

**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA
DE LOS
ESTABLECIMIENTOS DE SALUD**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO
EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

ALUMNA: TERESA DEL CARMEN TAPIA JIMÉNEZ
PROFESOR PATROCINANTE: RODRIGO MOMBERG URIBE

VALDIVIA, 15 DE ENERO DE 2005

Valdivia, 17 de enero de 2005

Sr. Juan Omar Cofre Lagos
Director Instituto Derecho Privado y Ciencias del Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Austral de Chile

REF: Informa Memoria de Prueba de Teresa Tapia Jiménez.

Dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, tengo el agrado de informar la Memoria de Prueba presentada por la alumna Teresa Tapia Jiménez, titulada **"Responsabilidad Civil Médica de los Establecimientos de Salud"**.

En lo relativo al aspecto formal de la presente tesis, la redacción utilizada por el memorista no es la más adecuada para una tesis de licenciatura. Por su parte, el nivel de vocabulario técnico y jurídico puede considerarse suficiente para un trabajo de esta naturaleza. Además en cuanto a la utilización de material bibliográfico, se ha consultado un número apropiado de fuentes, sin perjuicio de la escasa referencia a la doctrina comparada.

La tesis aborda una materia que si bien ha sido analizada por la doctrina, tiene actualidad debido principalmente al aumento considerable del número de litigios en que se acciona en contra del establecimiento de salud y no contra el profesional o profesionales que intervinieron en los hechos constitutivos de negligencia médica.

La autora se plantea el problema de establecer como estatuto aplicable en estos casos el de la responsabilidad extracontractual, por la ventajas que ello representaría para el afectado.

Sin embargo, es justamente el tema específico de la tesis el que aparece menos desarrollado en la misma, ya que no se exponen clara y

jurisprudenciales son escasas, haciéndose la mayoría de las veces una alusión indirecta, sólo en base a lo expuesto por otros autores al respecto.

En definitiva, se trata de un trabajo que no desarrolla adecuadamente la hipótesis que se planteó la autora, exponiendo sí las bases de la misma y otros temas conexos; por lo que el suscrito estima que la memoria informada debe ser calificada para todos los efectos reglamentarios con nota **5,0 (cinco coma cero)**.

RODRIGO MOMBERG URIBE

Profesor de Derecho Privado

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO PRIMERO: Nociones generales de responsabilidad	1
1.1 Concepto de responsabilidad	1
1.2 Tipos de responsabilidad	1
1.3 Requisitos para generar responsabilidad	1
CAPITULO SEGUNDO: Naturaleza jurídica – contractual o extracontractual- de la responsabilidad civil médica	1
CAPÍTULO TERCERO: Ventajas y desventajas de la responsabilidad civil contractual	1
3.1 Daño Corporal	
3.2 Daño Moral	
CAPÍTULO CUARTO: Ventajas y desventajas de la responsabilidad civil extracontractual	1
4.1 Ventajas	1
4.2. Desventajas	1
4.3 Teorías más aceptadas para solucionar el problema de la pluralidad de causas	1
4.4 Aplicación de estas teorías en el ámbito médico	1
CAPITULO QUINTO: Responsabilidad civil de los establecimientos de salud	1
5.1 Casos en que la responsabilidad médica es extracontractual	
5.2 Planteamiento del problema	
5.3 Contractualización de la responsabilidad civil médica de centros de atención de salud	1
5.3.1 Causas de la contractualización de la responsabilidad de la actividad médica	1
5.3.2 Problemas que suscita en la práctica la tesis contractualista	1
5.4 Responsabilidad extracontractual del establecimiento de salud privado	
5.4.1 Clases de presunciones de culpa	1
a) Responsabilidad por el hecho propio	1
b) Responsabilidad por el hecho ajeno	1

5.4.2 Fundamentos para la responsabilidad extracontractual de los hospitales	1
a) Responsabilidad por culpa “in eligiendo” o “vel vigilando.”	1
b) Responsabilidad vicaria, indirecta o sustituta	1
c) Responsabilidad por riesgo de empresa	1

CAPITULO SEXTO: Cúmulo u opción de responsabilidad civil **1**

6.1 Dificultad para defender la negación de opción extracontractual y sus problemas	1
---	---

6.2 Tendencias jurisprudenciales	1
----------------------------------	---

CONCLUSIONES **1**

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCION

En el último tiempo en nuestro país, las demandas interpuestas en contra de los médicos y establecimientos de salud han ido en aumento. Según datos de la Fundación de Asesoría Legal Médica, 87 juicios mensuales por negligencia contra los médicos es el promedio de este año; en el 2000, la cifra llegaba a 45 y en 1998 eran 16. El fenómeno se ha expandido aceleradamente y está fundamentado en una serie de variables culturales, económicas y legales. Las nuevas normas contenidas en el Auge sobre el tema, terminan profundizando un fenómeno que lejos de abaratar, termina encareciendo la salud: la medicina "defensiva"¹.

Por lo anterior y para analizar en profundidad este tema, en el capítulo primero entregaremos algunas nociones generales de responsabilidad, esto es, un concepto, tipo de responsabilidad y los requisitos que se deben cumplir para generarla.

En el capítulo segundo, abordaremos la discusión que se ha dado en doctrina acerca de la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica. Para ello, se analizará en términos generales su posible carácter contractual o extracontractual.

En el capítulo tercero, estudiaremos cuales son las ventajas y desventajas de la responsabilidad civil contractual que han sido esgrimidos por la doctrina nacional, además se examinará los conceptos de daño corporal y daño moral.

A su vez, en el capítulo cuarto se abordarán las ventajas y desventajas de la responsabilidad civil extracontractual. Aquí también se darán a conocer cuales son las teorías más aceptadas para solucionar el problema de la pluralidad de causas y su aplicación en el ámbito médico.

En el capítulo quinto, se considerará cuál es la responsabilidad civil que pueden asumir los establecimientos de salud cuando se cause un perjuicio al paciente en sus dependencias. Se verán cuáles son los casos en que la responsabilidad médica es extracontractual y también la contractualización de la responsabilidad civil médica de centros de atención de salud, sus causas, y los problemas que presenta en la práctica esta última tesis. Se incluirá aquí también un análisis de la responsabilidad extracontractual del establecimiento de salud privado y los fundamentos para que los hospitales asuman este tipo de responsabilidad.

Finalmente, en el capítulo sexto, se estudiará la posibilidad de cúmulo u opción de responsabilidad civil en nuestro país, es decir, que el acreedor de una obligación contractual incumplida que le causó daño abandone las normas de la responsabilidad contractual y dirija su acción indemnizatoria en base a las normas de la responsabilidad civil extracontractual, análisis

¹ Sagredo, Fernando. "Auge y Juicios por Negligencia contra Médicos: Camino hacia una Medicina a la Defensiva". Revista vida médica. Publicación Oficial del Colegio Médico de Chile A.G. Volumen LVI, N° 2, 2004. (p.6)

que incluye las tendencias jurisprudenciales en este punto.

CAPITULO PRIMERO: Nociones generales de responsabilidad

1.1 Concepto de responsabilidad

Para iniciar el estudio del asunto, que en esta memoria nos convoca, se hace necesario que determinemos previamente ciertos conceptos fundamentales para comprender esta cuestión.

Se ha dicho que responsabilidad significa "la obligación que tiene una persona de indemnizar o reparar los perjuicios a otra ocasionados, y se la ha dividido tradicionalmente en contractual y extracontractual, según si previamente unía a las partes un vínculo convencional o no"².

Del concepto anterior se desprende que junto a la responsabilidad debe existir un daño, el que debe ser reparado.

Ahora por daño se entiende "todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc."³.

1.2 Tipos de responsabilidad

De la definición de responsabilidad tenemos que existen, en el ámbito civil, al menos doctrinalmente, dos tipos:

- a) Contractual, aquella que se origina por no haberse cumplido o cumplido imperfecta o tardíamente una obligación válida preexistente
- b) Extracontractual se origina en la comisión de un delito o cuasidelito civil.

1.3 Requisitos para generar responsabilidad

Para que la responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, se genere, es necesario que se cumplan ciertos presupuestos, a saber:

- a) Incumplimiento o infracción de una obligación., esto ocurrirá sea contractualmente, conforme la vulneración de una obligación específica emanada de un contrato; materia en la cual todos los autores están contestes.

Con respecto a la obligación que da origen a la responsabilidad extracontractual, se discute ya que existen a lo menos dos posiciones doctrinales:

- Una de ellas sustentada por Pablo Rodríguez se origina en la infracción de una "obligación genérica, de un deber de conducta general de no causar daño a nadie".

² Abeliuk Manasevich, René. *Las obligaciones*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993. (p. 667)

³ Alessandri Rodríguez, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Santiago, 1973. (p.75)

- La otra posición, en la que se encuentra René Abeliuk, quien se refiere a que se comete un hecho ilícito con culpa (cuasidelito) o dolo (delito) de lo cual se origina la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados a la víctima.

b) Daño, significa un perjuicio ya sea en la persona como en el patrimonio de la víctima.

Además, según la doctrina y jurisprudencia nacional, daño moral es aquel que consiste en el dolor, pesar, angustia o molestia que sufre una persona en su sensibilidad física o síquica o en sus sentimientos, creencias o afectos, a consecuencia del hecho ilícito⁴.

c) Dolo o culpa del autor, debemos estarnos a la definición legal contenida en el artículo 44 del Código Civil y, por ende, entendemos por cada concepto lo siguiente: Dolo “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro” y la culpa en general es “la falta de diligencia o cuidado en la ejecución de un hecho o en el cumplimiento de una obligación”⁵.

Para efectos de esta tesis, incorporamos aquí tres definiciones que es necesario tener presente en cuanto a la responsabilidad civil médica:

- **Impericia**

“Se ha asimilado a la mala praxis, también se le denomina ignorancia inexcusable. Da cuenta de carencia de aquellos conocimientos que se suponen en una persona que ha efectuado estudios especiales en el ámbito de la medicina, los que pueden ser totales (ignorancia) o parciales (ineptitud)”⁶.

- **Imprudencia**

“Consiste en obrar sin las debidas precauciones que la ciencia medica hace aconsejables para evitar los riesgos a que pueden llevar los actos profesionales sin reflexión. Un actuar prudente implica evitar el riesgo.

Debe el médico usar el tino y la discreción en sus actos profesionales, no caer en el exceso ni la temeridad; el olvido de esta regla constituye la imprudencia”⁷.

- **Negligencia**

⁴ VV. AA. *La Constitucionalización del Derecho Chileno*. Editorial Jurídica de Chile, Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, 2003. Court M., Eduardo. “Daño corporal y daño moral: bases constitucionales de su reparación”. (p. 105)

⁵ Abeliuk Manasevich, René, Op.cit. (p.168).

⁶ Guajardo Carrasco, Baltasar. *Aspectos de la Responsabilidad Civil Médica, Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Librotecnia. Santiago de Chile, 2002. .(p. 182)

⁷ *Ibidem*. (p.182)

“Consiste en el incumplimiento de un deber, en una falta de precaución u omisión de la atención y de la diligencia debida, una pereza volitiva, todas ellas conductas que se cometerán usualmente por vía de omisión; una actividad pasiva del ser humano”⁸.

d) Relación de causalidad, es “el proceso que conduce desde la acción u omisión imputable al demandado al resultado dañoso imputado como resultante de la culpa”⁹.

e) Capacidad, La regla general se encuentra en el artículo 1446 del C.C.: “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”. En materia de responsabilidad contractual se exige la capacidad requerida para la celebración de los actos jurídicos. La excepción es la incapacidad.

