comité es imperativa en tanto en el segundo es facultativa. La razón de esto es que en el primer caso está en riesgo la vida del paciente o graves daños a su salud, en tanto en el segundo caso no.

[11] Artículo 19. En caso de que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento o, en caso de no poseer uno, al que según el reglamento dispuesto en el artículo 22 le corresponda.

Asimismo, si la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico son rechazados por la persona o por sus representantes legales, se podrá solicitar la opinión de dicho comité.

En ambos casos, el pronunciamiento tendrá sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva. En caso de que la consulta se relacione con la atención a menores de edad, el comité deberá tener en cuenta especialmente el interés superior de estos últimos.

Tanto la persona como cualquiera a su nombre podrán, si no se conformaren con la opinión del comité, solicitar a la Corte de Apelaciones respectiva la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias. Esta acción se tramitará de acuerdo con las normas del recurso establecido en el artículo 20 de la *Constitución Política de la República* y tendrá preferencia para su vista y fallo.

Si el profesional tratante difiere de la decisión manifestada por la persona o su representante, podrá declarar su voluntad de no continuar como responsable del tratamiento, siempre y cuando asegure que esta responsabilidad será asumida por otro profesional de la salud técnicamente calificado.

[12] Véase art. 19 inc. 1°.

[13] Véase art. 19 inc. 2°.





El proyecto agrega que, en ambos casos, el pronunciamiento del comité tendrá sólo el carácter de recomendación y sus integrantes no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva[14]. Además, el profesional tratante podrá declarar su voluntad de no continuar como responsable del tratamiento cuando difiriere de la decisión manifestada por la persona o su representante[15].

Junto con lo anterior, el paciente puede ser dado de alta de manera forzosa cuando expresare su voluntad de no ser tratado, quisiere interrumpir el tratamiento o se negare a cumplir las prescripciones médicas[16].

## II. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS DE AUTONOMÍA Y LA RESPONSABILIDAD DEL MÉDICO

En esta parte revisaré las normas sobre autonomía del paciente y cómo ellas se relacionan con la responsabilidad del médico. Para hacerlo, es necesario pensar en la casuística. Consideraré sólo la hipótesis más grave, que corresponde a aquel caso en que la decisión del paciente pueda comprometer su vida.

1. Supongamos que es el caso de un paciente que no se encuentra en caso de accidente o de urgencia, sino en una situación que podemos denominar "corriente". Por ejemplo, un paciente concurre ante un profesional de la salud para realizarse un chequeo médico, el que conduce a ciertos exámenes que revelan la posibilidad de tener una enfermedad que amenace la vida, como cáncer. El médico informa de esta situación al paciente en su consulta.

En este caso, es evidente que el paciente puede escuchar la opinión de su médico en su consulta y luego retirarse a su casa, con la intención de no someterse a ningún tratamiento médico. En esta hipótesis no se aplica la ley. El paciente puede hacer uso de su autonomía para decidir no someterse a ningún tratamiento y el médico que lo diagnosticó e informó, carece de responsabilidad.

Durante la tramitación del proyecto, la Comisión de Salud del Senado escuchó la opinión del presidente del Colegio Médico, Juan Luis Castro, quien señaló:

> "El Colegio Médico comparte el espíritu y el sentido de la ley de otorgarle a las personas derechos y garantías al momento de acceder a la atención de salud en los establecimientos...".

[14] Véase art. 19 inc. 3°.

[15] Véase art. 19 inc. 5.

[16] Véase art. 20.

"Señaló que, como su nombre lo indica, el proyecto en estudio no guarda relación con el derecho a la salud de los ciudadanos, sino que está referido a los derechos y deberes una vez que las personas ya han accedido al prestador correspondiente, y por lo tanto está vinculado exclusivamente a la atención en salud; es decir, con las prestaciones que reciban..."[17].

Entendida así la aplicación de la ley, los derechos de autonomía del paciente, sus limitaciones y las obligaciones del médico se verifican cuando el paciente se encuentra sometido a la responsabilidad de profesionales de la salud en algún establecimiento de salud. Si el paciente se encuentra en su casa, las reglas no se aplican.

2. Supongamos, ahora, el caso de una persona –que quizá no podamos llamar siquiera paciente– que sufre un accidente y al lugar del suceso concurren profesionales de la salud que le advierten de severos riesgos a su vida si no es trasladado de inmediato a un recinto hospitalario. Asumiendo que la persona se encuentra en uso de sus facultades mentales, ¿puede hacer uso de derecho de autonomía indicado en el artículo 14 y rechazar un tratamiento médico? Si bien es difícil que alguien se niegue a ser salvado, es posible que eso ocurra. ¿Se aplica la norma del artículo 14?

Frente a esta hipótesis, se podrían decir dos cosas. En primer lugar, tal como en la primera hipótesis, deberíamos entender que esta persona no se encuentra bajo la responsabilidad de profesionales de la salud en un establecimiento de salud, de modo que no se aplica la ley. Es decir, una persona gravemente herida en la calle no se encuentra bajo el imperio de esta ley. Por tanto, se deberían aplicar las reglas generales.

El problema es saber cuáles son esas reglas generales (es decir, qué derechos constitucionales tiene la persona). En materia de derechos constitucionales, existe una prolongada y uniforme jurisprudencia recaída en acciones de protección, según la cual la vida de las personas constituye un bien indisponible y, por tanto, el Estado puede forzar a las mismas a deponer o interrumpir aquellas conductas que atenten contra su propia vida. Ejemplos de estos casos son las huelgas de hambre[18]. En todos ellos, las cortes resolvieron que era posible obligar a la persona a interrumpir la huelga de hambre. También ha habido varios casos de personas que adhieren a la confesión religiosa

[17] Segundo informe de la Comisión de Salud, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. *Boletín* N° 4.398-11, pp. 3-4.

[18] Por ejemplo, el caso de la huelga de hambre de estudiantes de la Universidad Católica. Rol 167-84, de 1984.





Testigos de Jehová, que se han opuesto a recibir transfusiones sanguíneas en virtud de un mandato bíblico, casos en los cuales las cortes también han declarado que es posible proceder a la transfusión, incluso, en contra de la voluntad de los individuos para preservar la vida, que prima sobre su derecho a la libertad de conciencia[19].

