

FACTORES DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENA

Loretto Venegas Franzolini*

Resumen

Este artículo pretende examinar la evolución de la dogmática y jurisprudencia chilena en la responsabilidad médica, que comenzó en el ámbito penal hasta asentarse en el Derecho Civil. En este estudio, revisaremos la naturaleza de la relación médico-paciente, pues los elementos que configuran la responsabilidad contractual y extracontractual son diferentes en nuestro ordenamiento. Especial atención recibe la interesante distinción entre las obligaciones de medios y resultado en materia médica. En una segunda parte del trabajo estudiaremos los factores de imputación del daño centrándonos en la culpa y sus funciones, la culpa médica y su distinción con el error y la descripción del modelo de conducta. También los factores objetivos, como el riesgo y la confianza, que han ganado nuevos espacios en materia de responsabilidad son objeto de atención. En la última parte del trabajo, analizaremos la situación de los establecimientos públicos y privados de salud, que han adquirido importancia como centros de imputación patrimonial del daño.

Palabras clave: Lex artis, Negligencia, Imputación, Falta de servicios.

* Magíster en Investigación Jurídica. Candidata a Doctora en Derecho Universidad de los Andes.

I. Hacia la fijación de una doctrina y jurisprudencia en nuestro país

A partir del siglo XX la doctrina nacional desarrolló sus primeras opiniones sobre el particular¹, esbozando la idea de la responsabilidad personal de los médicos².

A pesar que el tema se exhibía a modo inédito en nuestro Derecho, ya era materia de debate desde hacía medio siglo por parte de la doctrina comparada, incluso siendo aún más temprana la jurisprudencia extranjera sobre el tema³.

Desde aquel entonces hasta la actualidad, la elaboración de artículos relacionados con el tema ha aumentado, comenzando por el análisis conjunto de la responsabilidad penal y civil del médico, hasta centrarse especialmente en las consecuencias civiles de las atenciones en salud⁴.

Una situación similar ocurre en materia jurisprudencial, que transitó desde la escasez al auge de demandas por responsabilidad médica. En un principio sólo encontramos sentencias referidas a la responsabilidad penal, sin entrar a discutir las consecuencias civiles de los hechos. Con el devenir del tiempo, fue patente la necesidad de integrar disposiciones civiles, especialmente en materia indemnizatoria⁵.

Más, aún, el tiempo llevó a construir una responsabilidad institucional que permite hacer responder a los establecimientos de salud, considerándose como plenos sujetos de atribución de la responsabilidad, y sobre todo, como el centro de imputación patrimonial del daño⁶.

Pero veamos con mayor precisión esta evolución que se ha reseñado.

1. Reconocimiento penal y civil de la responsabilidad médica

Para los efectos de nuestro estudio, haremos una distinción entre la responsabilidad personal del médico y la responsabilidad institucional de la persona jurídica en cuyas instalaciones, o bajo cuya dependencia, se prestó el servicio médico.

1. A pesar de la labor de búsqueda y recopilación de documentación jurídica especializada, no disponemos de información si en el siglo XIX existieron trabajos relacionados con la responsabilidad médica.

2. KOCH K., Erich. Responsabilidad médica: Imprenta Cervantes. Santiago. 1919. p. 5.

3. *Ibíd.*, p. 7. LIONA. Compendium der Sanitaest. Polizei und gerigchtlichen Medizin. [s.l]. 1867. BROUARDEL, P. La responsabilité médicale. Baillière. París. 1898.

4. ACOSTA R., Vicente. "Responsabilidad civil médica en Chile", en Cuadernos de Extensión Jurídica. Universidad de los Andes. N°1. Santiago. 1996. pp. 145-164.

5. *Ibíd.*, p. 146.

6. *Ibíd.*, p. 160 y sgte.

1.1. La responsabilidad personal del médico, en cuanto profesional

En el derecho comparado, la procedencia de la responsabilidad civil evolucionó, desde un primer rechazo cerrado a la posibilidad de que un médico pudiera responder civilmente por sus actuaciones, hasta que se admitió ampliamente esta situación. En un estadio intermedio de la doctrina y jurisprudencia extranjera, fue aceptada una responsabilidad civil fundada exclusivamente en el dolo o la culpa grave del profesional⁷.

Pero esta evolución no tuvo una coincidencia temporal en Chile. Porque, tardó mucho nuestro medio en aceptar que un médico podía incurrir en responsabilidad, y cuando lo admitió únicamente reconoció una tenue responsabilidad penal. Las consecuencias civiles de un hecho penalmente reprochable en un médico, parecían imposibles, o muy difíciles, según se analice la evolución de nuestra doctrina y jurisprudencia.

Como se ha dicho, inicialmente, la responsabilidad médica sólo era estimada como relevante para el Derecho, cuando la actuación del facultativo tenía carácter penal y la pura responsabilidad civil estaba descartada⁸. Así lo revelan nuestros tribunales en el conocimiento de causas a partir de la actuación de un médico, en las cuales, únicamente se planteaba el tema del delito o cuasidelito penal sin entrar a discutir el aspecto civil.

En 1919, apareció un estudio que admitió la existencia de responsabilidad civil, más allá de la estrictamente penal, por "actos u omisiones que puedan considerarse culpables, ya sea por imprudencia, negligencia, descuido, ligereza, o por error, en la administración de medicamentos, o en la ejecución de operaciones o en la emisión de juicios científicos en las actuaciones periciales"⁹.

Más tarde, aparecerían otras obras encaminadas en la misma perspectiva, las que vinieron a contribuir al conocimiento del tema y la formación de una incipiente doctrina¹⁰.

7. KOCH K., Erich. Ob. cit., pp. 5 y ss.

8. Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta de los Tribunales, 1877, sentencia N°221, 1878, p. 107; ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., pp. 145-164.

9. KOCH K., Erich. Ob. cit., p. 5. El autor afirma la existencia de una acción civil y penal contra el médico, pero no se hace cargo de la relación de estas acciones y el efecto jurídico que tendría una sobre otra, pp. 10, 19, 21, 26.

10. FABRES I., Aniceto. De la responsabilidad médica: Talleres Castro. Santiago. 1922. p. 22, quien considera más común la responsabilidad penal; HAEBIG T., Olímpia. La responsabilidad médica y el secreto profesional: Imprenta El globo. Santiago. 1928. p. 9; PALMA C., Raquel. "Ensayo sobre la responsabilidad civil de los médicos", en Anales de la Facultad de ciencias jurídicas y sociales. Universidad de Chile, vol. V, n°s 17-20, ene.-dic. Santiago. 1939. p.22.

Pero con el tiempo, la influencia del derecho extranjero y las evidentes secuelas dañosas derivadas de malas praxis médica, terminaron por hacer comprender a nuestros juristas, la imposibilidad de desconocer que a causa de una mala actuación médica podían derivarse daños que eran legalmente indemnizables, más allá incluso del reproche penal que pudiera derivarse de esa actuación.

Con todo, debe señalarse que es innegable la interconexión entre la responsabilidad penal y civil¹¹. Por ello una sagaz opinión advierte que el mínimo de los casos se inician exclusivamente por medio de la acción civil, aunque la tendencia generalizada sea utilizar la vía cuasidelictual para conseguir indemnizaciones civiles se trata de campos distintos¹². De tal modo, que los autores entienden la independencia de ambos ámbitos de la responsabilidad¹³.

Así, otros fueron los temas que justificaron las obras de los juristas, algunas discusiones quedaron zanjadas, unas mantienen su vigencia y otras nacieron de problemas actuales¹⁴.

Admitido el hecho, que los médicos podían incurrir en responsabilidad civil, con independencia del la comisión de un delito penal, surgió en los autores la necesidad de precisar la naturaleza de esta responsabilidad, si contractual o extracontractual. Aunque, inicialmente se tendió a señalar que la única responsabilidad admisible, en caso de daños proveniente de negligencia médica, era de naturaleza contractual¹⁵. Hoy es claro que también pueden existir daños por negligencia médica provenientes de la denominada responsabilidad extracontractual¹⁶.

11. TOMASELLO H., Leslie. "La responsabilidad civil médica", en Estudios de Derecho Privado. Edeval. Valparaíso. 1994. pp. 22, 26; DE LA MAZA R., Lorenzo. "La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica", en Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 15, n° 1, ene.-abr. Santiago. 1988. pp. 22.

12. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., p. 150. Tal observación tendría por fundamento la censura que merece la interposición de una demanda civil contra un médico, por una especie de enriquecimiento a costa del profesional; PIZARRO W., Carlos. "La responsabilidad Civil por el hecho ajeno", en Revista Chilena de Derecho Privado. Fernando Fueyo Laneri. Universidad Diego Portales, n°1. Santiago. 2003. p. 181.

13. COURT M., Eduardo. "Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil médica a la luz de la doctrina y jurisprudencia", en Cuadernos Jurídicos. Universidad Adolfo Ibáñez, n° 7. Viña del Mar. 1997. pp. 13, 25; FLORES C., Víctor. Responsabilidad civil médica. Normativa, doctrina y jurisprudencia. Metropolitana. Santiago. 2002. p. 125.

14. Por ejemplo, acerca de la fuente responsabilidad, la naturaleza jurídica de la relación, el riesgo terapéutico, el perjuicio de nacer, entre otros. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., pp. 145-164.

15. FABRES I., Aniceto. Ob. cit., p. 20; HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., pp. 14, 16.

16. VIDAL O., Álvaro "La responsabilidad civil del profesional médico", en Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado, n°8. Santiago. 2002. pp. 165-169.

1.2. La responsabilidad médica de las personas jurídicas

Como se advirtió, inicialmente, la doctrina nacional estaba enmarcada en la responsabilidad individual o personal del profesional de la medicina¹⁷. Pues el objeto era sancionar al sujeto que personalmente era culpable de un daño.

Como el sistema de responsabilidad se basaba en la culpa de un sujeto, esta debía repelerse por la imposición de sanciones para prevenir la comisión de nuevos daños ilícitos, sin discutir la eventual responsabilidad civil de las instituciones públicas o privadas de salud.

Con el tiempo, también surgió la responsabilidad civil médica, asociada a personas jurídicas¹⁸. De tal manera, que nuestra doctrina y jurisprudencia comienza a admitir que los hospitales y clínicas también podían ser agentes responsables de daños causados a los pacientes. Pero la manera de comprender el tema ha sido y sigue siendo objeto de discusiones doctrinarias.

Y ya no se trata solamente de la responsabilidad del facultativo, pues, hay una ampliación de la figura a otros profesionales relacionados con las atenciones de salud, proyectándose incluso a la responsabilidad del Estado por la falta de servicio, fundada en la culpa presunta o responsabilidad objetiva de las clínicas privadas, como tendremos ocasión de exponer en su momento¹⁹.

1.3. Apreciación de la jurisprudencia

En lo referente a la jurisprudencia nacional en materia de responsabilidad médica, desde fines del siglo XIX es posible encontrar juicios en torno a los daños provocados por actuaciones de profesionales de la salud.

Pero los casos sometidos al conocimiento de la judicatura fueron reducidos y todos ellos se incoan a partir de la acción penal que nace de la infracción de la disposición del artículo 491 del Código Penal²⁰; pero ninguno está vinculado

17. FABRES I., Aniceto. Ob. cit., p. 20; HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., pp. 14, 16; PALMA C., Raquel. Ob. cit., p. 22; KOCH K., Erich. Ob. cit., p. 5.

18. SOTO K., Eduardo. "Responsabilidad de Estado. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 9 de mayo de 1991, rol 3.359", Informe Constitucional N°144. 1981. Para una comprensión acabada del tema, véase: ZELAYA E., Pedro. "Responsabilidad civil de los hospitales y clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales)", en Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago. t. XCIV, n°2. 1997. pp. 47 y ss.

19. Idem. pp. 48 y ss.; VÁSQUEZ R., Andrés. Responsabilidad del Estado por sus servicios de salud. Conosur. Santiago. 1999. pp. 33 y ss.; MARTÍNEZ E., José Ignacio. "La responsabilidad patrimonial por los servicios de salud", en Cuadernos de Extensión Jurídica. Santiago. J. Baraona, edit., Universidad de los Andes, N°7. Santiago. 2003. pp. 137-172; PIZARRO W., Carlos. Ob. cit., pp. 187 y ss.

20. Gaceta de los Tribunales, años: 1861 sentencia N° 99, p. 49 y sgte.; 1878, sentencia N° 2956, p. 1237; 1878, sentencia n° 221, p. 107; 1888, sentencia N° 103, p. 170; 1910 t.II; 1922 t.I; 1923 t.I; 1927 t.II; 1928 t.I y II; 1931 t.II; 1935 t.I; 1938 t.I; 1939 t.II; vol. 54, p. 255; vol. 60, p. 320.

directamente con materias civiles que dieran lugar a demandas de indemnización por los daños causados por médicos²¹.

Un primer caso que interesa comentar, se refiere a la muerte de un hombre con 75 años²². La sentencia de primera instancia señaló que durante la aplicación de las maniobras médicas el enfermo presentó náuseas, arrojando parte considerable del alimento del almuerzo, siendo la causa del deceso la congestión, por lo que no resultaba posible imputarle negligencia o culpa al facultativo.

La Corte de Apelaciones de Santiago, sobreseyó la causa penal, y decidió que el médico aplicó remedios oportunos y usuales empleados en casos de la misma naturaleza, pero como los esfuerzos del médico fueron infructuosos, el paciente había fallecido.

Otro caso relacionado con la negligencia culpable, se refiere a un error de diagnóstico²³. El médico fue acusado de realizar un diagnóstico errado, que derivó en la muerte de un feto que nació sin la debida atención médica, quien pudo haber sufrido algún daño por las maniobras de exploración practicadas por el facultativo.

El informe médico legal señaló que sólo existían dos modos de afirmar con certidumbre la existencia de un embarazo: los latidos del corazón y los movimientos fetales. El feto pesaba y medía la mitad de un individuo normal de ocho meses de gestación. El mismo informe concluyó que se trataba de un error de diagnóstico, sin consecuencias, ni perjuicios y que por las circunstancias en que se había producido, era del todo excusable.

21. Hay quienes han negado que existan, HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., p 23; CAMPOS Q., Jaime. "La responsabilidad médica de carácter culposo en la legislación y jurisprudencia", en Revista de Derecho. Universidad de Concepción, año 51, n° 174. Concepción. 1983. p. 41; CORNEJO L., Hernán. La responsabilidad cuasidelictual del médico. Talleres Gráficos Valdés Hnos. 1945. Santiago. p. 69; KOCH K., Erich. Ob. cit., p. 10; PALMA C., Raquel. Ob. cit., p. 19.

22. Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta de los Tribunales, 1877, sentencia N°221, 1878, p. 107. El occiso había acordado con el doctor una operación, debiendo concurrir al domicilio del facultativo acompañado de algún familiar que lo asistiera. Sin embargo se presentó solo, asegurando al médico que hacía más de seis horas de la última vez que había ingerido alimentos. El médico practicó la intervención después de las 16:00 horas, procediendo a aplicar cloroformo y a ejecutar la operación. Pero, el paciente no volvió en sí una vez finalizada la actuación. Según el informe de autopsia, la causa del deceso fue la congestión verificada en el cerebro y pulmón.

23. PUGA B., Federico. Compendio de medicina legal adaptado a la legislación chilena. Imprenta Cervantes. Santiago. 1896. pp. 653 y ss. El médico fue llamado para atender a una paciente, la cual se creía embarazada; luego de reiteradas atenciones médicas, en junta con otros profesionales se diagnosticó un tumor uterino. Con el objeto de determinar y conocer el tumor, el médico imputado practicó una exploración por vía uterina, de lo cual concluyó la necesidad de una intervención quirúrgica. Días después el facultativo fue requerido por la enferma, quien experimentaba fuertes dolores, y el galeno concluyó que la dolencia era consecuencia del desprendimiento del tumor, por lo que procedió a aplicar una inyección de morfina, retirándose posteriormente del lugar. Momentos más tarde la paciente dio a luz a un niño muerto.

El Promotor Fiscal opinó que no era razonable confundir un tumor con un feto. En su informe sugirió recalificar el delito al artículo 491 del Código Penal, es decir, un cuasidelito por negligencia culpable en el ejercicio de la profesión (la causa se había iniciado como un supuesto delito de aborto).

Sin embargo, por sentencia de 20 de noviembre de 1897 la causa fue sobreeséda definitivamente, al estimarse por autopsia que el feto de todas maneras no hubiera sobrevivido, aún sin la realización de las intervenciones quirúrgicas por parte del facultativo. Se estimó la presencia de un error médico excusable, en razón que los latidos del feto pudieron no haber sido percibidos por la obesidad de la madre, además de poseer una configuración anatómica inferior a la normal de los fetos de su misma etapa de gestación, razón por la cual, el facultativo fue declarado inocente²⁴.

En este caso, apreciamos que el tribunal debido a su desconocimiento de la ciencia en cuestión, acudió a la opinión de un perito, a fin de aplicar las reglas del arte médico para resolver el tema de la responsabilidad. Teniendo por resultado la exención de la responsabilidad del profesional por el error cometido.

Años más tarde, los Tribunales conocieron el caso de un médico que fue procesado por el cuasidelito de lesiones provocadas en el paciente con ocasión de la amputación antes dicha. La Corte de Apelaciones de Santiago con la mitad de los votos disidentes de los ministros, confirmó el fallo de primera instancia rechazando la querrela, por estimar que no hubo negligencia culpable en el ejercicio de la práctica médica²⁵.

Con todo, en opinión de los votos disidentes, la negligencia era notoria y resultaba plenamente acreditado, pues, se trataba de una gangrena de carácter patente desde un principio, cuyo diagnóstico era sencillo, no pudiendo pasar inadvertida por el facultativo sin mediar negligencia culpable.

La ilustración de estos casos ayuda a entender por qué la responsabilidad de los médicos no era un tema discutido en tribunales.

En primer lugar, resalta el estatus que gozaban los médicos en cuanto se pensaba que eran personas con indubitable capacidad y conocimientos que raramente cometían errores, y menos negligencias, lo que hacía impensable exigirles responsabilidad por

24. *Ibíd.*, p. 660. La Corte Suprema, al dictar fallo, expresa: "sobreeséase el sumario contra el médico al confundir una embarazo con un tumor uterino, el feto era monstruoso y no era viable. El error de diagnóstico, atendida las circunstancias especiales que relacionan los doctores en su informe médico, es excusable, no hay por consiguiente cuasidelito que perseguir".

25. Corte de Apelaciones de Santiago, Gaceta de los Tribunales, 1930, 2° sem., sentencia n° 125, p. 520. El médico, al practicar una operación para corregir el pie derecho del paciente, provocó la amputación de dicha extremidad por efecto de la gangrena producida por la intervención quirúrgica.

sus actuaciones defectuosas. De otro lado, los conocimientos científicos en materia médica eran incomparablemente rudimentarios en relación a los conocimientos y técnicas que actualmente existen, lo que hacía mucho más difícil la actuación de los médicos, y eso la gente lo comprendía. Por último, y este es un tema que subsiste hasta hoy, la falta de conocimientos e información que poseían tanto los ciudadanos como los jueces que debían resolver casos, obligaba recurrir a informes de especialistas, los que influían bastante en la resolución del caso.