Según el artículo 1447 del C.C. son absolutamente incapaces:

- Los dementes
- Los impúberes (mayor de 7 años y menor de 16)
- Las personas sordas o mudas que no puedan darse a entender claramente

En tanto son relativamente incapaces:

- Los menores adultos mayores de 16 y menores de 18
- Los disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo

La capacidad delictual es más amplia. Se encuentra señalada en el artículo 2319 del C.C. que expresa que son incapaces:

- Los dementes
- Los infantes (menor de 7 años)
- Los mayores de 7 años y menores de 16 años que hayan obrado sin discernimiento

Pero “serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén si pudieran imputárseles negligencia”.

Es importante referirnos en esta materia que las personas jurídicas son plenamente capaces de delito y cuasidelito civil, por lo tanto, responden de éstos, siempre que el órgano obre en el ejercicio de sus funciones.

Es necesario, por consiguiente, que para obligar a una persona a reparar el daño causado a la víctima, que en el autor se cumpla con los cinco requisitos antes expuestos.

⁸ Ibídem. (p.182)

⁹ Guajardo Carrasco, Baltasar. Op.cit (p. 196)

1.4 Concepto de responsabilidad civil médica

De acuerdo a lo que acabamos de indicar entendemos que es el deber de indemnizar los daños o perjuicios ocasionados con motivo del ejercicio de la medicina y que involucraría a todas las personas que en virtud de algún título profesional o técnico realicen una actividad destinada a la conservación de la salud y curación de las enfermedades del hombre¹⁰.

¹⁰ Flores Carvajal, Víctor. *Responsabilidad Civil Médica. Normativa, Doctrina y Jurisprudencia*. Editorial Metropolitana limitada. Santiago de Chile, 2002. (p.13)

CAPITULO SEGUNDO: Naturaleza jurídica – contractual o extracontractual-de la responsabilidad civil médica

Existe en Chile, lo que algunos autores –entre los que se puede mencionar a Cuevas Manríquez, Tapia Rodríguez, De la Maza Rivadeneira, entre otros-han denominado el “fenómeno de la contractualización de la relación médico – paciente”. Esto nos lleva a examinar que se han hecho grandes esfuerzos por encontrar argumentos que, indubitablemente, nos lleven a dicha conclusión.

Así, se ha entendido en una primera aproximación que dicho contrato sería de mandato, lo que tiene su asidero jurídico en el artículo 2118 del Código Civil que expresa “Los Servicios de los profesionales y carreras que suponen largos estudios...”. Esto, sin perjuicio de que se apliquen también las reglas de los artículos 2006 al 2102, sobre arrendamiento de servicios inmateriales.

Desde el punto de vista doctrinario de la clasificación de los contratos, estaríamos ante un contrato atípico mixto, es decir, si se produce un incumplimiento habrá que descomponer el contrato para ver las normas que se aplicarán, además, el mandato es un contrato consensual que al igual que el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales se perfecciona con el solo consentimiento, basta de parte del mandante en este caso del paciente, que acepte ser examinado, y por el médico (mandatario) que acepte el encargo, para que se entienda que existe una aquiescencia tácita.

Sin embargo, no siempre esta relación se inicia teniendo por fuente un contrato celebrado directamente entre el médico y el paciente, pues existen algunos casos en que dicha relación inicial es:

- Una estipulación a favor de terceros (artículo 1449) ya que nuestro ordenamiento permite que se generen derechos para un tercero que no ha celebrado el contrato,
- En un cuasicontrato de agencia oficiosa (artículos 2284 y 2286).

Esto no impide que finalmente la relación sea de carácter contractual y las normas aplicables ante el incumplimiento sean las de responsabilidad civil contractual.

Así sería desde la perspectiva de la mayoría de los autores, entre ellos, Alessandri para quienes las reglas del derecho común a aplicar en obligaciones cuya fuente es un contrato, un cuasicontrato o la ley son las del Libro Cuarto, Título XII del Código Civil, que trata del Efecto de las Obligaciones.

Según la minoría de la doctrina, entre los que encuentran autores como Carlos Ducci y Pablo Rodríguez las reglas aplicables de derecho común serían las de la responsabilidad civil extracontractual.

En consecuencia, en las mismas condiciones según lo escrito se encontraría la relación que se establece entre un enfermo o herido, que es atendido en la calle por un médico

desconocido o, en todo caso, que la responsabilidad se origina en un hecho lícito que genera obligaciones.

Ahora, si el médico es buscado por cualquiera persona, para atender a un herido o enfermo, se entiende que estipula con el médico a favor de aquél.

Cabe hacer notar que en estas situaciones los autores no dejan de reconocer que para encontrarse sin lugar a dudas en una relación de naturaleza contractual, se necesita que el paciente manifieste, aunque sea tácitamente su aceptación. Falta en esta relación contractual un elemento no menor, nada menos que la formación del consentimiento para que el contrato se repute perfecto.

Por su parte, Enrique Paillas señala “si bien el contrato de prestaciones de servicios médicos puede tener alguna semejanza con ciertos contratos especialmente reglados en el Código Civil, se aparta del arrendamiento de servicios inmateriales del mandato y de otros por la particular forma que reviste. El profesional médico aporta su técnica y su experiencia: diagnóstica y aconseja; eso va mucho más allá de las obligaciones que se contraen por aquellas convenciones.

Es un contrato atípico al cual se aplican las normas generales de Derecho”¹¹.

Entonces debemos preguntarnos el por qué de este esfuerzo, por entender esta relación como un hecho jurídicamente institucionalizado.

Por otra parte y situándonos ahora en la etapa de formación del contrato, el llamado contrato médico nace a la vida del derecho -como señala Philippe Malaurie y Laurent Aynes- ¿cuál es la conciencia y la libertad del “sí, doctor” otorgado por un inexperto, un desposeído o un enfermo crónico?¹² A pesar de esto, el autor Mauricio Tapia afirma que “este papel borroso de la voluntad del paciente no puede llevar a desconocer que existe un verdadero acuerdo al menos sobre la esencialidad del contrato (servicios que se prestarán y su remuneración)”¹³.

Esta materia ha sido ampliamente tratada debido a que hay grandes diferencias entre ambos estatutos y esto se percibe como poco justo para el paciente, quien por su falta de conocimiento de la “lex artis” actúa como el contratante débil en dicha relación. Mauricio Tapia se refiere a ello en estos términos “El incumplimiento de los deberes profesionales acarrea en ocasiones daño tanto al cliente como a terceros y ¿Cómo puede justificarse que esta situación afecte las condiciones de la extensión de la responsabilidad del médico si se trata de una misma prestación profesional? ¿Puede sostenerse acaso que los deberes fundamentales de prudencia y de diligencia del médico son distintos si se interviene a un cliente o si se trata a un desconocido que es ingresado inconsciente? Aparentemente no existe justificación suficiente para estas discriminaciones”¹⁴.

¹¹ Paillas, Enrique. *Responsabilidad Médica*. Editorial Conosur, Tercera edición, Santiago de Chile, 1999. (p. 27)

¹² Tapia Rodríguez, Mauricio. “Responsabilidad Civil Médica”. Revista de Derecho, volumen XV Universidad Austral de Chile. 2002. (p.82)

¹³ *Ibidem*. (p.82)

¹⁴ *Ibidem*. (p.83)

Con respecto a la tendencia jurisprudencial en Chile esta es *extracontractual*. Así lo señala Mauricio Tapia, quien expresó : “a pesar que existe un relativo consenso acerca de una fuerte presencia de la responsabilidad contractual en este ámbito los casos fallados por la jurisprudencia nacional son resueltos frecuentemente en sede extracontractual, cuestión que se explica por las ventajas de este estatuto y porque numerosos casos de negligencia médica se resuelven en sede penal donde se deduce accesoriamente la acción civil extracontractual de indemnización de perjuicios”¹⁵. Dicha figura se observa cuando del mismo incumplimiento se genera un daño y un delito o cuasidelito penal, aunque esto sucede en la práctica, la mayoría de los autores sostiene que las normas por las cuales debe responderse son las de responsabilidad civil contractual, ya que existía un vínculo obligacional previo y que fue justamente su incumplimiento lo que causó el daño.

Un tercer argumento que esgrime una minoría de autores que no acepta a cabalidad, y continúa discutiendo acerca de la naturaleza contractual de la responsabilidad del médico, la encontramos en aquellos que hacen una mención previa a la clasificación de obligaciones en obligación de medios o de prudencia, y obligación de resultados o determinada, destacando que la mayor parte de las veces la obligación que asume el médico es de medios. Así Tapia Suárez estima que “la obligación de medios engloba, en realidad dos obligaciones: la de ejecutar el acto convenido y, además, otra de carácter general: la de ejecutarlo con la debida diligencia y cuidado. Esta última no sería propia y exclusiva de los contratos como pudiera desprenderse de los términos del artículo 1546 del Código Civil, sino de todos los actos que puedan generar efectos materiales o jurídicos”¹⁶. En consecuencia, según el autor “la infracción de la primera de las obligaciones a que se ha hecho referencia, dará origen siempre a responsabilidad contractual, en tanto que la segunda, es decir, la de emplear la debida diligencia y cuidado en la ejecución del hecho convenido sería más bien de carácter extracontractual y, de ahí que quien alegue su infracción deba probar la culpa. Por ello es que el médico que se compromete a operar a un enfermo contraería una obligación de medios que a su vez envolvería dos obligaciones: una de carácter puramente contractual, cual es la de realizar la operación prometida, y la otra de naturaleza extracontractual, la de efectuar dicha operación con la debida diligencia y cuidado. Si el médico no llevara a cabo la operación a que se ha comprometido incurrirá en la violación de una obligación puramente contractual y su responsabilidad no podría ser otra que la contractual; su culpabilidad se presumiría por el sólo hecho de la inejecución de la referida obligación. Puede ocurrir que el médico efectúe la operación prometida pero que debido a su torpeza, el enfermo se muera o le sobrevenga cualquier complicación; en este caso, para establecer la responsabilidad del facultativo sería menester que se probara que ha obrado culpablemente, que

¹⁵ *Ibidem.* (p.84)

¹⁶ Tapia Suárez, Orlando. “De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual de los contratantes”. Publicaciones del Seminario de Derecho Privado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción. Concepción, 1941. (p. 384) y siguientes. Citado por Acosta Ramírez, Vicente, (p. 246)

ha infringido su deber general de prudencia y diligencia, que sería de naturaleza extracontractual”¹⁷.

Sin embargo, aunque doctrinalmente se reconoce que la obligación del médico es una obligación de medios, es decir, se obliga a poner a disposición del paciente sus conocimientos adquiridos de la ciencia médica, empleando la prudencia y diligencia necesaria en ello, no pueden compararse las situaciones. “Por esto, la conducta que puede esperarse de un médico que opera a un paciente en un hospital de provincia de pocos recursos, o bien, en una situación de urgencia, es diferente de aquella que se puede exigir de un médico que planifica una operación en una clínica especializada, con medios sofisticados”¹⁸.

La clasificación de obligaciones en de medios y de resultado, ha sido aceptada poco a poco por nuestros tribunales, pese a su principal impedimento que lo encontramos en el artículo 1547 del Código Civil que dice en términos generales: “La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”. Así, siempre será el que debió emplearlo quien acredite no haber actuado negligentemente. Variadas soluciones han tratado de sortear dicho impedimento; los autores que aceptan esta clasificación expresan que “esta presunción sólo se aplicaría si el médico no efectúa la intervención y no cuando lo haga defectuosamente”¹⁹, ya que en el primer caso incumple un deber contractual y, en el segundo, un deber legal.

Otro grupo de autores entre los que se encuentra Hernán Corral acepta que se aplique la regla de dicho artículo a la responsabilidad civil del médico. Siendo así, inexplicablemente, se exige que se pruebe el incumplimiento negligente²⁰.

Aunque no se acepte en nuestro ordenamiento esta clasificación, no puede dejarse de lado que existen obligaciones, especialmente las del acto médico, que por su naturaleza exige un juicio de valor, para poder apreciar si hubo cumplimiento o no. Porque la medicina es una ciencia aproximativa en que además interviene un elemento aleatorio en su ejecución, no basta acreditar que el enfermo no sanó para que nazca la responsabilidad médica.