Sin embargo, ha habido un par de casos recientes, en los cuales las cortes han hecho un esfuerzo por preservar la autonomía de la persona y no forzarla como primera medida[20]. En consecuencia, está surgiendo alguna jurisprudencia que se inclina por respetar con mayor fuerza la idea de autonomía personal, pero es una jurisprudencia reciente y contrasta con una extensa línea desde 1984 hasta 2008. Así las cosas, no es posible predecir del todo cómo se va a comportar una corte en un caso en que una persona ponga en peligro su propia vida en la hipótesis que se comenta.

Como quiera que sea, esa doctrina jurisprudencial, según la cual la vida es un bien indisponible, claramente no es compartida por el proyecto de ley que se analiza. Según este proyecto, el paciente puede rechazar tratamientos y, si el médico está de acuerdo, puede decidir morir. Además, si el médico no está de acuerdo y decide someter el asunto al conocimiento del comité de ética, el paciente puede solicitar el alta voluntaria para poder irse su casa (y morir allí). Por tanto, el establecimiento hospitalario no podrá conectar forzadamente al paciente a sistemas de mantenimiento vital, como lo indica la jurisprudencia a que se aludió.

[19] Por ejemplo, el recurso de protección interpuesto por el hospital de Copiapó, rol 18640, de 1992. Otros casos, con su respectivo análisis, se pueden consultar en Gastón GÓMEZ, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales. 2005, p. 262 y ss.

[20] Véase el recurso de protección del hospital de Copiapó contra Marissa del Carmen Leuquén, rol 230-08, de 9 de agosto de 2008. En este caso, también sobre transfusión de sangre, la corte reconoció un ámbito de "...legítima autodeterminación..." de parte de la recurrida (considerando 2º), y acoge el recurso, pero sólo para autorizar al personal médico a intervenir cuando la paciente esté impedida de manifestar su voluntad de persistir en la negativa a la transfusión y ese procedimiento sea imprescindible para asegurar su vida o salud física. Además, la Corte exigió se considerara, de todos modos, la posibilidad de procedimientos alternativos idóneos.

La diferencia entre este razonamiento y el tradicional, vigente desde 1984, es que hasta ahora no se había reconocido una esfera de autodeterminación de parte de los recurridos, de modo que se ordenaba proceder contra su voluntad de inmediato. Ahora, se espera a que el paciente esté, prácticamente, inconsciente, algo parecido a lo que hace muchos años resolvió el Tribunal Constitucional español, cuando autorizó intervenir en los huelguistas sólo cuando ellos estuvieren inconscientes y, por ende, no se pudieren oponer al procedimiento. Además, la Corte de Copiapó ordenó considerar otros procedimientos idóneos sustitutivos a la transfusión, para respetar la libertad de consciencia, algo que antes no se había reconocido.

En segundo lugar, si se aplicaran las reglas del proyecto, tendríamos que hacer las siguientes precisiones:

i) Es efectivo que el art. 14 le confiere al paciente el derecho a oponerse a cualquier tratamiento. Sin embargo, dicho precepto se encuentra limitado por el artículo 19, como se verá mas adelante. Básicamente, según dicho precepto, si el médico estima que la decisión del paciente pone en peligro su vida o arriesga severos daños a su salud, el médico tiene la obligación de consultar al comité de ética. Por tanto, el galeno no puede acceder de inmediato a los requerimientos del paciente.

ii) A pesar de ello, el proyecto de ley le otorga al paciente, cualquiera que sea su situación, el derecho a solicitar el alta voluntaria, art. 20. Esta norma es la que deberíamos utilizar. Si la persona no pudiere negarse a ser trasladada, en virtud de la limitación del art. 19, pero al llegar al recinto asistencial tiene derecho a solicitar el alta voluntaria conforme el art. 20, entonces no tiene sentido trasladarla. Por tanto, deberíamos estimar que la persona puede oponerse a ser trasladada a un recinto asistencial, si es que se estima que la ley sería aplicable, algo con lo cual no concuerdo.

3. Para el proyecto de ley, la hipótesis que se discute a continuación es la más relevante. Supongamos que estamos frente al caso de un paciente que se encuentra hospitalizado, de modo que claramente se aplica a su respecto la ley. El paciente se hace ciertos exámenes vinculados al motivo de su hospitalización y éstos revelan una situación grave que compromete su vida. Su médico tratante le informa de los procedimientos disponibles para intentar recuperar su salud. ¿Puede el paciente rechazar el tratamiento para recuperar la salud y con ello, exponerse a morir?

En esta hipótesis, sin duda se aplica[21] el artículo 14:

> "Toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud...".

Este precepto agrega inmediatamente a continuación "...con las limitaciones establecidas en el artículo 17", el cual establece algunas limitaciones para el caso de enfermos terminales. Esto lo veremos luego.

Por tanto, respondiendo a la pregunta, en virtud del art. 14, el paciente podría denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o

[21] Suponemos que no se verifican las hipótesis del art. 15: riesgo para la salud pública o que el paciente ni sus representantes pueden manifestar voluntad, ni las del 16: dificultades de entendimiento, alteración de conciencia, enfermedad mental.





tratamiento médico y, con ello, exponerse a la muerte. Esta respuesta vale sólo en principio, como examinaremos después.

Un problema que puede surgir debido a la redacción del precepto es si el paciente puede o no rechazar continuar con un tratamiento que se encuentra actualmente en curso, es decir, interrumpir un tratamiento. Literalmente, el precepto dice: denegar su voluntad para someterse a un tratamiento. Esto pareciera indicar un tratamiento futuro, no uno que se encuentre en curso. Negar la voluntad para someterse a algo no es lo mismo que interrumpir algo. No conectar puede ser distinto que desconectar.

Sin embargo, debiéramos entender, considerando el propósito del proyecto, que el art. 14, al reconocer el derecho a no someterse a un tratamiento, también comprende el derecho a interrumpir un tratamiento, pues lo contrario es absurdo: significaría que puede elegir someterse o no a un tratamiento, pero si decide someterse, ya no se puede arrepentir, ya no puede hacer cesar el tratamiento. Es plausible pensar que los pacientes manifiesten una voluntad contraria a ciertos tratamientos y quieran descontinuarlos precisamente después de haber estado sometidos a ellos por un tiempo. Es para dicha hipótesis que tiene especial sentido reconocer derechos de autonomía, para no colocar al paciente como esclavo de un tratamiento. Entonces, el paciente puede no someterse a, o interrumpir, un tratamiento o procedimiento.