Con, todo, como lo demuestran estos casos, en la justicia comenzó a indagarse por negligencias médicas, aunque inicialmente fuera únicamente para depurar una eventual responsabilidad penal. El problema estaba en determinar cuándo un médico dejaba de ajustarse a las reglas de su profesión, cometiendo un error inexcusable. Tal fue la discusión que tuvo lugar en el caso de aquella mujer embarazada, a la cual se le había diagnosticado un tumor, producto de su obesidad y las características del feto lo que provocó en el médico un error de diagnóstico produciendo la muerte del feto.

Con el avance científico, y luego de varias décadas, la situación de la responsabilidad civil por la actividad sanitaria ha variado considerablemente existiendo un crecimiento de los juicios por mala praxis médica²⁶.

Contrariamente con la idea de que la evolución de la responsabilidad médica se encontraría en estado de término²⁷, creemos que las reglas de la profesión varían de manera constante, en la medida que aparecen nuevas enfermedades y requerimientos para los profesionales de la salud, se presentan nuevas situaciones de daños para pacientes que reclaman un juicio científico y normativo. Por lo cual, así como el avance de la ciencia médica no descansa, la responsabilidad y su evolución no termina.

2. Fuentes de la responsabilidad civil médica

Otro aspecto que se ha prestado para discusión, y que ha sido objeto de una importa evolución, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es el tema de la fuente o naturaleza de la responsabilidad civil médica: contractual o extracontractual. Incluso, aceptando que se trata de responsabilidad contractual, no ha sido pacífico precisar la estructura jurídica que le sirve de fuente o sustento²⁸.

26. CASTRO, Rodrigo. "Problemas de gestión en el sistema de salud y estimación de las pérdidas debido a negligencias", en Serie Informe Social. Libertad y Desarrollo, N°81, Santiago. 2004. pp. 8 y ss. KÜNSEMÜLLER L., Carlos. "Responsabilidad penal del acto médico", en Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 13, n° 2, mayo-ago. Santiago. 1986. p. 260, las transformaciones en las políticas estatales en materia de salud y la modificación del estatus de los Colegios Profesionales, en orden a restarles el control ético de sus miembros, motivos que influyen en la búsqueda de instancias de control efectivo de la actividad sanitaria.

27. PALMA C., Raquel. Ob. cit., p. 24.

28. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., pp. 145-164.

Tampoco la cuestión del cúmulo de responsabilidad es un tema que pueda decirse esté agotado, pues, si bien es cierto que la doctrina chilena en un principio negó la posibilidad del cúmulo, siguiendo la doctrina francesa, últimamente existe un sector de la doctrina, con apoyo de la jurisprudencia, que ha aceptado tal posibilidad²⁹.

2.1. Fuente contractual

Desde el comienzo la doctrina se inclinó por la tesis contractualista en la medida que se trataba de cumplimiento imperfecto o tardío, o el incumplimiento total de una obligación contractual preexistente³⁰. Sin embargo, una parte de la doctrina incipiente, consideraba que nada impedía que a un médico pudiera imputarse responsabilidad extracontractual, frente a la imposibilidad de acreditar un contrato de atención médica previo con el paciente³¹.

Otra parte de la doctrina sin bien compartía el planteamiento de que la responsabilidad del médico tenía por fundamento las normas contractuales, difería en el caso de que no existiera un contrato, donde la responsabilidad que derivaría por eventuales daños debía entenderse de naturaleza cuasicontractual. Suponiendo de tal modo la violación de un vínculo preexistente, que generalmente comprendía una obligación de hacer. Si no existía un contrato al cual vincular la conducta estimada reprochable, ella era adscrita a un cuasicontrato innominado, pero siempre se le aplicaba las normas de responsabilidad contractual³².

2.1.1. Figuras contractuales a que se ha recurrido

Para adscribir la responsabilidad médica, en el régimen contractual, se han ofrecido diversas explicaciones.

Inicialmente se recurrió a las disposiciones del mandato, solución que no satisfizo absolutamente al momento de considerar cuáles eran los actos que podía realizar el mandatario, en tanto están referidos a actos de administración, o sea, actos jurídicos, distintos de aquello que en definitiva significa la actuación material de un médico³³.

29. ZELAYA E., Pedro. Ob. cit., pp. 47 y ss.

30. KOCH K., Erich. Ob. cit., pp.51 y ss; FABRES I., Aniceto. Ob. cit., p. 22; HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., pp. 14, 16. Otro fundamento de la tesis contractual, se apoya en que la responsabilidad de los médicos nace del daño causado al paciente debido a negligencia o imprudencia en el cuidado, en la omisión de indicaciones médicas, por los riesgos o consecuencias de una intervención quirúrgica o tratamiento prescrito, o por la ignorancia o error en el diagnóstico, responsabilidad que generalmente tiene por fundamento un contrato, ALESSANDRI R., Arturo. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Universitaria, 2ª edic., t. I. Santiago. 1983. pp. 77 y ss.

31. KOCH K., Erich. Ob. cit., pp. 51, 54, 57, se inclinaba por la responsabilidad extracontractual.

32. FABRES I., Aniceto: Ob. cit., p. 22; HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., pp. 14, 16.

33. KOCH K., Erich. Ob. cit., p. 67; FABRES I., Aniceto. Ob. cit., p. 27.

De este modo de entender el vínculo en estudio, se derivó en la figura jurídica del arrendamiento de servicios³⁴, que ofrecía más similitud con las características propias de una relación en la que hay por una parte largos estudios, así como la ejecución de las obligaciones concernientes al ámbito profesional.

Otro modo de entender tal nexos jurídico, sino en todas las ocasiones, al menos en su mayor número, fue considerar al contrato de servicios médicos como un "contrato ploteiforme o variable en relación a su estudio"³⁵, dando lugar a un contrato de arrendamiento, de trabajo o innominado, según el caso.

Otros autores contemporáneos asumen la relación del médico y su paciente, más que como contrato médico, como un contrato de beneficencia, el cual puede considerar o no el pago de honorarios, pero su esencia radicaría en el contenido de la prestación del profesional; con todo, se comparte la opinión de aplicar las reglas del mandato y el arrendamiento de servicios inmateriales a este contrato innominado³⁶.

No ha faltado quien ha sostenido que la relación entre médico y paciente no obedece a ninguna figura jurídica establecida, reconduciéndola a un contrato innominado o atípico que regida por las reglas del mandato, sin perjuicio de aplicar las reglas de los servicios inmateriales³⁷, que puede entenderse, en especiales circunstancias como una agencia oficiosa o estipulación a favor de otro³⁸. Algunos compartiendo este pensamiento, agregan que se trata efectivamente de un contrato innominado³⁹.

34. Así, la obra de KOCH K., Erich. Ob. cit., p. 68, señala que en sí mismo no constituye un mandato, atendida las características de la relación, el artículo 2118 del Código Civil, sujeta los servicios prestados por ciertas profesiones a las reglas del mandato, siendo aplicable en segundo término las normas del arrendamiento de servicios; Del mismo modo, FABRES I., Aniceto. Ob. cit., p. 27; HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., p. 16; PALMA C., Raquel. Ob. cit., pp. 21-29, explica que la responsabilidad es contractual, pero si bien es cierto tiene matices del mandato, se rige por las reglas de arrendamiento de servicios cuando el paciente concientemente ha escogido a su médico, de lo contrario estaremos en presencia de una gestión de negocios o en una estipulación a favor de otro; ACOSTA R., Vicente. De la responsabilidad civil médica: Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1990. pp. 109, 110; En el mismo sentido, TOMASELLO H., Leslie. Ob. cit., p. 36; VIDAL O., Álvaro Ob. cit., pp. 163 y ss., hace referencia a un contrato de "prestación de servicios médicos" motivado en que no existe un único o genérico contrato médico dotado de naturaleza uniforme.

35. ALESSANDRI R., Arturo. Ob. cit., pp. 75, 76.

36. FLORES C., Víctor. Ob. cit., pp. 28, 88 y ss., Considera la aplicación de las normas del contrato de confección de obra materia para el caso de la cirugía estética.

37. ACOSTA R., Vicente. "De la responsabilidad medica en Chile" Ob. cit., pp. 109, 110; TOMASELLO H., Leslie. Ob. cit., p. 36; VIDAL O., Álvaro. Ob. cit., pp. 163 y ss.

38. COURT M., Eduardo. "Algunas ..." Ob. cit., pp. 3, 4.

39. GUAJARDO C., Baltasar. Aspectos de la responsabilidad civil médica, Doctrina y jurisprudencia. Librotecnia. Santiago. 2002. pp. 38 y ss.

Pero otro sector discrepa del carácter de contrato innominado que se le quiere dar al contrato de prestaciones médicas, pues existe un marco legal que lo regula, lo que impide calificarlo como un contrato *sui generis*⁴⁰.

Por último, es posible encontrar opiniones apartadas de las precisiones anteriores, como es el caso de quien considera el contrato de atención del profesional médico como aquel que puede tener semejanzas con figuras del Código Civil, tales como el mandato, el arrendamiento de servicios inmateriales u otras, pero debido a las especiales características del servicio “el profesional médico aporta su técnica y experiencia; diagnostica y aconseja; eso va mucho más allá de lo que contraen por aquellas convenciones”, entonces, se rige por las reglas generales de Derecho⁴¹.

Hay quienes conciben, actualmente, la actividad médica como un arrendamiento de servicios inmateriales, en el sentido de revestir la forma de un contrato de asistencia médica, esto es, de diagnóstico y tratamiento, pudiendo tomar incluso el carácter de un contrato de arrendamiento de servicios de obra material, considerándose más apropiada la noción de un contrato de prestación de servicios⁴².

2.1.2. La aproximación de nuestra jurisprudencia

Como dijimos, la jurisprudencia del siglo XIX no conoció casos de responsabilidad civil médica, sino únicamente respecto a la responsabilidad penal de tipo cuasidelictual.

Sólo hemos encontrado casos jurisprudenciales en que participaron médicos, pero relacionados con el cobro de honorario por la realización de sus servicios profesionales, situación que generó más de algún conflicto entre las partes que habían acordado una atención médica⁴³.

40. DE LA MAZA R., Lorenzo. “El contrato de atención médica”, en Revista Chilena de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. XVI, n°. 1, ene.-abr. Santiago. 1989. pp. 8, 10.

41. PAILLAS P., Enrique. Responsabilidad médica. LexisNexis, 4ª edic. Santiago. 2002. pp. 25-27. Esta opinión se aproxima bastante a la figura de un contrato *sui generis*.

42. CORREA E., Ana Carolina. El contrato de servicio médico. ConoSur. Santiago. 2001. pp. 20, 23. Para quien una correcta interpretación de las normas del mandato llevan a concluir su postura. Además, critica la denominación *sui generis* que se pretende atribuir a esta relación, pues carece de valor, el juez al resolver un caso debe proceder a la calificación de las circunstancias y aplicar la legislación apropiada.

43. Corte de Apelaciones de Concepción, 18 de julio de 1918, Gaceta de los Tribunales, n° 361, p. 1102. Antes de esta sentencia, como se ha expuesto, solo encontramos información de fallos en materia penal, sin considerar aquellos que aluden a la relación del médico y paciente en juicio por cobro de honorarios. Hacia la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia consideraba que la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente se desarrollaba en el ámbito contractual, dentro de lo cual, se identificaba con los servicios profesionales que prestaban los facultativos y que por lo general se regía por las reglas del mandato. Corte de Apelaciones de Talca el 29 de diciembre de 1922, en Gaceta de los Tribunales N° 255, p. 1088. También sirvió de justificación la figura contractual de la estipulación a favor de otro. Así, la Corte, señaló que en los servicios municipales contratados a favor de enfermos pobres perteneció a la figura de la estipulación a favor de otro, en donde los servicios profesionales otorgados por el médico eran de cargo de estipulante.

Hacia la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia comenzó a considerar como elemento de análisis, la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente,

partiendo de la base de la existencia de un contrato, posteriormente dedicó gran parte de su trabajo a profundizar sobre esta compleja relación su acercamiento al distintas figuras que comprenden la relación contractual como el mandato, arrendamiento de servicios entre otros, hasta acercarse al campo extracontractual, a fin de resguardar lo mejor posible los intereses de las víctimas⁴⁴.

2.2. Fuente Extracontractual

La otra opción dogmática, para explicar el fundamento de la responsabilidad médica, lo constituyen las normas sobre hechos ilícitos, es decir, la responsabilidad extracontractual. Si bien es cierto, en un primer momento, la responsabilidad civil del facultativo era explicada a través de la responsabilidad contractual⁴⁵. Como dijimos anteriormente, también podía presentarse la responsabilidad extracontractual conforme a las normas del artículo 2314 y siguientes del Código Civil. Agregándose por alguno, que en tal caso, "aún cuando tuviera por fundamento un contrato se regiría por las normas de la responsabilidad extracontractual, en la medida que se tratara de una infracción a la norma penal"⁴⁶.

En la actualidad encontramos uniformidad en la idea que existen supuestos en los cuales el médico puede contraer responsabilidad delictual o cuasidelictual por actos de su profesión. Incluso, es admisible para la víctima, cuando en virtud de una prestación médica sufra un daño, persiga su reparación por vía extracontractual derivado de la conveniencia que ofrece en materia de indemnización y daño moral⁴⁷.

2.3. La jurisprudencia

La jurisprudencia también ha admitido que entre médico y paciente puede darse un nivel de responsabilidad de tipo extracontractual, obviamente cuando no se ha acreditado la relación contractual correspondiente⁴⁸.

44. Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 abril de 1992, Gaceta Jurídica N°143, p. 75 y ss.; Corte Suprema 12 de junio de 2003, Rol: 2174-02, Jurisprudencia On Line Lexisnexis, número identificador: 26.437. Aún en la actualidad se discute el tema de la naturaleza jurídica de la relación, Sentencia del Tribunal de Letras de Quillota, 22 junio de 2000, Rol: 57.738-2, Jurisprudencia On Line Lexisnexis, número identificador: 23480.

45. supra, cita n°30.

46. KOCH K., Erich. Ob. cit., pp. 51, 54, 57. supra, cita n°31.

47. ACOSTA R., Vicente. "De la responsabilidad médica en Chile" Ob. cit., pp. 109, 110; COURT M., Eduardo. "Algunas..." Ob. cit., p. 26; GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., p. 147.

48. Corte Suprema, 28 de enero de 1993, Rol N°2020-92, Jurisprudencia On Line Lexisnexis, número identificador:12135: 9. "no alteran las conclusiones referidas en los considerandos precedentes, la alegación de la clínica en el sentido que no procede aplicar las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, por existir en su concepto, entre ellos, una relación contractual, toda vez que tal relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente...".

En un fallo ilustre, el juez de primera instancia concluyó que si faltaba el consentimiento del paciente para realizar una intervención quirúrgica, la responsabilidad del médico era extracontractual⁴⁹. Al no formarse el consentimiento, faltó un requisito de existencia, por tanto, la supuesta infracción sólo podía generar responsabilidad extracontractual.

La admisión de la responsabilidad extracontractual entre médico y paciente, también se ha producido, a raíz de la alegación de un profesional basado en la prescripción de la acción del paciente. El demandante fundó su pretensión en la responsabilidad contractual del dentista, mientras que este último señalaba como estatuto aplicable el extracontractual, encontrándose prescrita la acción de la víctima⁵⁰.

En la última época, ha cobrado mayor interés de los demandantes explotar la vía extracontractual en los juicios por mala praxis médica, como se observa a continuación.

Es el caso de la Corte de Apelaciones de Iquique, que no acogió la pretensión del demandado de una responsabilidad contractual, fundado en el mandato y arrendamiento de servicios. Tal tipo de responsabilidad presupone la existencia de un contrato anterior, el cual no es posible de advertir en situaciones clínicas de emergencia y gravedad, en que el principio de la voluntad libremente consentida resulta inexistente, siendo necesario aplicar las disposiciones de responsabilidad extracontractual⁵¹.

Aquí, nos encontramos con el difícil tema de la formación del consentimiento en la atención médica, pues puede ser el caso que el paciente concurra libre y voluntariamente a la consulta de un determinado profesional elegido por él para someterse a un tratamiento o, por el contrario, que las circunstancias de emergencia impidan una voluntad libre y conciente.

49. Corte Suprema, 20 de junio de 1996, Rol N°33.393-95, número identificador Lexisnexis: 13931.

50. Corte Suprema 22 de Mayo de 2000, número identificador Lexisnexis: 16862.

51. Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de junio de 2000, Rol: 36.649, Jurisprudencia On Line Lexisnexis, número identificador: 19429.

3. Cúmulo u opción de responsabilidad

3.1. Apreciación doctrinal

En lo referente al cúmulo u opción de responsabilidad, como se ha dicho, parte de la doctrina y jurisprudencia ha ido cediendo desde una perspectiva rígidamente contraria a admitirlo, a una postura más flexible⁵².

Inicialmente se consideró el ámbito contractual como el más indicado en esta materia, razón que ha adquirido la adhesión de parte de la dogmática nacional⁵³.

La dualidad de sistemas conducía a cuestionar la eventual opción por una de tales vías de responsabilidad, frente a la creación de un daño por un hecho relativo al contenido de la obligación, o en su defecto, ajeno al objeto del contrato, procedente de la responsabilidad penal del profesional⁵⁴.

Frente a esta situación advertimos distintas soluciones, existiendo por un lado la tesis tradicional, para la cual, el paciente no tiene la facultad de elegir el régimen de responsabilidad para hacer efectiva la responsabilidad, en atención al principio de la autonomía de la voluntad, ya que de otra manera se estaría vulnerando tal principio⁵⁵.

Para otros, no es posible a la víctima del daño elegir el régimen por medio del cual se desea perseguir la responsabilidad civil⁵⁶. La comisión de un cuasidelito penal es independiente a un cuasidelito civil. De manera que si existe un vínculo jurídico previo y el cuasidelito penal es consecuencia de la infracción de tal relación, únicamente se configura la responsabilidad contractual. En el evento de no existir un vínculo previo el hecho ilícito capaz de originar la responsabilidad penal y civil del agente se encuadra en sede extracontractual.

52. FABRES I., Aniceto. Ob. cit., p. 20; HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., p. 16. Considerando que frente a la falta de contrato se configuraba un cuasicontrato innominado regido por las reglas de la agencia oficiosa y no de la responsabilidad extracontractual como pudiera inferirse. Además, no resolvían el problema, cuando a raíz de la responsabilidad penal nacía la responsabilidad civil de indemnizar los daños causados, existiendo, no obstante, un vínculo jurídico previo.

53. PALMA C., Raquel. Ob. cit., pp. 22 y ss, es partidaria de la tesis contractual de la responsabilidad, hay casos en que el paciente escoge a su médico y otros en que no lo escoge, sea porque el médico ha obrado espontáneamente o porque lo designa la institución de salud. En el mismo sentido: DE LA MAZA R., Lorenzo. "El contrato..." Ob. cit., p. 7, inicia su trabajo afirmando que no hay duda que exista entre el médico y el enfermo a quien atiende una relación de carácter contractual.

54. PALMA C., Raquel. Ob. cit., pp. 20.

55. ALESSANDRI R., Arturo. Ob. cit., p. 84, aunque admite la superposición de las responsabilidades. En el mismo sentido: DUCCI C., Carlos. Responsabilidad civil. Actividades de las cosas, hechos de las cosas, circulación de vehículos. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1970. pp. 23 y ss., ABELIUK M., René. Las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile, 4ª edic., t. II, n°s 935 y 939. Santiago. 2001. pp. 834, 835 y 839 respectivamente; ACOSTA R., Vicente. "De la responsabilidad médica en Chile" Ob. cit., p. 371; COURT M., Eduardo. "Algunas..." Ob. cit., p. 10.