Ahora en justicia no hay legitimación alguna para discriminar entre enfermos que reciben igual prestación médica para que el que ingresó en inconsciencia a probar la negligencia (si no existe contrato no se aplica la presunción de culpa en el artículo 1547 del Código Civil) y al no tener que probarla el paciente que por estar consciente acepta los tratamientos propuestos.

Algunos juristas piensan que esto conduciría al desincentivo de la suscripción de contratos médicos por parte de estos profesionales para eludir la presunción de culpa.

Como los casos de responsabilidad civil médica de preferencia se resuelven en sede extracontractual esto no es frecuente, así es la víctima quien debe probar la negligencia en que incurrió el médico.

¹⁷ *Ibidem.* (p.246)

¹⁸ Tapia Rodríguez, Mauricio. *Op. cit.* (p.89)

¹⁹ *Ibidem.* (p 89)

²⁰ Cfr. Corral Talciani, Hernán. *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractuales*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2003 (p.273)

Vistas así las cosas, si pensamos en nuestro sistema probatorio, la complejidad de la medicina moderna, lo que hace es dificultar al paciente la acreditación de la negligencia; la ficha clínica es prácticamente inaccesible y de acceder a ella resulta incomprensible para quien no es médico, los informes de peritos tienen un valor económico elevado, sus conclusiones muy técnicas y la más de las veces, equívocas. Además, poder individualizar el origen del daño provocado en una clínica u hospital cuando actúan como privados, donde intervienen varios profesionales, personal auxiliar e infinidad de aparatos e instrumental médico, convierte la acreditación de la negligencia del médico en lo que conocemos como “prueba diabólica”.

CAPITULO TERCERO: Ventajas y desventajas de las reglas de la responsabilidad civil contractual

Sabemos que cuando hablamos de responsabilidad contractual existe un vínculo jurídico previo que consiste en la obligación emanada de un contrato y que es justamente su incumplimiento total, parcial, o tardío, lo que origina daño en uno de los contratantes dando origen a la responsabilidad contractual. Dicho de otra manera, la responsabilidad viene a ser en suma un efecto de las obligaciones derivadas del contrato.

Habitualmente, el médico cumple sus obligaciones, que en líneas generales son:

- “Llevar a cabo la actividad tendiente a obtener un diagnóstico certero u obligación de diagnóstico
- Intervenir o tratar diligentemente al paciente
- Guardar secreto profesional”²¹

La obligación de diagnóstico se cumple, el profesional realiza el diagnóstico, pero no basta con eso, es decir con la obligación de un diagnóstico correcto. Guajardo Carrasco, por ejemplo, sostiene que: “Un gran número de litigios sobre esta materia han tenido su causa en errores diferentes al diagnóstico.

Cualquier tipo de cuestionamiento jurídico frente a un diagnóstico culpable es una tarea más que compleja. Ello debido a que se trata de un área del conocimiento médico copiosa de datos científicos y en donde se quiera o no, siempre habrá que considerar la falibilidad del elemento humano que en este caso es el profesional que concluye el diagnóstico”²².

Si a esta tarea que es de por sí compleja - salvo aquellas que trata de una patología que con sólo un síntoma se puede diagnosticar, ya sea porque sus signos son usuales o porque se trata de una enfermedad patognomónica (que posee síntomas exclusivos)- le agregamos que el cuerpo médico mantiene frente a la actividad diagnóstica una particular posición: “...creemos -Cruz Coke- que es imposible para un jurista calificar la negligencia o impericia en un error diagnóstico. No existen límites de grado. Sencillamente el diagnóstico debe quedar fuera del análisis jurídico y dentro de los límites de la profesión médica representada por los organismos responsables del Colegio Médico, además califica el acto del diagnóstico como el acto médico por excelencia”²³.

²¹ Guajardo Carrasco, Baltasar. Op.cit. (p.63)

²² Ibídem. (p.63)

²³ Cruz Coke, Ricardo. “Responsabilidad Penal del médico y Ética Médica”. Revista Médica de Chile N° 108. Santiago, 1980. (p.1147 y siguientes)

Nos encontramos en una situación bastante compleja, ahora si el diagnóstico es errado por el simple proceso lógico de las cosas la intervención y tratamiento serán también equivocados. Visto así el asunto, resulta comprensible que la mayoría de los autores se inclinen porque la relación médico- paciente y paciente-clínica sea de naturaleza contractual.

Desde esta perspectiva el paciente víctima del daño se asila en el artículo 1547 de Código Civil de cuyo texto se desprende la presunción de culpa de quien no ha cumplido su obligación emanada del contrato. Así, la víctima sólo deberá probar:

- La existencia de un contrato incumplido
- El daño
- Y la relación de causalidad que existe entre ambos

3.1 Ventajas

La principal ventaja es que, en el cumplimiento del contrato, la culpa se presume queda entonces, a cargo del médico acreditar que sí actuó con la debida diligencia, en palabras de lo que nos convoca, que actuó como lo habría hecho un médico prudente, seguro, meticulouso, honesto y con la debida preparación técnica y científica, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la culpa se aprecia “in abstracto”.

La segunda ventaja que se observa es aquella que dice relación con el lapso de tiempo en que prescribe la acción indemnizatoria que sería de 5 años contados desde la fecha en que la obligación se ha hecho exigible.

3.2 Desventajas

Así como buscar asilo en las normas que regulan la responsabilidad civil médica tiene estas dos ventajas en su extremo como desventaja encontramos que la jurisprudencia- aunque cada vez menos- niega la reparación del daño moral cuando existe un vínculo jurídico previo entre el agente del daño y la víctima de éste.

¿Y en que supuesto de obligación de reparación del daño moral puede ser más evidente que en el daño producido por el médico al ejecutar su quehacer con temeridad, negligencia o impericia? Ya que por la naturaleza de su profesión tiene la responsabilidad múltiple de proteger y defender la salud y la vida de todas y cada una de las personas a su cargo; es con más la profesión médica la que soporta la mayor carga de deberes humanos y sociales²⁴.

Quienes argumentan la improcedencia de indemnizar el daño moral de los perjuicios derivados de la infracción de un contrato, lo hacen basándose en que:

- a) El artículo 1556 del Código Civil se refiere a la indemnización contractual del daño emergente y del lucro cesante que son conceptos patrimoniales, así la ley no se pronuncia

²⁴ Cruz-Coke, Ricardo. Op. Cit. (p. 1147)

acerca de reparar el daño moral; a diferencia de los artículos 2314 y 2329 del Código Civil que se refieren a reparar todo daño indemnizable

- b) La evaluación del daño en materia contractual es rígida, ya que por regla general se indemnizan los perjuicios directos previstos (artículo 1558) y aquellos cuya especie y monto se ha probado en el juicio (artículo 173 del Código de Procedimiento Civil).
- c) Un tercer argumento dice relación con la historia, puesto que se dice que los juristas anteriores a la redacción del Código Civil en Francia, en especial Domat y Pothier, eran contrarios a tal indemnización.
- d) El contrato no es instrumento de satisfacciones de orden moral o espiritual sino de creación, circulación y distribución de bienes y servicios patrimoniales. No habría porqué considerar el dolor sufrido por el incumplimiento, que es algo subjetivo y variable.

Por otro lado, “los autores que sostienen lo contrario lo hacen basados en que:

- a) Si el Código Civil no dice nada se puede resolver conforme a la equidad
- b) La obligación en una concepción moderna permite afirmar que la prestación puede tener no sólo un contenido económico, sino también espiritual o moral
- c) Hay contratos que por naturaleza o por disposición de la ley (artículo 1546 C.C.) imponen o llevan implícita la obligación de seguridad a favor de uno de los contratantes por ejemplo, transporte, ferias de espectáculos, hospedajes, entre otros. En ellos todo daño, ya sea material o moral, que resulte de la infracción del contrato y de la obligación de seguridad implícita debe indemnizarse. Así existen sentencias como el fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago del 20 de octubre de 1994 que condenó al Banco de Chile al pago de una indemnización de perjuicios por daño moral contractual ocasionado a una abogada²⁵, pues consideró que se había producido con el incumplimiento del contrato un daño a la dignidad de la persona.

Esto se ve reflejado en la jurisprudencia ya que de 10 casos analizados por Enrique Paillas en el 60 % se aceptó indemnizarlo. La Jurisprudencia ha resuelto por así decirlo, la falta de esta norma en el estatuto de la responsabilidad contractual.

- d) El artículo 1546 del CC. expresa que los contratos deben cumplirse de buena fe, por lo tanto, debe considerarse el dolor que sufre el acreedor por culpa del deudor²⁶.
- e) El fundamento jurídico de la indemnización del daño moral, es que éste se proyecta al área pecuniaria, lo que sucede al afectarse la capacidad del acreedor como administrador, productor o sus facultades intelectuales que, por cierto, comprometen todas sus actuaciones.

“Existe una entidad ontológica que comprende todos los intereses jurídicamente

²⁵ Revista Fallos del Mes, N°431, Octubre de 1994 (pp. 657-663)

²⁶ De la Maza Rivadeneira, Lorenzo. “La Responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica”. Revista Chilena de Derecho, volumen XV N°1. 1988 (p. 29)

protegidos del sujeto, por esto no resulta extraño que una lesión patrimonial se proyecte al campo de los intereses no patrimoniales y viceversa. La posición que sustenta es la transformación del daño moral en daño material sobre la base de una ficción, consistente en dar por establecido que la afectación de los sentimientos más íntimos de una persona influye en sus capacidades y aptitudes productivas. De aquí que considerar que el daño moral es un daño virtual, futuro, derivado y propiamente una manifestación específica del lucro cesante”²⁷.

El daño moral se indemniza como daño material en el incumplimiento contractual

En el ámbito médico el daño consistirá en principio, en menoscabo en la salud o integridad corporal, como por ejemplo: la pérdida de un miembro, de alguna función corporal o la aparición o agravación de una enfermedad física o mental. El daño médico puede llegar a su máxima expresión con la muerte del paciente. Además de los casos señalados, el daño médico puede llegar a extenderse a los gastos extraordinarios originados como consecuencia del tratamiento del hecho dañoso a los dolores causados por preocupaciones de orden físico o moral, como puede ser la muerte de un pariente próximo y, por último, cualquier daño moral que se puede experimentar.

Como ya hemos señalado la responsabilidad civil busca la reparación del daño que la víctima ha experimentado, es decir, lo que se busca es la correspondiente indemnización por el perjuicio que se ha sufrido.

Visto lo anterior, aunque en doctrina se discute la procedencia de la indemnización del daño moral en sede contractual, la tendencia jurisprudencial ha discrepado de ello.

“La doctrina chilena reciente ha reconocido la existencia de normas constitucionales que indudablemente constituyen un reconocimiento del constituyente de la reglas de reparación de daños extrapatrimoniales”²⁸.

La reparación del daño moral encuentra su asidero en los artículos 1 y 5, inciso 2 de la Constitución Política de la República pues en ellos se reconoce la personalidad humana en su más amplia expresión, sin embargo estas normas no son las únicas, existen otras que más concretamente permiten su admisibilidad.

Eduardo Court hace una clasificación del daño distinto a la realizada por la doctrina y jurisprudencia nacional –siguiendo a Elorriaga De Bonis, Fabián- que toma como criterio básico la noción de patrimonio distinguiendo así entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

Los daños patrimoniales recaen sobre intereses patrimoniales. En ellos encontramos el daño emergente y lucro cesante.

Los daños no patrimoniales o extrapatrimoniales recaen sobre elementos de difícil estimación pecuniaria, pues su contenido no es directamente económico por lo tanto su

²⁷ Rodríguez Grez, Pablo. *La Responsabilidad contractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 2003. (p.239)

²⁸ Court Murasso, Eduardo. Op. cit. (p.106)

reparación necesariamente será por equivalencia y asumen dos formas: personales que afectan a la persona humana; y no personales que recaen fuera de ella.