Dijimos que esta respuesta era válida sólo en principio, y esto es así en virtud de las limitaciones generales que ha previsto el art. 19 del proyecto:

> "En caso que el profesional tratante tenga dudas acerca de la competencia de la persona, o estime que la decisión manifestada por ésta o sus representantes legales la expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, deberá solicitar la opinión del comité de ética del establecimiento...".

Vamos a descartar la primera hipótesis de este precepto, suponiendo que el paciente tiene pleno uso de sus facultades mentales, de modo que puede comportarse como sujeto autónomo. Por tanto, el médico no tiene dudas sobre la competencia del paciente.

¿Qué debe hacer el médico? Dado que no tiene dudas sobre la competencia del agente y sabe que la decisión del mismo lo expone a graves daños a su salud o a morirse (porque estamos suponiendo que es precisamente el caso) el médico debe someter el asunto al comité de ética. Esto es imperativo. En la redacción original del *Mensaje*, la recurrencia al comité era facultativa. En el primer informe de la Comisión de Salud ya aparece la modificación de la

modalidad deóntica, pasando el verbo a ser obligatorio. En consecuencia, el médico no puede acceder a la solicitud del paciente. Si lo hace, infringe la ley. Por tanto, existe aquí una restricción importante al derecho de autonomía del paciente, pues no tiene derecho a decidir morir sin que antes se consulte al comité de ética.

Ahora bien, lo importante es que el proyecto de ley hace obligatoria la consulta al comité, no su decisión. Por tanto, una vez que el comité emita su opinión, y cualquiera que ella sea, el médico queda en libertad de acción y puede acceder a la voluntad del paciente. Entonces, ¿puede el paciente rechazar tratamientos médicos y exponerse a morir? Sí, siempre que se verifiquen dos requisitos:

i) que el médico tratante haya consultado al comité y
ii) que el médico tratante esté de acuerdo con la voluntad del paciente.

Este segundo requisito es importante. El médico no está obligado a acceder a la voluntad del paciente. Recuérdese que si insiste en rechazar los tratamientos, el establecimiento de salud lo puede dar de alta de manera forzosa. Además, el médico tratante puede abandonar el caso y traspasarlo a otro profesional. En estas condiciones, ¿tiene el paciente un derecho de autonomía para rechazar un tratamiento y exponerse a morir? Si lo tuviera, tal derecho supondría una obligación correlativa de acceder a ello, pero ni el médico tratante ni el establecimiento de salud la tienen. Por tanto, la prerrogativa que tiene el paciente se parece más a lo que Wesley Hohfeld denomina *privilegio*[22] que a un derecho. Es claro que el paciente goza de una ausencia de prohibición: no está prohibido que él adopte una decisión que pueda implicar la muerte y pueda conseguirlo si satisface los dos requisitos antes mencionados. En lógica deóntica, una ausencia de prohibición implica un permiso positivo[23] y, como obviamente existe también el permiso negativo en este caso (no hay obligación de morir), nos encontramos frente a lo que Robert Alexy denomina una posición libre[24], que es la base para el concepto de libertad[25]. Las libertades

[22] Wesley Newcomb HOHFELD, "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", in *The Yale Law Journal*, vol. 23, N° 1, November, 1913. En este autor, un derecho está correlacionado con una obligación, y un no-derecho está correlacionado con un privilegio. Por eso, en este proyecto, el paciente tiene un privilegio, pues no tiene un derecho, p. 32 y ss.

[23] Obligación de hacer =O. Prohibición de hacer =Ono. Por tanto, no prohibición= noOno, que equivale a permisión positiva. Norberto BOBBIO, *Teoría general del Derecho*, Bogotá, Ed. Temis. 1987, pp. 184-185 y Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 200.

[24] ALEXY (n. 23), p. 200 y ss.

[25] *Op. cit.*, p. 201.





pueden estar protegidas o no[26]. En este caso, no lo está, pues no existe un mandato de no injerencia. Por eso, finalmente no es un derecho. Por tanto, si un paciente no desea someterse a un tratamiento y con ello arriesga su vida, el art. 14 junto con el art. 19 conducen a entender que el paciente no tiene un derecho de autonomía sino una libertad no protegida, un permiso positivo o un privilegio.

Volvamos al comité. En rigor, el comité no decide nada, sólo recomienda. El precepto utiliza esa palabra expresamente: el pronunciamiento del comité "...tendrá sólo el carácter de recomendación...". Es el médico el que decide, no el comité. Quizá por eso, aunque no necesariamente, el precepto agrega que los integrantes del comité "...no tendrán responsabilidad civil o penal respecto de lo que ocurra en definitiva"[27].

Dado que el que decide es el médico tratante, ¿significa eso que entonces él tiene responsabilidad por lo que *ocurra en definitiva*, como dice el art. 19? (¿por la muerte del paciente?).

Si nos quedamos en la literalidad del proyecto de ley y en particular en este art. 19 que estamos considerando, deberíamos pensar que sí, por varias razones:

a) El art. 19 es claro en señalar que el sujeto liberado de responsabilidad sólo es el comité. Si quisiera eximir al médico, lo habría dicho.
b) Si el paciente insiste en rechazar el tratamiento propuesto por su médico, éste no se encuentra obligado a acceder a la voluntad del paciente, pues puede solicitar se le dé el alta forzosa. Lo ha previsto expresamente el art. 20.
c) Además, el proyecto le da al médico tratante la opción de abandonar el caso, traspasándolo a otro profesional de la salud[28].

Por tanto, si el médico tiene la opción de no acceder a un curso de acción que conduzca a la muerte del paciente, solicitando el alta forzosa o renunciando al caso, pero de todos modos no la ejerce, entonces puede pensarse que el médico tratante está asumiendo la responsabilidad de *lo que ocurra en definitiva.*

A pesar de estas dos razones que he dado para sostener que puede pensarse que el médico es responsable por la muerte del paciente, cuando éste así lo desee haciendo uso del derecho (más bien, privilegio) que el proyecto

[26] Véase ALEXY (n. 23), p. 218 y ss. Por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión comprende una libertad positiva y una negativa. Por esto, puedo emitir mi opinión o permanecer en silencio. Además, ambas están protegidas, es decir, no me pueden obligar a expresarme ni a callar. Por eso es que la llamamos "derecho" a la libertad de expresión, pues es una auténtica posición libre, de permisos positivos y negativos, que están protegidos, *op. cit.*, p. 201.

