



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

**TESINA CORRESPONDIENTE A LA CARRERA DE DERECHO
DIFICULTADES PROBATORIAS EN LA
RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

**AUTOR: CARLOS CANALES MORALES
PROFESOR GUÍA: JORGE LARROUCAU TORRES
Santiago Abril 2010**

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN	3
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN	4
3. ENFOQUES DE LA RESPONSABILIDAD INSTITUCIONAL	6
3.1 Responsabilidad de la clínica o servicio de salud	
3.2 Responsabilidad por culpa	
3.3 Responsabilidad vicaria	
3.4 Responsabilidad por riesgo de la empresa	
4. DISTINCIONES SOBRE LA CULPA	8
5. OBLIGACIONES DE MEDIO Y RESULTADO	9
5.1 Consecuencias de la distinción	
5.2 Como distinguir entre obligaciones de medio y resultado	
5.3 Aceptación jurisprudencia de las obligaciones de medio y resultado	
6. LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DE DESEMPEÑO MÉDICO	13
6.1 Obligación de informar al paciente.	
6.2 Obligación de entregar un diagnóstico:	
6.3 Obligación de tratar debidamente la dolencia del paciente.	
6.4 Obligación de cuidado del paciente	
6.5 Obligación de secreto profesional	
6.6 Momento en que se extinguen las obligaciones del médico	
7. CRITERIOS PARA DETERMINAR EL DEBER DE CUIDADO MÉDICO	19
7.1 Intensidad del daño	
7.2 Previsibilidad del daño	
7.3 Valor de la acción que provoca el daño	
7.4 Costo de prevenir el accidente	
7.5 Culpa Profesional	
8. DIFICULTADES PROBATORIAS	23
8.1 Culpa contra legalidad o infraccional	
8.2 Res ipsa loquitur	
8.3 Facilidad probatoria	
9. EFECTO PROBATORIO DE LAS CONVENCIONES DE RESPONSABILIDAD	29
10. CONCLUSIONES	31
11. BIBLIOGRAFÍA	33

RESUMEN:

El presente trabajo busca exponer el actual estado de la responsabilidad médica, analizando las dificultades probatorias de la culpa propias de la materia, por otro lado también se adentra a investigar acerca de las posibles, soluciones desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia durante los últimos años, como la culpa virtual, la distinción de obligaciones de medio y resultado, la facilidad probatoria y la aceptación que han tenido estas doctrinas en nuestro Derecho.

ABSTRACT:

The present work tries to expose the actual state of the medical responsibility, analyzing the difficulties to prove the guilt, proper of this area of torts, as well tries to investigate about the possible solutions, developed by the jurisprudence and case law, along the last years, like the *res ipsa loquitur* the distinction between obligations of medium and result, the proving facility and the acceptance these theories has got on our law.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad Médica, Culpa Virtual, Dificultades Probatorias
KEYWORDS: Medical Responsibility, *Res ipsa loquitur*, Proving difficulties

1) INTRODUCCIÓN

Actualmente nuestra responsabilidad está experimentando una expansión de casi todos sus ámbitos producto probablemente de los nuevos riesgos de la modernidad y la mayor conciencia de las víctimas que no están dispuestas, o no son capaces de soportar siempre los daños. Ante este panorama el Derecho ha tratado de adaptarse a esta realidad por medio una aceptación más o menos generalizada de criterios jurisprudenciales, esto ha permitido entre otras cosas, dar lugar a la indemnización del daño moral en sede contractual, cuando se producen daños extramatrimoniales previsibles. Por desgracia todavía quedan muchas situaciones no resueltas satisfactoriamente por nuestro ordenamiento jurídico, especialmente las normas de origen procesal. Me refiero específicamente a las normas reguladoras de la prueba, que en nuestro código están orientadas en función del presupuesto de la igualdad de partes. Que se materializa en la práctica promoviendo la actividad de los litigantes y evitando el actuar de oficio del juzgador con el propósito de mantener su imparcialidad. El problema con esta visión del proceso, es que no se ajusta a muchas de nuestras relaciones procesales actuales, en ocasiones la diferencia entre la absolucón y la condena en un juicio de responsabilidad es producto de la incapacidad del litigante más débil para acceder al material probatorio, creando un conflicto de principios, que nos obliga a replantearnos nuevamente los límites entre el acceso a la justicia y la igualdad de partes.

Una de las áreas de responsabilidad donde típicamente se reproduce la situación antes descrita es el ejercicio de la actividad médica. Los nuevos avances tecnológicos permitieron un importante aumento de tratamientos aplicables, esto aumento a su vez los riesgos para los pacientes (como infecciones, contagio de enfermedades intra-hospitalarias, prótesis defectuosas etc.) El problema es poder determinar ¿si es efectivamente la víctima quien debe hacerse cargo de soportar el daño?, bajo nuestro sistema probatorio actual, en materia médica la prueba de la diligencia presenta una ventaja estratégica injustificada, porque el causante del daño es quien da forma a la prueba, usualmente presente en la ficha clínica del paciente, lo que le entrega acceso material y intelectual a la prueba dejando a las víctimas de una posible negligencia en peligro de siquiera tener un acceso igualitario a la protección jurídica.

Ante este panorama la doctrina ha desarrollado importantes avances en la materia, con la finalidad de poder aligerar las dificultades probatorias (usualmente denominadas como “prueba diabólica”), que deben sortear las víctimas para lograr una indemnización, Desafortunadamente muchas de estas criterios todavía no se han visto positivizados en nuestro ordenamiento jurídico, limitando su aplicación por lo que para su aplicación jurisprudencial se requiere una argumentación sólida y uniforme capaz de mantener la seguridad jurídica.

La finalidad del presente trabajo es exponer el estado actual de los problemas probatorios en las distintas hipótesis de responsabilidad médica, identificar las principales dificultades de cada una de éstas y por último analizar las sentencias que fueron capaces de resolver estas dificultades por medio de la aplicación de nuevas doctrinas destinadas a distribuir la carga de la prueba de forma equitativa entre las partes.

2) ÁMBITO DE APLICACIÓN

Sin lugar a dudas no todas las relaciones jurídicas enmarcadas dentro del concepto de «responsabilidad médica» responden a una realidad homogénea, la doctrina ha distinguido muchos de estos casos, según su naturaleza contractual o extracontractual, o bien respecto de la naturaleza de la obligación. Antes de poder hacerme cargo de estas diversas características, propias de cada hipótesis de responsabilidad, es necesario poder identificar qué significa en esencialmente una obligación que contiene el deber de un médico para poner sus conocimientos y diligencia al servicio de la dolencia de un paciente. Cuando una persona concurre a un centro de salud en busca un alivio a su enfermedad, no es esencialmente distinto de la persona que busca una asesoría jurídica, o comercial, puesto que carece de los conocimientos de determinada ciencia o arte que le son necesarios, y es por esto que busca a alguien con la pericia propia de quienes la practican para destinarla a satisfacer su necesidad. Por esto no se debe olvidar, que en la esencia ésta obligación es una prestación de servicios, como cualquier otra, con la única salvedad que el objeto de una de las prestaciones debe necesariamente tener por objeto la salud y el bienestar físico o psicológico de otra persona, indistintamente si la prestación es gratuita, onerosa, o si hay o no un contrato previo entre las partes.

Así, los casos tratados en el presente texto corresponden a la responsabilidad derivada del incumplimiento de las prestaciones médicas o sanitarias. La primera distinción que se suele hacer al analizar estos casos es distinguir si la responsabilidad emana del incumplimiento de obligaciones especificadas en un acuerdo previo de voluntades entre las partes, o bien lo hacen del incumplimiento del deber general de cuidado, que recae sobre el común de las personas de abstenerse de causar un daño a otro en el ejercicio de la actividad médica. En el primer caso estas obligaciones serán de naturaleza contractual y en el segundo serán simplemente extracontractuales. Entre las principales diferencias de ambos regímenes legales, por mencionar algunas de las más relevantes:

- 1) Respecto de la forma en que se generan, por medio de una manifestación de voluntad en el caso contractual, o bien, en el caso de la responsabilidad extracontractual, las partes “se conocen por el daño” proveniente de un ilícito.
- 2) En la responsabilidad contractual hay una presunción de culpa ante el incumplimiento en la responsabilidad extracontractual, por regla general, la víctima debe probar la existencia de la negligencia¹.
- 3) La responsabilidad extracontractual es, aparentemente, mucho más extensa en cuanto a los daños indemnizables, al no estar restringida; a las reglas contractuales que en

¹ Artículo 1698 CC. “Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.”

principio, se limitan al daño emergente y al lucro cesante, dejando de lado la indemnización del daño moral, aunque más adelante veremos como en la última década la tendencia jurisprudencial ha tendido a unificar el criterio de daños indemnizables entre ambas responsabilidades.

- 4) En cuanto a la prescripción, las indemnizaciones contractuales prescriben en 5 años desde su exigibilidad², mientras que las extracontractuales en 4 años, contados desde el hecho ilícito que generó el daño³.

A pesar de todas las diferencias prescritas tanto en nuestra legislación como en gran parte de la doctrina se debe ser muy cuidadoso al establecer diferentes regímenes de responsabilidad porque esto puede implicar, en muchos casos, tratar de distinta manera situaciones que son esencialmente iguales por ejemplo, en materia probatoria se presume la culpa del incumplimiento porque el paciente estaba consciente al momento de ser internado dentro del centro asistencial pudiendo manifestar su voluntad respecto del modo y tipo de tratamiento al cual se iba a someter, pero no le permitirle ese beneficio probatorio a quien fue internado de urgencia en un estado que le impidió manifestarse antes de ser tratado médicamente.

Por esta misma razón la jurisprudencia exhibe una tendencia a unificar ambos estatutos de responsabilidad, tanto respecto de los estándares de culpa que pueden dar lugar a indemnización, como de la posibilidad de demandar el daño moral en sede contractual. En los últimos años la Corte Suprema ha desarrollado criterios para distinguir en qué casos es posible generar indemnización del daño moral a causa de un daño extrapatrimonial producido por el incumplimiento de un deber contractual. Específicamente, en el fallo de Guadalupe Rochet contra la Clínica Las Nieves⁴, la Corte argumentó que sólo era posible demandar el daño moral contractual cuando la convención no sólo tiene un carácter patrimonial, puesto que sus efectos se extienden, hacia un área de resguardo en protección de otros bienes jurídicos, fuera del ámbito patrimonial. Este fallo es de gran importancia en la responsabilidad proveniente del área médica, porque es uno de los ámbitos de la responsabilidad civil en donde claramente se afectan otros intereses y bienes jurídicos, que están fuera del contexto patrimonial de la persona. Además, en lo que se refiere al objeto de esta investigación, este fallo es de los primeros que recepciona expresamente la doctrina de la culpa virtual, de la cual hablaremos más adelante.

Otra manifestación de esta jurisprudencia de la Corte Suprema está presente en Hugo Ruiz con Laboratorio biológico S.A. donde a raíz de una indemnización de perjuicios producida por un examen errado de VIH. se argumentó “Que la aceptación del daño moral comenzó a tener acogida en los casos de responsabilidad contractual, ello porque la redacción de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, al prescribir el primero que el que ha cometido un delito o

² Artículo 2515 CC. “Este tiempo es en general de tres años para las acciones ejecutivas y de cinco para las Art. ordinarias.”

³ Artículo 2332 CC. “Las acciones que concede este título por daño o dolo, prescriben en cuatro años contados desde la perpetración del acto.”

⁴ Corte Suprema, 25 de Marzo del 2008 Rol N° 4931-2006 considerando décimo, Legal Publishing, NI.38554

cuasidelito que haya inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; y el segundo, que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otro, debe ser reparado por este”⁵, por tanto a pesar de generarse estas obligaciones por un contrato entre partes, es evidente que las indemnizaciones no pueden quedar limitadas por el artículo 1556 CC, pues, a diferencia de otros contratos, las partes no sólo estaban transando bienes patrimoniales, por tanto es posible para la parte infractora del contrato, prever la existencia del daño moral, razón por la cual consideramos acertada la resolución en tanto permite unificar la responsabilidad.