Los daños extrapatrimoniales personales: formados por el daño moral y daño corporal.

“Daño corporal es el que se causa a una persona en su organismo o en su mente: es un daño biológico que afecta a identidad física o síquica del hombre, de manera que este tipo de daño considerado tradicionalmente como daño material, o bien, comprendido a veces dentro de la indemnización de daño moral, constituye una categoría de daño no patrimonial distinto de estos y, por lo tanto, debe ser indemnizado en forma autónoma”²⁹.

3.3 Daño Corporal

Su fundamento se encuentra en el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental, puesto que el Constituyente protege no sólo la vida de la persona sino también su integridad física y síquica, y el daño corporal es el que se causa a una persona en su organismo o en su mente, o sea “que constituye un daño biológico que afecta la integridad física o síquica del hombre; también se funda en el artículo 19 N°9, ya que establece el derecho a la protección de la salud de las personas”³⁰.

3.4 Daño Moral

Las normas citadas anteriormente sirven también como fundamento para reparar el daño moral. En este caso se puede incluir además el artículo 19 N° 4 que garantiza “el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia”. Vistas así las cosas “aquel atentado que menoscabe o causa detrimento a estos derechos de la personalidad, debe ser indemnizado en cumplimiento del mandato constitucional de protección de los mismos”³¹.

La Carta Fundamental en su artículo 19 N° 24 inciso 3° que dice relación con la expropiación, limita expresamente “la indemnización de perjuicios al daño patrimonial efectivamente causado”. Lo que hace concluir a algunos autores que “para exceptuar el daño moral de la reparación”³² es imprescindible norma escrita.

Vistas así las cosas, es de suma importancia que el derecho de pedir la restauración del daño no patrimonial esté reconocido en nuestra Constitución. Su importancia se manifiesta en dos aspectos:

- 1) Por el principio de la supremacía de la Constitución que manda al legislador que al regular la responsabilidad civil debe obedecerla.

²⁹ Vicente Domingo, Elena. “Los daños corporales: Tipología y Valoración”, Barcelona 1994; y D Cupis Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch. Casa editorial S.A., Barcelona, 1975. Citado por Court Murasso Eduardo, Op cit. (p. 106)

³⁰ Court Murasso, Eduardo op cit. (p. 107)

³¹ Ibidem (p.108)

³² Ibidem (p.109)

- 2) La postura tradicional de la doctrina y la jurisprudencia ha estimado que básicamente el artículo 1556 no admite la indemnización de daño moral contractual.

Con respecto al primero de los aspectos el artículo 6 de la norma suprema importa, como sabemos, “una orden al legislador para que toda norma que éste dicte contribuya a que estos derechos no queden vacíos de contenido. Importa un mandato al legislador en cuanto a la protección efectiva de los derechos que la Constitución asegura. De manera que una ley que prohíba o limite en forma general e injustificada el derecho a obtener la reparación de un daño, sería manifiestamente inconstitucional. Refuerza esta conclusión el artículo 19 N° 26, según el cual los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta establece o que las limitan en los casos en que ella lo autoriza no pueden afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”³³.

Según lo escrito, hoy pueden esgrimirse distintos argumentos doctrinarios para la admisibilidad de la reparación del daño moral en sede contractual, pero, lo cierto es que los fallos recientes de nuestros tribunales que en los últimos años – como ya hemos mencionado anteriormente- han ido revirtiendo lentamente esta posición ya que han encontrado en normas de nuestra Carta Fundamental justificación y fundamento que les ha permitido acoger demandas indemnizatorias del daño moral derivado del contrato³⁴.

En relación a lo dicho, debemos por cierto reconocer que no existe en la Constitución una norma que expresamente establezca que toda persona tiene derecho a exigir que el daño sufrido le sea íntegramente reparado. Estima Eduardo Court, que de diversas normas de la Constitución se puede inducir el *principio* de que toda persona tiene derecho a exigir que la reparación del daño le sea cabalmente reparado. Se apoya para ello, en el artículo 19 N° 1, lo que en materia de responsabilidad civil se traduciría en que las víctimas tienen derecho a exigir que la reparación del daño a la vida e integridad de la persona en sus dos aspectos (físico y síquico) sea completa.

También se desprende el principio del artículo 19 N° 3 que establece la protección de los derechos de las personas que se vería seriamente limitado por el legislador si este impidiera a la víctima instar por la reparación total del daño sufrido.

Una segunda desventaja es que en materia contractual si los deudores de la indemnización son varios, en general, no existe solidaridad entre ellos (artículo 1511 y 1526 inciso 1°).

Para el autor De la Maza, que la obligación en esta circunstancia sea simplemente conjunta o mancomunada en materia de responsabilidad civil derivada de la actividad médica es de fundamental importancia, puesto que expresa “esta especialidad tiende cada vez más a convertirse en una actividad ejercida por grupos o equipos en los que puede haber varios

³³ Court Murasso, Eduardo, op cit. (p.110)

³⁴ Domínguez Hidalgo, Carmen. *El daño Moral* citado por Court Murasso, Eduardo. (pp. 357-366)

culpables o responsables, no obstante lo cual cada uno lo sería solamente por la cuota que le corresponda en la obligación de indemnizar perjuicios³⁵.

Otros autores nacionales opinan que más bien sería una desventaja para el paciente, ya que en la actividad médica justamente son muchas las personas que participan verbigracia una intervención quirúrgica, y si a eso le sumamos lo difícil que puede ser determinar quién o quiénes son los responsables, resulta menos complejo para el paciente que exista en este aspecto la solidaridad, en relación a que al demandar se busque un patrimonio solvente el cual normalmente será la clínica; distinto es que esta pueda posteriormente repetir contra quienes resulten culpables

Una tercera desventaja es que en materia contractual la culpa admite graduaciones, establecido por el artículo 44 del CC, de modo que la responsabilidad del deudor no siempre es la misma (artículo 1547).

Para explicar cada uno de ellos el Código Civil se sirve de tres tipos o figuras de personas que les sirven para definir los tres grados de culpa que establece.

La explicación de la culpa leve o simplemente culpa aparece determinada por dos elementos a saber: negocios propios y diligencia y cuidado que suelen emplearse ordinariamente. Para caracterizar mejor el tipo de hombre al que se está refiriendo agrega que “el que debe administrar un negocio como un buen padre de familia responde de esta especie culpa”.

Es probable que el juez deba reemplazar el concepto de buen padre de familia por el de buen profesional médico.

En virtud del artículo 1547 del CC, el facultativo responderá de culpa leve, puesto que, el contrato médico por regla general reporta beneficios para ambas partes, salvo que en el respectivo contrato se establezca de modo expreso que el facultativo deba responder por culpa levísima, modificándose un elemento de la naturaleza del contrato. En ningún caso podría exonerarse al médico de la culpa lata, puesto que en materia civil se asimila al dolo en virtud del artículo 1465 del CC “...la condonación del dolo futuro no vale”. Cabe entonces preguntarse si la culpa en que incurre un médico es levísima ¿No habrá responsabilidad contractual para el infractor?

Pero dice -De la Maza- los actos violatorios del humanismo médico y de los principios básicos de la profesión son ilícitos con independencia del cuidado, prudencia y diligencia que puedan usarse al realizarlos.

Este requisito de la ilicitud es importante, ya que junto con el requisito de imputabilidad es el que permite introducir en la responsabilidad civil delictual las causas de justificación, que nuestra legislación civil ni siquiera menciona.

En materia penal las causales de justificación se encuentran en el artículo 10 del Código Penal que es tan amplio que comprende cualquier caso en que se justifique el hecho,

³⁵ De la Maza Rivadeneira, Lorenzo. Op. cit. (p.30)

precisamente por carecer del requisito de ilicitud³⁶. De sus numerales el más utilizado en esta materia es el numeral 10.

Flores Carvajal al respecto expresa que : “la antijuridicidad que envuelve una conducta que conlleva la obligación de indemnizar perjuicios , en el derecho civil, está representada por la obligación general de no causar daño a quien no está obligado a soportarlo , es decir, no debe existir legitimidad en la causación del daño .

En tal sentido el facultativo, en el ejercicio de la medicina está legitimado para causar ciertas lesiones –por ejemplo, lesiones necesarias ocasionadas en intervenciones quirúrgicas- razón por la cual ha de entenderse que tales daños no envuelven antijuridicidad, la cual sólo estará presente en aquellos perjuicios a que el paciente no estaba obligado a soportar”³⁷ .

Una cuarta desventaja dice relación con el hecho que la responsabilidad contractual cuando emana de la infracción de un vínculo jurídico previo requiere que el acreedor constituya en mora al deudor.

La quinta desventaja dice relación con la extensión del daño indemnizable, ya que en materia contractual comprende sólo los perjuicios directos previstos cuando el incumplimiento del deudor es culpable y sólo se repararán los perjuicios imprevistos cuando se pueda imputar dolo a su incumplimiento lo cual es casi imposible, puesto que ningún médico tiene la intención de dañar un paciente. Nos encontraríamos en este escenario en el caso que la culpa sea tan grave que en ese caso jurídicamente se hace equivalente a dolo, claro que si se alega dolo, éste debe ser probado, ya que el dolo no se presume.

Ahora, en materia procesal, en cuanto a la apreciación del daño, “el juez se encuentra limitado por el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil, pudiendo únicamente ordenar el pago de la indemnización de los perjuicios cuya naturaleza o especie y cuyo monto han sido probados”³⁸ .

³⁶ Ibidem. (p. 25)

³⁷ Flores Carvajal, Víctor. Op. cit. (p. 140)

³⁸ De la Maza Rivadeneira, Lorenzo. Op. cit. (p.30)

CAPITULO CUARTO: Ventajas y desventajas de la responsabilidad civil extracontractual

En este capítulo revisaremos los argumentos de algunos autores- entre los que se puede mencionar a Cuevas Manríquez; Zelaya Etchegaray- para preferir la vía de la responsabilidad civil extracontractual a la contractual.

4.1 Ventajas

Si la víctima hace efectiva la responsabilidad en este terreno, estará en una situación más ventajosa, en relación al tratamiento que los tribunales hacen del artículo 2329 C.C., que ordena la reparación integral del daño puesto que señala: "...todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta".

Esta norma consagra en forma positiva un principio que aunque no existiera una regla expresa, es admitido en todos los sistemas y consiste en que la reparación ha de ser integral, es decir, se indemniza todo el daño, admitiéndose así la procedencia del daño moral. Esta postura no ha sido objeto de discusión alguna y es, mayoritariamente, por no decir absolutamente, aceptada.

Como en la responsabilidad extracontractual, es el hecho ilícito el que genera la obligación de indemnizar, o sea, se produce entre personas jurídicamente extrañas, el daño a reparar es aquel que es consecuencia directa e imprevista del delito o cuasidelito. "Con todo, cabe advertir que este principio sufre una grave limitación en materia contractual, porque aquí, salvo hipótesis de dolo o culpa grave, la víctima sólo obtendrá reparación del daño directo previsto como regla general (artículo 1556)"³⁹.

"De este modo, se afirma que en materia contractual el motivo subsiste en caso de dolo y se atenúa en caso de culpa por consideración al contenido del contrato que se supone ha de abarcar lo que es previsible para las partes"⁴⁰.

Otro argumento a favor de la procedencia de la reparación del daño moral es el artículo 2331 del C.C que niega la procedencia de la indemnización al señalar, "...las imputaciones injuriosas contra el honor o el crédito de una persona no dan derecho para demandar una indemnización pecuniaria a menos de probarse daño emergente o lucro cesante que pueda apreciarse en dinero".

Interpretando dicho artículo, a contrario sensu, si expresamente se niega en este caso, quiere decir que en los demás procede, o dicho de otra forma, este artículo contiene una excepción a la procedencia de la reparación del daño moral en materia de responsabilidad civil extracontractual.