[27] Art. 19 inc. 3°.

[28] Véase art. 19 inc. 5.

le reconoce, me parece del todo procedente afirmar que esta conclusión es absurda por ser antisistemática. El proyecto pretende consagrar "derechos" de autonomía para el paciente. Esto significa que él adopta decisiones (aunque con limitaciones) y, por ende, él es responsable por el curso de los acontecimientos. No tiene sentido pensar que el proyecto le dé al paciente autonomía para tomar decisiones, pero que la responsabilidad por ellas recaiga sobre el médico tratante. Más aún, es posible afirmar que un objetivo central de conferir derechos de autonomía a los pacientes es precisamente liberar o eximir de responsabilidad a los médicos. Si el médico sigue siendo responsable por lo que ocurra, o sea, el paciente no es responsable de su propia conducta, entonces no tiene sentido que el proyecto configure al paciente como un sujeto autónomo. ¿Qué sentido tiene mi autonomía si otro responde por mis actos? Por tanto, la conclusión no literal del proyecto, pero ajustada a la lógica del mismo, es que el médico no sea responsable por lo que ocurra en definitiva.

Sigamos considerando las opciones: hasta ahora, el paciente no desea ser tratado y se expone a morir, sabiéndolo; el médico no ha accedido a su voluntad porque no puede, recuérdese que está obligado a consultar al comité de ética, y ya lo ha hecho. Cualquiera que sea la recomendación del comité, el médico tratante puede aún no acceder a la voluntad del paciente. ¿Qué puede ocurrir aquí?

El paciente posee dos opciones: recurrir a la Corte de Apelaciones o solicitar el alta voluntaria. Veamos la primera: el proyecto de ley indica que el paciente tiene derecho a recurrir a la Corte de Apelaciones mediante una acción equivalente a la acción de protección del art. 20 de la *Constitución*[29]. Supongamos que el paciente obtiene un veredicto favorable. Un recurso de protección acogido en este caso implicará una orden de parte de la Corte para el sujeto recurrido, que serán el médico y el hospital. Y la orden será acceder a la voluntad del paciente, que desea morir. Por tanto, en este caso, el médico y el hospital estarán obligados a respetar el deseo del paciente de no someterse a ningún tratamiento médico.

Esto es importante para el tema de la responsabilidad del médico tratante. Dijimos que se podría interpretar el proyecto de dos formas, como que asigna responsabilidad al médico o como que no. Sin embargo, en este caso, en que existe una orden de una corte, es evidente que el médico no es responsable *de lo que ocurra en definitiva*, pues se encuentra legalmente cumpliendo con un mandato judicial. En consecuencia, como quiera que se interprete este proyecto de ley, es seguro que en este caso el médico tratante queda liberado de responsabilidad.

[29] Art. 19 inc. 4°.





¿Qué sucedería si la Corte rechaza el recurso? Al paciente le quedaría todavía la segunda opción: solicitar el alta voluntaria[30]. De las dos, ésta es la que probablemente va a utilizar un paciente que no desea ser sometido a tratamiento médico. En efecto, es más sencillo no recurrir a ninguna Corte y solicitar sin más lo den de alta, considerando que arriesga, con elevada probabilidad, un resultado desfavorable.[31] Si solicita el alta, el asunto termina, tanto para el médico tratante como para el recinto asistencial, sin perjuicio de que el mismo recinto decrete el alta forzosa, para desligarse de este problema.

Consideremos, todavía, otra hipótesis. ¿Qué pasaría si el médico, luego de todas estas negativas de parte de las referidas instancias (Comité de Ética y Corte de Apelaciones) decide, finalmente, acceder a los deseos del paciente? El médico puede hacerlo. Con eso, volvemos al tema de la responsabilidad del médico. Si esto llegara a ocurrir, aquéllos que suscriban la tesis de que el médico retiene responsabilidad, verán en esta hipótesis un caso aún más claro a favor de su tesis, pues dirán que el médico actuó contra la recomendación del Comité de Ética y contra la opinión de la Corte. En consecuencia, dirían que actuar deliberadamente en sentido opuesto a esos mensajes sólo puede significar que el médico ha decidido asumir la responsabilidad.

No estoy de acuerdo con esa línea de razonamiento, pero puede ser defendida, de suerte que no sería recomendable que el médico accediera a los deseos del paciente en esta hipótesis. De hecho, como hemos visto, la responsabilidad del médico por la muerte del paciente no está descartada expresamente en el Proyecto, de modo que siempre será recomendable al médico oponerse a los deseos de aquel paciente que desee no someterse a tratamiento y con ello arriesgue su vida, y darlo de alta forzadamente. Si así ocurre, el paciente de todos modo logra su objetivo, sólo que en su casa. Éste es un problema severo del proyecto de ley. Veamos en qué sentido:

a) Dado que el proyecto pone severos límites a los derechos de autonomía del paciente (tantos que, en rigor, no son derechos sino un permiso positivo no protegido) en la hipótesis que estamos considerando (grave riesgo para su vida), un paciente que desee no someterse a tratamiento médico y prefiera morir (o paz o no), deberá pedir el alta y salir del recinto hospitalario. Así, morirá en su casa.
b) El médico que no quiera verse involucrado en responsabilidad legal ante el ejercicio de la autonomía del paciente, deberá oponerse a los deseos el paciente –obstaculizando su autonomía y, con ello, frustrando el propósito del proyecto– y pedir el alta forzosa, con lo cual el paciente también abandonará el recinto asistencial, para morir en su casa.

[30] Art. 20.

[31] Recuérdese aquí la tradición jurisprudencial chilena que hemos reseñado más atrás.

En ambos casos, los incentivos están diseñados para que el paciente se retire a su casa. En efecto, el paciente no podrá ejercer su autonomía y mantener su decisión de morir en el recinto asistencial si el médico tratante no lo aprueba, y el médico no debería aprobarlo si quiere librarse de toda responsabilidad. Entonces, ¿para qué reconocerle derechos de autonomía al paciente al interior de un recinto asistencial, si lo que probablemente se puede predecir que ocurra es que el paciente termine retirándose a su casa, a morir en peores condiciones que en un recinto asistencial? Uno pensaría que los derechos de autonomía tienen por finalidad (en esta hipótesis de grave riesgo de la vida) permitir al paciente elegir el mejor modo morir al interior de un recinto asistencial, donde tendrá cuidados paliativos, etc., pero en este Proyecto, tal como aparece estructurado, eso no se asegura.