3) ENFOQUES DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA DESDE UNA PERSPECTIVA EMPRESARIAL E INSTITUCIONAL: CLÍNICAS Y SERVICIOS DE SALUD

3.1- Responsabilidad de la clínica o servicio de salud

En los casos en que se desee atribuir culpa a una institución médica, sea clínica u hospital, se deben tener en cuenta las distintas reglas de atribución de responsabilidad. Esta materia es de especial importancia puesto que por regla general hay un interés mayor en atribuir responsabilidad por el daño hacia la institución (Servicio de Salud) o empresa de salud (Clínica), que hacia el médico que en específico causó el daño por actuar de manera poco diligente, por la sencilla razón que los médicos de forma individual carecen del patrimonio necesario para indemnizar todos los daños causados, especialmente si consideramos las altísimas cuantías por concepto de daños extrapatrimoniales, que se suelen exigir en los casos de mayor gravedad. Respecto de este punto la doctrina ha desarrollado interesantes avances para poder vincular la responsabilidad hacia la entidad tras el médico y/o equipo médico, puesto que, en la práctica, esta entidad es que por regla general mantiene una relación vertical de subordinación con los médicos sino que además se ocupa de suministrarle insumos y todos los materiales necesarios para el ejercicio de su actividad.

3.2- Responsabilidad por culpa

Esta fuente de responsabilidad fue antaño la esgrimida con mayor frecuencia para poder obtener la responsabilidad de las clínicas, puesto que requería de un menor nivel de argumentación, en el sentido de no romper el clásico esquema de la responsabilidad por culpa, al imputar tanto al médico tratante (por no poner la debida diligencia en la aplicación del tratamiento) como a la clínica (por no tener la debida diligencia y cuidado⁶, tanto respecto de la elección o la debida vigilancia del subordinado que causo el daño).

Para que proceda la exoneración de responsabilidad bajo este criterio de imputación, la enti-

⁵ Corte Suprema, 5 de noviembre de 2001 ID Legal Publishing 22694

dad que presta servicios médicos requiere probar que hubo:⁷

- 1) 1Ejercicio impropio de las respectivas funciones del médico.
- 2) 2Imposibilidad de prever o impedir la comisión de un delito o cuasidelito.
- 3) 3Empleo por parte del empresario del cuidado ordinario y la autoridad competente.

El problema con este sistema de atribución de responsabilidad es que en la práctica resultaba muy difícil para la víctima del daño poder probar la culpa, y para el centro médico muy fácil la prueba de la diligencia, puesto que le es suficiente probar que habían sido exhaustivos en la selección del personal en base a la experiencia médica y a sus antecedentes académicos, y que por otro lado habían puesto todo de su parte para vigilar la ejecución del tratamiento. Dos problemas prácticos que surgen al respecto: La víctima queda sin indemnización (por no haber podido sortear la “prueba diabólica”) y que, en caso de acreditar culpa, es el médico quien tendrá la obligación, en último término (Art. 2325), de reparar todo el daño. Lo primero afecta la justicia correctiva (quien causa el daño no indemniza y quien lo sufre debe soportarlo) y lo segundo afecta la disuasión (si quienes deben soportar en último término las indemnizaciones son los médicos, no hay incentivos suficientes para disuadir a las clínicas y servicios de salud de tomar mayores resguardos en las situaciones de riesgo).

3.3-.Responsabilidad vicaria

En estos casos la responsabilidad de la institución radica en la función de garante, que tiene ésta por sobre sus subordinados en la ejecución del tratamiento; así la prueba de la diligencia de parte de la clínica se vuelve irrelevante, toda vez que la culpa por el hecho propio no es el fundamento de la responsabilidad, sino la garantía que debe entregar a los pacientes, en virtud de la subordinación de el equipo médico. Aquí la pregunta no es sobre si el hospital actuó diligentemente en la selección o vigilancia del equipo médico, porque el fundamento de esta responsabilidad está en la protección de la víctima ante el daño, por medio de responsabilidad objetiva. Requisitos de aplicación⁸:

- 1) Si bien no es necesaria la culpa de la institucionalidad médica, si es necesaria la culpa o dolo del funcionario que genero el daño.
- 2) Debe necesariamente existir un lazo de subordinación entre la institucionalidad y el funcionario que causo el daño
- 3) Que el facultativo haya actuado en ejercicio o con ocasión al menos de sus funciones

De los tres requisitos anteriores puede extraerse que la clínica puede convertirse en garante

⁶ ALESSANDRI; 2005, 261.

⁷ RODRÍGUEZ; 2002, 229.

⁸ ZELAYA; 1997, 4.

del actuar de sus subordinados, también puede liberarse de la responsabilidad, probando inexistencia de culpa en el dependiente, falta de vínculo de dependencia, o bien, que el facultativo siendo dependiente generó el daño fuera de sus funciones establecidas.

La dificultad se produce cuando el médico realiza el ejercicio de su profesión asociado simplemente a un centro asistencial con objeto de tener acceso a las facilidades técnicas de la clínica, o bien, bajo un vínculo de subordinación el daño no se genera específicamente en el ejercicio de las labores contratadas por la clínica, La situación descrita se presentó recientemente ante tribunales en el fallo de indemnización de perjuicios entre María Pastor y el Dr. Goñi Espildora, la víctima se había atendido en la consulta personal del Dr. Goñi donde le fue diagnosticada la existencia del tumor, pero el resto de intervenciones fueron realizadas en las dependencias del Hospital Clínico de la Universidad Católica, razón por la cual la demandante buscaba perseguir la responsabilidad tanto del médico y de la clínica conjuntamente. Ante esta situación la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió que “para que pueda atribuirse a un tercero responsabilidad por el hecho de su dependiente, es menester acreditar no sólo la existencia de una acción u omisión culpable, sino que además éste desempeñaba sus funciones en régimen de dependencia con el Hospital Clínico de la Universidad Católica, circunstancias que no han sido probadas por la víctima”⁹ Por tanto a pesar de que esta doctrina genera una garantía de indemnización mayor que la responsabilidad institucional por culpa. No es capaz de responder ante el actual estado de la medicina. Donde muchos médicos trabajan no bajo dependencia sino asociados a las clínicas.

3.4- Responsabilidad por riesgo de la empresa

Esta es la teoría que, en mi opinión, mejor se hace cargo de la realidad actual, donde es escaso ver médicos individualmente ejerciendo la profesión para dar lugar a un servicio médico integral que atiende, deriva a especialidades, realiza exámenes, etc. El fundamento de esta responsabilidad es, que se debe responder de todo daño de manera objetiva, incluso de aquellos que, no son producto de la culpa del agente sino que representan simplemente parte estadística de los daños ocurridos en presencia de un tratamiento médico, puesto que aún bajo todos los resguardos y diligencia necesaria, la actividad médica es eminentemente peligrosa, esta responsabilidad es de naturaleza objetiva porque su fundamento está basado en el beneficio económico que logra la clínica de una actividad que produce daños estadísticamente inevitables. Bajo esta lógica la clínica indemniza los daños y aumenta sus esfuerzos de prevención para mantenerse en una posición competitiva con el resto de servicios de salud y trasfiere parte de este nuevo costo a sus pacientes, porque si estos daños son generalmente inevitables (porque provienen de la propia falibilidad humana), y todos lo que se someten a un tratamiento corren similar riesgo, igualmente todos deben responder económicamente de él, porque el fundamento de la indemnización en estos casos debe provenir del

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de Agosto de 2009, Rol 10.596-2005 Considerando Décimo Tercero Legal Publi-

riesgo y no del daño, porque el riesgo es previsible y puede disminuirse estadísticamente, en cambio, el daño de cada paciente en particular es en muchos casos inevitable y aleatorio, entonces concluimos que el error es intrínsecamente humano y no puede castigarse, pero puede distribuirse de una manera equitativa.

4) DISTINCIONES SOBRE LA CULPA

Este es un tema que resulta interesante de estudiar, sobre todo por las consecuencias prácticas que genera. En el último tiempo el concepto y la aplicación de la culpa como instrumento de atribución de responsabilidad se ha ampliado y actualmente se aplica a situaciones que son claramente diversas. Dejando una suerte de ambigüedad a la hora de probar la culpa. Así, muchas hipótesis de error reciben el tratamiento jurídico de la culpa, cuando son situaciones conceptualmente diversas, el error es una “anomalía accidental de comportamiento ligada a la falibilidad humana”¹⁰ y como tal no es merecedora de una sanción jurídica. En otras ocasiones, las sentencias lo usan para designar el reproche social de la conducta, la violación de un deber legal, o simplemente para designar un descuido general sin hacer alusión al criterio utilizado. Incluso hay casos donde siquiera hay una conducta determinada a la cual atribuir la responsabilidad, como en la culpa virtual, por lo cual se hace necesario, identificar las distintas hipótesis y usos del término. Así para los efectos de este trabajo, no se analizará el tratamiento jurídico del error, o de la culpa entendida como reproche, sino solamente los problemas que genera la prueba de la culpa en su sentido técnico.

5) OBLIGACIONES DE MEDIO Y RESULTADO

Desde la doctrina de René Demogue se ha comenzado a distinguir entre las obligaciones de resultado, donde la prestación misma consiste en proporcionar un resultado y aquellas que son de medio “siendo aquellas en que la prestación del deudor se reduce a cumplir una actividad determinada, poniendo su diligencia para alcanzar el fin que se pretende en favor del acreedor”¹¹, en parte, porque generaba muchas circunstancias donde las normas de cumplimiento forzado resultaban simplemente inaplicables producto de los diversos supuestos fácticos entre ambos tipos de obligaciones, donde la regla legal estaba pensada sobre hipótesis de obligaciones de resultado, en que las partes se obligaban a la realización de una acción o a la entrega de una cosa y el horizonte entre cumplimiento y incumplimiento era evidente. En la actual complejidad del tráfico jurídico se ha incrementado el número de obligaciones donde

hing IN 42522

¹⁰ BARROS; 2006, 675.

¹¹ VODADNOVIC; 1970, 135

las partes no pactan un resultado, esto especialmente porque hay muchas hipótesis donde el resultado escapa del ámbito de capacidad de las partes, y por ende pactar que una parte se obligue a salvar la vida de otra simplemente acaecerían de objeto ilícito porque nadie puede obligarse al imposible. El propio código de ética del colegio médico señala en su artículo 14 «Ningún médico por la naturaleza de la ciencia y arte que profesa, puede asegurar la precisión de su diagnóstico, ni garantizar la cura de su paciente» Por esto la mayor parte de las hipótesis de responsabilidad médica está cimentada por obligaciones de medio, matizada con ciertas excepciones que se mantienen como obligaciones de resultado, puesto que las partes sólo pueden poner todos los esfuerzos para intentar lograr la recuperación esperada por el paciente.

5.1- Consecuencias De La Distinción

Precisamente es el ámbito probatorio el que da sentido al distingo entre obligaciones de medio y las de resultado, porque generaba en las víctimas la imposibilidad de probar los supuestos del incumplimiento, que por lo demás eran difíciles de determinar¹² al establecer obligaciones donde el cuidado y la diligencia eran el parámetro para discernir el cumplimiento efectivo de la obligación. Podemos establecer como efectos de la aplicación de esta doctrina en el ámbito médico:

- 1) En la generalidad de los casos de responsabilidad médica se centra el objeto de la prueba no en el éxito del tratamiento efectuado, sino en el nivel de cuidado y diligencia utilizado por el médico en la aplicación del mismo.
- 2) La distinción entre obligaciones de medio y resultado permite, distribuir la carga probatoria, amparando a la víctima en la presunción del artículo 1698 CC. en estas últimas.