³⁹ Domínguez Águila, Ramón. "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una revisión comparatista". Revista de Derecho de la Universidad de Concepción N° 188, julio-diciembre, 1990. (p.135)

⁴⁰ *Ibidem.* (p.135)

Una segunda ventaja dice relación con el hecho de que en esta materia no se gradúa la culpa a diferencia de la responsabilidad contractual en la cual el deudor debe responder en primer lugar, al grado de culpa que las partes hayan pactado y a falta de acuerdo en forma supletoria aplicando el artículo 1547 del C.C. que señala una forma de graduación de culpa de acuerdo a la naturaleza del contrato, todo ello nos lleva forzosamente a concluir que en materia de responsabilidad extracontractual el facultativo responde de cualquier grado de culpa.

“La responsabilidad profesional, delictual o cuasidelictual civil queda regida por el derecho común: el profesional o funcionario responsable del dolo y de toda especie de culpa que cometa en el ejercicio de su respectiva profesión o cargo y no únicamente de la culpa grave. La ley no ha hecho distinciones”⁴¹.

Visto lo anterior, y aunque no constituye precisamente una ventaja, cabe mencionar en esta parte de la materia lo siguiente: No es común que sea el dolo el elemento subjetivo que informe la responsabilidad aquiliana por negligencia, impericia o imprudencia cometida por el médico en la atención de un paciente. “Más comúnmente aparecerá cuando se ventila como apéndice de la responsabilidad criminal”⁴².

A diferencia de la culpa, el dolo se aprecia “in concreto”, tomando en consideración la actitud psicológica del agente, verbigracia, un médico que auxilia con actos positivos a un paciente a morir. La responsabilidad que corresponde al facultativo por los delitos que pueda cometer en el ejercicio de su profesión, tales como: violación de un secreto profesional o el aborto.

Una tercera ventaja la encontramos en la solidaridad pasiva en el artículo 2317 del C.C. hace solidariamente responsables a los autores de un delito o cuasidelito. Esto se traduce en que la víctima puede dirigir la acción de indemnización de perjuicios contra todos o cualquiera de ellos por el total.

Una cuarta ventaja para algunos autores se encuentra en materia de prueba, especialmente del daño moral: “el criterio sustentado por nuestros tribunales según el cual el daño moral no requerirá prueba alguna ni en cuanto a su real existencia ni en cuanto a su cuantía”⁴³.

Como podemos apreciar, nuestros tribunales en cuanto a la aplicación del daño moral aplican el aforismo “res ipsa loquitur”.

En relación a este mismo punto, Domínguez Águila expresa: “Por último, el daño moral al no requerir según nuestros jueces, de prueba especial alguna ni en cuanto al hecho mismo de haberse experimentado no en cuanto a su monto, resulta siendo invocado por los litigantes en todo proceso por accidentes o delitos y a propósito de cualquier otro daño experimentado, siendo el moral, generalmente, el más abultado. Como tal es la práctica aceptada, se tiende a descuidar la

⁴¹ Alessandri Rodríguez, Arturo. “De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil chileno”. Santiago de Chile. 1943, citado por Guajardo Carrasco, Baltasar, op cit, (p.181)

⁴² Guajardo Carrasco, Baltasar, op cit, (p.196)

⁴³ Flores Carvajal, Víctor op cit. (p.137)

prueba de daños patrimoniales, ya que en casos más graves será el daño moral el más cuantioso”⁴⁴.

A fin de corroborar lo que se ha estado analizando hasta aquí, podemos citar jurisprudencia nacional en que se ha considerado el mismo criterio. “La Corte de Apelaciones de Santiago en fallo del 28 de enero de 1998, niega lugar a la indemnización del daño emergente y lucro cesante, porque el actor no rindió prueba alguna en orden a acreditar su existencia, confirmando la sentencia de primera instancia en esta parte. En cambio, la revoca en cuanto acoge la demanda de indemnización por daño moral que entiende acreditado mediante declaraciones de testigos y cuyo monto regula el propio tribunal ad quem”⁴⁵.

4.2 Desventajas

Continuando el análisis veremos las desventajas que presenta para la víctima acogerse en las normas de la responsabilidad civil extracontractual.

La primera de ellas consiste en que el plazo de prescripción en este caso es de cuatro años contados desde la ocurrencia del hecho. A diferencia de las responsabilidades contractual en que dicho plazo es de cinco años contados desde la fecha en que la obligación se hace exigible.

La segunda desventaja es aquella que dice relación con el “onus probando”, es decir, quien tiene la carga de la prueba es la víctima. Esto se contrapone a la ventaja de la presunción de culpa en la responsabilidad contractual.

El paciente debe probar que ha sufrido un daño cuya causa se encuentra en una negligencia, impericia o imprudencia de una actividad médica.

Los elementos que debe probar son:

- El daño
- Factor de atribución subjetivo (culpa o dolo)
- Relación de causalidad o nexo causal

En relación a lo expuesto debemos agregar que para que el daño sea resarcible se considerará suficiente que lesione un interés legítimo, sin que sea necesaria la lesión de un derecho subjetivo. Además el daño debe ser cierto y no debe haber sido reparado, pues si así fuera nos encontraríamos ante un enriquecimiento sin causa. Los autores están de acuerdo en que de estos tres elementos el más difícil de probar es el nexo causal, no existe un concepto legal de este elemento, tampoco es un requisito establecido en forma expresa por el Código Civil, sus normas lo contienen implícitamente en los artículos 2314, 2318, 2319 y 2325 del mismo cuerpo.

⁴⁴ Domínguez Águila, Ramón citado por Flores Carvajal, Víctor op cit (p.137)

⁴⁵ Flores carvajal, Víctor, op cit. (p.138)

La jurisprudencia y doctrina están contestes en que debe concurrir, puesto que “este elemento entretelaza el hecho doloso o culpable (o meramente el hecho cuando se trata de los casos de responsabilidad objetiva o in culpa) y el daño provocado”⁴⁶.

Su concurrencia conduce a la exclusión de los daños indirectos. Sin embargo, existe controversia en cuanto a la definición y a las consecuencias de la intervención de una causa extraña que interrumpe el nexo causal.

Este elemento reviste mayor relevancia en el ámbito de la responsabilidad civil médica debido a que justamente “hay pocos casos en que la relación de causalidad entre el hecho y el daño se produce en forma directa y clara, verbigracia, la administración de penicilina a un paciente alérgico”⁴⁷.

Respecto de este punto, la Corte Suprema de nuestro país, nos da cuenta de otra situación en que el nexo causal es directo y claro. “Probado que la causa de la muerte de la víctima fue una aspiración masiva de vómitos, consecuencia de un íleo paralítico la circunstancia de haber sido trasladada a un hospital próximo en una ambulancia que carecía de elementos de socorro, carece de toda relevancia, si no hay vinculación entre estos últimos hechos y la muerte de la víctima”⁴⁸. Lo anterior, ya que en la disciplina médica esta enfermedad aguda sólo puede aliviarse mediante un operación en el pabellón quirúrgico de un hospital y entonces, no era previsible la necesidad de estos elementos de socorro sin haber hecho un diagnóstico de la paciente, y más aún, en Chile, en general, las ambulancias sólo se utilizan como vehículos de traslado de los pacientes y no para prestarles asistencia médica.

Pero en la mayoría de los casos, lo habitual es que concurren un conjunto de hechos y circunstancias, que modifican el resultado del mismo y de la existencia de una pluralidad de causas.

“Este nexo de causalidad depende principalmente del estudio del perito médico. Tratándose de daños corporales se ha dicho que el perito, a partir de las características del hecho, primeras lesiones y secuelas producidas, expondrá en su informe médico-legal la relación causal médica existente entre ellos, llamada en el campo médico legal, imputabilidad médica o causalidad médico-legal. Establecida la imputabilidad médica, el juez contara con el elemento fundamental para establecer el nexo de causalidad jurídica y posteriormente, la imputabilidad jurídica y responsabilidad”⁴⁹.

⁴⁶ Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1999. (p.369)

⁴⁷ Cfr. Guajardo Carrasco Baltasar, op cit. (p.197)

⁴⁸ Corte Suprema, 20 de mayo de 1986. Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LXXXIII, Segunda Parte, Sección Cuarta. (p.53)

⁴⁹ Criado del Río, María Teresa. *Valoración médico legal del daño a la persona por responsabilidad civil*. Madrid. 1995. 2ª edición. (p.40) Citado por Guajardo Carrasco. (p.197)

4.3 Teorías más aceptadas para solucionar el problema de la pluralidad de causas

Respecto de los problemas que presenta la relación de causalidad ya mencionados la doctrina ha recurrido a dos teorías que ha sido las más aceptadas para solucionar el problema de la pluralidad de causas.

La Jurisprudencia ha aplicado en general la doctrina de la equivalencia de las condiciones y la de la causalidad adecuada.

- “Teoría de la equivalencia de las condiciones

Esta teoría estima que el hecho dañoso, como todos los hechos presenta diversos factores que pueden tener relación con la acción u omisión del hombre o con circunstancias externas. Se considera que cada uno de estos factores desde el instante que constituyen un hecho o circunstancias indispensables para la realización del resultado debe ser considerado como una de las causas del daño. No procede realizar ninguna selección o descarte entre las condiciones necesarias para la producción del perjuicio, ya que si alguna hubiere faltado, el daño no se habría verificado.

En consecuencia, para considerar un hecho u omisión la causa del daño, basta que haya sido alguna de las condiciones “sine qua non” del resultado.

Por cierto, se descartan las condiciones irrelevantes que si bien dicen relación con algunos aspectos particulares del daño no determinan el acaecimiento del daño ni su extensión.

En resumen, todas las causas se miran como equivalentes, cada una de ellas es necesaria para la existencia del daño, y por ende, son todas causas del daño.

- Teoría de la causalidad adecuada

Señala que hay que retener como causas del daño sólo aquellos acontecimientos que contienen la posibilidad objetiva de producir el resultado dañino. Corresponde aplicar un criterio de previsibilidad o razonabilidad. Un hecho debe calificarse de causa si al momento de producirse el daño era previsible, según el curso ordinario de las cosas y la experiencia normal de los acontecimientos que dicho hecho era apto para producir un resultado del tipo que se produjo de manera tal que el acaecimiento del daño es favorecido por el hecho en cuestión. Esta teoría a diferencia de la de la equivalencia de las condiciones, no plica una supresión hipotética del hecho para definir la causalidad. Aplica un criterio de previsibilidad, siendo un hecho causa del daño, cuando aquel es probablemente la causa de éste. Un hecho puede calificarse como causa de daño si al momento de producirse el autor estaba en condiciones de prever el daño, teniendo en cuenta el curso ordinario de las cosas”⁵⁰.

⁵⁰ Momberg Uribe, Rodrigo. Apuntes de Cátedra, Civil II, Universidad Austral de Chile, 2004.

No puede dejar de mencionarse que la interrupción del nexo causal se producirá si concurre alguna causa ajena, como el caso fortuito, el hecho de un tercero o la conducta de la propia víctima, verbigracia no acatar las indicaciones prescritas por los médicos.

4.4 Aplicación de estas teorías en el ámbito médico

La aplicación de las teorías analizadas en el ámbito médico no es una cuestión sencilla por cuanto “las circunstancias que rodean el hecho médico hacen, en la mayoría de los casos, que sea dificultoso conocer con certeza los distintos eslabones que ponen en movimiento la relación médico paciente. Es de suyo complejo establecer cuál fue el hecho primero, como se sucedieron los acontecimientos, el verdadero estado del paciente en tal o cual ocasión, etc.

Por lo anteriormente expuesto, en materias médicas la situación de que el daño tiene una sola causa no deja de ser simplemente teórica; en la práctica los casos más frecuentes son aquellos en que el daño ha sido determinado por varias causas”⁵¹.