4. Enfermos terminales. Consideraremos ahora los derechos de autonomía para los enfermos terminales, situación que se encuentra regulada por el art. 17 del proyecto de ley. La redacción que tiene el proyecto a la fecha es distinta de la original. Por eso, vale la pena transcribir ambos textos y comentar las diferencias:

| Redacción original del *Mensaje Presidencial* | Redacción como aparece en el segundo informe de la Comisión de Salud del Senado |
|---|---|
| En el caso que se trate de una situación en que la persona fuere informada por el profesional tratante de que su estado de salud es calificado como terminal, el rechazo de los tratamientos no podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.<br>Para los efectos de esta ley se entenderá que el estado de salud es terminal cuando la persona padezca un precario estado de salud, producto de una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, y que los tratamientos que se le pueden ofrecer sólo tendrían por efecto retardar inne cesariamente la muerte.<br>El rechazo de tratamientos en estas circunstancias, no podrá implicar la renuncia al derecho a recibir los cuidados paliativos que permitan a la persona hacer más soportables los efectos de su enfermedad, ni a la compañía de sus familiares y | La persona que fuere informada que su estado de salud es terminal, tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida. En ningún caso, el rechazo de tratamiento podrá implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte.<br>Este derecho de elección no resulta aplicable cuando, como producto de la falta de esta intervención, procedimiento o tratamiento, se ponga en riesgo la salud pública, en los términos establecidos en el Código Sanitario. De esta circunstancia deberá dejarse constancia por el profesional tratante en la ficha clínica de la persona.<br>Para el correcto ejercicio del derecho establecido en el inciso primero, los profesionales tratantes están obligados a proporcionar información completa y comprensible.<br>Las personas que se encuentren en este estado tendrán derecho a vivir con dignidad hasta el momento de la muerte. En consecuencia, tienen derecho a los cuidados paliativos que les permitan hacer más soportables los efectos de la enfermedad, a la compañía de sus familiares y personas que estén a su cuidado y a recibir, cuando lo requieran, asistencia espiritual.<br>Tratándose de menores de edad, personas con dificultades de entendimiento o con alteración de conciencia, igualmente se les deberá informar y consultar su opinión, cuando sea posible, sin perjuicio que la decisión definitiva deberá ser adoptada por quien tenga su representación legal.<br>Sin perjuicio de lo anterior, podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona o el apoderado designado de acuerdo al inciso cuarto del artículo siguiente o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enumeración. |





personas que estén a su cuidado, como tampoco a recibir, cuando lo requiera, asistencia espiritual.

Sin perjuicio de lo anterior, se podrá solicitar el alta voluntaria la misma persona o el apoderado designado de acuerdo al inciso segundo del artículo siguiente o los parientes señalados en el artículo 42 del Código Civil, en orden preferente y excluyente conforme a dicha enumeración.

Veamos cuáles son las diferencias de redacción:

1) El inc. 1° es distinto. En el *Mensaje*, el inc. 1° estaba redactado como una continuación del art. 14 que, como vimos, reconoce el derecho a otorgar o denegar voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento. En esa línea, el art. 17 inc. 1° agregaba que, tratándose de un enfermo terminal, el rechazo al tratamiento no puede implicar como objetivo la aceleración artificial del proceso de muerte. El nuevo art. 17 inc. 1° está estructurado de modo independiente del art. 14: está diseñado como un precepto que le confiere un derecho al paciente terminal: el de rechazar una prolongación artificial de la vida.

   Este derecho no existía como tal en el precepto original. Sin embargo, la idea de no prolongar artificialmente la vida estaba recogida en la conceptualización de enfermo terminal contenida en el inc. 2° del antiguo art. 17. En efecto, dicho precepto proporcionaba una definición de enfermo terminal que consiste en aquel estado en el cual los trata-

mientos sólo tendrían por efecto retardar innecesariamente la muerte. Podemos suponer que retardar innecesariamente la muerte y prolongar artificialmente la vida pueden ser equivalentes en ciertos casos, pero de todos modos no es la mejor forma de redactarlo. Probablemente por eso se re-estructuró el nuevo art. 17.

2) El nuevo art. 17 ya no contiene una definición de enfermo terminal.
3) La limitación original de no acelerar artificialmente la muerte, obviamente se mantiene.
4) El inc. 3º del precepto original no permitía rechazar aquellos tratamientos que fuesen paliativos. Esa restricción fue eliminada. En la redacción actual se indica que el paciente tendrá derecho a los tratamientos paliativos, pero no tiene prohibido renunciar a ellos.
5) Hay otras modificaciones de menor relevancia, que no comentaré.

Habiendo visto algunas de las diferencias, corresponde detenerse en el contenido del precepto, el cual hace dos cosas: confiere un derecho y establece una prohibición. El derecho es rechazar tratamientos que prolonguen artificialmente la vida, y la prohibición es acelerar artificialmente la muerte. Veremos primero el derecho y luego la prohibición.

### *a) Derecho a consentir*

Como se ha señalado, el paciente terminal "...tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier tratamiento que tenga como efecto prolongar artificialmente su vida"[32].

La idea de *no prolongar artificialmente la vida* es central en el proyecto, y así se explica en el *Mensaje presidencial* de 2006[33], lo que es un tanto curioso

[32] Art. 17.

[33] En la sección referida a las personas en situación de salud terminal, el *Mensaje* expresa: "Como una necesaria consecuencia de la consagración del derecho a consentir cualquier intervención que en el ámbito de la propia salud le sea propuesta por los profesionales tratantes, asoma la posibilidad que aún en una situación de salud de extrema precariedad, llamada en el proyecto 'estado terminal', la persona atendida pueda rechazar tratamientos que estime desproporcionados e innecesarios. Aquí se busca garantizar, por un lado, la posibilidad de evitar una prolongación innecesaria de la agonía, y por el otro, que ello no se traduzca en la muerte a petición o por compasión.