Es discutible respecto de las obligaciones de medio a quien corresponde la carga de la prueba, porque no siendo aplicable la presunción de culpa ante el incumplimiento, uno podría interpretar que de todas maneras la prueba de la diligencia debe recaer en el médico por aplicación del artículo 1547 CC., que le impone la prueba de la diligencia al deudor y que el efecto de la distinción es sólo aquel de cambiar la prueba del resultado hacia la prueba de la diligencia. Por otro lado puede sostenerse que en estas obligaciones víctima tiene la carga de probar, y hay buenas razones para ello.

- 1) Buena parte de las acciones de indemnización se interponen como responsabilidad por falta de servicio, en contra del estado donde la carga de la prueba recae sobre la víctima.¹³
- 2) Otro porcentaje importante de acciones de responsabilidad se interpone por vía extra-

¹² PIZARRO; 2009, 316

contractual donde la regla General impone al demandante la prueba de la culpa en el hecho ilícito.

Por estas razones consideramos que no es aplicable la regla del 1547 CC. Porque precisamente generaría la misma diferenciación injustificada de regímenes probatorios que denunciamos entre la responsabilidad contractual y la aquiliana toda vez, que en muchas de las hipótesis de responsabilidad médica se producen a raíz de los mismos hechos. De esta manera podemos distinguir dos estatutos probatorios derivados del tipo de obligación incumplida:

- 1) Si la obligación es de resultado: El demandante deberá probar la existencia de la obligación del médico, el no logro del resultado al que este se obligó y como este incumplimiento generó daños. Claramente este estatuto probatorio constituye una garantía para el paciente insatisfecho, porque la prueba de la obligación médica usualmente consta en el contrato de prestación de servicios (cuando la obligación es contractual) o bien consta en el deber general de cuidado proveniente del correcto ejercicio de la medicina presente en la *lex artis* (cuando es extracontractual). Por otro lado la prueba del incumplimiento del resultado está presente en la propia integridad, física o mental de la víctima que se presentará evidentemente deteriorada si el tratamiento no es efectuado o bien se efectúa en forma contraria a la *lex artis*. Lo mismo se puede decir de la prueba del *quantum* de la indemnización porque salvando las inmensas dificultades de la prueba del daño moral en esta materia, la prueba del lucro cesante y el daño emergente no generan grandes problemas probatorios para la víctima, por lo cual se puede afirmar que la presunción de responsabilidad de las obligaciones de resultado representa una gran ventaja procesal para el demandante, porque el causante del daño sólo podrá excusar el incumplimiento en el impedimento por caso fortuito o fuerza mayor.
- 2) si la obligación incumplida es de medios: El demandante tiene una labor mas complicada para establecer la responsabilidad en juicio, porque deberá hacerse cargo de probar la falta de diligencia del médico, en el desempeño de sus funciones y como esa desidia tiene una relación causal con el daño¹⁴. Así descrito, entre la prueba de el daño, la negligencia y la relación de causalidad entre ambos, la prueba de la negligencia es con diferencia la que más dificultades genera hacia los pacientes, porque estos usualmente no tienen un libre acceso a la ficha clínica ni mucho menos poseen los conocimientos técnicos para interpretarlos. desde el punto de vista del médico deman-

¹³ PIZARRO; 2009, 320

¹⁴ «Para que pueda haber responsabilidad en casos como el que se estudia, es necesario tener comprobados de comprobados los siguientes requisitos copulativos 1) Que el autor sea un médico y que su actuar haya sido en el ejercicio de la profesión 2) Que la acción o omisión del médico haya producido un mal en la persona del paciente 3) Que el médico haya actuado con negligencia culpable 4) que exista relación de causalidad entre el acto u omisión culposa y el daño resultante.» Corte Suprema, 22 de Julio de 2009, Rol 5.575-08, Considerando Séptimo, Legal Publishing, IN 42363

dado, las obligaciones de medio le generan una gran ventaja procesal porque su defensa no esta limitada a la prueba del caso fortuito sino que puede versar sobre cualquier hecho que acredite una actividad diligente, propio de la recta aplicación de la *lex artis*.

5.2 Como Distinguir Entre Obligaciones De Medio Y Resultado

La clasificación de obligaciones de medio y resultado ha sido adoptada ampliamente por nuestra doctrina, pero en general esta se limitó a definirla y a describir sus presupuestos de aplicación. Ahora el problema deriva en tener un criterio uniforme para poder distinguir ambos tipos de obligaciones, en especial porque la discusión lejos de tener fines puramente académicos, podría permitir liberar al acreedor de la prestación médica de la mayor parte de las dificultades probatorias. La forma más práctica consiste en atender a la propia naturaleza del objeto de la prestación distinguiendo si esta consiste:

1. En el desarrollo de una actividad, este tipo de obligaciones está presente en la mayoría de los contratos de trabajo o de prestación de servicios con un menor nivel de calificación, por ejemplo en un trabajo de atención a público (donde no se requiere un resultado)
2. En el logro de un resultado determinado, como la entrega de una cosa en una compraventa, o la extracción de una pieza dental (donde el resultado depende y puede ser logrado exclusivamente por la actividad del deudor) y sólo puede justificarse el no logro del resultado por un suceso de caso fortuito fuerza mayor.
3. En el desarrollo de una actividad de manera diligente, orientada al logro de un resultado (que si bien esta determinado por las acciones del deudor, para este es imposible asegurarlo porque depende de factores externos a su actividad) como la obtención de una sentencia judicial favorable o el éxito de un transplante.

Siendo A y B obligaciones de resultado y sólo C una obligación de medio. Ahora bien nuestra legislación no se reconoce expresamente esta clasificación de obligaciones, por lo que la única manera de distinguir las con certeza es determinar en cada una de las prestaciones ¿a que se ha obligado el deudor? La dificultad del ejercicio consiste en poder delimitar cada una de las prestaciones de manera independiente, para aislar el incumplimiento. Por ejemplo si un abogado es contratado para apelar una sentencia, es elemental que la actividad principal consiste en una obligación de medios destinada a obtener el resultado de una sentencia modificatoria favorable, obligándolo a destinar todo su cuidado y diligencia para lograr este fin. Pero si el abogado no presenta el recurso en el plazo legal, ¿el incumplimiento es de medios o resultado?, la única forma de determinarlo es preguntarse si:

- a) El abogado se obligó a poner todo de su cuidado y diligencia, para tratar de presentar el recurso.
- b) El abogado en efecto se obligó a presentar el recurso dentro del plazo legal.

Claramente en esta hipótesis presenciamos un incumplimiento de una obligación de resultado, porque el resultado es directa y exclusivamente el producto de la actividad del deudor, el no hacerlo terminaría por establecer un estatuto probatorio favorable e injustificado para el ejercicio de ciertas profesiones usualmente consideradas indistintamente como obligaciones de medios, en perjuicio de otros trabajos en que se exige el resultado (la presentación de un recurso es esencialmente igual a la presentación de un informe por parte de un sociólogo por dar un ejemplo) algo por lo demás contrario a la idea general de exigir un mayor nivel de diligencia de parte de quien se dedica al desarrollo de una profesión liberal Así se posible afirmar que por regla general

- a) El ejercicio de las profesiones liberales como la abogacía o la medicina corresponden en general a obligaciones de medios.
- b) Estas obligaciones son complejas, porque exigen del deudor la ejecución de multiplicidad de prestaciones, que no necesariamente deben compartir naturaleza jurídica. Por lo que puede coexistir en un mismo vínculo obligacional prestaciones de medio y otras de resultado.

5.3 Aceptación jurisprudencial de las obligaciones de medio y resultado

Respecto de la aplicación jurisprudencial de la distinción, hasta hace poco se mantenía en algunos tribunales, la doctrina que interpretaban la distinción inaplicable en nuestro derecho debido al tenor literal del artículo 1698 CC., que no hacía distinción alguna al respecto.

Pero en fallos más recientes como el de Antolín Toloza con Cabullanca Avendaño la Corte Suprema¹⁵ se pronuncia con claridad sobre esta discusión al señalar que, «en general respecto de toda profesión liberal lo que se exige no es el cumplimiento de una obligación de resultado, esto es, que el profesional médico deba necesariamente curar o sanar al paciente», «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»

Si bien por un lado la aceptación de esta doctrina dentro de nuestra Jurisprudencia ha sido un gran avance porque permite distinguir estatutos procesales distintos para obligaciones distintas también ha generado una dificultad para las víctimas, toda vez que los tribunales no han sido minuciosos en la distinción, y se han limitado a clasificar como obligación de medio a todas aquellas derivadas del ejercicio de una profesión liberal. cuando la Corte Suprema se

¹⁵ Corte Suprema, 4 de Octubre de 2007, Rol 3.299-07 Considerando Segundo Legal Publishing IN. 37455

refiere a esta materia lo hace en términos de «en general» aceptando claramente que el ejercicio de la medicina contiene obligaciones de medio, pero que en ciertas prestaciones es perfectamente posible exigir el estándar de cumplimiento de las obligaciones de resultado (con esta afirmación no me refiero a la distinción que podría hacerse respecto del área médica, como afirmar que el ejercicio de la odontología o la cirugía plástica constituyen obligaciones de resultado). Muy por el contrario mi opinión es que cada una de las prestaciones médicas debe ser analizada en detalle para poder determinar si en ella el médico se obliga o no a un resultado. En el fallo de Clemira Balcazar contra Jorge Santos la Corte Suprema volvió a referirse a las obligaciones de medio lo hizo en los siguientes términos, «Es sabido que los profesionales médicos en su relación con los pacientes se obligan a poner todo de su saber e idoneidad al servicio de éstos, es decir asumen lo que en doctrina se denomina obligaciones de medio o de prudencia»¹⁶ Definiendo, sin distinción alguna a toda la responsabilidad médica como obligaciones de medio. Personalmente creo que las obligaciones emanadas de un contrato de prestación de servicios médicos son complejas¹⁷ debido a la multiplicidad de prestaciones que emanan del ejercicio de la actividad médica, es simplista clasificarlas a todas *a priori* como obligaciones de medio, existiendo obligaciones, como el deber de información o el cuidado del paciente durante la recuperación que pueden ser exigidas como obligaciones de resultado.

6) LAS OBLIGACIONES BÁSICAS DEL DESEMPEÑO MÉDICO

En términos generales puede decirse que el médico se obliga a todo aquello que este encaminado a la salud o el alivio de la enfermedad del paciente y a todo lo que según la equidad y la costumbre pertenece a su labor como médico¹⁸. Dentro de este concepto general pueden distinguirse distintas obligaciones, que si bien no aspiran a enmarcar toda la actividad médica pueden responder a las prestaciones más comunes de la actividad médica.

6.1- Obligación de informar al paciente.

En la actualidad esta obligación suele estar reconocida en la propia *lex artis*, por lo que todo médico debe entregar a su paciente la información necesaria a objeto de que este pueda decidir cómo ha de entregarse el tratamiento, más allá de cualquier intención paternalista¹⁹ del médico tratante.

¹⁶ Corte Suprema, 15 de Septiembre de 2008, Rol 7.070-07 Considerando Octavo Legal Publishing IN. 39754

¹⁷ VODANOVIC 1970, 148

¹⁸ GUAJARDO 2005, 61

¹⁹ Antaño era propio de la actividad médica que los pacientes ante la enfermedad eran incapaces de entregar su consentimiento de forma plena, y que aun pudiendo decidir por ellos mismos, no eran más capaces que el médico a cargo para decidir qué rumbo debía tomar el tratamiento. CALVO 2007, 130

Su incumplimiento no debe ser interpretado como un elemento para determinar la negligencia, sino como un fundamento para la responsabilidad en si mismo, porque sin lugar a dudas el deber de informar es una obligación de resultado (porque exige del deudor simplemente la actividad de informar), Pero además de la *lex artis* hay buenas razones para considerar necesarios los deberes de información aplicables a cualquier contrato, y en especial a los de realización de obras o de arrendamiento de servicios, donde hay una parte que tiene una cuantiosa diferencia de información, con quien no profesa la ciencia o arte que es requerida para entregar el servicio. En especial en la actividad médica sucede que hay una gran cantidad de elementos técnicos y por sobretodo un lenguaje que es ajeno a la persona común, esta situación está considerada en el artículo 1566 del CC, que reconoce la asimetría de información y establece una sanción en caso de la interpretación de cláusulas que resulten oscuras en contra de aquel que las redactó, basado en el principio de *favor del debitoris*²⁰. Es en estas condiciones contractuales que el médico debe corregir la asimetría entre las partes, por al menos dos razones más.