56. COURT M., Eduardo. "Algunas..." Ob. cit., p. 4, 7, 12.

Hay quienes aclaran que procede el concurso de responsabilidad, si prescindiendo del contrato preexistente, el daño causado igualmente sería indemnizable. No sólo hay normas penales en juego que habilitan a reclamar la reparación del daño causado, también en materia de responsabilidad rigen el principio *neminem laedere*⁵⁷.

En cambio una posición distinta, reconoce que existe una relación contractual, pero considera más conveniente para el interés del paciente hacer efectiva la responsabilidad en sede extracontractual, a objeto de obtener una reparación completa del daño sufrido, teniendo a su favor la solidaridad pasiva⁵⁸.

Como agrega un autor, el régimen de responsabilidad civil, depende de la naturaleza del bien jurídico preexistente infringido, de lo cual, resulta que la aplicación de un régimen jurídico distinto puede provocar un resultado contradictorio para la víctima⁵⁹.

3.2. Jurisprudencia

La Jurisprudencia actualmente ha considerado la posibilidad de la opción del estatuto de responsabilidad en materia médica⁶⁰. De modo que puede revestir simultáneamente características propias de una infracción al contrato de prestación médica, de hospitalización y/o de asistencia sanitaria, y, al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil⁶¹.

57. CORRAL T., Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 2003 pp. 30 y ss.

58. PIZARRO W., Carlos. Ob. cit., p. 181-205.

59. VIDAL O., Álvaro. Ob. cit., p. 158.

60. Corte de Apelaciones de Concepción de 20 mayo 2002, Gaceta Jurídica N°268, 2002, pp. 93 y ss., reiteró su postura de tolerancia a la opción o cúmulo de responsabilidad médica, resolviendo: "3°). La doctrina tradicional considera que la relación paciente-hospital particular o clínica es de naturaleza contractual (Arturo Alessandri Rodríguez, De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno, N° 42; Eduardo Court Murasso, Cuadernos Jurídicos Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, N° 7, abril 1997, páginas 2 y 3; C.A. Pedro Aguirre Cerda, Gaceta Jurídica N° 143, pág. 75). Hoy en día, hay autores que incluso, en esta materia, aceptan el llamado cúmulo u opción de responsabilidades, esto es, el concurso, la concurrencia o coexistencia de la responsabilidad extracontractual con la contractual. Que aunque la responsabilidad civil es una sola, en cuanto se traduce en la necesidad en que se encuentra un sujeto de reparar el daño que le ha ocasionado a otro, lo cierto es que, como es sabido, nuestro Código Civil regula separadamente dos órdenes de responsabilidad: la contractual (Título XII del Libro IV, artículos 1545 y siguientes), y la extracontractual (Título XXXV del mismo Libro, artículos 2314 y siguientes), sujetándolos a reglas diferentes".

61. Corte de Apelaciones de Concepción, 1° agosto de 2000, Gaceta Jurídica N°259, 2000, pp. 38 y ss. "5° La negligencia médica y hospitalaria con daños al paciente puede incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la normativa contractual (arts. 1547 y siguientes del Código Civil) y de la extracontractual (arts. 2314 y siguientes del mismo Código)...No cabe duda que en la actualidad existe una gran inseguridad conceptual en la delimitación de los supuestos de hecho de una y otra responsabilidad...y, sobre todo, en los servicios de atención médica empresarialmente organizada".

II. Factores de imputación en la responsabilidad médica: La responsabilidad personal

A continuación, haremos una revisión somera de los criterios de atribución de responsabilidad, que tanto la doctrina nacional como la jurisprudencia han afinado para dar respuesta a los problemas que presenta la responsabilidad civil médica, en sede contractual y extracontractual.

A fin de realizar dicho cometido, efectuaremos una pequeña presentación de los diversos factores de imputación, sea para la responsabilidad contractual como extracontractual.

Como en otras áreas de responsabilidad, en materia médica se ha transitado desde un estadio inicial de fuerte acento subjetivo, hasta llegar en la actualidad a reconocer la existencia de criterios mixtos, o directamente objetivos, como es la responsabilidad que la jurisprudencia atribuye a la administración por el funcionamiento de los servicios públicos de salud.

Para los efectos de análisis, distinguiremos primeramente factores de imputación de daños para la responsabilidad contractual, para luego estudiar los criterios de atribución de daños en la responsabilidad extracontractual.

1. Responsabilidad contractual

La doctrina y jurisprudencia nacional admiten que lo primero que debe indagarse en un eventual conflicto entre un médico y su paciente, es saber si existió entre ellos un contrato de prestación de servicios médicos. En este caso la relación jurídica creada entre las partes produce efectos contractuales, como es el incumplimiento de la obligación y la consecuente responsabilidad derivada de la infracción contractual. Hay quienes consideran esta relación contractual con características particulares del régimen común⁶².

Es claro, que del incumplimiento de la obligación sólo podrá nacer la responsabilidad por daños y perjuicios en contra del médico, en la medida que haya intervenido un elemento idóneo para atribuirle tal responsabilidad.

A los efectos de este estudio, distinguiremos entre factores de atribución subjetivos, que será lo normal, de los objetivos.

62. VIDAL Olivares, Álvaro. Ob. cit., pp. 155-190.

1.1. Subjetivo

Al hablar de factores subjetivos de atribución de la responsabilidad contractual médica, queremos señalar que se trata de un juicio de reproche basado en la culpa o dolo, es decir, es una consideración que examina las circunstancias subjetivas de un individuo, en relación con el conocimiento, voluntad y posibilidad real de evitar un determinado daño. Es así como la culpa o dolo constituyen el fundamento de la responsabilidad cuando ha sobrevenido la inejecución una la obligación derivada del contrato⁶³.

Pero, antes de adentrarnos en el estudio de estos elementos de atribución, de la responsabilidad contractual médica, es conveniente hacer referencia a un aspecto de las obligaciones médicas, que tiene incidencia en la función que la diligencia/negligencia cumplen en la depuración de la responsabilidad profesional en general, y del los médicos en particular.

1.1.1. La distinción entre obligaciones de actividad y de resultado

La distinción entre obligaciones de actividad o de medios y de resultado, si bien no ha encontrado un acomodo general en la doctrina nacional⁶⁴, tampoco en nuestra jurisprudencia, sin embargo, se ha recurrido a ella para esclarecer ciertos problemas de responsabilidad profesional⁶⁵.

Por ello, parece indispensable ofrecer los criterios que se han usado para esta distinción.

El resultado querido por el acreedor puede quedar jurídicamente ajeno a la prestación -obligación-, o en su defecto formar parte de ella. En el primer caso es el comportamiento del deudor lo que configura estrictamente la obligación, más allá de las consecuencias que este hacer o no hacer del deudor acarreen al acreedor; en el

63. COURT M., Eduardo. "Algunas" Ob. cit., p. 4.

64. ALESSANDRI R., Arturo. Ob. cit., p. 54. RODRÍGUEZ G., Pablo. La obligación como deber de conducta típica. Salesianos. Santiago. 1992. p. 328, desconoce la existencia de las obligaciones de resultado al decir que toda obligación en un deber de conducta. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., p. 269; DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit., p. 11; TAPIA R., Mauricio. "Responsabilidad civil médica. Riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", en Revista de Derecho. Universidad Austral, vol. XV. Valdivia. 2003. p. 88; GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., pp. 98 y ss., dice que aun cuando el contrato de atención no puede tener por objeto la curación del enfermo o alivio total del mal que lo aqueja, es decir se asemeja una obligación de medios, en cuanto al contenido, esta categoría no es aplicable a nuestra legislación porque siempre se presume la culpa en materia contractual; CORREA E., Ana Carolina. Ob. cit., p. 152.

65. TAPIA S., Orlando. La responsabilidad extracontractual. Universidad de Concepción. Concepción. 1941. pp. 384 y ss.; MALDONADO C., Sonia. Obligaciones de medio y resultado frente a la responsabilidad civil contractual derivada del ejercicio de las profesiones liberales. Versión mecanografiada. Valparaíso. 1979. pp. 4 y ss.; FUEYO L., Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. 2da edición. Santiago. 1992. p. 383.

segundo caso, el resultado que se persigue y que se obtiene para el acreedor está unido a la satisfacción efectiva de su interés, lo que determina el grado de cumplimiento de la obligación⁶⁶.

En tal sentido, el objeto de la relación obligatoria contenida en cada tipo de obligación es el objeto de la prestación y no la presunción de culpa el punto central en el estudio de este tema⁶⁷.

Este modo de clasificar la obligación, permite detectar la diversa función que cumple la diligencia en uno y otro tipo de obligaciones⁶⁸. En las obligaciones de actividad o de medios, el cumplimiento de la obligación se integra con un hacer diligente del deudor, sin que éste garantice un resultado concreto.

Traemos a colación esta interesante clasificación de las obligaciones, pues se ha recurrido a ella a propósito de la responsabilidad médica⁶⁹, atendida la naturaleza de la prestación debida en el vínculo entre médico y paciente.

Como mencionamos, la obligación de medios se sitúa en el terreno de la prestación de hacer. Así, el médico, se obliga a emplear en el cuidado del enfermo la prudencia y diligencia necesaria para el restablecimiento de la salud. Por tal motivo, el facultativo adquiere el compromiso de desplegar todo su esfuerzo, diligencia y cuidado a fin de lograr la recuperación del paciente⁷⁰. Por tanto, en este caso,

66. HERNÁNDEZ G., Antonio. Derecho de las obligaciones. Madrid. t. I. 1960. p. 123; FRAGA J., Francisco. La responsabilidad contractual. Civitas. Madrid. 1987. pp. 172 y ss. el deudor cumple con su deber, si desarrolla aquella diligencia debida como objeto de su obligación, en la obligación de medio o diligencia el interés primario del acreedor no está in obligatione, a diferencia de lo que ocurre en las obligaciones de resultado. CABANILLAS S., Antonio. Las obligaciones de actividad y resultado. José María Bosch Editor S.A. Barcelona. 1993. pp. 26 y ss. El interés del acreedor siempre esta presente en el objeto de la obligación, la diferencia no radica en el grado de diligencia, ambas están encaminadas a la satisfacción del interés del acreedor. El contraste radica en que solo una garantiza la satisfacción del interés primario del acreedor.

67. García G. Alejandro. Responsabilidad civil contractual. Obligaciones de medios y de resultados. Lexisnexis. Santiago. 2002. pp. 31 y ss. En contra: RODRÍGUEZ G., Pablo. Ob. cit., pp. 100 y ss. ALESSANDRI R., Arturo. Ob. cit., p. 54. En contra Rodríguez Q., Ambrosio. "Responsabilidad civil individual del médico", en Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo, año II, n° 3. Santiago. 2001. pp. 198 y ss.; para quien la norma en materia de mandato prevalece por sobre la disposición del artículo 1547, pero sin modificarlo.

68. BARAONA G., Jorge. "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva", Revista Chilena de Derecho. P.U.C., v. 24, n°1. Santiago. 1997. pp. 151-177; VIDAL O., Álvaro. Ob. cit., pp. 155-190.

69. COURT M., Eduardo. "Algunas..." Ob. cit., p. 6; FLORES C., Víctor. Ob. cit., pp. 145, 146. García G. Alejandro. Ob. cit., p. 67 y ss.; VIDAL O., Álvaro. Ob. cit., pp. 155-190. No manifiestan opinión al respecto: KOCH K., Erich. Ob. cit., HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., FABRES I., Aniceto. Ob. cit., PALMA C., Raquel. Ob. cit.

70. Hay quienes opinan que en las obligaciones de dar es posible distinguir deberes de diligencia y de resultado, así por ejemplo, LEDESMA M., María Julita. Las obligaciones de hacer. Comares, Granada. 1999. pp. 206 y ss.

al pretender exigir la responsabilidad del médico es necesario antes que nada, determinar si el médico efectivamente incumplió o no su obligación, es decir, si su actuar fue o no negligente, con arreglo al deber de conducta que lo obligaba en razón del artículo 1547 del Código Civil.

De este modo, las obligaciones de medios comprenden, por una parte, un deber determinado concerniente a la ejecución del acto convenido y, por otra, una obligación general de prudencia relacionada con el fiel cumplimiento de la prestación debida. Esta conclusión puede desprenderse de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código civil.

Usualmente, el objeto de la atención médica será una obligación de medios, no obstante, es posible hallar situaciones en donde hay verdaderamente obligaciones de resultados, a saber: en la prestación del radiólogo, transfusión de sangre, la toma de muestras y cualquier examen en general, la cirugía estética, la cirugía reconstructiva –cuando el cirujano se obliga a un resultado determinado–, la esterilización, el trasplante de órganos –en lo que se refiere a la intervención y buena calidad del órgano donado, la ejecución de diálisis.

Creemos que los tratamientos de fertilización, serían de resultado, pues el médico sólo se obliga a practicar la fertilización y no a que el embarazo llegue a buen término.

Si a la obligación de cuidado se suma una obligación de seguridad, como lo sería en el contrato hospedaje u hospitalario, en que además se compromete la institución que enfermo no sufra accidentes, la administración de los medicamentos necesarios, la implementación de todos los aparatos que el paciente requiera, ahí también estaríamos ante una obligación de resultado.

En todo caso, la determinación del objeto de la obligación, en el sentido de ser de medio o resultado, será una cuestión que deberá ser calificada en última instancia por el juez que conozca de la controversia sometida a su decisión⁷¹.

Por su parte la jurisprudencia en un caso de responsabilidad médica⁷² señaló que se trata de una atención médica de aquellas denominadas “de medios” y no de resultados por cuanto no hay un compromiso de curarlo, solo de aliviarlo.

71. PAILLAS P., Enrique. Ob. cit, p. 23. Compartimos la opinión del autor en tal sentido, la materia es muy relevante y aunque la calificación que realizará el juez de la instancia esta referida a los hechos que son sometidos a su conocimiento; en definitiva, es una calificación jurídica que admite el recurso de casación en el fondo.

72. Juzgado de Letras de Viña del Mar, sentencia de 26 de julio de 1999, número identificador lexisnexis 26071. En este caso las profesionales médicas que acudieron a la urgencia habían sido contratadas por la sociedad para prestar servicios de rescate en situaciones de estado crítico de salud afín de estabilizar al paciente es sucinta la explicación del tribunal en este sentido, no desarrolla mayormente el tema.

1.1.2. El dolo

Una obligación contractual derivada de un contrato de prestación de servicios médicos, puede incumplirse dolosamente, y el artículo 1558 del Código Civil, aplicable al caso por ser norma general, así lo confirma. No será lo corriente, pero no puede descartarse un hecho doloso de origen contractual que pueda atribuirse al deudor, en este caso profesional médico.

El dolo en nuestra tradición dogmática ha sido considerado desde dos perspectivas. La primera centrándose en de la intención de dañar del agente; la segunda, en atención a una infracción voluntaria de la obligación⁷³. El artículo 44 del Código Civil parece poner el acento en el *animus nocendi* del autor del daño.

Sin embargo, hay un sector que estima innecesaria la concurrencia de la intención de dañar por lo que solo se requiere la representación del resultado dañoso, incluso hasta aquel que probablemente puede llegar a ocurrir o en el caso de la negativa del cumplimiento de la obligación con miras a obtener una ventaja pecuniaria⁷⁴.

Hay quien manifiesta que el dolo no es un factor directo de imputación de la responsabilidad por daños y perjuicios causados en la lesión del interés prestacional, más bien es considerado como agravante de la responsabilidad del deudor. Critica la noción que maneja nuestra doctrina del dolo contractual como la voluntaria infracción del contrato opuesto al incumplimiento por falta de diligencia⁷⁵.

La anterior conclusión no ha alcanzado el sector de responsabilidad médica, quienes al momento de analizar los factores de atribución centran su interés en la culpa sin manifestar los motivos de tal decisión⁷⁶.

73. CLARO S., Luis. Explicaciones de Derecho Civil y Comparado. Imprenta Nascimento, t.X. Santiago. 1939. p. 198, MEZA B., Manuel. Manual de Derecho Civil, De las Obligaciones. Editorial Jurídica de Chile. Santiago. 1979. p. 265

74. Cfr. RODRÍGUEZ G., Pablo. Ob. cit., pp. 104 y ss.; FUEYO L., Fernando. Derecho Civil. Imp. y Lit. Universo, t.IV. Valparaíso. 1958. p. 419.

75. BARAONA G., Jorge. Ob. cit., pp. 151-177

76. FABRES I., Aniceto. Ob. cit., p. 6, 25, 26; HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., p. 14; PALMA C., Raquel. Ob. cit., pp. 40 y ss.; ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., p. 353, FLORES C., Víctor. Ob. cit., p. 55, quien menciona al dolo en dos momentos, en la formación del consentimiento y en la ejecución de la obligación al dilatar el tratamiento innecesariamente con afán de lucro; LA MAZA R., Lorenzo. "De la respon..." Ob. cit., p. 30; TOMASELLO H., Leslie. Ob. cit., p. 41 considera que generalmente el actuar del médico será culposo; COURT M., Eduardo. "Algunas..." Ob. cit., p. 4, GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., p. 100, para quien la culpa profesional es la fuente más común de responsabilidad; VIDAL O., Álvaro. Ob. cit., p. 169; Rodríguez Q., Ambrosio. Ob. cit., p. 198; TAPIA R., Mauricio. Ob. cit., p. 89; CORREA E., Ana Carolina. Ob. cit., p. 104.

Sabemos que en cuanto a los efectos de la procedencia de daños y perjuicios, hay que distinguir entre dolo y culpa⁷⁷. De otro lado, el dolo no se presume. En cambio, tradicionalmente se ha considerado que el incumplimiento se presume, al menos culposo⁷⁸, conforme con una serie de disposiciones del Código Civil⁷⁹.

De lo dicho puede concluirse que en caso de que una determinada obligación cuya fuente sea un contrato de prestación de servicios médicos, se infrinja, sea voluntariamente, sea con ánimo de causar daño al paciente (acreedor), el deudor deberá responder con arreglo a las reglas de la infracción dolosa, contenidas en el artículo 1558 del Código Civil.

1.1.3. La culpa: naturaleza y función

La culpa actúa como un factor clave al indagar por la responsabilidad de un sujeto en el incumplimiento o cumplimiento imperfecto de la prestación debida. Ya hemos advertido que la diligencia puede aparecer en la estructura de la obligación en dos etapas claramente diferenciadas, es decir, cumpliendo dos funciones⁸⁰.

Por un lado, a la hora de configurar el deber de prestación de una obligación de medios o de actividad, dándole contenido a la obligación. En este tipo de obligación el obrar diligencia es sinónimo de cumplimiento de la obligación (siempre que se despliegue el grado de diligencia debida, conforme con el artículo 1547 del Código Civil). Es lo que llamaremos la diligencia integradora. Su antónimo es la negligencia, y su concurrencia (*en el grado de que el deudor responde*) configura el incumplimiento de la obligación, puro, objetivo, es decir desprovisto de todo factor de imputación o atribución del daño.

77. El sujeto que actúa dolosamente debe responder de los perjuicios previstos e imprevistos que sean un consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. No así en la culpa, en donde se responde únicamente de los perjuicios que se previeron o pudieron al momento de celebrar el contrato, y que sean una consecuencia directa o inmediata del incumplimiento.

78. GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., p. 101; ABELIUK M., René. Ob. cit., p. 530.

79. Como son los artículo 1547 inciso tercero, relacionado con el artículo 1671 y el artículo 1698, al señalar que la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo, el caso fortuito a quien lo alega y que siempre que la cosa en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o culpa suya llevarían a concluir que la culpa contractual siempre se presume. Complementando esta opinión en base a que la diligencia, como excepción siempre debe ser probada por el deudor.

80. BADOSA C., Fernan. La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil. *Publicaciones del Real Colegio de España*. Bolonia. 1987. p. 680.

Determinar su concurrencia consistirá en ver si se emplearon las reglas del arte médico de una manera oportuna, eficaz y completa, de acuerdo con la exigencia legal. Es decir, el médico tiene un deber, el cual, forma parte de la obligación convenida correspondiendo a un deber diligencia y cuidado⁸¹.

En esta función, la diligencia no concurre como causa de exoneración de los daños y perjuicios, sino que acredita el cumplimiento, es decir prueba la inexistencia de infracción de la prestación misma⁸².

La otra función de la diligencia/negligencia, es servir de factor de atribución de daños, y que en nuestro Código Civil denomina en términos generales como culpa, para distinguirla del dolo, como puede apreciarse de los artículos: 44, 1547, 1558, entre otros⁸³.

Esta segunda función se detecta al momento de indagar la responsabilidad en el incumplimiento, donde la culpa-diligencia es un factor o elemento de atribución de la responsabilidad. En este caso, el rol de la diligencia intenta promover la realización del objeto del contrato, y su ejecución comprende lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil que intenta dar lugar al cumplimiento de la prestación debida⁸⁴.

La culpa es la falta de diligencia en el cumplimiento de una obligación. Puede consistir en la falta de cuidados, negligencia o imprudencia⁸⁵.

El concepto de culpa comprende un aspecto subjetivo que conecta al agente con el hecho, y otro objetivo en que se compara la conducta desplegada por el agente con aquella que debía haber observado de acuerdo a un modelo objetivo.

La comparación objetiva se realiza tomando en cuenta el parámetro establecido en el artículo 44 del Código Civil, el buen padre de familia, siendo el modelo de prudencia ha observar.

81. En materia de responsabilidad médica, la única opinión en este sentido es de VIDAL O., Álvaro. Ob. cit., pp. 165 y ss. Quien agrega que la falta de diligencia relativa al contenido de la obligación contractual es considerada como incumplimiento, si el deudor prueba su diligencia en cuando cumplimiento de la prestación se exonera a la vez de la responsabilidad, porque efectivamente cumplió con la diligencia debida. La mayor parte de los autores permanece anclado a las concepciones subjetivistas de la culpa, DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit., p. 34; ROSENDE, Hugo. "La naturaleza de la obligación de los médicos", en Actualidad Jurídica. Universidad del Desarrollo, Año IV, n° 9. Santiago. 2004. pp. 131 y ss.; COURT M., Eduardo. "Algunas..." Ob. cit., p. 13, 14.

82. BARAONA G., Jorge. Ob. cit., pp. 151-177.

83. FRAGA J., Francisco. Ob. cit., pp. 466 y ss.

84. BADOSA C., Fernan. Ob. cit., pp. 680 y ss.

85. TAPIA S., Orlando. Ob. cit., p. 264. Quien define culpa sin precisión técnica.

El análisis que el juez como observador externo debe realizar respecto de la conducta desarrollada por el agente -médico- es abstracto y en este caso el modelo del hombre diligente varía de modo especial, en virtud de la naturaleza de la relación en que se produce, es decir, tomando en cuenta la conducta de un médico diligente.

Al realizar el examen de imputación al agente, es necesario analizar si el médico debía y podía prever el resultado lesivo, en relación al modelo abstracto conforme a estándares generales⁸⁶. En la medida que el daño era previsible, el deber de evitarlo surge en el mismo grado relacionado al deber de previsibilidad exigible. La evitabilidad se manifiesta, por ejemplo, en la necesidad de contar con el grado de información suficiente o la adopción de mecanismos de resguardo contra un potencial resultado lesivo.

1.1.4. La culpa médica: algunas cuestiones conflictivas

El sistema común de responsabilidad civil goza de la presencia de una conducta objetivamente reprochable, en el sentido que un individuo debió conducirse diligentemente en atención a un parámetro de comportamiento abstracto. La cuestión es saber si el reproche de la conducta debida obedece al régimen común de culpa o por el contrario a uno especial.

Dicho de otro modo, desde el inicio afloró el dilema sobre el contenido y grado de culpa en materia médica, en sentido de aplicar las reglas comunes de responsabilidad civil o en cambio, atendiendo a sus especiales características perteneciera a un estatuto especial.

Los primeros estudios optaron por la aplicación del régimen común de la culpa en la responsabilidad civil, en donde el comportamiento exigido lo es conforme al parámetro abstracto⁸⁷. Para estos autores la noción de culpa era única, pero debía recibir un distinto tratamiento en sede contractual.

En ese sentido, la culpa civil fue concebida de manera similar a aquella de carácter penal, al provenir de la impericia e incapacidad profesional. Sin embargo, en materia de imputación de la responsabilidad civil, se consideraba apropiado distinguir los grados de la culpa según la materia, de esta suerte, la relación contractual se conectaba con culpa leve y en la relación extracontractual, hasta culpa levísima⁸⁸.

86. AEDO B., Cristian. El daño moral en la responsabilidad contractual y extracontractual. Libromar. Santiago. 2001. p. 127, 131; CORRAL T., Hernán. Ob. cit., p. 214; DOMÍNGUEZ A., Ramón. "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al Derecho chileno", en Roma e America Diritto Comune. Mucchi Editore. 10/2000. Modena. 2000. pp. 115-127.

87. KOCH K., Erich. Ob. cit., pp. 74; FABRES I., Aniceto. Ob. cit., p. 25; HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., p. 21.

88. KOCH K., Erich. Ob. cit., pp. 74 y ss.

De tal modo, la responsabilidad extracontractual brotaba por la falta de aquella esmerada diligencia que un facultativo juicioso empleaba en la administración de sus negocios importantes, o sea, respondiendo por todo hecho ilícito cometido con negligencia o impericia, en el grado que se ha indicado.

FABRES, en la misma década, meditó sobre el examen de la responsabilidad médica para lo cual empleó conceptos como: las faltas groseras (comprendiendo en ella a los errores científicos e ignorancia de las cosas que un profesional debía saber), las faltas graves (dentro de las cuales se encuadraban la negligencia, desatención, imprevisión, inobservancia del reglamento) y faltas voluntarias (en el caso, de la experimentación con un enfermo)⁸⁹.

Posteriormente, esta tesis fue complementada para identificarla con la graduación de la culpa. Dando como resultado que el médico cuando cometiera "faltas groseras evidenciaba una culpa grave o lata. Si perpetraba una falta grave, esta comprendería la culpa leve. En defecto de las anteriores, si la actuación era cometida con culpa levísima, la falta era voluntaria"⁹⁰.

En ese orden de cosas, se pretendió que sólo fueran objeto de responsabilidad civil contractual "los perjuicios provenientes de faltas graves, es decir, aquellos realizados con culpa leve. De lo contrario, al margen de la esfera contractual, sólo pudieron ser objeto de reproche las faltas groseras, cometidas con culpa grave en cuestiones tales como, el error científico, el perjuicio proveniente de una falta cometida por la ignorancia de cosas que todo médico debe saber"⁹¹.

En opinión de otros autores, aunque las faltas o errores admitieran distinciones, el profesional de la salud respondía únicamente por "los errores o faltas graves, porque estos contradecían las prescripciones de los principios y práctica de la medicina. Una falta o error era grave atendiendo el estado actual de la ciencia, la apreciación clínica del caso y del paciente"⁹². Entonces, tomando la aplicación de concepto de la doctrina en esta época, solo se respondía en presencia de culpa leve, dejando fuera errores considerados dentro de la culpa levísima.

89. FABRES I., Aniceto. Ob. cit., p. 33. Para quien no es lo mismo un hecho burdo, grosero o torpe, de aquellas ocasiones en que se comete un accidente perfectamente justificable.

90. HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., pp. 21 y 22.

91. En el primer caso se encontraba el abandono de un enfermo, actos perjudiciales en estado de ebriedad, errores de dosis o prescripciones médicas, olvido de instrumentos en el paciente en el evento de una intervención quirúrgica, transmisión de una enfermedad contagiosa.

92. CORNEJO L., Hernán. Ob. cit., pp. 40, 43, para este autor, quedaban fuera, por tanto, los errores leves. Los grandes desaciertos podrían ser disculpables, pero su propagación y falta de respeto a los semejantes por obra de conductas negligentes, ignorantes o temerarias, pueden llegar a convertirse en un mal social. Esta tesis no fue acogida absolutamente según ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., p. 60.

Creemos que estos planteamientos, incluso con sus matices, parecen desacertados en sus apreciaciones, pues continúan empleando términos que llevan a la confusión de conceptos cuando emplean las palabras "falta", "error", "culpa".

En tanto, otros, lejos de la distinción anterior, señalaron que la responsabilidad tomaba un carácter especial atendiendo a la calidad profesional, circunstancia que influía en la extensión de los deberes, más que en la apreciación de la culpa⁹³.

De tal modo, en vez de categorizar las faltas resultaba más apropiado analizar el contenido de la conducta, en tanto que la falta, lo que reflejaba era el desconocimiento de los principios racionales del arte médico, entendidas como una regla de conducta profesional segura y aceptada como verdad científica por toda la comunidad.

Respecto al contenido, la falta técnica o ignorancia culpable se distinguió de la torpeza o imprudencia, pues, en la primera hay desconocimiento de las reglas del arte médico, en la segunda no se atiende a una regla conocida por el profesional⁹⁴.

Sin olvidar que la medicina se trata de una ciencia conjeturable, se pretendió sancionar la ignorancia de las cosas que un hombre de arte debía conocer, esto porque el médico gozaba a su favor la presunción de capacidad y de conocimientos por la obtención de un título universitario⁹⁵.

Así, en el ejercicio de la actividad profesional, debe utilizarse los medios que el estado de la ciencia ponía a disposición del médico y en el evento de una experimentación científica (cuyos resultados se prevén pero no se conocen) el profesional podía hacer uso de aquellas técnicas, teniendo en vista el interés del paciente⁹⁶.

La doctrina posterior estimó que de acuerdo a la legislación chilena⁹⁷, no existía precepto civil que estableciera un régimen especial para las faltas cometidas en materia médica, de modo que tenía plena vigencia las normas comunes de la culpa,

93. PALMA C., Raquel. Ob. cit., p. 24, la falta extra técnica o culpa común es la que comete un profesional sin que intervenga en su comisión una infracción a las reglas del arte de curar.

94. *Ibíd.*, pp. 38, 40, 41, 141 y ss.

95. GUARDA V., Raúl. *Del ejercicio de la medicina*. Imprenta Royal. Valparaíso. 1952. pp. 109, 113. Este autor comparte las opiniones de CORNEJO L., Hernán. Ob. cit., en el sentido que únicamente se responde por una falta grosera. Debemos recordar que ambos autores sólo se refieren a cuasidelitos penales y no civiles, pues estos tienen un fin compensatorio y no punitivo.

96. *Ibíd.*, pp. 60, 61.

97. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., pp. 60 y ss.; observamos en la obra de este autor que dentro de la responsabilidad contractual no analiza la culpa como factor de atribución, señalando como elementos de la responsabilidad la infracción de la obligación y la mora del médico, dejando de lado la culpa.

cuyos principios individualizadores eran acomodaticios en esta materia empleando la graduación de la culpa en materia contractual. Pero los peculiares deberes de quien aplica los conocimientos de la ciencia o arte que profesa, conducen a analizar los deberes en ese ámbito de actuación profesional. Es decir, en materia contractual se mantienen la graduación de la culpa pero vista en un profesional médico, no en un hombre medio vulgar.

Esta concepción de culpa incluyó la imprudencia, negligencia e impericia; distinguiendo tres supuestos a saber: el primero, referido a afrontar un riesgo careciendo de una previsión inexcusable; el segundo, relativo al incumplimiento de un deber u omisión de una diligencia debida; el tercero, consideraba la ignorancia inexcusable de las reglas del arte médico⁹⁸.

Una opinión disímil manifiesta que es complicado el tema de la culpa contractual, postulando que frente a su insuficiencia es dable que exista una culpa especial distinta a la contractual general⁹⁹.

En este tema, creemos que la culpa médica es una aplicación concreta de la culpa general establecida en el materia civil, siendo el buen padre de familia y el buen profesional médico dos expresiones del mismo principio, que significa atender a un modelo abstracto de conducta, pero adaptados a la situación particular de la atención médica.

En la responsabilidad médica lo relevante es la conducta que despliega el profesional y el modo de llevarla a cabo, en relación con un parámetro de diligencia, lo cual, será tratado con mayor detención en otro lugar de este trabajo.

Hasta aquí hemos señalados los variados modos de entender las conductas médicas reprochables y su grado de culpa. Como vimos, la doctrina ha aceptado la graduación de la culpa, pero ha manifestado distintas opiniones en cuanto al grado y contenido de la culpa por la que responden los médicos.

En la doctrina comparada se admitió inicialmente la presencia de culpa grave¹⁰⁰. Pero en nuestro país la doctrina desde un principio afirmó que la responsabilidad era de

98. CAMPOS Q., Jaime. Ob. cit., pp. 21-43.

99. CORREA E., Ana Carolina. Ob. cit., pp. 149 y ss.

100. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., p. 60.

carácter común y que respondía por culpa leve en la responsabilidad contractual¹⁰¹. En el último tiempo se ha uniformado el criterio en orden a señalar que la responsabilidad contractual se rige por las normas de derecho común pudiendo llegar el profesional a incurrir en culpa leve¹⁰².

1.1.5. Culpa y error médico

Situándonos en la figura de la culpa, esta puede ser vista en una faz pasiva o culpa por omisión, en que hay una falta de precaución, un desprecio al cuidado distinto de la falta de previsión en la imprudencia, como ocurre en el caso de olvido de material quirúrgico dentro del paciente, en la falta de prescripción de un medicamento, o en el diagnóstico. Es el descuido en el control y vigilancia del paciente¹⁰³. Por tanto, la negligencia es vista como culpa pasiva, puesto que hay una omisión, un incumplimiento del deber, falta de precaución y de diligencia debida.

En cambio, la culpa vista desde una faz activa puede incluir la imprudencia al no obrar con las precauciones necesarias para evitar los riesgos que pueden tener las actuaciones médicas. O realizar un acto, sin una mayor reflexión¹⁰⁴, pudiendo incluso comprender una conducta omisiva. Así también ocurre con la impericia que es una ignorancia inexcusable, una insuficiencia de los conocimientos que todo profesional debe poseer, pudiendo conducir a una actuación deficiente, un error, o una omisión.

La formación profesional tiene una base científico-técnica y otra ética humanista, el error puede fundarse en un déficit en la formación inicial o continua a causa de la ignorancia, falta de habilidad o destreza, por imprudencia o negligencia¹⁰⁵.

El deber de conocimientos incumbe a todo profesional independiente de sus circunstancias personales y del lugar en que se encuentre, si falta este es inexcusable. La aplicación de tales conocimientos en forma concreta esta identificado con la pericia que un profesional posee en la atención de sus pacientes. Por ende, constituye impericia la falta de los conocimientos o destrezas requeridos para el acto médico de que se trata¹⁰⁶.

101. KOCH K., Erich. Ob. cit., p. 76; FABRES I., Aniceto. Ob. cit., p. 33; HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., p. 21; PALMA C., Raquel. Ob. cit., p. 41.

102. GUJARDO C., Baltasar. Ob. cit., pp. 104; FLORES C., Víctor. Ob. cit., p. 143, para quien la culpa aún en sus aspectos científicos es común, para valorar la conducta médica debe observarse los estándares dados por la diligencia y cuidado ordinario de un buen médico, salvo que sea un especialista; TOMASELLO H., Leslie. Ob. cit., p. 31; DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit., pp. 21-36, recurre a las normas de derecho común reemplazando al buen padre de familia por el de buen profesional médico; ROSENDE, Hugo. Ob. cit., p. 137; COURT M., Eduardo. "Algunas..." Ob. cit., p. 4; TAPIA R., Mauricio. Ob. cit., p. 89.

103. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., pp. 383 y ss.

104. El concepto de imprudencia es relativo y depende de las circunstancias y medios, en que el médico, desarrolla su misión.

105. CARVALLO V., Aurelio. "Consideraciones éticas sobre el error en medicina", en Revista Médica de Chile. Santiago. vol. 129, n° 12, dic. 2001. pp. 1463-1465

106. GUJARDO C., Baltasar. Ob. cit., p. 104.

Un diagnóstico equivocado, el fracaso de un tratamiento o de cualquier otra acción médica, habiéndose usado todos los elementos disponibles, no implican necesariamente culpa.

Al condenar los errores sin distinción, con la intención de proteger a las víctimas de daños podrían llevarnos muy lejos, incluso hasta inventar ficciones para preservar el fin, como acontece con la responsabilidad objetiva. Pero es necesario tener siempre presente que en la actuación humana es probable encontrar hechos atribuibles a inadvertencias disculpables, que no importan una infracción a los deberes de la diligencia exigida en la actividad desplegada por un sujeto y que por tanto, no acarrea la atribución de la responsabilidad por causa de una conducta culpable.

Puesto que la culpa admite diversas manifestaciones como la imprudencia, negligencia, y descuido. El error también puede ser resultado de aquellas, en la medida que son vulneradas las reglas generales determinadas en los principios que rigen la profesión. Lo importante es mantener una línea divisoria.

Para la doctrina no ha sido fácil expresar la distinción que existe entre estas dos nociones, y con razón, la jurisprudencia debe ayudar a buscar una solución en tal sentido.

En relación con lo anterior, desde el principio de la discusión de la procedencia de la responsabilidad médica, se planteó que “la real dificultad más que en determinar si una omisión o hecho ha sido cometido con negligencia, impericia o imprudencia, se encontraba en determinar cuándo un error médico trae como consecuencia la responsabilidad, a causa de una contravención injustificada a la *lex artis*”¹⁰⁷. Sin embargo no logra dar una clara distinción entre error y culpa; en el error puede haber infracción a la *lex artis* sin mediar un reproche culpable, y por ende no configurar responsabilidad del profesional.

Además, se ha dicho que en la fase de diagnóstico puede haber error científico o error por negligencia, el primero es excusable por el imperfecto conocimiento científico, a raíz del escaso o incipiente desarrollo. Otra cosa, es el error de diagnóstico causado por ignorancia inexcusable o empleo negligente de los medios de diagnóstico¹⁰⁸. Pero en tal caso creemos que más que un simple error se está en el campo de la culpa.

107. KOCH K., Erich. Ob. cit., p. 36.

108. PALMA C., Raquel. Ob. cit., pp. 50 y ss.

Incluso, hay quienes han asegurado que un diagnóstico equivocado es la fuente más frecuente de responsabilidad médica, pero sin llegar a diferenciar entre la ignorancia y error en la actuación médica¹⁰⁹.