Consagrar la posibilidad de 'limitar del esfuerzo terapéutico', con miras a evitar lo que se ha denominado encarnizamiento u obstinación terapéutica, constituye hoy, a nuestro juicio, un consenso bioético general. Las dificultades teóricas y prácticas de la necesaria distinción de esta situación, en que se evitan actuaciones extraordinarias e innecesarias, respecto de aquellas en que se acelera artificialmente el proceso de muerte, ya sea mediante actos positivos cuyo objetivo es procurar la muerte o de la omisión deliberada de actuaciones razonables, necesarias u ordinarias, constituye el desafío crucial de la formulación legal propuesta.





porque este derecho en términos explícitos no estaba en el *Mensaje*, como se ve en el cuadro anterior. Como quiera que sea, el objetivo de esta norma, según el propio *Mensaje*, es "consagrar la posibilidad de 'limitar del esfuerzo terapéutico', con miras a evitar lo que se ha denominado encarnizamiento u obstinación terapéutica"[34]. El obstinamiento terapéutico describe aquellos casos en que no se realiza o no se atiende a un control de proporcionalidad entre los medios a emplear y los fines que se pretende conseguir cuando se está tratando a un paciente[35]. Es posible pensar que estos tratamientos prolongan "artificialmente" la vida del paciente, como dice el art. 17.

La dificultad se plantea con el adverbio 'artificialmente'. La distinción entre lo natural y lo artificial ha sido discutida en la literatura[36]. Desde cierto punto de vista, toda intervención en el paciente puede considerarse artificial, como proporcionar antibióticos. Que un diabético se inyecte insulina es algo artificial. De ser así, no sirve de mucho distinguir lo artificial de lo que no es artificial.

Otra forma de encarar la palabra 'artificial' es asociándola con aquella distinción empleada en la ciencia y en la práctica médica, entre medios ordinarios y medios extraordinarios, innecesarios o fútiles. Estos medios serían los que artificialmente prolongan la vida. Por tanto, según este art. 17, el paciente tiene derecho a rechazar someterse a medios extraordinarios o innecesarios, que prolonguen artificialmente la vida y, así, evitar el obstinamiento terapéutico.

Empero, esta distinción también es problemática. Por ejemplo, el uso de ventilador mecánico, de máquinas de hemodiálisis, de alimentación e hidratación por medio de sondas, de técnicas de reanimación cardiaca, los

Por la importancia ética, práctica e incluso política, esta materia se ha regulado de manera especial, rechazando expresamente la aceleración artificial del proceso de muerte y creando al mismo tiempo los mecanismos para las situaciones de duda o de conflicto entre la recomendación médica y la decisión de la persona atendida o quienes tengan la facultad de subrogar su decisión". Esta es la totalidad de la cita. Véase p. 6 de la versión word del *Mensaje*, disponible en el sitio web del Senado, visitado el 25 de marzo de 2010.

[34] *Ibid.*

[35] Véase nota anterior: el *Mensaje* alude expresamente a medios desproporcionados y a la innecesariedad del tratamiento.

[36] Por ejemplo, Patrick Hopkins rechaza la distinción entre lo natural y lo artificial. Sostiene que nuestros órganos son valiosos o importantes no por el material del cual están hechos sino por su función. Así, un órgano del cuerpo o uno hecho de material sintético cumplen la misma función y son igualmente importantes. Por tanto, remover un órgano "artificial" o una máquina es equivalente a remover uno "natural" del cuerpo. Patrick D. Hopkins, "Why does removing machines count as 'passive' euthanasia?", in *The Hastings Center Report*, vol. 27, Nº 3, Garrison, NewYork, May-June, 1997, pp. 29-37.

transplantes[37], no cabe duda que son medios artificiales para asistir al paciente y evitar temporalmente que muera, pero, ¿son medios ordinarios o extraordinarios? No todos los profesionales de la salud coinciden sobre qué medios son ordinarios y cuáles extraordinarios[38]. Por eso, algunos médicos afirman que éste es un asunto cultural, que difiere no sólo entre distintos países y culturas sino al interior de un mismo país y las subculturas de los profesionales de la salud. Para algunos una transfusión sanguínea es un medio ordinario, pero se trata de un transplante, y para algunos los transplantes siempre son medios extraordinarios[39]. En Chile, por ejemplo, no está definido jurídicamente qué medios son ordinarios y cuáles extraordinarios.

Pensemos en un enfermo terminal que tiene una falla renal completa y se encuentra conectado a máquina de diálisis. Si se desconecta, comienza un proceso de intoxicación que conduce a fallas sistémicas que producirán la muerte en el transcurso de una semana. En este contexto, las máquinas de diálisis prolongan artificialmente la vida del paciente. Por tanto, el paciente puede desconectarse de ellas, conforme el art. 17.

Supongamos, ahora, que un enfermo terminal está con suero y alimentación parenteral. Si se retiran estas sondas, la falta de hidratación conducirá a una falla cardiaca que producirá la muerte. Para algunos, la alimentación parenteral y la hidratación son cuidados básicos que no prolongan artificialmente la vida. Así, no quedarían comprendidos en el derecho a retirarlos. Para otros, estos cuidados son extraordinarios, incluso la alimentación enteral, de modo que siempre es posible desconectarlos y, por ende, quedarían comprendidos dentro del derecho del art. 17[40].

Comparemos los dos casos. En ambos, la "desconexión" conduce a la muerte. Sólo es posible trazar una diferencia si considero que la alimentación e hidratación son cuidados básicos, algo que –como se ha dicho– no todos aceptarían. De sostener que la alimentación e hidratación son cuidados básicos, ellos no prolongan artificialmente la vida sino que la mantienen, de modo que si se retiran o se suspenden, la muerte que consecuencialmente se produce es algo que se puede considerar como "acelerado artificialmente." Esto está prohibido por el mismo art. 17. En cambio, si no son cuidados básicos, su retiro no acelera nada y, por ende, no caemos en la prohibición del 17.

Desde otro punto de vista, es posible pensar que cuando un equipo médico recibe a un enfermo terminal bajo su responsabilidad y procede a intervenir, desde ese momento el equipo médico está evitando que la muerte se produzca, la está retrasando. Visto así, todo lo que se está haciendo sobre el paciente prolonga artificialmente su vida, independientemente de la discusión "ordinario-extraordinario", y por lo tanto, todo ello podría ser suspendido o retirado, bajo el derecho del art. 17.