- a) Buena fe: cuando se estudian los efectos de la buena fe aplicada al régimen legal de los contratos vemos que ella no sólo obliga a los expresamente celebrado en las cláusulas contractuales, sino también a todo aquello que emana de la naturaleza del contrato, por tanto aunque el médico no haya celebrado una cláusula específica donde conste esta obligación, por aplicación de las reglas de interpretación esta debe ser tenida de acuerdo a la esencia del contrato y a la voluntad de las partes²¹.
- b) Determinar la validez del consentimiento entregado por el paciente de forma consecuente a los problemas generados en la hipótesis anterior la asimetría en la información entre las partes, no sólo podría generar abuso por parte de una de ellas, sino que incluso sin ninguna intención de generar un daño es posible que el paciente en su desconocimiento entregue un consentimiento viciado por el error. Resulta evidente en este punto, que toda manifestación de voluntad de una persona para contraer una obligación, debe estar informada de las consecuencias, por esto es deber del médico informar al paciente no sólo de las consecuencias de aplicar el tratamiento médico que está recomendando, sino además explicarle la existencia de posibles tratamientos alternativos junto con sus riesgos y beneficios, puesto que es el paciente quien mejor puede decidir si someterse o no a los riesgos de cada terapia.

Lo anterior es de vital importancia porque en caso de que el médico haya omitido esta obligación de información en el futuro no podrá ampararse en una argumentación de exculpación de responsabilidad, aduciendo que el riesgo asociado a un tratamiento debe ser soportado

²⁰Rodríguez 2002, 89

²¹ Artículo 1546 CC. “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.”

por la víctima bajo el principio de de asunción de los riesgos²². Porque simplemente el paciente como dueño del bien jurídico de la integridad corporal, debe hacerse cargo de resarcir el daño, pero en esta hipótesis el daño es imputable al médico, no necesariamente por un incumplimiento en la manera en que se prestó la obligación de tratar la enfermedad del paciente, sino por haber incumplido en la obligación de informar debidamente.

Puede verse una manifestación jurisprudencial de esta doctrina en el fallo de indemnización de perjuicios entre el Dr. Ignacio Goñi Espildora con Maria Pastor Espejo donde la Corte de Apelaciones de Santiago tuvo la oportunidad de afirmar que «se censura al doctor Goñi no haber informado a la paciente y recabar su autorización o la de algún familiar para extraer el schwannoma que durante la intervención advirtió se encontraba situado en el nervio facial, asumiendo el riesgo de parálisis asociado que tal extracción supone» «Por último, se sostiene que faltó a la *lex artis* al no informar a la paciente de la conveniencia de que se sometiera a una cirugía reconstructiva, en el más breve plazo»²³.

Esta sentencia resulta interesante porque ante la dificultad de la probatoria de determinar si la extracción del tumor estaba acorde al procedimiento establecido en la *Lex Artis* logra fundamentar la responsabilidad médica en la vulneración de los deberes de información, estableciendo por esta vía acreditada la negligencia por medio de la culpa infraccional.

Además de lo expresado anteriormente, me parece que no hay razón alguna para no exigir esta información como obligación emanada del propio ejercicio de la medicina, recordemos que la prestación de servicios médicos está regulada bajo el estatuto jurídico del mandato²⁴. Esta disposición es la del artículo 2118 del CC. Que establece que los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que esté unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetará a las reglas del mandato. Por tanto el daño patrimonial proveniente de haber tomado una decisión económicamente menos beneficiosa para el paciente. El mandante debe probar que el mandatario actuó con culpa, al producirle perjuicios en la ejecución del mandato con mayor costo o no ha sido exitoso 2147 CC. Recordemos que cuando un paciente contrata una consulta médica está solicitando una asesoría que le informe de todo lo relativo a las diversas formas de recuperar su estado de salud. Es así que cuando el médico recomienda al paciente un tratamiento que es manifiestamente más oneroso para él, y omite la información relevante a otros posibles tratamiento menos gravosos para el paciente, será responsable del daño patrimonial incluso, cuando el paciente ha recuperado su estado de salud, porque el médico luego de haber ejecutado el tratamiento sólo ha extinguido la obligación emanada del tratamiento médico y no el resto de obligaciones accesorias.

²² Se entiende que es una aceptación voluntaria y consentida de las circunstancias dañosas derivadas de un hecho determinado, principio que puede ser ampliamente aplicado a los casos de responsabilidad médica Agogía, Boragina y Meza 1993, 182

²³ Corte de Apelaciones de Santiago. 6 de Agosto de 2009. Legal Publishing ID 42522

²⁴ STITCHKIN 2008, 74

6.2- Obligación de entregar un diagnóstico.

En la complejidad natural de la ciencia médica, es común que en esta etapa se suelen cometer errores en el análisis de los exámenes para realizar el diagnóstico. Esta situación produce grandes dificultades para el jurista, como alguien externo a toda la *lex artis* médica pueda ejercer juicios de responsabilidad respecto de un diagnóstico errado. Ante estas dificultades, hay indicios que pueden ayudar a establecer la responsabilidad del médico²⁵, para ello debe hacerse un distingo previo entre dos prestaciones distintas relacionadas con el diagnóstico:

- 1) La interpretación de los exámenes es una obligación de medio (puesto que éste no se obliga al resultado de curar o acertar en diagnosticar la dolencia del paciente) muchos veces los exámenes no pueden determinar con certeza la existencia de la enfermedad, permitiendo en muchos casos errores en el diagnóstico, incluso cuando el médico ha actuado diligentemente.
- 2) La obligación de solicitar (de parte del médico) y la de realizar exámenes (exigible a la institucionalidad médica) que es una obligación de resultado (porque al obligarse a poner todo de sus conocimientos técnicos, debe de hacer uso de todos los instrumentos que le permiten obtener el diagnóstico más certero posible bajo la interpretación de la *lex artis*), de manera que si por una simple falta de diligencia decide no realizar, solicitar, o interpretar exámenes que pueden arrojar luz acerca del estado del paciente será responsable de los errores en el diagnóstico.

6.3- Obligación de tratar debidamente la dolencia del paciente.

Esta es con claridad la prestación principal a la que se obliga el profesional médico, y consiste por regla general en el deber de poner todo de sus conocimientos y diligencia a fin de lograr como resultado la recuperación de la salud del paciente. Ahora para poder distinguir si esta es una obligación de resultado o de medios, debe atenderse en particular a cada tratamiento y si el asegurar el resultado depende exclusivamente de el tratamiento, o bien es resultado de varios factores externos a la actividad médica. Ciertamente por su naturaleza la gran mayoría de las prestaciones médicas serán obligaciones de medios, dejando sólo a ciertos tratamientos excepcionales dentro de las obligaciones de resultado, como las intervenciones de cirugía plástica, o ciertos tratamientos dentales.

En la mayor parte de los casos de negligencia médica el distinguir la obligación incumplida entre medio y resultado, no generará grandes conflictos porque se suele llegar a un mismo resultado con ambas interpretaciones, pero hay casos en que esta clasificación y sus regímenes probatorios marcan la diferencia entre la condena y la absolución. En el fallo entre

²⁵ GUAJARDO 2005, 64

Marisol Núñez y Francisco Caro²⁶ la Corte de Apelaciones de Coyhaique dictaminó que “la vigilancia de el estado de un embarazo de forma periódica era una obligación del médico tratante, no obstante no hacerlo no constituía en si mismo una negligencia que vulnerara la *lex artis* por lo que no podía sino absolver al acusado”. “Que en efecto, no habiéndose acreditado vulneración a la *lex artis*, no concurre en la especie la negligencia culpable” el razonamiento de la Corte consistió en considerar a todo el tratamiento como una obligación de medio, y al no poder encontrar una vulneración a la *lex artis* que determinara la negligencia absolvió. El mismo fallo contiene un interesante voto disidente, que considera la no vigilancia de la evolución del embarazo de otra manera “A juicio de esta disidente, era de responsabilidad exclusiva del médico Redondo, interpretar todos los monitoreos cardiofetales, empezando por el primero que le hizo la matrona de su equipo al feto de la querellante” “al darle instrucciones telefónicas, aceptando las consecuencias de su no concurrencia personal» A mi juicio cuando el voto de minoría funda la responsabilidad del médico en el incumplimiento de la obligación de monitorear la evolución del embarazo, lo hace correctamente, porque no es necesario recurrir a la negligencia, el sólo incumplimiento es fundamento de la responsabilidad, porque si bien el médico no puede obligarse al resultado satisfactorio del embarazo, si se obliga a realizar la prestación consistente en revisar periódicamente la evolución del tratamiento que es en efecto una obligación de resultado.

Respecto a la pregunta sobre la posibilidad de exigir responsabilidad ante una vulneración del plazo o el modo en que se ha ejecutado la prestación de salud debemos recordar que para el paciente el tratamiento médico consiste esencialmente en un pago, por tanto deben aplicarse sus reglas respecto de la integridad exactitud y oportunidad. Si el paciente es tratado con otros medicamentos, maquinaria, especialista, o en un momento diverso al pactado, este no tendrá el efecto liberatorio de la responsabilidad haciéndole responsable de los daños que sufra el paciente.

6.4- Obligación de cuidado del paciente.

En este punto es necesario que el centro asistencial, se haga cargo de los cuidados necesarios, para la recuperación del paciente en un tiempo posterior a la aplicación del tratamiento. Se puede presentar el problema de discutir si el incumplimiento de esta obligación por parte del centro asistencial produce responsabilidad. En virtud de la aplicación del artículo 1546 CC. Se puede afirmar que, esta es una obligación de la institución se hayan o no redactado cláusulas respecto del deber del centro asistencial para cuidar del paciente. Porque aplicar el principio de buena fe al contrato implica necesariamente que no sólo el diagnóstico y el tratamiento son necesarios para la recuperación del paciente, sino que además este debe recibir los cuidados posteriores, constituyendo un deber de actuación para la institución de salud, volviendo irrelevante la discusión sobre si es contractual o extracontractual, toda vez que es

²⁶ Corte de Apelaciones de Coyhaique. 5 de Marzo de 2008. rol 32-2007 Legal Publishing ID 38401

accesoria a la obligación de tratar la dolencia del paciente.

Ahora respecto de la manera en que debe ser interpretados los incumplimientos de esta obligación, la jurisprudencia ha sido uniforme en clasificar los casos de abandono del paciente como vulneraciones graves a la *lex artis*, considerando en cada caso la capacidad de cada institución en particular para determinar la negligencia, haciéndose cargo de las posibles deficiencias en materia de personal, infraestructura y instrumental médico de muchos servicios de salud, un ejemplo de esto es la sentencia de la corte de apelaciones de Rancagua, entre Carmen Donoso Contreras y el servicio de salud de la VI región²⁷ que se refiere al abandono del paciente en los siguientes términos “Desde que se actuó con negligencia, puesto que aún bajo los efectos de la anestesia, el paciente ingresó a la Sala de Recuperación, lugar en que permaneció por alrededor de 40 minutos, sin vigilancia ni supervisión de ningún tipo” “esa sala no contaba con el instrumental médico adecuado, circunstancia conocida por la acusada, lo cierto, es que ello no la exculpa, al contrario, le exigía un mayor grado de preocupación” es interesante como este fallo considera que la falta de instrumentos adecuados, podía ser interpretada como una justificación para exigir un mayor nivel de cuidado y interpreta esta negligencia como culpa infraccional “Actuó con negligencia y en contravención a la *lex artis* de la ciencia médica y, por tanto responde en grado de culpa por el suceso que se pesquisa, desde que era previsible, obviamente en el post operatorio, que sobreviniera una complicación, como el paro cardiorrespiratorio, que de haberse detectado en forma oportuna, se podría haber evitado o disminuido el riesgo”

En mi opinión y a pesar de que la jurisprudencia clasifica el deber de cuidado como una obligación de medio, y su incumplimiento como un indicio de vulneración de la *lex artis*. Me parece que un servicio de salud no se obliga a poner todo de su cuidado y diligencia para tratar de cuidar de su recuperación. Por el contrario se obliga efectivamente a cuidarlo, siendo indiferente si el paciente se recupera o no mientras se cumpla con el cuidado (porque la obligación no consiste en el resultado de la recuperación, sino en la actividad de cuidar del paciente) constituyendo una obligación de resultado. Así los casos de abandono del paciente, además de ser una vulneración de la *lex artis* constituyen en si mismos la necesidad de indemnizar los daños producidos por el incumplimiento.