Respecto de la teoría de la equivalencia de las condiciones se han estimado casos de aplicación, entre otros, los siguientes:

- El deber de indemnización por causa de una lesión corporal se extiende también, en principio, a las consecuencias de un tratamiento defectuoso
- Si el médico que trata a un herido llama a otro médico y este se hace culpable de una falta profesional puede haber relación de causalidad si se logra demostrar culpa en la actuación del primero, el delegante. Según Acosta “es posible que el hecho de que tenga que atribuírsele al agente un resultado del que ha sido una de las causas, pero en el que han intervenido terceros sea una de las poderosas razones para rechazar esta doctrina, empero, este temor desaparece en el campo del problema médico, pues las causas, aparte del hecho desencadenante, no son por lo general obra de terceros, sino predisposiciones, complicaciones de la enfermedad y otros fenómenos de las funciones de los seres humanos”⁵².

En relación a la teoría de la causa adecuada, Acosta menciona un fallo que logra dilucidar entre varias causas presentes, la que realmente provoca el daño: la falta de un adecuado tratamiento médico. “Para producir el resultado muerte concurrían una serie de causas: ingestión del medicamento Diabinese, inadecuado tratamiento médico, traslado de la paciente de la clínica al hospital, interrupción del funcionamiento de los aparatos respiratorios

⁵¹ Acosta Ramírez, Vicente. *De la responsabilidad civil médica*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990. (p.398)

⁵² *Ibidem*. (p.404)

auxiliares que la mantenían con vida. Se estimó la causa adecuada para producir el daño, el hecho de prescribir un inadecuado tratamiento médico”⁵³.

⁵³ *Ibíd*em (p. 401)

CAPITULO QUINTO: Responsabilidad civil de los establecimientos de salud

Puesto que el ejercicio individual de la profesión médica ha dejado de ser la regla general para convertirse en una situación excepcional, observándose un avance hacia el ejercicio médico en equipo, transformándose así en una actividad o servicio prestado a través y al interior de centros privados de salud. Esto se debe a los avances, especialmente tecnológicos, en el campo de la ciencia médica. Así las clínicas privadas han ido transformándose en grandes empresas que ofrecen servicios médicos cada vez más amplios y con medios tecnificados más avanzados.

Hoy los establecimientos de salud no sólo ofrecen un alojamiento y atención paramédica elemental, sino que proporcionan la llamada cobertura médica integral, lo cual ha llevado a considerar además de la responsabilidad civil médica individual, aquella por la que pudiera responder civilmente el establecimiento clínico u hospitalario cuando actúa como privado.

Cabe hacer notar que la responsabilidad civil que enfrenta una clínica privada será distinta a la que enfrente un hospital del sector público, puesto que este último tiene un estatuto jurídico distinto, propio y autónomo respecto del Código Civil. Por lo tanto, sólo se tratará el problema de la responsabilidad civil en centros de asistencia privados.

5.1 Casos en que la responsabilidad médica es extracontractual

Ni el sector de la doctrina mayoritaria, por cierto, que sostiene a cabalidad que la relación médico-paciente y/o clínica es contractual, podría negar que en los siguientes casos el agente causante del daño debe responder bajo las normas de la responsabilidad civil extracontractual, aunque los denominan casos excepcionales: enumeraremos algunos de estos casos sin ánimo de exhaustividad

- “La responsabilidad que se genera cuando la relación médico paciente es impuesta contra la voluntad del paciente”⁵⁴, como podría ser el caso en que una Corte de Apelaciones, vía recurso de protección, obliga a una persona que realiza una huelga de hambre a ser asistido por un médico.
- “El daño producido a un tercero derivado de la muerte o lesiones al paciente. Verbigracia, a las personas que vivían a expensas de aquel, quienes en lo sucesivo se verán privados de su ayuda, a condición naturalmente, de que tales personas invoquen su propio daño, puesto que ningún vínculo jurídico las liga con el autor del mismo”⁵⁵
- “Es extracontractual la responsabilidad si la relación médico paciente es impuesta coactivamente al último, a raíz de la imperatividad de una disposición legal o

⁵⁴ Acosta Ramírez, Vicente. Op. cit. (p.371)

⁵⁵ *Ibidem.* (p.371)

administrativa”⁵⁶. Verbigracia, del que es trasladado por medio de la fuerza pública a un centro hospitalario para ser tratado con motivo de una enfermedad venérea

- Tratamiento benévolo, es decir, en los casos en que el médico presta sus servicios en forma espontánea. Verbigracia, el facultativo auxilia los heridos de un accidente
- Si el contrato es declarado nulo, según la doctrina, dicho contrato se mira como si dicho contrato nunca hubiere existido, por lo tanto, no habiendo contrato, no hay responsabilidad contractual la única forma de perseguir la responsabilidad es por vía extracontractual
- Aquellos casos en que la relación deriva del cuasicontrato de agencia oficiosa, sin que medie posteriormente, la ratificación ni siquiera tácita del paciente.
- Es posible hacer uso de las normas de la responsabilidad extracontractual, cuando el incumplimiento del contrato médico entraña un delito o cuasidelito penal⁵⁷.

5.2 Planteamiento del problema

Las relaciones jurídicas que se originan con motivo de una atención de salud en una clínica son numerosas, complejas y se estructuran en base a lo siguiente:

- La relación entre la clínica y los profesionales de la salud que ejercen su profesión al interior de ésta
- La relación entre el paciente y clínica.
- La relación entre el paciente y el personal del centro de salud

Con respecto a este punto sólo se intentará responder los asuntos relativos a la eventual responsabilidad civil de la clínica donde se causó el daño.

Fuera de este entramado de relaciones jurídicas, se observa que lo demandado por los pacientes ha ido evolucionando debido a que la forma de ejercicio de la medicina ha ido variando en el tiempo. Así tenemos que en un primer momento fue:

- “La reparación del daño ocasionado por la actividad médica propiamente tal
- Luego la reparación del daño producido por empleados de la clínica hasta llegar a demandar la reparación de los daños que no tienen un agente directo”⁵⁸, lo cual lleva a tener que accionar contra el establecimiento puesto que intervienen en la atención de un paciente varios médicos o, al menos, más de uno, diversos profesionales, auxiliares paramédicos, los cuales pueden ser dependientes de la clínica, o bien sólo prestan sus servicios a honorarios.

⁵⁶ Ibídem. (p.372)

⁵⁷ Ibídem. (p.371)

⁵⁸ Cuevas Manríquez, Gustavo. “Responsabilidad civil de los establecimientos de salud”, Revista Actualidad Jurídica N°3, Universidad del Desarrollo, 2001 (p.69)

5.3 Contractualización de la responsabilidad civil médica de centros de atención de salud

Para la doctrina tradicional la responsabilidad civil médica y de establecimientos privados tienen carácter contractual por cuanto la obligación indemnizatoria supondría siempre -y tendría como único fundamento- la infracción de parte del médico y/o de la clínica demandada de los específicos deberes de cuidado impuestos por el contrato de atención médica y/o de hospitalización, o sea, para este sector de la doctrina, el grado de diligencia que se exige al prestador de servicios médicos debe buscarse en el pretendido contrato celebrado entre médico y/o clínica y el paciente dañado. Según esta doctrina, el paciente debe demandar los perjuicios por vía de responsabilidad contractual.

Pero, cuando el paciente ingresa a una clínica no firma ningún contrato con el centro asistencial, ni tampoco con los médicos y menos con el resto del personal que lo atiende, ya que estos suelen ser empleados de la clínica, con los cuales el paciente no ha tenido ninguna relación o profesionales independientes que han sido contratados directamente por el médico tratante para constituir un equipo y éste sólo utiliza la infraestructura y equipos del hospital.

Así por regla general, el paciente no tiene vínculo jurídico alguno con el personal médico y paramédico que lo atiende directamente dentro de la clínica y que le causa el daño. En este supuesto ¿qué clase de responsabilidad se debe hacer valer contra la clínica y contra el causante material del daño? ¿La contractual o extracontractual?

Teóricamente la víctima cuenta con dos acciones:

- Una acción contractual contra el hospital por el eventual incumplimiento de contrato de asistencia sanitaria y de hospitalización celebrado con aquel
- Una acción extracontractual contra el médico o agente que causó materialmente el daño respectivo, pues a su respecto no ha celebrado contrato alguno

Sin embargo, esto no es jurídicamente posible, puesto que daría origen a dos clases de responsabilidad civil que son incompatibles entre sí.

Además la doctrina clásica ha entendido que el vínculo jurídico que une a la clínica con el paciente “tiene un marcado carácter contractual, lo que se traduce en la celebración del llamado contrato de hospitalización, el cual puede tener por objeto el simple alojamiento (los servicios de hotelería y hospedaje) y la atención paramédica básica o bien una asistencia sanitaria íntegra y completa”⁵⁹. Señalan como argumentos de este marcado carácter contractual los mismos que se nombraron al revisar la relación médico paciente individual.

⁵⁹ Zelaya Etchegaray, Pedro. “Responsabilidad Civil de Hospitales y Clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales)”. Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCIV N° 2 .1997 (p.53)

5.3.1 Causas de la contractualización de la responsabilidad de la actividad médica

Los argumentos que la doctrina clásica entrega para la contractualización son los siguientes:

- El derecho común o general es la responsabilidad contractual
- Este régimen favorece a la víctima en cuanto en éste la culpa se presume.
- Respetar del principio de la autonomía de la voluntad de los contratantes

Esta tendencia presenta problemas prácticos, por eso la jurisprudencia ha buscado soluciones que trascienden este dogma en función de proteger nada más que a la víctima.

5.3.2 Problemas que suscita en la práctica la tesis contractualista

Definir con precisión los límites de la responsabilidad contractual del establecimiento de atención médica resulta una tarea difícil de realizar porque los derechos y deberes a los que da origen no están claramente establecidos debido a la circunstancia que rodea la génesis del contrato -verbigracia, estado de inconsciencia del paciente- la características del mismo y la naturaleza de la obligación que contrae el profesional de salud.

Puesto que la contractualización de la responsabilidad de los establecimientos de salud, plantea problemas en la práctica, otro sector de la doctrina ha creído necesario enfocar dicha relación desde un punto de vista extracontractual, es lo que pasaremos a ver ahora.

5.4 Responsabilidad extracontractual del establecimiento de salud privado

El sistema de responsabilidad extracontractual que rige en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento la culpa, que a diferencia de la responsabilidad contractual debe ser probada por la víctima, pero como tal exigencia suele ser demasiado compleja para el paciente, el sistema para aliviar en parte el “onus probandi” y además para asegurar una reparación mas justa la ley ha establecido ciertas presunciones de culpabilidad. Así acreditando las circunstancias que sirven de fundamento a la presunción queda establecida la culpa, por lo tanto el que se presume culpable deberá probar que ha empleado la debida diligencia o bien que no existe la relación causal entre la culpa que se le imputa y el daño.

En derecho comparado ni la doctrina ni la jurisprudencia comparten las soluciones que propone nuestra doctrina tradicional, puesto que consideran que contractualizar al máximo la responsabilidad hospitalaria presenta varios inconvenientes y no se condice con lo que sucede en

la realidad, señalan que: “el incumplimiento de un contrato no es el único fundamento de la responsabilidad civil”⁶⁰.

Aparte del contrato, la infracción de un deber de conducta o la comisión de un hecho ilícito en si hacen surgir la responsabilidad civil extracontractual, es mas, con el surgimiento de la responsabilidad objetiva “la conducta de vida o los deberes de cuidado (cuya omisión o infracción dan origen al dolo o culpa tradicional) han dejado de ser el único criterio para atribuir al demandado el deber de indemnizar el daño causado”⁶¹.

El derecho de daños enfrenta este tema, desde un punto de vista casi exclusivamente extracontractual, ya que ésta “contiene mecanismos suficientes para enfrentar el problema y resolverlo con justicia material”⁶².