[37] Véase Alejandra Zúñiga, "Derechos del paciente y eutanasia en Chile", en *Revista de Derecho*, vol. xxi, N° 2, Valdivia, diciembre, 2008, p. 114.

[38] Véase *op. cit.*, p. 113, sobre la discusión en torno al ventilador mecánico.

[39] Información obtenida en entrevista a médicos.

[40] *Ibid.*





FAC. DE JUSTICIA BIBLIOTECA NO RAYAR

Consideremos, finalmente, en los cuidados paliativos. El art. 17 original prohibía renunciar a ellos, pero dicha prohibición se eliminó del nuevo art. 17, que indica que el paciente terminal tendrá derecho a ellos. Esto parece fundarse en la idea de que los cuidados paliativos mejoran la calidad de vida del paciente, pero no sostienen su vida. Rechazarlos no acelera artificialmente la muerte. En consecuencia, el paciente tendría derecho a rechazar los cuidados paliativos.

### *b) Prohibición de rechazo*

Revisemos ahora la prohibición del art. 17: el rechazo del tratamiento no puede tener como objetivo acelerar artificialmente la muerte.

Esta idea está presente en el precepto original y se mantiene hasta la fecha. Aparece aquí, otra vez, el adverbio 'artificialmente', de modo que damos por replicadas las dificultades que antes se anunciaron. Con independencia de ello, el proyecto supone que es posible acelerar la muerte de modo artificial y de modo natural, y prohíbe sólo la primera. Sin embargo, no sólo la utilización de la palabra 'artificial' genera problemas sino, también, el verbo 'rechazar'.

i) Si pensamos que la alimentación parenteral y la hidratación son procedimientos básicos (no aquéllos que prolongan artificialmente la vida y por ende no son extraordinarios), entonces retirarlos produce la aceleración de la muerte y ese retiro sería artificial. Por tanto, ésta sería una hipótesis que correspondería a la prohibición del art. 17. En cambio, si pensamos que no son cuidados básicos sino extraordinarios, el rechazarlos no acelera artificialmente la muerte y, por ende, no se incurre en la prohibición. Es evidente que esto es fundamental para determinar la responsabilidad del médico.

   Más aún, si pensamos que toda intervención médica en un enfermo terminal es, de por sí, artificial y retrasa el acontecimiento de la muerte, entonces la prohibición del art. 17 no tendría sentido, no describiría ningún caso. En efecto, todo retiro o rechazo dejaría que la muerte aconteciera como habría acontecido de no haber mediado intervención. Nunca se aceleraría la muerte.

ii) Consideremos, ahora, el objetivo del *Mensaje presidencial* para este precepto:

"Aquí se busca garantizar, por un lado, la posibilidad de evitar una prolongación innecesaria de la agonía, y por el otro, que ello no se traduzca en la muerte a petición o por compasión"[41].

Tal vez lo que se pretende con esta norma no es permitir aceleraciones *naturales* y prohibir las *artificiales*, sino, derechamente, prohibir una específica forma de aceleración artificial de la muerte: la eutanasia y el suicidio asistido. Quizá un enfermo terminal desde morir de inmediato en vez de postergar por algunos días o semanas el inevitable desenlace. Tal vez tenga intenciones de solicitar que se le administre algún medicamento para morir de inmediato y sin dolor o con menos dolor (eutanasia[42]) o se le facilite el medicamento para que él mismo se lo administre (asistencia al suicidio). No cabe duda que en tales hipótesis se aceleraría artificialmente la muerte, y el Proyecto lo prohíbe. Por tanto, los profesionales de la salud no pueden practicar la eutanasia ni el suicidio asistido, según este Proyecto.

El problema de esta posible interpretación del art. 17 está dado por el verbo 'rechazar'. Si solicito inyección letal o pido que me proporcionen los medios para suicidarme, estoy pidiendo que se haga algo, no estoy rechazando algo. Por tanto, la eutanasia y el suicidio asistido no corresponden a la prohibición del art. 17. No quiero decir con esto que no estén prohibidos, sino que el art. 17 adolece de un defecto de redacción. Había que pensar que el Proyecto prohíbe acelerar artificialmente la muerte –suponiendo que eso sea posible– sea rechazando un procedimiento o solicitándolo.

[41] *Mensaje* (n. 33), p. 4.

[42] Es sabido que la palabra 'eutanasia', a pesar de su origen etimológico, es definida de diversas formas por distintos autores. Aquí, utilizando esa palabra como matar (deliberadamente), por acción u omisión, a alguien que va a morir inevitablemente (por ende, no incluyo casos de personas que no están en riesgo de morir, aunque algunos sí las incluyen), con el objetivo de evitarle sufrimiento innecesario. Por tanto, estoy pensando en una muerte misericordiosa, que es clásicamente el significado de eutanasia. Si pensamos en situaciones descritas en el cine, el caso real de José SanPedro, retratado en la película *Mar Adentro*, no corresponde a eutanasia sino a suicidio asistido. El caso de la boxeadora en el filme *Million Dollar Baby* tampoco equivale a eutanasia, ni a suicidio asistido, sino a homicidio voluntario. Sí son hipótesis de eutanasia el caso de *El paciente inglés* y del profesor de historia en *Las invasiones bárbaras*; en ambos, una enfermera, a solicitud del paciente, le inyecta altísimas dosis de morfina, con la finalidad de producir la muerte, sin dolor. El caso real de Terry Schiavo, una mujer que llevaba años en estado vegetal en Estado Unidos y que es desconectada de los sistemas de mantención de la vida, no es ni eutanasia ni suicidio asistido. Sería, en el caso del proyecto de ley que comentamos, un ejemplo de rechazo a un procedimiento que prolonga artificialmente la vida.





iii) Con independencia de los puntos anteriores, se plantean problemas conceptuales con el art. 17. Volvamos al ejemplo de la falla renal completa y la máquina de hemodiálisis. El paciente va a morir de todos modos, aunque ese evento está retrasado gracias a la máquina. Si apago la máquina, ¿qué estoy haciendo? Algunos dirán que remover la máquina permite que la naturaleza siga su curso, que al paciente le ocurra lo que le habría sucedido de no haber existido conexión. Sin embargo, es posible estimar que al desconectar la máquina la muerte se produce, y no se produce sola, sino que intervengo haciendo algo para que se produzca; en esa medida, contribuyo causalmente a que el paciente muera. Dicho brevemente, lo mato (al margen de que el paciente haya solicitado la desconexión). Algunos autores –como Patrick Hopkins– consideran que remover máquinas cuenta como eutanasia, y no sólo como eutanasia pasiva, que sería *dejar morir*, sino como eutanasia activa, pues remover la máquina consiste en hacer algo que produce la muerte[43].