6.5- Obligación de secreto profesional

Respecto de esta obligación, hay autores²⁸ que lo establecen como una obligación que no es propia de la naturaleza del contrato de manera así que si paciente y facultativo celebran una cláusula específica para crear un deber de secreto profesional el cumplimiento forzado será por vía contractual, impidiendo la posibilidad de exigir responsabilidad por la vulneración de secreto en sede extracontractual.

²⁷ Corte de Apelaciones de Rancagua, 27 de Agosto de 2007, Considerando séptimo, Rol 403-2007, Legal Publishing ID 39739

²⁸ GUAJARDO 2005, 80

En realidad para poder entender la naturaleza de esta obligación es necesario revisar al fundamento de la ficha clínica. Esta emana del deber del mandatario de, dar cuenta de la administración al término de su gestión 2155 CC. lo que significa en términos simples que el paciente es el exclusivo dueño de la información contenida en la ficha clínica, generando una doble obligación para el médico²⁹, por un lado debe poner a disposición del paciente la información de la ficha clínica, y por otro debe restringir el acceso de terceros a esta última. Así la función primordial de la institución del secreto profesional tiene por finalidad la protección de la intimidad del paciente limitando el acceso a la información de su enfermedad respecto de terceros no autorizados por alguna causal legal, o la voluntad del paciente para acceder a ellos. El problema es que a veces la institucionalidad médica puede hacer uso de esta institución con la finalidad de impedir que los familiares o la propia víctima accedan a la ficha clínica para determinar si hubo alguna negligencia en el tratamiento, en el caso de Luis Castillo en contra de la Clínica Pontificia Universidad Católica, esta última se negó a hacerle entrega de la ficha clínica aduciendo que el reglamento interno del hospital, establecía como propietario intelectual y material al propio establecimiento, impidiendo incluso al paciente mismo la entrega de los antecedentes o que algún facultativo interno entregue información al respecto por razones de secreto profesional. La Corte de Apelaciones de Santiago entendiendo la necesidad del paciente de continuar su tratamiento en otro centro asistencial, y la posibilidad de que el cuadro infeccioso que sufre se deba una negligencia médica se refirió en estos términos respecto del secreto profesional “Sin lugar a dudas es el paciente el titular por excelencia de la información que se resguarda, en cuanto es el llamado por ley a renunciarla o no, según su voluntad, lo que guarda una total coherencia con la institución del secreto profesional, lo que resguarda en esencia, es la intimidad de las personas”³⁰

6.6 Momento en que se extinguen las obligaciones del médico

- 1) Cuando el médico ha terminado la ejecución de la prestación obligada en el contrato
Para analizar este caso debemos volver a lo ya dicho respecto de las obligaciones de medio y resultado, puesto que si el objeto de la prestación correspondía a el resultado, como en la extirpación de un órgano o la realización de un tratamiento estético, en estos casos la realización del pago de la obligación médica se producirá con el término de ejecución de la prestación. Por otro lado si la prestación tenía por objeto una obligación de medios, la extinción de la obligación se producirá cuando el médi-

²⁹ «Que resulta relevante señalar el espíritu que subyace en la figura del secreto profesional, el cual ciertamente compromete a los profesionales de determinadas ramas desde una doble perspectiva. En efecto, por una parte les impone un deber y por otra les otorga un derecho: el deber se manifiesta frente al paciente- en el caso de los médicos- en orden a mantener en reserva toda información a su respecto, mientras que el derecho se plantea frente a los terceros que pretenden invadir este ámbito reservado» Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de Octubre de 1997, Considerando tercero, Rol 3.645-97, Legal Publishing IN 20537

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de Octubre de 1997, Considerando tercero, Rol 3.645-97, Legal Publishing IN 20537

co haya puesto todo de sus conocimientos con el preciso objeto de curar la dolencia del paciente, con el cuidado de un buen padre de familia.

- 2) Cuando el paciente ha contratado a otra persona para que realice la prestación.
- 3) Cuando el médico renuncia a su labor.
- 4) Cuando el médico cae en una imposibilidad material para continuar con su obligación, esta forma de terminar el contrato responde claramente a las normas generales del caso fortuito que son aplicables a cualquier contrato.

7) CRITERIOS PARA DETERMINAR EL DEBER DE CUIDADO MÉDICO

Un problema muy importante actualmente en la doctrina es poder determinar el estándar de deber de cuidado ante el cual debe ser comparado el desempeño de un médico para establecer si debe hacerse cargo de resarcir un daño y en realidad las repercusiones probatorias que puede tener el aumentar o disminuir el nivel de diligencia son determinantes, basta con comprar la dificultad que tiene la prueba de la culpa grave en comparación con la levisima. Para establecer estos límites debemos determinar cuáles son los deberes de cuidado a los que se va a someter el facultativo, lo cual no genera grandes dificultades porque están presentes en la *lex artis*, El problema se genera al determinar los criterios usados para medir el nivel de negligencia requerida por el juez para dar por probada la culpa, generalmente la doctrina ha enumerado los siguientes:

- 7.1 Intensidad del daño: Este criterio atiende a la mayor gravedad del posible daño en contra del paciente como una medida de diligencia de parte del médico, siempre y cuando la posibilidad de ocurrencia del daño sea cierta. Es evidente la necesidad de tomar una mayor cantidad de precauciones con el objeto de evitar el riesgo cuando la ocurrencia del daño sea de mayor gravedad. Cuando la jurisprudencia hace alusión a la intensidad daño no la ha usado como un criterio para hacer al médico responsable de un nivel menor de culpa. Y cuando el daño es desproporcionado lo ha hecho en los términos de la culpa virtual. Estas dos instituciones deben distinguirse en su aplicación, puesto que esta última no sirve para aumentar el nivel de cuidado, sino que tiene por función liberar al demandante de la prueba de la culpa.
- 7.2 Previsibilidad del daño: Siguiendo la misma lógica de criterio anterior, cuando alguien está en conocimiento del riesgo de una actividad, el nivel de diligencia empleado en la realización de esta actividad debe ser más alto. El código civil se hace cargo de la posibilidad de hacer a alguien responsable de los daños que no pueden ser previsi-

bles, tanto respecto de la determinación de los perjuicios indemnizables con ocurrencia de dolo o culpa grave, y también cuando establece los requisitos del caso fortuito fuerza mayor, aplicando estos mismos principios a esta área de responsabilidad parece razonable exigir un nivel de diligencia de parte del médico cuando los daños son imprevisibles. La Corte Suprema usó el criterio de la previsibilidad para justificar las indemnizaciones del daño moral en la responsabilidad contractual “Procede, entonces, en la responsabilidad contractual la reparación del daño extrapatrimonial cuando está ligado a un daño material y, si como sucede en la especie, se trata de un daño moral puro, este dicho daño acreditado, tenga un nexo causal con el incumplimiento contractual y que el deudor, al incumplir su obligación, haya podido preverlo”

7.3 Valor de la acción que provoca el daño: Este criterio permite distinguir los distintos tipos de riesgos, diferenciando aquellos que son más valiosos en función a la utilidad que reportan al resto y la cantidad de personas afectadas por este, así entendido el estándar de cuidado disminuye en los casos de responsabilidad médica, porque la medicina reporta un valor preponderante en la sociedad en su conjunto, razón por la cual, debemos estar dispuestos a aceptar ciertos niveles de riesgo aceptables a cambio de poder beneficiarnos de los beneficios de la medicina. Podría surgir la pregunta sobre si la negligencia médica en el área de la medicina cosmética debe ser más estricta por tener un menor valor social que el ejercicio del resto de la medicina. La jurisprudencia no se ha enfrentado directamente el problema, toda vez que los casos de negligencia en la cirugía estética hasta ahora no han generado problemas probatorios al ser generalmente obligaciones contractuales de resultado.

7.4 Costo de prevenir el accidente: Este criterio cumple una función muy importante en materia médica, al determinar la culpa en casos donde los servicios de salud deben asumir riesgos, producto del alto costo que implica tener en todas sus instalaciones el equipamiento y el personal especializado para los tratamientos de mayor complejidad, especialmente en localidades rurales o bajo situaciones excepcionales (como contagios generalizados en la población) donde no pueden satisfacer apropiadamente las necesidades sanitarias. Respecto de esto se debe hacer una distinción en torno a la capacidad del médico tratante, para derivar al paciente a un centro asistencial que cuente con los recursos necesarios para tratar la dolencia de acuerdo a las normas de la *lex artis*. Si el médico no puede derivar al paciente y se ve obligado a tratarlo, aún ante la precariedad de los medios con que cuenta, si la obligación es de medios se debe disminuir el estándar de cuidado, y si la obligación es de resultado debe ser eximido de responsabilidad en tanto fue víctima de un suceso irresistible y imprevisible. Por otro lado si el médico puede derivar al paciente a otra institución poseedora de los medios necesarios para entregar una atención más apropiada al paciente, esta obligado a hacerlo, el incumplimiento de esta obligación le hará responsable de los eventuales daños. En un caso de negligencia médica se le imputaba

al demandado el haber dañado a una paciente durante la extracción de un tumor, la Corte Suprema manifestó «En vez de realizar la actividad tendiente a derivar a la paciente a otra ciudad, como hubiera sido Santiago o al menos Antofagasta, lugar este último en que se realizaban los tratamientos para la enfermedad, optó por operar y extirpar íntegramente el seno derecho, y lo que es peor, años después frente a otros nódulos, sugiere una operación de la misma naturaleza, careciendo de relevancia su afirmación de ausencia de los recursos materiales en la región»³¹. Si bien es cierto, no se puede exigir de toda la institucionalidad médica del país que cuenten con el más moderno equipamiento (esta opción es más costosa que el hecho de asumir el eventual daño), si se puede sancionar a estas instituciones cuando no derivan a sus pacientes pudiendo y debiendo hacerlo.

7.5 Culpa Profesional: Las doctrinas que han argumentado a favor de la culpa profesional, se basan esencialmente en la calidad privilegiada del causante del daño, al tener conocimientos que para el resto de la gente común son inaccesibles y por ello debe al menos aplicárseles un estándar de responsabilidad más estricto³². Aquí hay distinciones respecto de doctrinas que proponen invertir la carga de la prueba o simplemente cambiarse la graduación de la culpa de la cual que será exigible para la indemnización. Hay autores³³ que incluso aducen que junto con determinar una presunción de culpa, el estándar de culpa para generar responsabilidad disminuiría hasta de la culpa levísima. Si bien la jurisprudencia no ha ido tan lejos como hacer suficiente la culpa levísima, si considera que la culpa debe ser evaluada en función de la calidad especial del médico elevando el nivel de culpa requerido en los siguientes términos “atendido el grado de conocimientos que medianamente ha de exigirse a un profesional universitario de esa categoría, en su arte, era normalmente previsible»³⁴ Por lo que se puede concluir que actualmente esta jurisprudencia en casos de responsabilidad médica exige un nivel de cuidado más estricto que el propio del buen padre de familia, pero hasta ahora no se ha referido en términos de hacer al médico responsable de la culpa levísima, sino que más bien parece exigirle una mayor capacidad para prever el daño, en virtud de sus conocimientos técnicos.