Muestra de la dificultad antes mencionada, la observamos al momento de intentar distinguir la conducta reprochable entre negligente, imprudente y error médico, el cual, iría contra las prácticas y roles de la medicina.

Por los motivos antes expuestos se ha intentado definir el error o fallo técnico como: "una acción desacertada o equivocada del profesional en la prestación de sus servicios"¹¹⁰. Supone un defecto en la aplicación de las técnicas y procedimientos, sin mediar culpa.

Hay errores no imputables jurídicamente, conocidos bajo el concepto de *iatrogenia*, como aquel "resultado nocivo que no deriva de la voluntad o culpa del médico en la producción del daño sino que por un imprevisto inevitable por los medios habituales de cuidado individual o colectivo"¹¹¹.

En tal sentido, diversas publicaciones científicas, salen al paso de las valoraciones realizadas por la doctrina nacional mencionando al error médico como una fuente de responsabilidad profesional, por un mal diagnóstico derivado de un examen realizado indebidamente o una interpretación equivocada de los resultados del mismo¹¹². Este error no será imputable jurídicamente, en la medida que provenga de un acontecimiento imprevisible e imposible de ser evitado por los medios habituales de cuidado individual.

Con todo, permanece la insistencia de la escasa serenidad de la relación entre el error y la culpa, ya que puede ser desformado el concepto de esta última si no hay un distingo entre el error médico excusable e imprevisible, con las negligencias o malas prácticas inexcusables por impericia o imprudencia¹¹³.

109. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., p. 258; GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., p. 65; MANTEROLA F., Jorge. La responsabilidad cuasidelictual del médico. Editorial Jurídica de Chile, Santiago. 1953. p. 262; ALESSANDRI R., Arturo. Ob. cit., p. 75.

110. Guajardo Carrasco, Baltasar. 2002. Ob. cit., p. 104. Para quien fácticamente no hay diferencia entre error y culpa, solo se puede apreciar al indagar sobre la causa que provoca un error. Luego de acreditada la existencia de un error debe investigarse la causa de tal y ver si intervino culpabilidad, con lo cual, en la negativa, podría quedar descartada la culpa profesional.

111. SZANTHÓ P., Gyorgy. "Definiciones respecto al error en medicina", en Revista medica de Chile. v. 129, n° 12. Santiago. 2001. pp. 1463-1469.

112. GOIC G., Alejandro. "Fuentes del error médico", en Revista Médica de Chile. vol. 129, n°12, dic. Santiago. 2001. pp. 1459-1462; ROSSELOT J., Eduardo. "Errores en medicina", en Revista Médica de Chile. vol. 129, n°12, dic. Santiago. 2001. pp. 1455-1458; CARVALLO V., Aurelio. Ob. cit. pp. 1463-1465; SZANTHÓ P., Gyorgy. Ob. cit., pp. 1463-1469; SUTIL P., Luza. "Manejo de los errores en medicina", en Revista. Médica de Chile. vol. 129, n° 12, dic. Santiago. 2001. pp. 1470-1472.

113. CORRAL T., Hernán. Ob. cit., p. 278.

Sobre este tema, se ha dicho que habría una desorientación sobre el concepto de culpa, siendo confuso el papel que desempeña en materia de responsabilidad, llegando a considerarse culpables errores que son estadísticamente inevitables pero humanamente disculpables¹¹⁴. Como ocurre con las inadvertencias o descuidos debidos a la relajación en la atención que hasta el más diligente podría evitar en un momento dado.

Complementa lo anterior el hecho que error y la culpa tienen diferencias, de tal modo que el error es visto como inadvertencia, falta de atención o una reacción desgraciada que no implica culpa y que puede cometer cualquier profesional. En cambio, el acto médico culpable es aquel que no hubiera realizado el buen profesional¹¹⁵. Entonces los errores serían previsible pero inevitables estadísticamente¹¹⁶.

La afirmación anterior no deja de presentar dudas, respecto de cuál sería la solución en el caso de las infecciones intrahospitalarias, las cuales son previsible pero inevitables, ellas podrían ser alegadas por las instituciones como un error excusable.

Además, siempre está presente la eventual inseguridad del resultado de la actuación de un médico, pues no puede establecerse un resultado exacto de un tratamiento prescrito, pero esto no significa tener que tolerar los errores sanitarios, sino que exige extremar la diligencia a fin de reducir al mínimo posible y tolerable el margen de inseguridad sobre los resultados de los tratamientos médicos.

Nuestra jurisprudencia, en una sentencia de primera instancia rechazó la demanda desarrollando la noción de culpa, pues "conduce directamente a practicar alguna consideración sobre la "culpa", para lo cual previo es consignar que, entre nosotros, la legislación positiva no ha entregado una definición de la misma, entendiéndose como "la falta de cuidado mínimo que existe en los actos de ejercicio profesional de un médico"¹¹⁷.

114. DIEZ-PICAZO y P., Luis. *Derecho de Daños*. Civitas. Madrid. 1999. pp. 235 y ss.

115. TAPIA R., Mauricio. Ob. cit., p. 91, asimila el error de conducta a un mero accidente, considerando que el límite entre ambos no es absolutamente nítido.

116. En tal sentido se diferencia del caso fortuito, en que siendo previsible, es inevitable que el resultado desastroso pueda ocurrir —sometido al álea— pero es la única alternativa que puede adoptar el profesional en el caso concreto.

117. Sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones y revocada por la Corte suprema 12 agosto 1985, en RDJ, t. LXXXIII, 1986, secc. 4. pág. 14 y ss. 35° "la generalidad de las concepciones entregadas sobre la culpa, coinciden en los puntos esenciales, en cuanto a que ella requiere la ejecución de un acto voluntario, que produzca consecuencias ilícitas, faltando de parte del agente precaución para evitarlo, existiendo la posibilidad de evitar el daño. Ahora bien, debemos también recurrir a la doctrina extranjera, porque lo cierto es que la nacional —hasta el momento— no proporciona mayores antecedentes ilustradores al respecto.

En el análisis jurisprudencial es destacable la intención del juez en orden a definir para el caso concreto sometido a su conocimiento una idea de culpa médica, establece, un mínimo de cuidados que deben ser cumplidos con la precaución debida.

En otro caso, la Corte Suprema conociendo de la casación en el fondo de una sentencia rechazó la demanda interpuesta en contra de un médico ginecólogo por su presunta responsabilidad en el cuasidelito de homicidio en parto, a causa de un sufrimiento fetal, por una "negligencia culpable como lo exige el artículo 491 del Código Penal antes transcrito, lo que excluye la posibilidad de que lo haya hecho en forma imprudente, esto es, con exceso en su actuar que pudo haberse evitado desarrollando menos actividad; o actuando con impericia, vale decir, si lo hizo con ignorancia o falta de destreza en el ejercicio de su profesión; o por inobservancia de reglamentos la que por sí sola no está penada si no va acompañada por alguna de las formas de culpa"¹¹⁸.

Este fallo, es un ejemplo de la idea que la responsabilidad del médico se configura sólo por medio de la negligencia culpable, por así disponerlo el Código Penal.

La interpretación puede ser aceptable para efectos de la investigación del tipo penal. Sin embargo, no resulta apropiada la conceptualización y diferencia entre imprudencia, impericia, negligencia e inobservancia del reglamento, respecto de la responsabilidad civil realizada por el sentenciador. La conducta culpable del médico puede originarse por negligencia, imprudencia, impericia o falta de observancia de reglamentos que comporte culpa.

1.1.6. El modelo de conducta en la actividad médica

Al hablar de modelo de conducta o diligencia, tratamos de establecer un parámetro conductual en la actividad del profesional. Significa saber, qué es aquello que comúnmente se puede esperar y exigir de la atención médica, atendiendo las características de la actividad, la persona del profesional y las normas que regulen dicha actuación.

118. Corte Suprema, sentencia de 20 de noviembre de 1997, en RDJ, t. XCIV, n°3, secc. 4°, págs. 219-230. "9° Que de aquellos requisitos señalados en el motivo anterior el que cobra mayor importancia estudiar en la especie, descartada la falta de preparación profesional del procesado –atendida la documentación acompañada en autos al respecto– que haya habido de parte del médico obstetra una conducta culpable por falta de previsión."

Los modos de entender la profesión médica han sido distintos e influidos por variados aspectos¹¹⁹, por ejemplo, las diversas tradiciones médicas, las grandes revoluciones de pensamiento filosófico, los usos y costumbres sociales imperantes en cada momento y en cada comunidad. Así también, por los avances científicos y técnicos, la consideración de los derechos de los individuos y de la sociedad, el valor moral de la persona en todas y cada una de las circunstancias experimentadas¹²⁰.

En general, la profesión médica tiene un sentido de vocación y de misión. Adquiriéndose la conciencia que es un deber moral ejercer la propia profesión con pleno rendimiento, basado en la consideración de la autonomía del profesional.

Respecto a las reglas que regulan la actuación profesional, desde un comienzo se proponía como racional la idea de tomar en forma de parámetro las prescripciones contenidas en libros aceptados por los profesionales contemporáneos y reconocidos por la ciencia médica. Aun cuando, había conciencia que la medicina era objeto de constantes cambios gracias al avance y desarrollo de la ciencia, se reflexionaba sobre la existencia de principios inmutables, pertenecientes a la naturaleza empírica de la ciencia de acuerdo con la experiencia y observación. En caso que uno de tales principios fuera infringido se consideraba un hecho culpable¹²¹.

Por tal motivo, siempre debía preguntarse si el profesional estaba en condiciones para actuar de otra manera o elegir el tratamiento. Además servía para valorar si el médico había tenido la posibilidad de tomar las precauciones necesarias para evitar un daño¹²².

De tal manera, los médicos no se consideraban responsables de las consecuencias prácticas de su actividad, cuando el ejercicio de su arte concordaba con las prescripciones de la ley y la ciencia. Suponiéndose protegidos por una presunción de capacidad al obtener su título profesional¹²³.

También hay quien recurrió al humanismo médico y los principios básicos de la profesión como elementos de la diligencia con que debe actuar un profesional médico¹²⁴. Lo que significa prestar aquellos cuidados debidos, proporcionales a las necesidades experimentadas por el paciente, acompañados de la correspondiente formación técnica y científica.

119. KOCH K., Erich. Ob. cit., pp. 12 y ss.; GUARDA V., Raúl. Ob. cit., pp. 10 y ss. Para un análisis más actual en GREBE B., Gonzalo. "Responsabilidad Médica", en Revista Actualidad Jurídica. n°3, enero. Santiago. 2001. pp. 156 y ss.

120. DE LOS REYES L., Manuel, et. Al. "Relaciones entre los profesionales sanitarios", en Medicina Clínica. Fundación de Ciencias de la Salud, n°9, vol. XI. Madrid. 2001. pp. 339-350.

121. KOCH K., Erich. Ob. cit., pp. 34 y ss.

122. *Ibid.*, p. 78.

123. HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., pp. 19, 21.

124. DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit., pp. 21-36.

Hay actuaciones que provienen del ordenamiento jurídico o de la experiencia de la vida —entendida como situaciones que se repiten en el tiempo y espacio haciendo que la sociedad fije esas experiencias vividas señalando pautas frente a tal comportamiento— que persiguen el correcto desempeño de la función médica¹²⁵.

Hay quienes proponen como elemento de la *lex artis* los planes y programas de estudios de las facultades de medicina de universidades chilenas, para tener un panorama del contenido que debiera manejar cualquier médico con una inteligencia mediana¹²⁶. Pero creemos que este es un mínimo de exigencia no un máximo.

Es deber de todo médico, cumplir los reglamentos e instrucciones técnicas que al efecto emite el Ministerio de Salud y sus dependencias, a las cuales, se encuentra sometido el profesional médico, aún cuando ejerza libremente su profesión. En ese sentido, cualquier médico debe cumplir las normas éticas que regulan su actuación profesional, las que aunque no pertenezcan a una norma positiva, son exigibles dentro de la conducta esperada.

Tales documentos son entendidos por el legislador como instrucciones sobre manejo operativo de problemas de salud determinados. Son carácter referencial, y solo serán obligatorios, para el sector público y privado, en caso que exista una causa sanitaria que lo amerite, lo que debe constar por resolución del Ministerio de Salud (así lo dispone el artículo 1° número 14 de la Ley 19.937 sobre Autoridad Sanitaria, publicada en el Diario Oficial el 24 febrero de 2004).

Por otra parte, El Código de Ética del Colegio Médico de Chile, señala que el médico deberá mantener su capacidad clínica, conocimientos, habilidades y destrezas actualizados, y utilizar todos los medios técnicos y científicos a su alcance para lograr una atención óptima e integral de sus pacientes. Cuando sea necesario, deberá recurrir a la interconsulta para una mejor atención¹²⁷.

Frente a las concepciones de la dogmática jurídica respecto a la culpa y a sus clases, los profesionales de la salud por medio del órgano colegiado, han expresado su pensamiento sobre estas materias, señalando que un médico falta a la ética, cuando en la atención de un enfermo actúe con negligencia imprudencia o impericia¹²⁸, siendo negligente aquel profesional que poseyendo el conocimiento, las destrezas y los medios adecuados, no los aplica.

125. MONTEALEGRE L., Eduardo. "La culpa en la actividad médica: Imputación objetiva y deber de cuidado", en Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 14, n° 2-3, mayo-dic. Santiago. 1987. pp. 286 y ss.

126. GUJARDO C., Baltasar. Ob. cit., pp. 195 y ss.

127. Tal como lo dispone el artículo 13 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile.

128. Así se desprende del artículo 22 del Código de Ética del Colegio Médico de Chile de 2004.

Con ello, la medicina debe definir en cada momento los criterios científicos generales de actuación o buena práctica médica¹²⁹.

La indagación del cuidado debido en la actividad profesional, debe ser de cara a las circunstancias en que ocurre la atención médica: el ambiente, grado de urgencia con que se actúa, medios disponibles, obligando a un análisis objetivo particular¹³⁰. Es decir, el modelo abstracto de conducta de un profesional de la salud es analizado por las circunstancias personales, locales y temporales.

El modelo de conducta en que debe reflejarse la actuación del profesional de la medicina esta altamente ligado a las reglas de su propia arte. Es por eso, que la medicina tiene el deber de definir en cada momento los criterios científicos generales de actuación o buena práctica.

En ese lugar se encuentran las guías de práctica clínica o protocolos médicos¹³¹, entendidos estos como un "conjunto de recomendaciones actualizadas y desarrolladas sistemáticamente sobre los procedimientos diagnósticos a utilizar ante todo paciente con un determinado cuadro clínico, o sobre la actitud terapéutica más adecuada ante un diagnóstico clínico o problema de salud"¹³².

La *lex artis*, busca expresar el buen modo de actuar del buen profesional o buen técnico. El Derecho exige al médico que ponga los medios prescritos por su arte y no que consiga siempre los resultados deseados. Por tal motivo, los medios con los que actúa el profesional no son cualquiera, sino el más adecuado a la situación clínica, en ese momento preciso con la diligencia que es exigible.

En tal sentido, comprende la noción de *lex artis* los protocolos y guías de práctica clínica como reglas que configuran un deber objetivo de cuidado, siendo entendidas como estándares de calidad mínimos y no como referencia normativa de máximos.

129. FLORES C., Víctor. Ob. cit., p. 143. Para quien, en la culpa del profesional médico, aún en sus aspectos científicos esta relacionada con el régimen común, no es posible sustraer al concepto de culpa leve la del profesional o *lex artis*, es decir, para valorar la culpa médica es necesario observar los estándares dados por la diligencia y cuidado de un buen médico.

130. En opinión de TEKE S., Alberto y otros. "Demandas judiciales contra médicos en Chile", en Revista médica de Chile. vol. 124, nº 3, mar. Santiago. 1996. pp. 337-347, indagar acerca de la responsabilidad del médico significa realizar un juicio objetivo particular. Pero sigue empleando los conceptos de negligencia culpable imprudencia e impericia que tienen un carácter subjetivo.

131. Ambos conceptos presentan diferencias, los protocolos médicos equivalen a órdenes que han de ser obedecidas, aunque admite excepciones a la vinculación frente a motivos racionales; las directrices son instrucciones que deberían ser seguidas a menos que hubieran razones en contra y que las recomendaciones son meros consejos para ser tenidos en cuenta.

132. DE LOS REYES L., Manuel, et. Al. Ob. cit., pp. 339-350.

Sin embargo, también es importante tener en cuenta que dada la diversidad de situaciones clínicas, de pacientes y contextos sanitarios, es imprescindible establecer criterios prudentes de actuación en determinadas circunstancias conocido como "*lex artis ad hoc*"¹³³. Es en ese momento, donde debe considerarse específicamente las decisiones prudentes que adopta cada médico con cada paciente en particular.

En tal sentido, la regla de la buena actuación médica debe tener presente todas las condiciones y circunstancias que rodean el caso concreto y a la decisión a la que se llega.

En el fondo, la *lex artis* juzga el modo de realización del concreto acto médico, partiendo de casos generales.

Recordando un fallo analizado a propósito de la culpa como factor de imputación subjetiva de la responsabilidad, es conveniente exponer otro punto desarrollado por la sentencia de primera instancia, respecto a la *lex artis*¹³⁴:

24° "La conducta observada por los reos, debe ser analizada bajo el prisma de lo que se ha llamado la "*lex artis*". No cabe duda que, como principio rector, el médico debe, ante todo, procurar mejorar la salud o salvar la vida del paciente. De ello resulta que, como premisa básica, cuando un tratamiento o intervención médica es realizada de acuerdo a las reglas terapéuticas aceptadas, o sea, conforme a la "*lex artis*", es lícito, se encuentra conforme a derecho y, aun más es atípico. De manera que, entonces, es esencial el respeto de la referida "*lex artis*", que en el caso puntual, ... debe entenderse integrada por "el conjunto de técnicas permitidas y aceptadas en una época dada, como también el conjunto de normas de carácter consuetudinario que se ha ido incorporando a dicha ciencia y que determina la forma y manera de ejercerla...". Es entonces en ese campo, donde debe ponderarse las actuaciones de los reos y los resultados producidos, para concluir si deberán responder o no por la comisión de los cuasidelitos que se les imputa."

No estamos de acuerdo con la afirmación realizada en la sentencia, en el sentido de que, al no encontrarse regulado un procedimiento, no pueda entenderse que hay infracción a la *lex artis*, porque aquella no sólo esta integrada por los reglamentos e instrucciones técnicas que al efecto emite el Ministerio de Salud y sus dependencias. Sino que también, las reglas del arte se componen por los principios científicos aceptados por la comunidad médica, así como de la experiencia decantada de la vida profesional.

133. Idem.

134. Sentencia confirmada por la Corte de Apelaciones y revocada por la Corte Suprema 12 agosto 1985, en RDJ, t. LXXXIII, 1986, secc. 4. pp. 14 y ss.

En otro caso, la sentencia de primera instancia confirmada por la de segunda instancia, condenaron a un médico anestesista y a la tecnóloga médica por cuasidelito de homicidio producto de una transfusión de sangre incompatible. La Corte Suprema revoca el fallo recurrido, sólo en lo atinente a la responsabilidad del médico anestesista¹³⁵:

10º...Los médicos deben actuar conforme a las técnicas, a los procedimientos y a las reglas generales de la profesión, acudiendo a los exámenes y análisis para diagnosticar el mal y a los medios terapéuticos en uso para tratar de curarlo. En otra forma, el acto médico tiene como presupuesto que se realiza de modo debido, de la manera como se indica según la *lex artis*. El médico no debe olvidarse de la norma de cuidado que pesa sobre su acción y, por tanto, la infracción de la *lex artis* es el fundamento de la culpa médica. El profesional debe haber actuado culpablemente, es decir de no haber sabido manejar los procesos médicos. Es por eso que debemos llegar a establecer si efectivamente el médico pudo efectuar las acciones con mayor cuidado y si su actuar ha sido negligente y culpable.”