5.4.1 Clases de presunciones de culpa

Existen tres presunciones de culpa, a saber: por el hecho propio, por el hecho ajeno y por el hecho de las cosas, pero sólo nos referiremos a los dos primeras por ser las pertinentes para los casos de responsabilidad civil médica.

a) Responsabilidad por el hecho propio

La encontramos en el artículo 2329 del Código Civil, después de establecer la regla general en esta materia dispone que: “son especialmente obligados a esta reparación...”; luego enumera los casos que se incluyen, lo singular en estos casos es que la culpa se presume.

Se discute acerca de si estos casos se pueden extender por analogía. Según algunos autores no se pueden extender por ser normas excepcionales; deben ser interpretadas restrictivamente. Según otra posición el artículo 2329 establece una presunción general de culpabilidad, a través de estos casos cuando el daño proviene de un hecho que por su naturaleza o por las circunstancias en que se realizó, es susceptible de atribuirse a culpa o dolo del autor.

b) Responsabilidad por el hecho ajeno

El artículo 2320 establece que “toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”; el fundamento lo encontramos en que la persona que tiene otra a su cuidado debe vigilarla para impedir que cause daño. Si llega a ocasionar un daño es porque no empleó la debida diligencia. Por esto se señala que más que una responsabilidad por el hecho ajeno, se trata de una responsabilidad por el hecho propio, como es la falta de cuidado o diligencia.

⁶⁰ Zelaya Etcheagaray, Pedro Op cit, (p.64)

⁶¹ Ibídem, (p.64)

⁶² Ibídem (p.64)

Esta presunción de culpa es simplemente legal, por lo que el civilmente responsable podrá exonerarse de responsabilidad probando la debida diligencia.

Por último, la responsabilidad por el hecho ajeno no excluye la del autor directo por lo que la víctima puede accionar contra ambos. Obviamente elegirá a aquel que presente un patrimonio solvente.

b.1) Aplicación de las normas sobre responsabilidad por el hecho ajeno

El artículo 2320 establece la responsabilidad por el hecho ajeno con un carácter general. Los casos que enumera el propio artículo 2320 del Código civil además de los señalados en los artículos 2321 y 2322 del C.C. serían aplicación de este principio general.

Requisitos

- Relación de dependencia entre el autor del daño (dependiente o subordinado) y la persona responsable
- Ambas deben ser capaces de delito o cuasidelito civil
- Es culpa del dependiente o subordinado

b.2) Dentro de los casos de responsabilidad civil por el hecho ajeno, encontramos la responsabilidad de los empresarios y empleadores por el hecho de sus dependientes.

b.2.1) Fundamentos de la responsabilidad civil del empresario:

Explicaremos porque en teoría un empresario está o puede estar obligado a indemnizar los daños causados a terceros por sus dependientes.

- a) responsabilidad por culpa “in eligiendo” o “vel vigilando”.
- b) responsabilidad vicaria, refleja o indirecta.
- c) responsabilidad por riesgo de empresa.

5.4.2 Fundamentos para la responsabilidad extracontractual de los hospitales

“En estricta teoría, la responsabilidad extracontractual de los hospitales puede encontrar tres posibles fundamentos”⁶³:

a) Responsabilidad por culpa “in eligiendo” o “vel vigilando”

Tesis que recoge nuestro Código Civil y que se funda en que la clínica demandada será virilmente responsable si se prueba que incurrió en culpa al elegir, vigilar y controlar a sus dependientes, a los equipos e instrumental técnico usados en el acto médico que causó el daño.

Las características más sobresalientes de ésta en teoría son:

⁶³ *Ibidem.* (p.64)

- La responsabilidad civil es directa, por lo tanto, la víctima puede demandar directamente al hospital; no necesita probar culpa en el agente directo del daño (médico o personal dependiente). En nuestro Código Civil la culpa se presume “iuris tantum”.
- La clínica demandada siempre puede eximirse de responsabilidad debido a la prueba liberatoria del artículo 2314 y 2320 inciso final... “pero cesará la obligación de esas personas si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”
- La clínica que paga la indemnización no podrá repetir contra su dependiente, excepto si prueba culpa en éste y por una cantidad proporcional.

Se critica esta teoría ya que desde un punto de vista práctico:

- La clínica puede exonerarse de responsabilidad probando que eligió bien y “no habrá culpa in eligendo”⁶⁴
- Además puede acreditar que “no tiene posibilidad alguna para dirigir y controlar la forma en que los médicos ejercen su profesión, pues carecen de los medios y del tiempo necesario”⁶⁵

Se agrega a estas críticas que en la realidad no es el hospital el que presta los servicios directamente. La culpa es un elemento en que sólo puede incurrir una persona natural, siendo ficticio imputársele a un “ente abstracto que goza de personalidad jurídica por mera creación del derecho”⁶⁶.

Los fundamentos que se analizan a continuación no están consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, pero se realizará su análisis a fin de conocer lo que ocurre en el derecho Comparado

b) Responsabilidad vicaria, indirecta o sustituta

Consiste en una responsabilidad subjetiva objetivada, es decir, probada la culpa o dolo del dependiente de la clínica que causó el daño. Es la clínica la entidad responsable directa y objetivamente de los perjuicios causados sin que pueda alegar para eximirse de responsabilidad su no culpa en el cuidado, dirección y control de su personal, ya que responde como simple garante de las culpas de su personal dependiente.

⁶⁴ Zelaya Etchegaray, Pedro. Op cit. (p.65)

⁶⁵ Ibídem, (p. 65)

⁶⁶ Ibídem (p.66)

“Sólo puede probar que el daño no se debe a culpa ni dolo del personal sino que éste se produjo debido a caso fortuito en sentido amplio (hecho de un tercero o de la víctima). Así no existe dolo o culpa a la cual sustituirse como garante de una obligación de seguridad”⁶⁷.

“El establecimiento de salud privado se sustituye en la responsabilidad de su personal porque la ley se encarga de presumir la responsabilidad de aquel por el hecho de sus dependientes, responde como simple garante patrimonial del deber de cuidado que el médico y demás personal deben tener en el ejercicio de sus ciencia”⁶⁸.

Corresponde probar a la víctima además de los elementos propios de la responsabilidad extracontractual, el vínculo de dependencia.

La clínica responde directamente por los daños y no en subsidio del agente causante del perjuicio por lo que no se necesita demandar previa o conjuntamente a la persona que causó el daño. El establecimiento tiene derecho a repetir contra la persona que causó el daño.

Actualmente se concede mayor amplitud al concepto de dependencia, así se entenderá que existe cada vez que haya autorización para obrar concebida por el principal al tercero, ya que ésta supone que hubo al menos, una circunstancial posibilidad selectiva y un poder virtual de mando.

c) Responsabilidad por riesgo de empresa

Las clínicas son consideradas una empresa de servicios sanitarios por lo cual debe responder según el principio de riesgo de empresa.

Sostiene que la responsabilidad civil debe sancionar al agente culpable del daño, pero también debe ser un medio para distribuir el costo económico del daño entre el mayor número de personas.

No responde en base a la culpa sino por riesgo creado.

“Sin embargo, la doctrina del riesgo de empresa no ha sido recogida por ningún Código Civil del mundo y solo ha tenido cabida en leyes especiales”⁶⁹.

En esta doctrina es importante examinar la relación de causalidad, pues el daño debe ser producto de la actividad del establecimiento de salud para que sea indemnizable, es decir que el perjuicio no provenga de la enfermedad, ni sea propia del tratamiento o la intervención.

⁶⁷ Flores Carvajal, Víctor, Op cit, (p.175)

⁶⁸ Ibídem (p.176)

⁶⁹ Zelaya Etchegaray, Pedro Op cit, (p.69)

CAPITULO SEXTO: Cúmulo u opción de responsabilidad civil

El cúmulo u opción de responsabilidad se produce cada vez que durante la ejecución de un contrato o con ocasión de su cumplimiento se causa daño a la persona o propiedad de la otra.

¿Puede el acreedor de una obligación contractual incumplida que le causó daño abandonar las normas de la responsabilidad contractual y dirigir su acción indemnizatoria en base a las normas de la responsabilidad civil extracontractual?

La doctrina tradicional ha negado esta posibilidad sosteniendo que cuando la víctima demandante está unida al demandado por un vínculo jurídico previo al daño no puede elegir, sino que debe demandar la indemnización de perjuicios bajo las normas de la responsabilidad contractual. Ha sido la tesis sustentada por Alessandri que negó expresamente esta posibilidad al acreedor de una obligación contractual, cuasicontractual o legal, porque “la infracción de una obligación da origen únicamente a la responsabilidad contractual: el acreedor cuyo deudor derecho viola su obligación no podría demandarle perjuicios por esta violación con arreglo a los artículos 2314 y siguientes del Código Civil”⁷⁰.

Sin embargo, Alessandri sólo autorizó el cúmulo u opción en dos casos:

- Cuando así lo han estipulado las partes
- Cuando la inejecución de la obligación contractual constituya a la vez, un delito o cuasidelito penal, como en el caso del cuasidelito de negligencia culpable en el ejercicio de una determinada profesión. En este sentido, la responsabilidad nacida del delito penal sería indistintamente contractual o extracontractual.

En estos casos excepcionales la víctima deberá optar por una de las dos clases de responsabilidad; no puede demandar ambas. Podría demandar en un mismo proceso (acumulación de acciones), pero una en subsidio de la otra, pues son incompatibles entre sí.

Si existe un vínculo jurídico previo entre las partes, el juez está obligado a aplicar la normativa contractual.

Así si se prueba que el paciente demandante estaba unido a la clínica demandada por un vínculo jurídico previo al daño, ya sea por el contrato de hospitalización o de asistencia médica no podrá acogerse a las normas de la responsabilidad civil extracontractual, pues estaría faltando a la obligación de “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...”

6.1 Dificultad para defender la negación de opción extracontractual y sus problemas

El problema con que se encuentra la doctrina que niega esta opción es que los daños causados a un paciente en una intervención quirúrgica pueden revestir a la vez características de

⁷⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo. Op. cit. (p.59)

una infracción contractual (contrato de hospitalización y/o asistencia sanitaria) y , al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil, es decir haciendo abstracción del contrato el hecho negligente que causó el daño igualmente se hubiese producido, por lo cual puede incluirse indistintamente en la normativa de la responsabilidad contractual y de la extracontractual.

Un mismo hecho –daño causado al paciente con ocasión de la ejecución de un previo contrato entre demandante y demandado- constituye al mismo tiempo y simultáneamente un incumplimiento al contrato y un acto ilícito, por cuanto, haciendo abstracción del contrato, el hecho negligente que causó el daño igualmente se hubiese producido.

“Por ello, la aplicación estricta e indiscriminada de la doctrina del non cumul (negativa de la opción) a los daños causados al paciente con ocasión de la actividad médica y hospitalaria no tiene hoy una clara justificación, en este campo precisamente, se hace muy difícil definir y determinar con precisión los límites entre la responsabilidad contractual y la extracontractual del centro asistencial y/o médicos que trabajan en el mismo o prestan sus servicios sirviéndose de sus instalaciones y de su personal auxiliar”⁷¹.

En todos estos casos en que se causó daño a la vida o la integridad física o a la salud del paciente no es fácil sobre todo posteriormente, a los hechos determinar con seguridad la existencia de ciertas y determinadas obligaciones contractuales incumplidas por el demandado “pues los deberes de cuidado que asume el hospital o profesional suelen ser indeterminados, o al menos, de muy difícil determinación por varios motivos:

- a) Porque los contratos de asistencia médica y clínicas privadas suelen ser contratos consensuales y atípicos “cuyos derechos y obligaciones no están claramente establecidos, siendo forzado y muchas veces ficticio atribuirles el carácter de única fuente de todos los deberes de conducta que debe asumir la clínica y/o profesional demandado”⁷².
- b) La mayor parte de las veces al servicio de urgencia el paciente ingresa inconsciente, no habría consentimiento, aunque esto los autores contractualistas señalan que operaría la estipulación a favor de terceros, la doctrina del simple apoderamiento o representación entre otros.
- c) Aun cuando se entienda que el paciente hubiera contratado con un determinado médico intervienen muchas veces otros profesionales o auxiliares con los cuales el paciente no ha contratado y “entender que en estos casos opera la estipulación a favor de terceros o la representación constituye una ficción inaceptable”⁷³.