8) DIFICULTADES PROBATORIAS

En este punto abordaré directamente el problema principal del presente trabajo y las posibles soluciones que se generan a raíz de las dificultades probatorias, especialmente tomando en

³¹ Corte Suprema, 15 de Septiembre del 2008, Considerando Sexto, rol 7070-2007, legal Publishing IN 39754

³² VISINTINI 1996, 167

³³ ALESSANDRI 2005, 149

³⁴ Corte Suprema 4 de Octubre de 2007, Rol N° 3299-2007. Considerando Cuarto Legal Publishing IN. 37455

consideración las dificultades específicas de la actividad médica.

Como se mencionó anteriormente, la hipótesis general es que las reglas del *onus probandi* ponen de parte del actor el deber de aportar la prueba de los hechos constituyentes de la responsabilidad del causante del daño, mientras que al demandado corresponde sólo la prueba de los hechos que impidan, excluyan o extingan su responsabilidad. Esto genera los siguientes problemas:

- 1) Pone al causante del daño y a la víctima en el mismo nivel jurídico, cuando es usual que exista una desventaja estratégica, porque por regla general en estos casos la víctima carece de los medios económicos necesarios para cubrir los costos de una acción judicial, considerando los honorarios de abogados, costas judiciales y los peritajes necesarios, mientras que por otro lado el causante del daño suele estar en una posición privilegiada amparado por una institucionalidad capaz de costear de manera holgada un juicio de responsabilidad, aumentando sus posibilidades de obtener una sentencia favorable.
- 2) Obliga a la parte demandante a aportar al juicio documentos probatorios como, exámenes y actas médicas, que por su propia naturaleza están en poder de la contraparte dificultando gravemente el acceso al material probatorio. Incluso en muchos casos logrando tener acceso a la documentación médica la parte más débil carece de los conocimientos técnicos de la ciencia médica para interpretar los resultados a la luz de la *lex artis*, imposibilitando aún más el ejercicio de una acción indemnizatoria.

Atendiendo a la forma en que se regula el otorgamiento de prestaciones médicas, por la *lex artis* profesional, en principio debería aligerarse un poco la carga del actor al ampararse en la prueba de la culpa por la presunción de los casos de culpa infraccional, dejando a la víctima sólo en la necesidad de probar la existencia y vulneración de un deber de cuidado³⁵, al menos desde el punto de vista teórico esto resulta aceptable, pero cuando se analizan las desventajas prácticas de la víctima que debe ser capaz de probar la existencia de una vulneración de los métodos prescritos en la *lex artis*, se genera una doble dificultad:

- 1) Tener acceso a los usos profesionales de la *lex artis* médica, para identificar el deber de cuidado eventualmente vulnerado. En principio la única información que tiene el paciente para determinar la diligencia proviene del propio médico tratante por medio del ejercicio del deber de información, lo cual incluso puede aumentar la desventaja procesal del paciente que raramente tiene como comparar la información recibida.
- 2) Estar en condiciones de lograr la convicción necesaria en el tribunal, para probar la responsabilidad médica en condiciones estratégicamente más desfavorables, donde

³⁵ BARROS 2006, 142-143

la contraparte cuenta con acceso tanto material como intelectual a la prueba. Esto le permite poder argumentar de manera más completa y convincente, la inexistencia de infracción al deber de cuidado en la *lex artis*, o bien que actuó motivado por una circunstancia eximente de responsabilidad como la fuerza mayor.

Hay varios motivos por los cuales la doctrina debe superar el tema de superar las dificultades probatorias agrupables en torno a lo que la doctrina denomina “prueba diabólica” para lograr una conciliación armónica de principios en el proceso, entre ellas se pueden al menos señalar dos.

Justicia Procesal: nuestro sistema procesal ha garantizado constitucionalmente la igualdad de armas como un principio uniformador de proceso, principio que se ve claramente vulnerado a exigir de una de las partes, que realice una actividad probatoria, que esta materialmente mas allá de sus posibilidades, sin mencionar que el desarrollo de un proceso orientado en la buena fe como principio debe evitar situaciones de ocultamiento de pruebas que sean pertinentes para la resolución del conflicto, lo contrario es una manifestación del aprovechamiento del propio dolo inaceptable³⁶.

Justicia Material: Por otro lado el proceso cumple una importante función como un modelo de solución de conflictos idealmente equitativo, imparcial y compatible con la seguridad jurídica. Desde el momento, que un sistema deja de ser equitativo (entendiendo la equidad en el proceso como un respeto por la igualdad de armas) para con las partes a la hora de adjudicar derechos, todo el proceso adolece de una deslegitimación social, que termina por romper la relación entre el acceso al proceso y la justicia³⁷, porque se exige en una parte una actividad probatoria que le es inaccesible y además determinante para, el éxito de la pretensión del actor.

Las situaciones antes descritas provocan por sí mismas muchos de los casos de indefensión en esta materia poniendo a la víctima en la obligación de solventar no sólo los costos de las intervenciones médicas sino, además, el daño producido por la negligencia. Ante esto la doctrina ha creado diversas instituciones jurídicas, destinadas a aligerar la carga probatoria del demandante.

³⁶ Adoptando una postura cuidadosa del posible actuar doloso de las partes el anteproyecto de código procesal civil protege la buena fe procesal sancionando este tipo de situaciones “Si los tribunales estimaren que alguna de las partes o tercero han actuado conculcando las reglas de la buena fe procesal, podrá imponerle, de forma motivada, y respetando el principio de proporcionalidad, una multa entre 10 y 100 UTM. En ningún caso la multa podrá superar la tercera parte de la cuantía del litigio. En caso de reincidencia, se podrá aplicar el doble de la multa. Para determinar la cuantía de la multa el tribunal deberá tener en cuenta las circunstancias de hecho que se trate, así como los perjuicios que al procedimiento o a las otras partes se hubieren podido causar.

³⁷ COUTURE 1997, 69

8.1- Culpa contra legalidad o infraccional.

Ante la dificultad de la víctima de probar la culpa del médico usualmente por no tener acceso al historial clínico para probar la negligencia, puede recurrir a la culpa infraccional³⁸ que está basado en situaciones de presunción de culpa, producto de la vulneración de la ley o un reglamento. Parece de toda lógica presumir, que una persona que ha roto un reglamento u ordenanza deba presumirse culpable del daño, porque el obedecer las normas es la regla general, en especial en el correcto desarrollo de la actividad médica. La Corte Suprema en un reciente fallo se ha manifestado respecto de esta materia en los siguientes términos «Los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para diagnosticar el mal y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curarlo» «La infracción de la *Lex Artis* es el fundamento de la culpa médica »³⁹.

El problema práctico que genera utilizar la culpa infraccional como antecedente de la responsabilidad, es que buena parte de los elementos para determinar la incorrecta aplicación de la *Lex Artis* está en la historia clínica, por tanto no es de extrañar que en muchos casos se alegue la inexistencia o trate de impedirse a la víctima el acceso a esta documentación, En términos de Hugo Cárdenas «La falta de historia clínica debe perjudicar a quien le era exigible como deber de colaboración o cooperación en la difícil actividad probatoria»⁴⁰ y resulta de todo lógico establecer dentro de los deberes de diligencia exigibles a un médico, la elaboración de un historial clínico completo y preciso de todas las intervenciones del paciente, esto por al menos dos buenas razones.

- 1) Ante la eventualidad de un daño producido en el ejercicio de la actividad médica, intrínsecamente peligrosa, es propio como una obligación emanada de la propia *lex artis* que se tenga un completo registro de la historia clínica, y por ello la falta de esta suele considerarse en como una hipótesis de culpa infraccional.
- 2) Es una manifestación de buena fe procesal la elaboración de material probatorio que en un litigio eventual ayude a esclarecer los hechos controvertidos, especialmente atendiendo la complejidad de la labor médica, *a contrario sensu*, las inexactitudes o vacíos dentro de la historia clínica deberían ser interpretadas en contra de quien tenía el deber de elaborarlos y conservarlos.

Respecto del valor que debe entregarse a esta presunción me parece que debe ser considerada como un indicio, para permitir la prueba de la diligencia de parte de quien cometió la infracción, en caso contrario estaríamos en una hipótesis de responsabilidad objetiva y contrario al planteamiento de Alessandri⁴¹ hay algunas hipótesis en que se puede violar un re-

³⁸ BARROS 2006, 672

³⁹ Corte Suprema, 22 de Julio de 2009, Rol N° 5575-2008 Considerando Noveno, Legal Publishing IN. 423663

⁴⁰ CÁRDENAS 2009, 326

⁴¹ ALESSANDRI 2005, 128

glamento y aún así actuar diligentemente, basta con imaginar un equipo médico que opera en condiciones de emergencia no cuenta con todos los instrumentos quirúrgicos para realizar la operación bajo los criterios de la *lex artis*.

8.2- Res ipsa loquitur.

Es un mecanismo para tener por acreditada la culpa que se utiliza cuando una de las partes se ve imposibilitada de producir pruebas, y por otro lado ocurre un hecho anormal según la experiencia normal que acarrea daños⁴², este criterio proviene de la argumentación jurisprudencial, de algunos casos del *Common Law*, específicamente fue el caso *Byrne vs. Boadle* (1863) en el cual un transeúnte que caminaba por la calle, pasó justo en frente de una tienda cuando repentinamente fue golpeado por un barril de harina, cuando la víctima demandó al dueño de la tienda, sabía que su demanda podía ser desestimada por la falta de pruebas, aún así demandó la indemnización de perjuicios, y en esa ocasión la Corte aceptó que ante la inexistencia de pruebas suficientes respecto de la falta de cuidado y diligencia del demandado, podía invertirse la carga de la prueba, y permitirle a la víctima en este caso en específico, ejercer la acción, (en el sistema anglosajón, para poder ejercer una acción de responsabilidad era menester tener suficientes pruebas para determinar la imputabilidad del causante del daño), de cierta manera analogable a los exámenes de admisibilidad de la mayor parte de nuestro sistema de recursos.

El razonamiento de la corte anglosajona, gira en torno al argumento de que las propias circunstancias en que se ocasionó el daño pueden dar luz suficiente respecto de la falta de diligencia del causante puesto que ante determinadas hipótesis de daño donde, evidentemente de no haber existido un alto grado de descuido de parte del actor, no se hubiera podido producir el daño, en los propios términos de la jurisprudencia de *Byrne v. Boadle*, las máximas de la experiencia nos indican cómo, los barriles de harina no deben caer sobre los transeúntes. En la Corte de Casación francesa se comenzó a aplicar el mismo principio bajo el nombre de “culpa virtual” a propósito de los accidentes de tránsito, puesto que en muchas situaciones en donde no era posible atribuir culpa al autor del daño por falta de pruebas, donde la culpa era condición *sine qua non* del daño, considerada la gravedad de los hechos, basándose en las reglas de la experiencia y el sentido común.

Respecto de su aplicación en el área de la responsabilidad médica, ciertamente resulta ser una ventaja considerable respecto de la víctima, puesto que en estos casos, donde el propio hecho causante puede dar un indicio a los jueces sobre su propia responsabilidad, altera las reglas del *onus probandi*, permitiendo a la víctima liberarse de la prueba de la culpa. Hecho no menor, tomando en cuenta que dentro de la aplicación de las normas de la responsabilidad, la prueba de la culpa y la de la existencia y *quantum* del daño moral, son claramente los

⁴² PAILLAS 2002, 36

hechos más difíciles de acreditar en un juicio de responsabilidad. Y permiten por ejemplo: que en caso de que se haya perdido instrumental médico, dentro del cuerpo del paciente, este deba solamente probar, el empeoramiento de su estado de salud, luego de su paso por el centro asistencial, a causa de la intervención donde precisamente se extravió ese instrumento. Y en verdad resulta evidente en casos tan graves como estos en donde según las máximas de la experiencia, no se puede atribuir más que a la negligencia del actor, la ocurrencia del daño se presume la responsabilidad, puesto que al personal del equipo médico cuando actúa con el debido cuidado y diligencia, se aseguran de tener de vuelta, todos los instrumentos usados en la operación o consultar sobre las condiciones alérgicas de una paciente que va a ser sometida a anestesia.