La decisión jurisprudencial considera que el médico anestesista actuó de forma accidental, pues no tenía modo de saber, ni aún con los mejores cuidados, que la sangre era incompatible, concentrándose la responsabilidad exclusivamente en manos de la tecnóloga médica quien tenía a cargo el procedimiento de muestra y análisis de sangre.

Podemos agregar que la tecnóloga médica tenía dentro de la esfera de sus funciones lo relativo a las transfusiones de sangre, y es quien se encontraba en la mejor posición para asegurar la compatibilidad sanguínea. Además, ese era su rol y como tal tenía reglas específicas de actuación las que no fueron diligentemente cumplidas.

1.2. Factores de atribución de tipo objetivo

En esta parte exponemos un tema que tímida y tardíamente ha ingresado en la responsabilidad médica en Chile.

Hablar de responsabilidad objetiva no es fácil, si no se precisan, inicialmente, los términos que se usarán.

135. Corte Suprema, sentencia de 19 de enero de 2005, número identificador lexisnexis 31808. 8º “Que la actividad médica, siendo una materia de gran complejidad, sin embargo en nuestra legislación tiene una normativa casi inexistente, por lo que la doctrina se ha encargado de establecer principios fundamentales que han iluminado la jurisprudencia que poco a poco se ha ido desarrollando a su respecto;

Es por eso, que desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, debemos distinguir distintos períodos, en cuanto a la responsabilidad objetiva. El primer estadio lo presentan los trabajos en el derecho italiano, y francés, de cara a determinar cuál es el papel de la culpa en el incumplimiento de una obligación¹³⁶. Se habla así de responsabilidad contractual objetiva.

Una segunda cuestión sobre responsabilidad objetiva, apunta a al análisis de los distintos factores de imputación o exoneración: culpa, dolo, caso fortuito, no exigibilidad de otra conducta. A fin que tenga una menor importancia el aspecto subjetivo del imputado, en cuanto a su voluntad y concreta posición frente al hecho dañoso¹³⁷. Como se ve, hablar de objetivación de los factores de imputación, no significa una responsabilidad más estricta, sino que moderada o valorada por factores menos vinculados a la intencionalidad o comportamiento del sujeto en concreto, y más ajustados a la realidad patrimonial concreta en que el conflicto se da.

En el último tiempo se habla de imputación objetiva, para aproximarse a problemas de causalidad, con clara influencia de la doctrina penal. A fin de desentrañar un concepto normativo de causa, que permita unir causalmente al agente con el hecho dañoso (autoría, para algunos), por un lado y al mismo hecho dañoso su repercusión o los daños causados por otro, superando los criterios tradicionales, concretamente el de la *conditio sine qua non*. La objetividad esta en que el análisis se independiza de cualquier indagación subjetiva, para centrarse en aspectos externos, apreciados abstractamente por un observador independiente¹³⁸.

Como puede verse, es en la estructura de la causalidad donde puede fallar la imputación a un sujeto de un daño contractual determinado, y antes de que el juez haya siquiera indagado por la culpa o dolo, que imprescindiblemente deben estar presentes.

136. Ha habido varias etapas en que se ha manifestado la intención de objetivar la responsabilidad. El primer intento de objetivación fue el planteado por *Osti* a principios de siglo, en el sentido que sólo la prestación era fuente generadora de la responsabilidad contractual en tanto la imposibilidad sobrevinida de su cumplimiento le fuera imputable de algún modo. Esta imposibilidad contenía un impedimento de carácter de objetivo y absoluto. El segundo intento de objetivación pretendió alejar el juicio de imputabilidad del deudor de los factores subjetivos, así se planteó en la doctrina del análisis económico del Derecho basados en la idea del riesgo, en *BARAONA G., Jorge*. Ob. cit., p. 152.

137. Así tenemos una mayor objetivación de la noción misma de culpa, que configura un patrón abstracto y no concreto; una noción de caso fortuito, menos influida por la culpa subjetiva; y por último, una configuración de nuevos factores de exoneración diferentes, básicamente moderados o temperados por la buena fe.

138. *YZQUIERDO T., Mariano*. Responsabilidad civil contractual y extracontractual. Ed. Reus, Madrid. 1993. pp. 104 y ss.

Existe, por último, una cuarta categoría de responsabilidad objetiva, en virtud de la cual el agente es responsable del incumplimiento contractual, aún cuando demuestre que no medió ninguna clase de culpa o negligencia de su parte¹³⁹. De tal modo que, ningún tipo de prueba liberaría al autor del daño de las consecuencias del mismo, bastando el nexo de imputación entre el sujeto y el hecho dañoso.

Al trasladar el tema de la responsabilidad objetiva a nuestro Derecho y más concretamente en materia médica, no hemos hallado opiniones sobre estos aspectos objetivos de la responsabilidad. De tal forma que la materia que nos ocupa, desde sus inicios, no ha recibido por parte de la doctrina o jurisprudencia un lugar para una discusión que estime procedentes los criterios de atribución objetivo¹⁴⁰, y establecer por esta vía la responsabilidad del médico.

Posteriormente y en forma aislada, ha surgido alguna opinión que considera posible encontrar en materia de responsabilidad médica aspectos objetivos de ella basados en la culpa. Es decir, señala una responsabilidad fundada en la culpa objetiva producida por la ejecución de un hecho –como el acto médico– que envuelve un alto riesgo para los pacientes. La responsabilidad profesional sobreviene con el resultado obtenido, sin mediar un análisis de idoneidad de su ejercicio¹⁴¹.

En materia de imputación objetiva de la responsabilidad civil del médico, también es reducida la jurisprudencia. Al respecto encontramos un fallo de algunos años ya, que de alguna manera, toma en cuenta elementos de la atribución objetiva, en relación a la previsibilidad del resultado complementado con el análisis del

139. YUSSEF Q., Gonzalo. Fundamentos de la responsabilidad civil y la responsabilidad objetiva. La Ley. Santiago. 2000. p. 155 y ss.

140. KOCH K., Erich. Ob. cit., p. 57; FABRES I., Aniceto. Ob. cit., p. 25; HAEBIG T., Olimpia. Ob. cit., p. 14; GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., pp. 100 y ss.; DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit., p. 24; TAPIA R., Mauricio. Ob. cit., p. 87; FLORES C., Víctor. Ob. cit., p. 18; CORREA E., Ana Carolina. Ob. cit., p. 144; Rodríguez Q., Ambrosio. Ob. cit., p. 195; VIDAL O., Álvaro. Ob. cit., pp. 156 y ss.; COURT M., Eduardo. "Algunas..." Ob. cit., pp. 3, 4. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., pp. 40 y ss.; DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit., pp. 21-36. A pesar de la postura tradicional, hay quien acoge un juicio de imputación de carácter objetivo, por cuanto, frente a una situación de riesgo se respondería objetivamente TOMASELLO H., Leslie. Ob. cit., p. 29, quien no desarrolla mayormente el tema.

141. ROMO P., Osvaldo. "Derecho y deberes en el acto médico", en Actualidad Jurídica, n°6, julio. Santiago. 2002. pp. 50 y ss. Quien observa cambios profundos en la doctrina y jurisprudencia por la disputa entre culpa y riesgo como fundamento de la responsabilidad sanitaria.

incremento ilícito del riesgo ordinario de la vida, a fin de establecer la responsabilidad¹⁴².

4° Que en consecuencia la conducta del acusado está muy lejos de haber constituido un riesgo permitido, como se pretende si como quedó dicho, es un hecho de la causa el de que el peligro que entrañaba el día 4 en referencia, la colangiografía retrógrada y la papilotomía, para la paciente, era mayor que la amenaza que se cernía sobre ella a causa de la postergación de las operaciones ...”

Sin embargo, vemos que en el proceso de formación de la imputación de la responsabilidad, la decisión judicial no logra independizarse completamente de la noción de culpa, a saber:

5° Pero lo importante para que se dé el hecho culposo es que, a pesar de que la persona se representó el riesgo (y que llegado el caso también hubo representación de las precauciones que exigía esa situación), en razón de su confianza no adopta medida alguna de precaución”.

En esta sentencia es posible apreciar la reconducción a la culpa y sus elementos típicos, de los factores de imputación, al destacar lo elementos de previsibilidad y evitabilidad.

2. Responsabilidad extracontractual

La relación del médico y el paciente en un supuesto normal está regida por las normas de un contrato, pero nada impide reconocer que pueda existir una responsabilidad médica extracontractual, como consecuencia del daño producido al paciente¹⁴³.

142. Corte Suprema, sentencia de 15 de diciembre de 1997, RDJ, t. XCIV, secc.4, pp. 192-200. Se dedujo demanda civil en contra del médico y la Clínica, por la muerte de una paciente que se sometió a un procedimiento endoscópico, para confirmar la existencia de cálculos en el colédoco, el que fracasó en una primera intervención. Días después, fue reiterado el procedimiento en dos sesiones diferentes para luego intentar extraer los cálculos sin tener resultado positivo. A continuación se presentó un cuadro de pancreatitis aguda que culminó en el deceso de la paciente: 1° “...El Dr. incurrió en la falta de cuidado o diligencia que los procedimientos exigían –con el resultado de muerte de la paciente— puesto que estos profesionales no previeron ni evitaron responsablemente el riesgo que para la paciente importaba esa reiteración y que sí, era previsible y evitable. 5° “...el vocablo culpa leve es la del que no empleó aquellos medios y diligencias que emplearía un hombre cuidadoso y exacto; y negligencia consiste en un descuido, omisión o bien falta de aplicación. La jurisprudencia generalmente ha estimado en casos semejantes, haciéndose eco de los aportes de la doctrina que este tipo de negligencia culpable se halla ejemplificado por la conducta del médico que apartándose de las precauciones aconsejadas para la ciencia que él profesa, para el caso de que se trata, ocasiona un daño a la salud de su paciente, que el facultativo no deseaba pero que no pudo menos que prever y que estaba en su mano evitar, hallándose dicha omisión o imprevisión en un nexo de causa a efecto con el resultado dañoso..”

143. KOCH K., Erich. Ob. cit., p. 76.

En tal sentido, siguiendo los postulados de la doctrina y jurisprudencia francesa, desde los años 40, comenzó a admitirse la responsabilidad médica de carácter, excepcionalmente, extracontractual¹⁴⁴.

De este modo, para la mayor parte de la doctrina la relación de médico y paciente quedaba enmarcada en las normas contractuales, sólo en algunos supuestos era aplicable las normas de la responsabilidad extracontractual¹⁴⁵.

Dentro de los supuestos que implicaban responsabilidad extracontractual estaba el caso de nulidad del contrato de servicio médico; frente a la atención de urgencia, en que el paciente ingresa al establecimiento asistencial sin haber prestados consentimiento expreso o tácito para la atención. Además, procede esta categoría, en las víctimas por rebote que pueden quedar fuera del ámbito contractual¹⁴⁶.

En atención a la postura de la doctrina podemos señalar, sin embargo, la respuesta de la jurisprudencia en reiteradas oportunidades ha sido desde el campo extracontractual¹⁴⁷, atendiendo a eventuales ventajas que confiere tal estatuto, o porque ha sido planteada la controversia en sede penal, de donde se señala que procede deducir accesoriamente la responsabilidad civil extracontractual¹⁴⁸.

En este evento, el fundamento de la responsabilidad extracontractual radica en la obligación que nace del delito o cuasidelito de forma originaria, las partes, el objeto y el vínculo obligatorio se constituyen desde que se produce el daño¹⁴⁹.

Veamos los factores que permiten atribuir responsabilidad extracontractual.

2.1. Factores de atribución de tipo subjetivo

Al hablar de factor de imputación, como vimos en párrafos anteriores, estamos refiriéndonos que la responsabilidad descansa sobre dos pilares: la culpa y el dolo.

144. ALESSANDRI R., Arturo. Ob. cit., p. 75.

145. TAPIA R., Mauricio. Ob. cit., p. 81, GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., p. 148; ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., pp. 20, 30, 370; FLORES C., Víctor. Ob. cit., p. 122; CORREA E., Ana Carolina. Ob. cit., p. 113; PAILLAS P., Enrique. Ob. cit., p. 26; ABELIUK M., René. Ob. cit., p. 590; PALMA C., Raquel. Ob. cit., p. 22, 23, 248; DE LA MAZA R., Lorenzo. "El contrato..." Ob. cit., p. 7; ROSENDE, Hugo. Ob. cit., p. 131; ROMO P., Osvaldo. Ob. cit., pp. 181, 182; Rodríguez Q., Ambrosio. Ob. cit., p. 182.

146. ALESSANDRI R., Arturo. Ob. cit., p. 75; ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., p. 370.

147. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., p. 3; COURT M., Eduardo. "Algunas..." Ob. cit., pp. 282.

148. DOMÍNGUEZ A., Ramón. "Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil", en Revista de Derecho. Universidad de Concepción, N°185. Concepción. 1989. p. 107.

149. VIDAL O., Álvaro. Ob. cit., p. 158. Cuestionándose la opción de la jurisprudencia que adopta el criterio extracontractual, sin estar basado en argumentos sustantivos sino prácticos que buscan la protección de los afectados obteniendo la reparación de sus perjuicios.

2.1.1. Dolo extracontractual

Obra con dolo quien realiza una un comportamiento libre, querido, voluntaria y concientemente. También obra con dolo aquel que actúa con el ánimo de causar un perjuicio a otro¹⁵⁰.

Para otros el dolo es la "conciencia de hacer lo injusto... obrar contra derecho. Si existe esta intención general, haya o no ánimo específico de causar daño habrá dolo en materia civil"¹⁵¹. Es decir, basta que el sujeto se represente la posibilidad del resultado lesivo y lo haya querido, independiente ánimo específico de causar un daño. En tal caso, el médico que obra a sabiendas que provocará un daño con la intención de producirlo, actúa con dolo.

Para saber si el agente ha actuado con dolo es necesario apreciar sus circunstancias personales, pues el examen de este factor es en concreto.

2.1.2. Culpa extracontractual

En cuanto al otro factor de atribución subjetiva de la responsabilidad extracontractual, la culpa, pretendemos señalar el contenido que presenta en este ámbito.

Aunque la doctrina ha manifestado que el régimen general de la responsabilidad es contractual, el tema de la culpa es analizado con mayor profundidad en sede extracontractual¹⁵².

Conceptualmente la culpa se define en el artículo 44 del Código Civil, como la "falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios".

Por consiguiente, la culpa debe ser analizada desde la perspectiva de un modelo abstracto de conducta, pues esta visión esta más de acuerdo con la legislación civil¹⁵³. En el caso de un médico, el parámetro de actuación es el de un profesional medio que en su actividad despliega una conducta prudente. El profesional está sometido a cumplir en primer lugar el deber general de cuidado de no lesionar a otros y además los deberes contenidos en normas concretas que regulan la actividad médica¹⁵⁴.

150. TAPIA S., Orlando. Ob. cit., p. 138.

151. CORRAL T., Hernán. Ob. cit., p. 209, 210.

152. TAPIA R., Mauricio. Ob. cit., p. 407, TOMASELLO H., Leslie. Ob. cit., p. 199.

153. GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., pp. 180 y ss. Para quien la culpa no tiene distinción vista desde la faz extracontractual, la intensidad de la responsabilidad se mide por el daño causado y no por un tipo de culpa.

154. Idem., p. 193 y ss.

El análisis de procedencia de la culpa en la actuación del médico comparado con médico ideal o abstracto, requiere observar la concurrencia de previsibilidad y evitabilidad, pues la falta del deber de cuidado incluye la advertencia del daño. El modelo abstracto de médico diligente, debe comprender la previsión de causar un tipo genérico de daño derivado de su comportamiento, en la medida que su actuación comprende este deber de advertencia del daño, el profesional tiene consecuentemente el deber de evitar la producción del mismo.

De tal modo que la previsibilidad del resultado es una condición objetiva de la culpa, pues será el límite necesario y suficiente del criterio de atribución¹⁵⁵. Porque aquello que no queda comprendido dentro de un resultado normal y regularmente previsible, entra en lo imprevisible o fortuito.

Comúnmente la doctrina ha discutido sobre la graduación de la culpa en la responsabilidad civil. Esta discusión también ha tenido lugar específicamente en materia de responsabilidad médica. Se ha manifestado como una doctrina constante, aunque no unánime, que en el ámbito extracontractual la culpa carece de graduación¹⁵⁶, aún cuando la doctrina mayoritaria actual, se inclina por una tesis más amplia: todo aquel que causa un daño tiene la obligación de repararlo porque importa una infracción al deber general de no causar daño, sin atender al grado de culpa¹⁵⁷.

Así, a diferencia de lo que planteaban otros autores que señalaban como procedente la culpa grave¹⁵⁸ en el reproche extracontractual, tal postura hoy no tiene acogida. Señalando en su lugar, que todo aquel que causa un daño tiene la obligación de repararlo porque importa una infracción al deber general de no causar daño, sin importar el grado de culpa¹⁵⁹.

155. RUÍZ P., Guillermo. "Responsabilidad penal del médico", en Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado, N°8. Santiago. 2002. pp. 129-148.

156. KOCH K., Erich. Ob. cit., p. 76; ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., pp. 60 y ss., la culpa en materia médica puede manifestarse en cualquiera de sus formas, en la legislación chilena no hay excepción a la aplicación de las normas generales de la responsabilidad por no existir un estatuto especial para los profesionales. En el mismo sentido: ALESSANDRI R., Arturo. Ob. cit., p. 75, pues se responde por toda especie de culpa cometida en el ejercicio de la respectiva profesión no sólo por culpa grave; TOMASELLO H., Leslie. Ob. cit., p. 31; DÚCCI C., Carlos. Ob. cit., p. 71; GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., pp. 181 y ss.

157. FLORES C., Víctor. Ob. cit., p. 144; DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit., p. 31; CORRAL T., Hernán. Ob. cit., p. 213. En contra ROSENDE, Hugo. Ob. cit., pp. 131-142, opina que la responsabilidad extracontractual exige culpa leve del agente, porque el código no emplea ninguna otra calificación.

158. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., p. 52.

159. FLORES C., Víctor. Ob. cit., p. 144; DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit., p. 31; CORRAL T., Hernán. Ob. cit., p. 213. En contra ROSENDE, Hugo. Ob. cit., pp. 131-142, opina que la responsabilidad extracontractual exige culpa leve del agente, porque el código no emplea ninguna otra calificación.

Se agrega consecutivamente, que la ciencia médica al estar al servicio del ser humano que vive en sociedad, debe ajustarse a ciertos deberes o principios de conducta profesional, cuya infracción acarrea responsabilidad profesional, siendo moral o legal según el caso. Hay deberes para con los clientes que no están fundados únicamente en el ejercicio de un rol, sino que, también responden a la confianza otorgada a ellos, en tal caso, su infracción ocasiona una responsabilidad penal o civil¹⁶⁰.