“También es dable suponer que el médico jefe del equipo sin contar con el consentimiento del paciente recurra a instrumentos quirúrgicos,(pinzas, bisturí) o materiales defectuosos (verbigracia, suero, sangre, drogas, analgésicos, radiografías, etc.)

⁷¹ Cfr. Zelaya Etchegaray, Pedro Op. cit (p.60)

⁷² Ibídem (p. 61)

⁷³ Ibídem (p. 61)

facilitados por el hospital o por terceros respecto de los cuales la víctima no ha contratado”⁷⁴

Por último, la doctrina de “non cumul” crea inconvenientes para la víctima, a saber:

- Se podrían imponer al paciente cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad civil médica que podrían, verbigracia, eximir al demandado de la culpa leve o levísima o establecer que responde sólo de algunos daños
- Esta tendencia a contractualizar al máximo la responsabilidad médica y hospitalaria lleva muchas veces a una interpretación extensiva de ciertas instituciones tradicionales en el derecho privado, verbigracia; la estipulación a favor de terceros, el mandato, la representación, la agencia oficiosa, entre otras. “Lo que, deformando su sentido original las despoja, en definitiva, de todo contenido, al extender en demasía sus límites”⁷⁵.

Este sector de la doctrina tradicional contractualista de la responsabilidad médica y hospitalaria se enfrenta además con un problema de orden normativo, no existe en nuestro Código Civil, una norma que establezca expresamente la responsabilidad contractual del deudor por el hecho ajeno (responsabilidad contractual por el hecho de sus auxiliares) sólo existen disposiciones que establecen una responsabilidad extracontractual por el hecho de los dependientes.

Vista así las cosas, es difícil para el intérprete encontrar un argumento de texto a la pretendida responsabilidad contractual de la clínica por el hecho de sus dependientes.

Finalmente, la posibilidad de recurrir a la vía extracontractual no constituye un problema en la práctica (aunque se acredite un contrato entre las partes previo al daño) ya que todo acto negligente con daño a las personas constituye un cuasidelito penal, lo que da lugar a una responsabilidad civil derivada de un delito o cuasidelito penal, lo cual permite desligarse del contrato pudiendo recurrir a la acción aquiliana. “El problema quedaría circunscrito a la clínica, pues a su respecto, no existen figuras penales”⁷⁶.

Así se favorece a estas grandes empresas de salud, en desmedro del paciente.

6.2 Tendencias jurisprudenciales

Según la doctrina sostenida por Cuevas Manríquez, Flores Carvajal y Zelaya Etchegaray, entre otros, la posibilidad de opción o cúmulo de elección habría alcanzado reconocimiento jurisprudencial en nuestro país.

En efecto, podemos leer que : “no alteran las conclusiones referidas en los considerandos precedentes , la alegación de la clínica demandada en el sentido de que no procede aplicar las

⁷⁴ *Ibídem.* (p.61)

⁷⁵ *Ibídem.* (p.62)

⁷⁶ *Ibídem.* (p.64)

normas relativas a la responsabilidad extracontractual por existir entre ellos en su concepto, una relación contractual, toda vez que tal relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente y, de existir dicha relación nada impediría que el actor pudiese acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción a las pretensiones formuladas en la demanda (Corte de Apelaciones Santiago, 28 de enero de 1993, en especial el considerando 9, en Gaceta Jurídica N° 151, enero de 1993, p.58, en la cual se acepta la responsabilidad extracontractual de una clínica privada por la negligencia de una enfermera y se condena a la clínica a pagar una indemnización, en base a los artículos 2320, y 2322 del Código Civil. También Corte de Apelaciones de Santiago de 3 de enero de 1997, en Gaceta Jurídica N° 199, p.89, en la cual la Corte acoge la demanda por responsabilidad extracontractual interpuesta contra una clínica privada por los daños causados al hijo del actor mientras este estuvo hospitalizado en dicho centro y la condena a pagar una indemnización fundada en los artículos 2314, 2320 y 2322 del Código Civil).

“La jurisprudencia ha señalado que la víctima puede optar por recurrir a las normas de la responsabilidad contractual, indistintamente, a las normas de la responsabilidad extracontractual para fundamentar su demanda, siendo estas últimas más protectoras de la víctima que las primeras. En la práctica, en la mayoría de los casos de negligencia médica se persigue la responsabilidad extracontractual de la clínica-hospital, omitiendo el contrato que pudiera existir entre el demandante y el demandado”⁷⁷.

⁷⁷ Canales Nettle, Patricia. La responsabilidad civil médica en la doctrina y la jurisprudencia. Junio 2003. (p.10) Documento en el línea disponible en www.bcn.cl/pags/publicaciones/serie-estudios/esolis/nro277/nro277.htm

CONCLUSIONES

- Desde siempre la relación médico–paciente ha sido compleja, sobre todo cuando producto de esta relación se han producido daños y perjuicios al paciente y para efectos de determinar la responsabilidad del facultativo y/o del establecimiento.
- Frente a lo anterior, la doctrina ha discutido acerca de la naturaleza jurídica de la relación paciente-médico y/o establecimiento, existiendo argumentos para defender tanto su carácter contractual como extracontractual.
- La responsabilidad contractual, a juicio de los autores, en teoría presenta una gran ventaja para el paciente que es la presunción de culpa, pero en la práctica ésta no se corrobora puesto que la acción interpuesta en casos de negligencia médica a es ante juzgado de letras en lo criminal, ocupando como una tercera vía la acción civil emanada del ilícito penal. A su vez, esta responsabilidad tenía una desventaja que era la improcedencia de la indemnización del daño moral, sin embargo, la jurisprudencia ha ido aceptando cada vez más su reparación.
- En tanto, la responsabilidad del médico será de carácter extracontractual cuando , aun existiendo un contrato entre médico y paciente, el daño se produce por una “negligencia común”, o bien entre la relación médico- paciente no media un contrato o éste es declarado nulo. Las principales ventajas de esta responsabilidad son: la extensión de la reparación de los daños; la procedencia de la indemnización por daño moral en todos los casos; la solidaridad pasiva entre los autores del delito y la no graduación de la culpa. Las desventajas fundamentales son: la no presunción de la culpa y por tanto, la víctima debe probarla y en segundo lugar, el que se prive al contrato de su fuerza obligatoria al aceptar nuestros tribunales que el paciente pueda demandar por vía extracontractual.
- Entonces, la diferencia entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual aparece cada vez más de orden teórico que práctico, por cuanto debido a la visión del derecho de daños el perjuicio producido a la víctima es uno solo. Además, mientras se discute en doctrina si la relación paciente–médico y/o establecimiento da origen a un contrato en la práctica se observa que el paciente ejerce en el 94,1% de los casos (16) una acción penal y en un 5,9% (1 caso) la acción interpuesta fue por la vía de la responsabilidad extracontractual⁷⁸.

⁷⁸ Paillas, Enrique. “*Responsabilidad Médica*”, Tercera Edición, editorial Cono Sur, Santiago de Chile. 1999

- Uno de los grandes problemas para determinar la vía por la cual obtener la reparación del daño en estos casos, es la incerteza del contenido del contrato médico por cuanto, el mismo hecho puede revestir las características propias de una infracción contractual y, al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil.
- En principio, la doctrina rechaza la posibilidad de aplicar las normas de responsabilidad extracontractual si se trata de la infracción de un contrato.
- Actualmente existe una tendencia a perseguir la responsabilidad de la entidad donde el facultativo prestó sus servicios, por poseer éste mayores recursos para hacer efectiva la indemnización.
- Existen algunos casos en que el médico puede contraer responsabilidad extracontractual por actos de su profesión.
- De acuerdo al análisis jurisprudencial realizado se constató que nuestros tribunales actualmente aplican la responsabilidad “in eligendo vel vigilando” de acuerdo a los artículos 2314 y 2320 del C.C, pero además para la protección del paciente también han aceptado la responsabilidad vicaria o sustituta haciendo una interpretación extensiva de los artículos 2314, 2320 inciso final y 2322 del C.C.

BIBLIOGRAFÍA

Obras

- 1- AA.VV., La Constitucionalización del Derecho Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago de Chile, 2003. (pp. 101-118)
- 2- Abeliuk Manasevich, Rene. *Las Obligaciones*. 3ª edición, Editorial Temis & Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1993.
- 3- Acosta Ramírez, Vicente. *De la Responsabilidad Civil médica*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1990
- 4- Diez Schwerter, José Luis. *El daño extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1997
- 5- Ducci Claro, Carlos. *Derecho civil*. 4ª edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1995.
- 6- Flores Carvajal, Víctor. *Responsabilidad Civil Médica: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia* Editorial metropolitana. Santiago de Chile, 2002.
- 7- Guajardo Carrasco, Baltasar. *Aspectos de la Responsabilidad Civil Médica: Doctrina y Jurisprudencia*. Librotecnia. Santiago de Chile, 2002.
- 8- Meza Barros, Ramón. *Responsabilidad Civil*. Edeval. Valparaíso, 1980
- 9- Paillas, Enrique. *Responsabilidad Médica*. 3ª edición. Editorial Jurídica Conosur. Santiago de Chile, 1999.
- 10- Tomasello Hart Leslie. Estudios de Derecho Privado (otros temas). EDEVAL.
- 11- Rodríguez Grez Pablo, *Responsabilidad Contractual*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.
- 12- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 1999.
- 13- Rodríguez Grez, Pablo. *Responsabilidad Contractual*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, 2003.

Revistas

- 1- Court Murasso, Eduardo. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil médica a la luz de la doctrina y jurisprudencia nacionales". Boletín Hospital Vifla del Mar. N° 52. 1996. (pp. 129-141)
- 2- Cuevas Manríquez, Gustavo, "Responsabilidad civil de los establecimientos de salud". Revista Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo. N°3. 2001. (pp. 169-179)
- 3- De la Maza Rivadeneira, Lorenzo. "La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad medica". Revista Chilena de Derecho, volumen XV. N°1. 1988. (pp. 21-36)

- 4- De la Maza Rivadeneira, Lorenzo. "El Contrato de Atención Médica". Revista Chilena de Derecho Volumen XVI. N°1. 1989. (pp. 7-12)
- 5- Domínguez Águila, Ramón. "Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista". Revista de Derecho Universidad de Concepción. N188. 1990. (pp. 125-136)
- 6- Domínguez Águila, Ramón. "Aspectos de la constitucionalización del Derecho Civil Chileno". Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los tribunales, tomo XCIII. Año 1996. (pp. 107-137)
- 7- Tapia Rodríguez, Mauricio. "Responsabilidad Civil Médica: Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales". Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. Volumen ,15. año 2003. (pp. 75-103)
- 8- Zelaya Etchegaray, Pedro. "Responsabilidad Civil de Hospitales y Clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales) Revista de Derecho. Tomo XIVC. N°2. 1997. (pp. 47-90)

Páginas web

- 1- Canales, Patricia. *La Responsabilidad Civil Médica en la Doctrina y la Jurisprudencia*. Sección Estudios y Publicaciones. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. 2003. Documento en línea, disponible en www.bcn.cl/pags/publicaciones/serieestudios/Esolis/nro277/nro277.htm
- 2- Vidal Olivares, Alvaro. *La Responsabilidad Civil del Profesional Médico*. Disponible en www.cde.cl/velsystem/PortalBiblioteca/revista/Revista%20n8/4%20SEPARATA-R...

Textos Legales

- 1- Código Civil
- 2- Código Penal
- 3- Código de Procedimiento Penal
- 4- Código Procesal Penal