Hay un fallo de Primera instancia entre *Rodolfo Páez y el servicio de Salud de Antofagasta*, por los daños sufridos por Juana Baeza Rojas al someterse a una intervención quirúrgica, debido a que sufría de reflujo gastroesofático severo. Previo a la operación la anestesia suministrada derivó en un paro cardiorrespiratorio dejando secuelas de parálisis irreversible. Ante estos hechos el tribunal emitió la siguiente resolución «No se alegaron en autos, antecedentes, probatorios suficientes para demostrar la existencia de mal praxis del equipo médico y por ende determinar que se haya actuado contra la *Lex Artis*, desde que no se aparejó un peritaje médico legal sobre la materia discutida en la litis, que permitiera comprobar que el paro cardiorrespiratorio que sufriera la señora Baeza haya sido consecuencia de una sustancia inoculada a la que era alérgica»⁴³

La función de incorporar la culpa virtual a nuestra cultura jurídica es claramente evitar la redacción de sentencias como la citada. ¿Acaso no es parte de la diligencia de un equipo médico consultar sobre las condiciones alérgicas de la paciente antes de someterla a tratamiento, llevar una completa ficha clínica en la cual consten todas los antecedentes del procedimiento médico y por sobre todo conocer las consecuencias que genera en una paciente el ser sometida a una anestesia en condiciones de alergia? Para el tribunal ninguna de estas faltas a la diligencia médica fueron suficientes para aligerar la carga de la prueba de la víctima. Cuando bajo los criterios y requisitos de la culpa virtual es evidente que la aplicación de anestesia por un equipo médico que trabaja con cierto estándar de cuidado y diligencia no debería derivar en un paro cardiorrespiratorio.

Requisitos⁴⁴

- 1) El daño debe necesariamente, ser atribuible a la falta de cuidado y diligencia, en virtud de la aplicación de las reglas de la lógica, y las máximas de la experiencia, de manera que sea una condición *sine qua non* del daño
- 2) Control material por parte del demandado del personal o el instrumento causante del daño. En este punto para poder establecer la presunción es necesario, que haya un

⁴³ Corte de Apelaciones Antofagasta 5 de Mayo del 2005, Considerando Tercero, Rol N° 1.105-2005 Legal Publishing IN. 33756

⁴⁴ NAVARRO 2003, 5

control exclusivo y excluyente de terceros respecto del control de estas circunstancias, porque de otra manera, el demandado podrá excusarse probando que él no ha realizado el acto dañoso, sino que ha sido obra de un tercero rompiendo el vínculo de causalidad del daño.

- 3) Que la propia víctima no haya contribuido a causar su daño. En estos casos es evidente que si la víctima se convierte en uno de los factores de la ocurrencia del daño, se producirá una clara interrupción del vínculo causal, que imposibilitara la aplicación de este principio.

La naturaleza jurídica de esta institución es similar a una presunción⁴⁵ legal, puesto que más allá de la pregunta si dentro de nuestro sistema las presunciones funcionan como un medio probatorio, es evidente que son normas jurídicas que alteran las reglas del *onus probandi*, permitiendo a una de las partes liberarse de la necesidad de probar sus afirmaciones. Además de esto se debe de admitir su funcionamiento como una presunción simplemente legal, puesto que el actor del daño puede liberarse de la responsabilidad por medio de la prueba de la diligencia, como prueba en contrario capaz de destruir la presunción. La prueba de la diligencia, tiene por objeto destruir el vínculo causal de la acción dañosa, con la ocurrencia del daño, por ejemplo estableciendo una acción alternativa, realizada por la víctima o un tercero como antecedente *sine qua non* del daño.

El problema de aplicación de el *res ipsa loquitur* se produce cuando un determinado daño, no es posible de atribuir sólo a una causa, hecho que sucede con relativa frecuencia en el área de responsabilidad médica, puesto que en la mayor parte de los casos, donde el daño es desproporcionadamente lesivo (tijeras olvidadas dentro del cuerpo del paciente), se puede presumir con claridad la culpa del agente. Pero hay una variedad de otros casos, donde no se puede atribuir el daño a la concurrencia de una causa exclusivamente, como en el contagio de una enfermedad intrahospitalaria, donde puede establecerse responsabilidad a) del equipo médico, por no aislar debidamente al paciente, b) de la víctima por exponerse al riesgo al salir intempestivamente de su cuarto, o bien, c) de un familiar o tercero que trajo consigo la enfermedad.

Una muestra de este problema está presente en el fallo sobre indemnización de perjuicios de Patricia Muñoz Oliva con el servicio de salud de Talcahuano, donde producto de una intervención tan sencilla como la colocación de una aguja la víctima desarrollo, un absceso producido por una infección intrahospitalaria produciéndole pérdida de sensibilidad en la pierna izquierda. El problema para los juzgadores era no poder determinar la culpa del servicio de salud, ante la imposibilidad de la víctima de presentar pruebas suficientes respecto de que la infección fue producida durante el tratamiento y no de forma posterior a causa del descuido propio de la demandante, de manera que el Tribunal de letras de Talcahuano terminó por desestimar la demanda ante la falta de pruebas. En segunda instancia la corte aplicó la doctrina de la culpa virtual para acreditar la responsabilidad, en los siguientes términos «Que

⁴⁵ NAVARRO 2003, 11

como puede apreciarse, todas las condiciones o circunstancias sólo pueden ser evitadas por el operador. Así producida una infección lo normal es que sea consecuencia de una falla de este. Es decir, no se trata de un caso fortuito, pues la infección es previsible y evitable. De esta manera, correspondía al demandado probar que el absceso fue causado por negligencia de la actora y como no se rindió prueba al respecto, cabe concluir que el resultado producido se debe a la falta de cuidado del encargado por quien responde la demandada»⁴⁶.

Son casos como éstos donde la aplicación de la culpa virtual se hace más compleja, y pierde la fuerza clarificadora que presenta en los casos de solución más simple requiriendo del tribunal una argumentación más elaborada, a fin de no transformar la culpa virtual en una cláusula de responsabilidad objetiva.

8.3- Facilidad probatoria.

Como regla general nuestro sistema probatorio está amparado en el principio de “*incumbit probatiio ei qui dicit non qui negat*”⁴⁷, que pone de parte del demandante la necesidad de probar, teniendo por objeto evitar que se promovieren acciones infundadas de parte de demandantes temerarios, pero, hay muchas situaciones donde la parte demandante no puede tener acceso al material probatorio, razón por la cual, la jurisprudencia ha elaborado doctrinas que flexibilizan la rigidez de las reglas del *onus probandi*, en virtud de situaciones de hecho como la facilidad de acceso al material probatorio a sólo una de las partes, produciendo una relación procesal insatisfactoria producto de la aplicación inflexible, de la carga de la prueba que corresponde al demandante, por el contrario considero que estas reglas deberían ser flexibles⁴⁸ en la medida que para poder mantener la igualdad de partes el juez pueda modificarlas en virtud de la naturaleza de los hechos alegados o el acceso de las partes a la prueba.

Por regla general se confunden y se les usa como sinónimos por la jurisprudencia a los términos de “facilidad probatoria” y “disponibilidad probatoria”, cuando en realidad responden a una naturaleza más propia de género y especie⁴⁹, puesto que la facilidad probatoria hace alusión a la dificultad que representa a las partes el aportar material probatorio en términos generales, y por otro lado la disponibilidad probatoria está, orientada a distinguir cual de las dos partes tiene materialmente acceso a la prueba, o al menos está en mejores condiciones sean materiales o intelectuales de aportarla al proceso.

El efecto de la aplicación de este principio no significa una alteración a las reglas del *onus probandi*, por invertir la carga de la prueba como se piensa comúnmente, sino que tiene por finalidad exonerar a la parte, que no tiene acceso a la prueba, del deber de presentar pue-

⁴⁶ Corte de Apelaciones de Concepción 27 de Enero de 2003 ID Legal Publishing 26953

⁴⁷ CHIOVENDA 2005, 78

⁴⁸ LLUCH y JUNOY 2007, 211

⁴⁹ FERNÁNDEZ 2006, 146

bas constitutivas en favor de su pretensión⁵⁰ y grava al demandado con la obligación de presentar pruebas a efecto de negar el hecho constitutivo, siempre y cuando esté en mejores condiciones de aportarla al proceso.

Inicialmente en España la doctrina de la facilidad probatoria tuvo origen en un corriente jurisprudencial, en el Tribunal Constitucional español.⁵¹ La sentencia del T.C. del 28 de noviembre de 1991⁵², describe como a una mujer se le había negado una pensión de viudez, porque ésta no pudo acreditar las cotizaciones efectuadas entre durante poco más de un año a la Seguridad Social, por su difunto esposo. Por otro lado la actividad procesal de la contraparte consistió en argumentar la imposibilidad de acceder a esos documentos, en circunstancias de tener la facilidad de acceder a estos. Así el tribunal en el considerando tercero dijo:

"Tales obstáculos y dificultades, debidos solo a deficiencias y carencias en el funcionamiento del propio INSS, no pueden repercutir en perjuicio de la solicitante de amparo, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza (*allegans propiam turpitudinem non liquet*). No es posible aceptar que quien puede acreditar la existencia o no de cotizaciones se niegue a ello invocando dificultades, reales o aparentes, para localizar los datos correspondientes; dificultades que, como ya hemos dicho, son en todo caso imputables únicamente al propio INSS y no a la actora"

Así con esta sentencia la jurisprudencia poco a poco comenzó a dar una aplicación más general a esta doctrina en especial en los procesos de responsabilidad médica atendidas sus especiales dificultades probatorias, como en la sentencia del 2 de diciembre de 1996⁵³ en el considerando tercero.

"El deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, qué duda cabe, aquellos tienen mucho más fácil acceso por su profesión". Posteriormente el principio de la facilidad probatoria fue reconocido en la propia legislación de enjuiciamiento civil⁵⁴ en la reforma del 7 de enero del 2000 esto facilitó enormemente su aplicación en estos casos y la consiguiente uniformidad en las sentencias que se basaban en este artículo, de hecho en la actualidad el principio de facilidad probatoria como un modo de flexibilizar las reglas del *onus probandi* se usa con frecuencia, a

⁵⁰ SANTOS y PICAZO 2001, 303

⁵¹ STC 227/1991

⁵² LLUCH Y JUNOY 2007, 91-93

⁵³ EDJ 2202/8619

⁵⁴ Artículo 217 LEC: "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

pesar de que tanto la doctrina han considerado darle una aplicación restringida al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, atendidos sus restrictivos supuestos de aplicación.

Respecto de nuestro ordenamiento jurídico la falta de una manifestación expresa de este principio no debería significar en principio una imposibilidad absoluta para su aplicación porque, la aplicación jurisprudencial de la facilidad probatoria previa a su positivización legal, demostrando que es un avance de naturaleza doctrinario. A pesar de la existencia de reglas que atribuyen la carga de la prueba al demandante, una interpretación sistemática de las reglas del *onus probandi* a la luz del principio de buena fe e igualdad procesal, podría permitir la flexibilización del artículo 1698 del CC.

Es destacable que la redacción del anteproyecto de Código Procesal Civil contenga una disposición donde expresamente consagra a la facilidad probatoria⁵⁵ en términos muy similares al artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil lo cual podría significar una solución definitiva de la mayor parte de casos de prueba diabólica, porque si bien como se dijo la positivización no es requisito de aplicación de esta doctrina, evidentemente facilita su aplicación y comprensión de parte de los jueces.