Dentro de lo cual y en forma específica, surge la inquietud si acaso el aquel modelo de conducta es el mismo cuando hay un contrato de atención médica y cuando nace la responsabilidad extracontractual por los daños causados.

En nuestra opinión, no cabe diferencias el modelo de diligencia en atención a régimen obligacional en que se encuentre el paciente. Así pues, de todas formas el médico deberá poseer, en cualquier circunstancia, los conocimientos mínimos exigidos en su período de formación universitaria, además del que pudiera tener, según la especialidad elegida. Por ello, se utilizan los mismos parámetros para la diligencia en el plano contractual, sin embargo, en la responsabilidad extracontractual simplemente es negligencia¹⁶¹.

De tal modo que la actuación del médico lleva aparejada el deber de actuar conforme a las reglas de la *lex artis* en atención a los conocimientos adquiridos por la ciencia médica encaminados a diagnosticar, sanar y prevenir dolencias¹⁶².

En tal evento, aquella actuación médica contraria al deber de cuidado caracterizado por el cumplimiento del conjunto de procedimientos y reglas generales de la profesión realizada con impericia, ignorancia o imprudencia, o sea, con culpa y por tanto surgiendo el deber de resarcir los perjuicios causados¹⁶³.

2.2. Factores de atribución de tipo objetivo

En esta parte analizaremos la responsabilidad que cabe en la atención médica fuera del vínculo contractual, vista desde una faz objetiva. Como señalamos antes la objetividad ha tenido distintas manifestaciones, que aquí también es posible identificar.

160. MANTEROLA F., Jorge. Ob. cit., p. 241.

161. Dentro de su función promotora, entendiéndose como factor de atribución de la responsabilidad, VIDAL O., Álvaro. Ob. cit., pp. 168 y ss.

162. TAPIA R., Mauricio. Ob. cit., p. 91.

163. Corte Suprema, sentencia de 25 de abril de 1991, RDJ, t. LXXXVIII, secc. 4, pp. 14-19.

Una primera manifestación de las tendencias objetivas es aquella relacionada con la culpa, pues, en un momento comienza a considerarse que en el examen de la culpa no es necesario indagar en la conciencia psicológica del agente, solo basta comparar su comportamiento con un estándar objetivo¹⁶⁴.

Dentro de la responsabilidad basada en la culpa, es posible encontrar a aquella de carácter indirecto o reflejo que busca atribuir la responsabilidad a una persona por el hecho de otras, en que se le imputa objetivamente el daño. Aquí, se resalta la responsabilidad de organizaciones empresariales o productivas acercándose a una responsabilidad sin culpa bajo las formas de restricción en materia de prueba, interpretación extensiva del vínculo de subordinación, interpretación restrictiva de la actuación del dependiente fuera del ámbito de sus atribuciones. El fundamento de esta manifestación es que se prefiere enfrentar estos problemas desde la óptica extracontractual como una expresión de la responsabilidad civil de la empresa¹⁶⁵. Agregando que no se justifica aplicar estos criterios objetivos a los médicos sino que aquellos sujetos que transforman el acto médico en una actividad empresarialmente organizada y lucrativa¹⁶⁶.

Otra forma de la responsabilidad objetiva está basada en el riesgo creado, en la medida que llega a producir un daño responde quien con su actividad irroga el perjuicio. Esta tesis es utilizada en los casos en que resulta complejo individualizar al culpable o que no hay estrictamente culpa y el daño se produce como consecuencia necesaria de la realización de una actividad productiva¹⁶⁷.

Como se dijo, uno de los elementos de la responsabilidad es el nexo causal, el cual experimentó grandes cambios en su apreciación, comenzando por una noción física o naturalista de la causalidad explicada por teorías empiristas para posteriormente plantearse las ideas normativistas, en las cuales, el nexo causal se fija en atención a la relevancia jurídica. Es aquí donde conectamos los factores de imputación objetiva que más adelante analizaremos.

La doctrina de la imputación objetiva es un sistema de imputación jurídica desarrollado en el siglo pasado por el derecho Alemán desde de la década de los años 20.

164. CORRAL T., Hernán. Ob. cit., p. 210.

165. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 3 de enero de 1997, Gaceta Jurídica N° 99, p. 89, se invocan los artículos 2320 y 2322 del Código Civil a fin de obtener la reparación de los perjuicios causados a un menor mientras se encontraba hospitalizado en una clínica atendido por personal de dicha entidad y bajo su responsabilidad.

166. ZELAYA E., Pedro. Ob. cit., pp. 84 y ss. Estas corrientes objetivas de la falta de servicio o la culpa en la organización, se encargan de que la institución médica no puede exonerarse de su obligación de indemnizar probando su diligencia al modo tradicional. CORRAL T., Hernán. Ob. cit., pp 218. Otra expresión de las corrientes objetivas esta en el análisis económico del derecho de daños que tiene su lugar en el ámbito de las actividades productivas. TAPIA R., Mauricio. Ob. cit., p. 86.

167. CORRAL T., Hernán. Ob. cit., p. 241.

La causalidad como imputación proviene de las formulaciones realizadas a partir de LARENZ para quien la relación de causalidad tiene que ver con la existencia de una imputación, como la posibilidad de prever y dominar el curso causal hacia una determinada finalidad, alejándose de las doctrinas basadas en la acción humana¹⁶⁸.

Luego la dogmática penal apoyada en la sociología jurídica construye nuevas proposiciones de tal doctrina. Posteriormente, una nueva mirada a la imputación objetiva por ROXIN asume la causalidad como la imputación medida por parámetros objetivos en que la situación de peligro creado por el autor no esta cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo¹⁶⁹. De tal forma, solo si el resultado es imputable al actor responderá.

La imputación implica distinguir entre la comprobación de la existencia del nexo de causalidad entre la conducta del agente y el resultado (causalidad fáctica), con la determinación de si tal resultado, causalmente ligado a la conducta del agente puede ponerse o no a su cargo, por establecerlo el legislador, o el operador jurídico en base a la estructura y función de las normas de la responsabilidad correspondiente (imputación objetiva)¹⁷⁰.

Es decir, en los supuestos en que haya de determinarse el nexo causal entre la conducta del potencial responsable y el resultado dañoso, acudiremos a la causalidad fáctica. Pero si se quiere analizar si los eventos dañosos ligados causalmente a la conducta del agente pueden o no ponerse a su cargo, pertenece a la función de la imputación objetiva. Cuyo objeto es limitar la responsabilidad del agente.

El principio del riesgo general de la vida (*algemeine Lebensrisiko*) se fue complementando con otras teorías, como¹⁷¹: criterio de la prohibición de regreso¹⁷²;

168. Así, el riesgo se produce justamente porque una persona de forma voluntaria, realiza actividades o emplea cosas potencialmente dañosas. Además, se piensa que el agente conoce y domina la fuente del daño, tiene el control del peligro y los riesgos inherentes a la actividad o cosa, por tanto, la atribución de la responsabilidad no se basta en la realización de los daños. Puesto que la víctima ha debido soportar un grado de peligro superior al permitido. LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones. Trad. Jaime Santos Briz. Ed. Revista de Derecho Privado. t. I, vol. I. Madrid. 1958. pp. 664 y ss.

169. ROXIN, Claus. Derecho Penal, Parte General. Trad. D. Luzón, M. Díaz, y J. de Vicente. Civitas, t. I. Madrid. 1997. p. 348, 349.

170. INFANTE R., Francisco José. La responsabilidad por daños. Nexos de causalidad y causas hipotéticas. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002. p. 151.

171. BUSTOS R., Juan. La imputación objetiva. Editorial Temis. Colombia. 1989. pp. 87 y ss.

172. En este no es posible imputar el daño, cuando puesto en marcha el proceso causal, lleva incorporada la conducta dolosa o culpable de un tercero (interrumpe el curso causal), salvo que la conducta se haya visto favorecida por la actitud del demandado.

criterio del incremento del riesgo¹⁷³; criterio del fin o ámbito de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad¹⁷⁴; criterio de la adecuación¹⁷⁵.

Concretamente en materia atribución de responsabilidad médica, emergió un trabajo acerca de la responsabilidad civil derivada de la actividad médica, la cual ampliaba las fronteras de este tipo de responsabilidad¹⁷⁶.

En dicho evento, la responsabilidad estaba fundada en una actuación ilícita, porque habían omitido los cuidados debidos, infringido los principios y reglas de la profesión, o por asunción de riesgos imposibles de afrontar. Planteando que el examen de licitud debe ser objetivo, es decir, por medio de un juicio abstracto sobre el comportamiento profesional.

Este planteamiento al alejarse de consideraciones psicológicas o personales del individuo, lo hace para acercarse a un modelo abstracto. De ninguna manera se apartó de la conducta del sujeto para atribuir la responsabilidad por el solo hecho del incumplimiento de la obligación.

Sin embargo, en materia penal ya estaba planteada la tesis de la imputación objetiva con mayor detenimiento¹⁷⁷. En la cual, la tipicidad del delito que envolvía la actividad médica, estaba en consonancia con de la imputación objetiva y el deber objetivo de cuidado, era posible resolver problemas que por medio de instrumentos tradicionales como: el estado de necesidad, la actividad lícita y el consentimiento del paciente son insuficientes para resolver las exigencias que la actividad profesional presenta.

Lo anterior, significaba el aumento del riesgo (o pérdida de una chance) en la medida que produce una lesión sería imputable al médico.

173. El resultado causado por el agente solo es imputable en la medida que la conducta del autor ha creado un peligro no cubierto por un riesgo permitido y ese peligro se ha realizado en el resultado concreto.

174. No es imputable el riesgo de la consecuencia secundaria, no esta dentro de lo prohibido por la norma.

175. Lo que en principio era la teoría de la causalidad, no es más que otro criterio de imputación objetiva.

176. DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit, pp. 21-36.

177. MONTEALEGRE L., Eduardo. Ob. cit., pp. 259-311. Así, es posible asegurar que es autor de un delito culposo quien viola un deber de cuidado incrementando el riesgo que se concreta en la producción del resultado.

A mayor abundancia, el juicio de la previsión del riesgo se realiza con atención a las circunstancias concretas en que se desarrolla la actuación médica¹⁷⁸.

El cumplimiento del deber de cuidado significa observar la medida del riesgo que es socialmente adecuado, en que el riesgo permitido de la actividad médica es amplio debido al carácter de la actividad y los fines que persigue, sin embargo, tiene un límite en aquel aumento innecesario del peligro que es necesario y permitido para realizar esta actividad y alcanzar los fines propuestos¹⁷⁹. Es el caso del médico que para curar una herida en vez de emplear una anestesia local aplica una general en un paciente que presenta reacciones poco usuales a la anestesia, conociendo los riesgos que esta decisión implica.

En este caso, el deber de cuidado tiene como primera exigencia advertir el peligro y la probable evolución del mismo, hay culpa por asunción del riesgo cuando se emprende una intervención para la cual no se está capacitado. Es exigido un deber de preparación e información permanente, que en concreto se observa en la idoneidad de asumir un determinado tratamiento.

Otra manifestación de la responsabilidad objetiva es aquella que tiene lugar en contra del Estado, cuando uno de los sujetos que actúa es hospital perteneciente a un Servicio de Salud, pues se rige por un estatuto jurídico propio al presentar sus propios principios y criterios rectores¹⁸⁰, proyectándose a la responsabilidad del Estado por la falta de servicio, fundada en la culpa presunta o responsabilidad objetiva¹⁸¹. Pero el estudio de esta responsabilidad será estudiada con más detenimiento más adelante.

178. ETCHEVERRY, Alfredo. "Tipos penales aplicables a la actividad médica", en Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 13, n° 2. Santiago. 1986. pp. 271-280; SALINAS P., Hugo. Responsabilidad legal en la práctica médica, obstétrica y ginecológica. El médico y la matrona ante la ley chilena de 1986. Universitaria, APROFA. Santiago. 1986. p. 65; GARRIDO M., Mario. "La responsabilidad médica y la jurisdicción", en Revista Chilena de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 13, n° 2, mayo-ago. Santiago. 1986. pp. 281-288.

179. KÜNSEMÜLLER L., Carlos. Ob. cit., pp. 259-269.

180. Corte Suprema, sentencia de 21 de julio de 2005, número identificador lexisnexis 32423. En la cual, ante la pretensión de la actora, víctima de un aborto, en lo principal demanda por responsabilidad objetiva del Estado por falta de servicios y subsidiariamente de la responsabilidad extracontractual y contractual del Servicio de Salud, siendo acogida la acción principal.

181. ZELAYA E., Pedro. Ob. cit., pp. 47 y ss.; VÁSQUEZ R., Andrés. Ob. cit., pp. 33 y ss.; GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., p. 110.

III. Responsabilidad de los establecimientos de salud

Como se ha manifestado antes, las acciones relativas a la salud han transitado desde ser practicadas por médicos de manera individual al ejercicio en grupo, sea en un hospital público, clínica privada, sociedad de profesionales de medicina, laboratorios, centros de atención especializada, etc., es decir, colectivamente. Lo anterior, obliga a preguntarse el estado de la cuestión de la responsabilidad civil médicas respecto de entidades asociativas¹⁸².

Esta tendencia encuentra diversos fundamentos, como la necesidad de contar con patrimonio solvente que enfrente el pago de una indemnización por el daño que experimente un paciente. Otra justificación es el aumento en el grado de complejidad de la atención en salud¹⁸³, que se ha producido por una evolución médica a través de un proceso de tecnificación y masificación, convirtiéndose en un servicio institucional.

Con el objeto de analizar los distintos estadios que puede presentar este tipo de responsabilidad institucional, empresarial o corporativa, es oportuno llevar a cabo un distinguo, según su regulación jurídica. Se analizará, en primer lugar, la responsabilidad institucional de clínicas y hospitales privados, para luego la que puede atribuirse a los servicios o establecimientos de salud pública, pues, en estos casos, lo que de verdad se persigue es la responsabilidad patrimonial del Estado.

1. Hospitales, clínicas y centros del sector privado

La institución prestadora de servicios de salud, puede estar organizada como una clínica o centro de atención privada, bajo la estructura de una persona jurídica, sea que tenga o no fines de lucro. Así, pueden encontrarse sociedades de profesionales, sociedades comerciales, fundaciones, corporaciones de beneficencia pública, instituciones religiosas, que sirvan de soporte jurídico-institucional a las atenciones de salud que se presten.

Sumado a lo anterior, encontramos también la actividad desarrollada por los hospitales y establecimientos asistenciales públicos, los cuales, en determinadas circunstancias, pueden actuar en el ámbito privado, debiendo responder de los hechos dañosos que provoque a un tercero, según las normas de Derecho privado¹⁸⁴.

182. ACOSTA R., Vicente. Ob. cit., pp. 50 y ss.

183. GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., p. 30.

184. *Ibíd.*, p. 228. Distingue entre el Estado "administrador" y Estado "empresario".

1.1. Fuente de la responsabilidad de las agrupaciones privadas de salud

El primer aspecto que la doctrina ha debido esclarecer en estos eventos, es definir la fuente de la responsabilidad para estos casos, es decir, si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual. La doctrina no ha dado una respuesta unívoca, sino que ha optado por una u otra alternativa, atendiendo al modo de configurarse la relación jurídica entre el agente directo del daño, la institución de salud que ha sido parte de la prestación de servicios médicos, y la víctima¹⁸⁵.

Para quienes estiman que la responsabilidad de las instituciones de salud está basada en la perspectiva contractualista¹⁸⁶, se sustentan en las figuras de la estipulación a favor de otro¹⁸⁷, la agencia oficiosa, el simple apoderamiento o representación¹⁸⁸.

Otro sector, en cambio, prefieren formular la responsabilidad de las instituciones de salud sobre base de las disposiciones del Título XXXV del Libro IV del Código Civil, en una responsabilidad directa, refleja, objetiva por riesgo creado o falta del servicio¹⁸⁹.

Sabemos que la doctrina y jurisprudencia marcaron una tendencia hacia la contractualización de la responsabilidad, a fin de proteger a la víctima, entre otros motivos, para facilitar la prueba de la culpa¹⁹⁰.

185. Piénsese por ejemplo, en una sociedad limitada de médicos que prestan servicios determinados, como es el caso de centros radiológicos, diálisis, etc. También puede darse cuando sólo exista una sociedad de hecho; sobre este tema véase COURT M., Eduardo. "Responsabilidad civil médica", en Revista de Derecho. Universidad Católica de Valparaíso, nº 19. Valparaíso. 1998. p. 289 y PIZARRO W., Carlos. Ob. cit., pp. 183 y ss.

186. COURT M., Eduardo. "Algunas..." Ob. cit., p. 23, señala que la regla general es la responsabilidad contractual, salvo que la relación no haya sido debidamente establecida; DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit., p. 8; FLORES C., Víctor. Ob. cit., pp. 159 y ss., para quien, de esta relación contractual nacen para el establecimiento obligaciones accesorias de seguridad de cuya omisión responde directa y objetivamente, sin analizar la culpa.

187. ALESSANDRI R., Arturo. Ob. cit., p. 77; ABELIUK M., René. Ob. cit., p. 150, PALMA C., Raquel. Ob. cit., pp.33, 34; Cuevas Manríquez, Gustavo. 2001. "Responsabilidad civil de los establecimientos de salud", Actualidad Jurídica. Santiago. Universidad del Desarrollo, año II, nº 3, ene., pp. 169-181, quien manifiesta que la ISAPRE cuenta con un sistema de libre elección, por bono, donde cada uno elige a su médico, por tanto la responsabilidad es contractual, del mismo modo ocurre para el caso de FONASA; COURT M., Eduardo. "Algunas..." Ob. cit., p. 23.

188. DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit., p. 7 y 8, estima que, en caso de no mediar consentimiento, la intervención del médico se constituye una agencia oficiosa, la cual, se rige por las reglas de la responsabilidad contractual.

189. Así ZELAYA E., Pedro. Ob. cit., pp. 47 y ss.; GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., pp. 50 y ss.; PAILLAS P., Enrique. Ob. cit., p. 73-80. Este último autor, reconoce que en la relación clínica- paciente es una relación jurídica, donde la primera responde por los hechos de sus dependientes –médicos y auxiliares-, por falta del servicio y además por lo hechos que provoque un subcontratista. Un mayor desarrollo del tema sobre la naturaleza de la relación que se forma, nos lleva a considerar que la relación jurídica puede adquirir distintas expresiones, incluso figuras contractuales atípicas, que no se pueden explicar por aplicación de las normas contractuales.

190. DE LA MAZA R., Lorenzo. "La respon..." Ob. cit., p. 8; Otros motivos sería que incurren generalmente en incumplimientos contractuales, en materia de prescripción, y por que protege mejor los intereses de la víctima. TOMASELLO H., Leslie. Ob. cit., pp. 45,46.

Sin embargo, existen autores que piensan que las circunstancias concretas de la vida social demuestran que no es posible forzar la figura contractual, y aunque sin desistir del todo de ellas, se abren a la posibilidad del cúmulo, para permitir el recurso a las normas de la responsabilidad extracontractual, que confieren ventajas para alegar el daño moral, la solidaridad pasiva, un modelo de culpa objetiva u otros factores de imputación como el riesgo creado. Reconocen, así, la opción de la víctima de elegir el régimen de responsabilidad¹⁹¹.