Ahora bien, es posible hacer algunas distinciones. Es cierto que al desconectar *causalmente* se *hace algo* para que la muerte ocurra, pero eso no transforma el acto necesariamente en eutanasia activa. Puede ser útil recordar que cuando se conectó al paciente, se dio inicio a un curso de acción que ha impedido que la muerte se produzca. Por eso, al desconectar, se interrumpe ese curso de acción, *se deja de impedir* que la muerte suceda y, de ese modo, se deja que la muerte se verifique. Así, se *hace algo* para *dejar que ocurra* algo. Por eso, algunos autores llaman *eutanasia pasiva* a la desconexión.

Esto puede mostrar que la sola causalidad –el hacer y el dejar que ocurra– en la producción de un resultado no es el criterio más relevante para caracterizar el hecho. Un ejemplo que aparece en la literatura es un techo que está por desplomarse y aplastar un grupo de personas. Una viga ha sido puesta de apoyo para evitar que el techo caiga. Si remuevo la viga mato a esas personas, no es que dejo a la ley de gravedad hacer lo suyo y que el techo siga su curso.[44] El sicario que entra furtivamente en la pieza del paciente y lo desconecta, lo mata, no lo deja morir. Si genero una emisión electromagnética que deshabilita el marcapasos de una persona y muere, la mato, no puedo decir que esa persona murió de la condición cardiaca subyacente que padecía

[43] HOPKINS (n. 36). También Judith J. THOMSON, "Physician-Assisted Suicide: Two Arguments", in *Ethics*, vol. 109, Nª 3, April, 1999. En Chile, parece ser la opinión de Alejandra ZÚÑIGA: "...parece inevitable, casi intuitivo, el reconocer que la desconexión de un respirador artificial (...) implica, ya no una omisión, sino que una acción, cual es, la "acción de desconexión" (n. 37), p. 124.

[44] THOMSON (n. 43), p. 501.

y por la cual utilizaba un marcapasos. Por tanto, en algunos casos, hacer algo para dejar que algo ocurra consiste en matar y en otros consiste en dejar morir. El médico deja morir, no mata, pero el sicario, el que remueve las vigas o el que deshabilita el marcapasos, mata. Es evidente que este asunto amerita un tratamiento más profundo que el que es posible realizar aquí.

De todas formas, es posible sacar algunas conclusiones de esta discusión para efectos del proyecto de ley. Sea que llamemos *matar* o *dejar morir* a aquella situación en que el médico desconecta a un paciente con consentimiento suyo[45], eso parece ser una forma de eutanasia, sea activa o pasiva, lo que significa que el proyecto de ley permite algunas formas de eutanasia: al permitir rechazar tratamientos que prolonguen artificialmente la vida, el Proyecto permite cierta forma de eutanasia, como sería la desconexión en el caso de la diálisis del enfermo terminal; y al prohibir acelerar artificialmente la muerte, el proyecto de ley prohíbe otra forma de eutanasia, como sería una inyección letal.

Si esto es correcto, la pregunta obvia es si es relevante diferenciar estos casos de eutanasia, esto es, si tiene sentido permitir ciertas formas de eutanasia y prohibir otras, suponiendo que siempre está presente el consentimiento del paciente y su mayor bienestar. Además, existe otro problema, que es la contradicción teleológica del Proyecto en esta parte. Por un lado, el Proyecto pretende evitar la crueldad de la imposición de tratamientos que prolonguen artificialmente la vida, es decir, la crueldad derivada del obstinamiento terapéutico; pero, por otro, prohíbe acortar la agonía de una muerte segura. En efecto, al no permitir rechazar tratamientos que aceleren artificialmente la muerte ni permitir iniciar aquellos tratamientos que la aceleren artificialmente o, incluso, la produzcan de inmediato, el Proyecto de ley prolonga la agonía del paciente o asegura que el paciente viva por completo su agonía. Y prolongar una agonía evitable parece ser una forma de crueldad.[46] Esto contradice los fines del Proyecto. Supongo que no es consuelo acotar que el paciente todavía puede hacer uso de su derecho a solicitar el alta voluntaria, para retirarse a su casa y suicidarse.

[45] En verdad, si está conectado, el paciente estará inconsciente y, por ende, no puede consentir, pero lo digo así para poner el caso más fácil, que es el que debemos considerar, porque si no logramos abordar bien el caso más fácil, menos podremos resolver los casos más difíciles.

[46] Véase James RACHELS, "Active and Passive Euthanasia", in *The New England Journal of Medicine*, vol. 292, January. 1975, pp. 78-80.





## III. CONCLUSIONES

1. Los denominados "derechos de autonomía" del paciente no valen mucho frente las facultades del médico tratante y del Comité de Ética. De hecho, menos que *derechos* el Proyecto le confiere al paciente un permiso positivo.
2. El ejercicio del permiso positivo por parte del paciente no libera expresamente de responsabilidad al médico.
3. El proyecto no reconoce lo que en verdad es relevante si hablamos de autonomía de los enfermos terminales: decidir cuándo morir y cómo. La posible explicación para esto es la adhesión a cierta concepción religiosa sobre la indisponibilidad de la vida. Al hacer eso, el proyecto institucionaliza y asegura la crueldad en el caso del enfermo terminal, obligándolo a sufrir su enfermedad por todo el tiempo que ella logre mantenerlo con vida, sin poder acortar ese sufrimiento mediante ciertas formas de eutanasia o suicidio asistido. Esto, además, es incoherente, puesto que sí se permite algún tipo de eutanasia.
4. La imprecisión del proyecto en torno a la eutanasia puede tener impacto en la responsabilidad de los médicos.
5. Se puede incentivar el alta de los pacientes, cuando hubiere discrepancia entre el paciente y el hospital en torno a una decisión del paciente que implique riesgo para su vida. Eso conduce a que el paciente muera en su casa, sin los cuidados que tendría en un recinto asistencial.