9) EFECTO PROBATORIO DE LAS CONVENCIONES DE

Las convenciones son acuerdos que tienen por objeto limitar (*cláusulas de responsabilidad atenuada*) o simplemente eliminar toda responsabilidad (*cláusulas de irresponsabilidad*), respecto de la parte que debería bajo condiciones normales, indemnizar el daño ocasionado a otro, producto del incumplimiento de un contrato o de la realización de un hecho ilícito, las cuales son esencialmente diferentes de las eximentes de responsabilidad (porque no hay culpa) y de los contratos de seguro, donde hay una responsabilidad, sólo que esta se releva desde el actor hacia la compañía de seguros.

El problema de redactar cláusulas con convenciones de responsabilidad es determinar la licitud de las mismas, puesto que en la doctrina se discute ampliamente la validez de estas disposiciones, en especial porque en muchos casos se trata de disposición de derechos intransferibles de las partes, y por tanto las convenciones de responsabilidad en las que se exime de toda responsabilidad al causante del daño adolecen de un vicio de nulidad por acaecer de objeto ilícito, respecto de este punto hay sensibilidades porque en determinados estatutos la ley ha sido mucho más clara al limitar la responsabilidad, específicamente en el derecho laboral, zanján con claridad los vicios de estas disposiciones, puesto que la propia ley declara la irrenunciabilidad de estos derechos Art.5 CT.

⁵⁵ Artículo 14 ACPC: “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 cual deberá comunicar a la partes 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 en la audiencia de juicio que disponga en su poder.”

Dentro de las indemnizaciones provenientes del incumplimiento de una obligación se debe distinguir, por ejemplo en materia contractual sólo está regulado el caso de la culpa cuando esta es calificada de grave, y la condonación del dolo futuro, lo que limita al menos un ámbito de la amplitud del precepto, pero deja incógnitas respecto de la culpa leve y levísima. En cambio en materia extracontractual, no hay una regla al respecto que zanje la discusión, pero la doctrina consideró que estas cláusulas eran ilícitas porque las normas que regulan la responsabilidad extracontractual son de orden público y por tanto irrenunciable para las partes, en el mismo sentido Giuseppe Chiovenda⁵⁶ considera que si bien procesalmente el principio dispositivo es la regla general de nuestro sistema probatorio, no significa que las partes tengan total dominio de las reglas del proceso, porque la resolución del juez puede estar, determinado por la ley y la actividad de las partes, pero no ser un objeto de estas últimas. Hay buenas razones para estimar que las convenciones de responsabilidad con carácter de eximentes no deberían ser toleradas por el Derecho. Entre estas razones se cuentan las siguientes:

- 1) Las personas se encuentran excluidas del comercio humano por tanto las obligaciones de carácter médico implican esencialmente disponer sobre el daño producido a partes del cuerpo humano como conjunto, bajo esta lógica resulta evidente que estas cláusulas son ilícitas, caso diverso es que una persona decida libremente no ejercer acciones de responsabilidad por el daño producido, porque en este caso sólo se está renunciando a efectos patrimoniales
- 2) La diferencia de poder entre las partes podría dejar en indefensión a los pacientes, me parece que por su naturaleza las prestaciones médicas no deberían ser consideradas como simples contratos de prestación de servicios, porque la diferencia de poder económico y por sobretodo de información entre las partes produce la posible indefensión de una víctima ante una negligencia médica, es decir debe tomarse en consideración que por regla general cuando una persona recurre a un centro asistencial, a solicitar un tratamiento médico no está en condiciones de emitir juicios de voluntad sobre las posibles indemnizaciones producto de una negligencia médica, porque o no tendrá la información necesaria para evaluar el riesgo ante el cual se está sometiendo y mucho menos podrá optar por otra opción en caso de que el paciente deba internarse de emergencia, por una dolencia grave.

Hay autores como Alessandri Rodríguez⁵⁷ que considera que la existencia de estas cláusulas son lícitas porque siguiendo las reglas del principio de legalidad en sentido negativo, la ley no ha sancionado la celebración o la validez de estos actos, y tampoco puede determinarse en qué medida se afecta el orden público puesto que en ellas no se renuncia a un derecho del

⁵⁶ CHIOVENDA 2005, 89

cual no se puede disponer, es más las partes cuando establecen una cláusula que limita o exime de toda responsabilidad al agente que ha causado un daño, lo que están haciendo en realidad es simplemente disponer de los efectos patrimoniales de haber ejercido una acción en un juicio de responsabilidad, que en definitiva se traduce generalmente en una suma de dinero que es totalmente disponible para la parte que *ex-ante* ha decidido renunciar a la posibilidad de demandar judicialmente para que sus daños sean resarcidos según el artículo 12 CC. Por tanto para estas doctrinas las normas establecidas en los artículos 2314 CC. y siguientes no son normas de orden público, puesto que sólo miran el aspecto patrimonial de la persona que ha sido víctima del daño.

Una opinión diferente esta presente en la doctrina del profesor Enrique Barros, quien decide que la forma correcta de abordar el problema proviene de la distinción entre la ilicitud de cláusula *per se* y la ilicitud proveniente de las condiciones en que fue celebrada dicha cláusula⁵⁸, siendo lícita la celebración de las cláusulas modificatorias de la responsabilidad que poseen un fundamento razonable, porque hay casos en que estas favorecen a los pacientes, que se someten a tratamientos tan riesgosos que sólo un médico amparado en una cláusula limitadora de la responsabilidad aplicaría el tratamiento. Otra fuente de ilicitud proviene de las condiciones, abusivas en que la cláusula ha sido acordada, atendiendo al poder de negociación de quien se beneficia de la limitación de responsabilidad.

Así podemos concluir que las cláusulas de responsabilidad tienen el poder de eximir la responsabilidad, alterar el nivel de diligencia, o modificar la carga de la prueba, y le será lícito disponer de ellas, cuando estas modificaciones favorezcan al paciente (la prohibición de celebrar pactos referentes a la integridad física de una persona tiene por finalidad la protección de la misma, por lo que no hay justificación para impedirle la celebración de cláusulas en su beneficio).

⁵⁷ALESSANDRI 1943, 466.

10) CONCLUSIÓN

Tratando de hacerme cargo de al menos una de las causas de la crisis de nuestra responsabilidad, he llegado a las páginas finales de este trabajo con la convicción de que el actual panorama probatorio es inaceptable para las víctimas, toda vez que nuestro sistema jurídico no está siendo eficiente a la hora de hacer frente a todas las nuevas hipótesis de responsabilidad de manera satisfactoria. Se puede concluir que esta situación tiene al menos dos causas, la primera hace alusión a la aplicación insuficiente de ciertos criterios judiciales para responder a los casos de responsabilidad médica, esto es producto quizás de la dificultad académica que significa analizar y entender las directrices de la *lex artis*, y la imposibilidad que significa para un juez conocer suficientemente las nuevas tendencias doctrinales aplicables a estos casos, esto ha impedido un análisis sistemático de casos, que permita crear soluciones a las dificultades procesales en la materia. A pesar de incuestionables avances como; la disminución de distinciones entre la responsabilidad contractual y extracontractual, o la distinción de obligaciones de medio y resultado, todavía existen muchas sentencias en que los tribunales, son incapaces de aplicar de manera correcta y uniforme estas doctrinas derivando una suerte de inseguridad jurídica entre los tribunales más instruidos, y aquellos que por ser más conservadores o bien por desconocimiento no aplican doctrinas incluso aceptadas reiteradamente por la Corte Suprema como son, la culpa virtual o la infraccional, dejando muchas hipótesis de responsabilidad médica en una impunidad injustificable.

La segunda causa atribuible a los problemas de nuestro actual sistema de responsabilidad, proviene de la rigidez procesal de nuestra legislación y es evidentemente que en algunas áreas ha quedado obsoleta, por ser incapaz de responder ante las nuevas relaciones procesales, donde la mayor parte de las veces es inexistente el antiguo paradigma de la igualdad de partes, muy por el contrario actualmente hay muchas situaciones donde la única igualdad de partes posible, será lograda por una actividad argumentativa del juzgador, tendiente a disminuir la diferencia entre ambas, y es más aunque un tribunal quisiera aplicar por ejemplo el criterio de la facilidad probatoria, su sentencia sería objeto de una casación por la inobservancia de las normas reguladoras de la prueba

Siendo realista y a pesar de la existencia de ciertas sentencias correctamente elaboradas, la verdadera solución a estos problemas provendrá de una solución legislativa como el anteproyecto de código procesal civil que acepte expresamente, la facilidad probatoria, la igualdad de armas y la buena fe como criterios para reducir la desigualdad procesal actual.

⁵⁸ BARROS, 2006, 1100

11) BIBLIOGRAFÍA

- ABEL LLUCH, X. Y PICÓ JUNOY, J. (2007) "Objeto y Carga de la Prueba Civil" España: Editorial J.M.Bosh Editor. 1ª edición.
- ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ PICAZO GIMÉNEZ (2001) "Derecho Procesal Civil" Madrid España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2ª edición
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1988) "Teoría de las Obligaciones" Santiago de Chile: Editorial Cono Sur
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1943) "De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Chileno", Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 3ª Edición, 2005.
- CARLOS CALVO COSTA (2007) "daños ocasionados por la labor médico asistencial" Buenos Aires Argentina: Editorial Hammurabi 1ª edición
- HUGO CÁRDENAS (2009) "La recepción jurisprudencial de la distinción de obligaciones de medio/obligaciones de resultado y otros expedientes probatorios unificadores de la responsabilidad civil médica" En CARLOS PIZARRO WILSON (2009) "*Estudios de Derecho Civil IV*", Santiago de Chile: Editorial Legal Publishing, 1ª Edición
- DAVID STITCHKIN (2008) "El mandato civil" Santiago de Chile: Editorial Jurídica 5ª edición
- EDUARDO COUTURE (1997) "Fundamentos del Derecho procesal civil" Buenos Aires Argentina: Ediciones Depalma, 3ª edición
- ENRIQUE BARROS BOURIE (2006) "Tratado de responsabilidad extracontractual" Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1ª edición
- ENRIQUE PAILLAS (2002) "Responsabilidad Médica" Santiago de Chile: Editorial lexis nexis 4ª edición
- GIOVANNA VISINTINI (1996) "Tratado de la responsabilidad civil" Buenos Aires Argentina: Editorial Astrea 1ª Edición
- GIUSEPPE CHIOVENDA (2005) "Instituciones de Derecho Procesal Civil" Buenos Aires Argentina: Valleta Ediciones 1ª edición
- GUAJARDO CARRASCO BALTAZAR (2005) "Aspectos de la responsabilidad civil médica" Santiago de Chile: Editorial Jurídica 2ª edición
- MARÍA AGOGÍA Y JUAN BORAGINA (1993) "Responsabilidad por incumplimiento contractual" Buenos Aires Argentina: Editorial Hammurabi 1ª edición
- TAPIA RODRÍGUEZ (2003) "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales" *Revista de Derecho*, Universidad Austral, vol. XV, 2003, pp. 75-111
- NAVARRO MÓNICA (2003) "Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario" *Anuario de Derecho Civil*, Vol 56 Nº3.
- PABLO RODRÍGUEZ GREZ (2002) *Responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 1ª Edición

- RENÉ ABELIUK MANASEVICH (2008) “Las Obligaciones” Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 5ª edición
- RODRIGO LEÓN URRUTIA (2007) “estudios de derecho civil II” Santiago de Chile: Editorial lexis nexis ,1ª edición
- PEDRO ZELAYA (1997), “Responsabilidad civil de hospitales y clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales)”, en *Revista de Derecho*, N° 201, enero-junio, Universidad de Concepción, pp 11 a 58
- VODANOVIC ANTONIO (1970), «Derecho de Obligaciones» Santiago de Chile: Editorial ediciones periodísticas y estadísticas, 1ª edición