Una visión más actual, que parece apoyarse en el propósito de mantener una igualdad de condiciones entre las víctimas, propugna la unificación del hecho generador de la responsabilidad, de la prescripción, los daños indemnizables y la solidaridad en materia contractual y extracontractual, respetando la voluntad de los contratantes¹⁹².

En la discusión acerca de la fuente de la responsabilidad civil, también se incluye el fundamento por el cual debe responder la institución por el hecho de sus empleados o dependientes y por el daño que ocurra en sus instalaciones sanitarias. Por tanto, es elemental determinar el factor por el cual se atribuye la responsabilidad¹⁹³, al considerar que se trata de una relación cuya conformación es generalmente compleja.

1.2. Fundamento de la responsabilidad de los establecimientos privados de salud

En un primer momento, una teoría explicaba la naturaleza y fundamento de la responsabilidad civil extracontractual de la clínica u hospital donde se causó el daño a través de la culpa en la elección (*in eligendo*) o en la vigilancia (*in vigilando*) de sus empleados o trabajadores, por la cual, solo respondían cuando se acreditaba que dichas instituciones incurrieran en culpa al elegir a los médicos o personal sanitario que trabajaba con ellos¹⁹⁴.

Esta tesis estaba basada en la doctrina liberal decimonónica consagrada por el Código Civil chileno en materia de responsabilidad del empresario. Sin embargo, tal postura no resistió los nuevos escenarios y exigencia de un mundo globalizado y más técnico¹⁹⁵.

En un segundo momento, la responsabilidad de los hospitales y las instituciones privadas de salud, por los hechos de sus dependientes, se explicó bajo la doctrina de

191. ZELAYA E., Pedro. Ob. cit., p. 64.

192. PIZARRO W., Carlos. Ob. cit., pp. 204, 205.

193. ZELAYA E., Pedro. 1997. Ob. cit., p. 64.

194. Idem.

195. GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., pp. 110 y ss.

la culpa vicaria, indirecta o sustituta, que consideraba a la institución objetivamente responsable del perjuicio provocado por sus empleados o dependientes¹⁹⁶.

En este tipo de responsabilidad, el establecimiento de salud, asumía el carácter de subsidiario o tercero civilmente responsable, como un garante del pago de los perjuicios a la víctima. Sin embargo, seguía empleando el factor de imputación culpa en el empleado o dependiente para fundamentar la existencia de responsabilidad civil.

La tendencia actual esta dirigida a una responsabilidad basada en variados fundamentos. El primero descansa en el riesgo de la empresa, al considerar que las instituciones de salud actúan como verdaderas empresas especializadas en prestaciones médicas y hospitalarias de manera que significa una ocasión lícita de lucro que incluye una situación de riesgo que debe ser soportado por quien recibe provecho de la actividad. Desfilando a una responsabilidad fundada en un elemento objetivo como el riesgo provecho¹⁹⁷.

El segundo fundamento empleado por la doctrina ha sido acoger la idea de la responsabilidad vicaria respecto de la institución sanitaria, junto con establecer específicos deberes de cuidado para el médico que se desempeña en un hospital¹⁹⁸.

Otro supuesto, ha sido la culpa difusa o indeterminada, ignota o dependiente anónimo, donde no es necesario individualizar al concreto agente causante del daño¹⁹⁹. Basta con alegar que dentro de la organización sanitaria algún empleado cometió un error culpable o una omisión inexcusable que ocasionó el daño, haciendo responsable civilmente a la institución sanitaria.

1.3. Apreciación jurisprudencial

Por su parte, la jurisprudencia ha manifestado distintas opiniones al respecto: Conociendo de la acción interpuesta se fundaba supuestamente en un caso de falso positivo de VIH (diagnóstico erróneo de examen médico)²⁰⁰. La sentencia del tribunal de

196. ZELAYA E., Pedro. Ob. cit., p. 65.

197. TAPIA R., Mauricio. Ob. cit., p. 86.

198. ZELAYA E., Pedro. Ob. cit., p. 77, utilizando a este respecto la culpa por omisión que nace de la inobservancia de los específicos deberes de cuidado respecto de los pacientes.

199. Es una especie de culpa objetiva por el hecho propio de la organización de salud.

200. Corte Suprema, 05 de noviembre de 2001, Rol N°1368-01, número identificador Lexisnexis: 22694. Especialmente el considerando 16°. Confirmada en casación, resolvió que entre las partes había existido un vínculo contractual sobre la obligación de practicar un examen y su posterior análisis y resultado. Basada en la resolución 478 de 6 de mayo de 1988, publicada en el Diario Oficial del 7 de junio de 1988, sobre el procedimiento de toma y envío de muestra de sangre al Instituto de Salud Pública. La mínima prudencia ante la pandemia del SIDA indica que para los efectos de control debió el Laboratorio privado extremar las medidas en la identificación de la muestra.

primera instancia, considera que el Laboratorio incurrió en un error en la información que proporcionó al paciente, producido por una negligencia en el procedimiento de obtención de muestra y etiquetación en términos de una mala identificación de la muestra. Esto, además de considerar que faltó la prueba de la diligencia debida por parte de la institución porque no justificó haberse ceñido estrictamente a la normativa establecida.

El fallo aplicó el fundamento de responsabilidad de la culpa, al considerar que el Laboratorio actuó con una negligencia que excedió el nivel de la culpa leve, aplicable en caso de una relación contractual. Pero inmediatamente llama la atención que no profundice en el tema de la culpa y el sujeto que la cometió, pues en estricto sentido la culpa sólo puede ser cometida por una persona natural, en cambio la persona jurídica incurrirá en culpa producto de una ficción, pasando a ser una culpa difusa, o en la organización.

En otro caso, se reclamó la responsabilidad extracontractual de una clínica y su funcionaria, por el mal funcionamiento de un equipo de bisturí²⁰¹. El fallo absuelve a la funcionaria del cuasidelito penal, pero en materia civil, señala que el daño fue producido por una quemadura cuya producción era previsible de haberse realizado una supervisión adecuada. Por lo que configura la responsabilidad civil, que no debe hacerse a costa del equipo médico sino de la clínica respectiva por su culpa en la organización o indeterminada, por no realizar actividades o gestiones que le obligan a la mantención continua y periódica de equipo utilizado en la operación.

En este supuesto se justifican los factores de imputación señalados, pues aunque no se especifique el dependiente o empleado que dentro de la empresa actuó con culpa debe asumir la responsabilidad la organización, pues hubo un error culpable u omisión inexcusable de parte de la Clínica, en caso contrario, aquella permanecería impune.

Otro asunto en sede extracontractual²⁰², la Corte Suprema concluyó que por culpa de la pabellonera, es procedente la responsabilidad civil por el hecho ajeno atribuido a la clínica demandada, se ha demostrado que la dependiente de la clínica

201. Corte de Apelaciones de Iquique, 9 de enero de 2002, Rol: 239.727, número identificador Lexisnexis: 26.334.

202. Corte Suprema, 28 de enero de 1993, Rol N°2020-92, Gaceta Jurídica N° 151, número identificador Lexisnexis: 12135, en que auxiliar paramédico de pabellón -dependiente de la clínica demandada- en su función de pabellonera y encargada de la identificación de las sustancias o medicamentos que debían usarse en la operación, por falta de diligencia y cuidado, omitió verificar el contenido de los frascos puestos a su disposición que estaban debidamente rotulados, tanto al preparar el carro quirúrgico que portaba los frascos de Sorbitol, como al vaciarlos a los recipientes de irrigación durante la operación. Circunstancia que permitió que ella vertiera en dichos recipientes un frasco de 2 litros de una solución de cloruro de sodio al 30%, contraviniendo con ello las instrucciones del doctor a cargo de la operación, que había dispuesto el uso de Sorbitol para irrigar la vejiga del paciente durante la operación.

obró en el ámbito de la relación o vínculo laboral que la ligaba con la clínica, que ha existido un daño en la persona ofendida el cual es imputable a la culpa de la dependiente de la clínica, y que se ha establecido la existencia de una relación de causalidad entre el obrar de la hechora y el daño producido

El fallo señala que la responsabilidad de la Clínica se advierte en la falta del debido control en el cumplimiento de los deberes de sus dependientes, especialmente a lo relativo a la perfecta identificación y localización de todas las sustancias o medicamentos que se deben usar en una intervención quirúrgica.

2. Servicios de salud

El derecho a la salud reconocido por la Constitución, ordena la creación de un régimen de prestación de salud, con lo que señalar las normas de acceso, calidad y oportunidad las prestaciones a lo beneficiarios. Por tanto, los organismos que integran el sistema nacional de salud son responsables de la ejecución de las acciones que tiendan a asegurar la salud a los habitantes de la República (artículo 3 de la Ley 18.469 que regula el ejercicio del derecho constitucional a la salud y crea un régimen de prestaciones de salud, publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 1985).

Efectivamente, los Servicios de Salud son órganos de la administración del Estado, deben someter su actuación a la Constitución. Tienen por objeto cumplir el efectivo acceso de la población a las acciones de salud, estos son órganos descentralizados funcional y territorialmente, dependientes del Ministerio de Salud, siendo aplicable la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N°18.575.

En relación con las instituciones de salud que pertenecen a las Fuerzas Armadas y Carabineros, estas han sido creadas especialmente para tales instituciones, pero también pueden prestar servicios a otros particulares por medio de una convención²⁰³.

203. Así, la Ley Orgánica Constitucional N° 18. 948 de la Fuerzas Armadas, publicada en el Diario Oficial el 27 de febrero de 1990, en las disposiciones transitorias establece que el sistema de seguridad social es autónomo, tiene dentro de sus facultades las prestaciones de salud, el régimen está a cargo de es un organismo funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio que se relaciona con el Presidente de la República vía Ministerio de Defensa Nacional.

La Ley Orgánica Constitucional N° 18. 961 de Carabineros de Chile, publicada en el Diario Oficial el 7 de marzo de 1990, en el Título IV del Régimen previsional y de seguridad social, encomendada a la competencia de la Dirección de Previsión de Carabineros, señala que encarga entre otras materias, de administración y las prestaciones en materia de salud (art. 78).

Este es un organismo funcionalmente descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio. Que se relaciona con el Presidente de la República a través del Ministerio de Defensa Nacional. Establece quienes son lo beneficiarios de dicho sistema de salud, y que los establecimientos hospitalarios institucionales tiene por fin otorgar las prestaciones de salud, pudiendo celebrar convenios a fin de prestar sus servicios a terceros ajenos a la institución (art. 82).

En tal sentido, las actividades desarrolladas por las instituciones sanitarias de estas entidades se regirán por regla general por las normas Derecho Público. Es decir, por la figura de la responsabilidad objetiva del estado por falta de servicio. En el evento que, celebren convenios privados en materia de atención de salud, modificarán su estatuto y se regirán por las normas del Código Civil.

En lo que respecta a los Servicios de Salud y en particular, a los hospitales y centros de salud públicos, la doctrina ha sido contradictoria respecto a la fuente de la responsabilidad, señalando opiniones en distintos sentidos.

Algunos, consideran que la actuación de estos entes se somete al Derecho Privado y su legislación común, según las normas contenidas en materia de responsabilidad contractual²⁰⁴, en la medida que exista una convención entre las partes.

Otros en cambio, expresan que la responsabilidad del Estado por los daños provocados por sus servicios públicos nace de un reconocimiento de Derecho Público (artículo 38 de la Constitución Política y artículos 4,44 de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575) pero que se rige por las normas de la responsabilidad extracontractual, es decir, basada en el hecho ajeno²⁰⁵.

Desde un ángulo más extremo, se concluye que existe una responsabilidad constitucional o administrativa de carácter objetiva, reconocida en la Constitución Política del Estado (artículos 6,7,38) y en la Ley Orgánica Constitucional N°18.575 (artículos 4, 44), que actualmente es el DFL 1 de 17 de noviembre de 2001, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, texto refundido, coordinado y sistematizado de

204. VIDAL O., Álvaro. Ob. cit., pp. 181 y ss. afirma: "la condición de órgano público del hospital o centro de salud no excluye el plano de aplicación de la responsabilidad civil contractual, ello solo ocurrirá cuando se constituya una relación de derecho público entre el paciente y el Estado, ejerciendo el primero lo que se denomina derecho público subjetivo de origen legal de la salud".

205. CORRAL T., Hernán. Ob. cit., pp. 283-285, para quien la legislación común se aplica para los ciudadanos y el Estado, siendo la regla general la responsabilidad extracontractual PAILLAS P., Enrique. Ob. cit, pp. 85-87, para quien se trataría de una responsabilidad administrativa establecida en el artículo 38 de la Constitución Política y artículos 4, 44 Ley 18.575, en definitiva se trataría de una responsabilidad extracontractual del Estado por riesgo, daño o falta de servicio. COURT M., Eduardo. "Responsabilidad..." Ob. cit., p. 293, quien señala la necesidad de aplicar el estatuto del Código Civil en materia de extensión del daño, plazo de prescripción, entre otros.

la Ley 18.575 de 5 de diciembre de 1986, por falta de servicio, rigiendo de manera autónoma a las normas de la legislación común por poseer un estatuto jurídico propio, basado en las disposiciones de Derecho Público²⁰⁶.

Una interrogante que se formula se refiere a la responsabilidad que tendría la institución de salud en general, en el evento que un médico por medio de un contrato de arrendamiento o comodato celebrado con la institución, atiende a un paciente particular. Frente a esto, sería posible atribuir responsabilidad a la institución de salud, por el daño provocado por un tercero ajeno que no es dependiente²⁰⁷.

Sin embargo, si se pretende perseguir la responsabilidad que nace para el médico respecto de su paciente deberá intentarse por medio de uno de los regímenes de responsabilidad del Derecho civil.

2.1. Falta de servicios: el caso de los consultorios y hospitales públicos

En este punto de investigación, sólo analizaremos la responsabilidad que puede nacer de la asistencia médica y hospitalaria respecto de cualquier ciudadano en las prestaciones de salud otorgadas por el sistema público, a través de FONASA²⁰⁸, porque es la que ha generado más casos de responsabilidad.

Porque aún cuando se trate responsabilidad objetiva de los Servicios de Salud hay un elemento de imputación de la responsabilidad, que generalmente es la falta de servicios. Dicho de otro modo, no se trata únicamente de una relación de causalidad material también encierra un factor de imputación objetivo de responsabilidad que basado en la falta de servicio²⁰⁹, genera el deber de resarcir los daños, pero tendrá límites la extensión de la responsabilidad en este caso.

206. Una descripción y análisis en VÁSQUEZ R., Andrés. Ob. cit., pp. 33-55. Para quien el objetivo de la responsabilidad se refiere a la reparación del daño y no sancionar a un órgano culpable, por esto señala la falta de servicio como un instrumento adecuado que sanciona el comportamiento anormal de un servicio, sin necesidad de entrar en consideraciones subjetivas. También postula la responsabilidad sin falta o por riesgo, donde procede la indemnización por el daño provocado por un riesgo que debe ser soportado por el ciudadano, contra la igualdad de la ley; MARTÍNEZ E., José Ignacio. Ob. cit., pp. 137-172; GUAJARDO C., Baltasar. Ob. cit., pp. 234-248; ZELAYA E., Pedro. Ob. cit., p. 49; SOTO K., Eduardo. Derecho Administrativo. Bases fundamentales. Editorial Jurídica de Chile, t. II. Santiago. 1996. pp. 310 y ss. En contra: TAPIA R., Mauricio. Ob. cit., p. 86, afirma que la solución del problema pasa por la definición de lo que se entienda por "falta de servicio", considerando cuestionable la responsabilidad objetiva de los Servicios de salud. PORTIÑO B., Alejandra. La responsabilidad legal del Estado y del médico en caso de negligencias médicas. Ed. Jurídica Congreso. Santiago. 2003. p. 57, 85, al expresar su postura incurre en una impropiedad, pues continúa hablando de responsabilidad extracontractual del Estado.

207. ZELAYA E., Pedro. Ob. cit., pp. 81-84.

208. MARTÍNEZ E., José Ignacio. Ob. cit., pp. 137-172.

209. Como mencionamos anteriormente, el factor de atribución de la responsabilidad ha sido estudiado teniendo a la vista dos estatutos legales, por una parte la Constitución Política y por otra la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, dentro de los cuales, se menciona que los órganos de la Administración serán responsables por el daño que causen por falta de servicio.

Ahora bien, el significado de falta de servicio y cuál es su extensión, ha sido objeto de discordia entre los autores. Para algunos el sistema constitucional y el legal son incompatibles y no es posible interpretarlos armónicamente²¹⁰, puesto que la Constitución no valora la conducta en culpable o dolosa; basta que haya una consecuencia lesiva en un paciente para nacer el deber de resarcir los perjuicios. Mientras que, la norma orgánica constitucional señala que frente a la falta de servicios se responde.

Para otros, la responsabilidad señalada en la Constitución, estaría precisada en las disposiciones orgánicas, en razón de la frase "falta de servicio", que está lejos de un carácter objetivo, exigiendo más bien, la culpa del órgano respectivo²¹¹.

Otra parte de la doctrina, sostiene que se trata de una responsabilidad de Derecho público y objetiva, o sea, no toman en cuenta el dolo o la culpa²¹². Además, acuden al artículo 1546 del Código Civil, a fin de interpretar las normas constitucionales y orgánicas, concluyendo que la falta de servicio solo está vinculada a la omisión, a la ausencia del debido servicio. Por tanto, esta falta no es sinónimo de culpa sino de ausencia u omisión, o sea, "debiendo actuar el servicio no ha actuado y producido daño con esa actividad a una víctima"²¹³.

En general, hemos percibido que la doctrina y jurisprudencia son altamente exigentes en este punto, considerando que la no realización de la conducta debida por el servicio o su deficientemente realización conduce a una falta de servicio, con lo que la actividad sanitaria se torna soberanamente exigente.

Efectivamente, la falta de servicio sería un resultado, "una ineficiencia externa del Estado o de los servicios descentralizados"²¹⁴. En tales circunstancias, no es

210. FIAMMA O., Gustavo. "La acción constitucional de responsabilidad y la responsabilidad por falta de servicios", en Revista Chilena de Derecho. Santiago. Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 16, n° 2, pp. 429-440.

211. PIERRI A., Pedro, "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en Revista de Derecho Público, vol. 59, pp. 287-309.

212. SOTO K., Eduardo. "Derecho..." Ob. cit. p. 310 y ss.; SANTA MARÍA L., Jorge. "Responsabilidad por falta de servicio. Casuística chilena reciente", en Revista de Derecho y Jurisprudencia. Santiago. t.XCIV, n° 1.1997, pp.31 y ss.; VÁSQUEZ R., Andrés. Ob. cit., pp. 44 y ss.

213. SOTO K., Eduardo. "Comentario a la sentencia Baeza Rojas con Servicio de Salud de Antofagasta", Ius Publicum. Santiago. 10, p. 217.

214. SANTA MARÍA L., Jorge. Ob. cit., pp. 31 y ss. Este autor señala que la teoría del riesgo y la culpa tienen el defecto de poner toda la atención en el autor del daño, rescata la teoría de la garantía de Starck, así el Estado debe garantizar a todas las personas la integridad física y psíquica de lo contrario ocasiona la responsabilidad por falta de servicio.

aplicable un estándar medio de funcionamiento de los Servicios de Salud basado en recursos financieros, técnicos y humanos, sino en la idea, que el servicio debe ser oportuno y eficaz²¹⁵.

Para evitar la falta de servicio, una de las soluciones del problema de la insuficiencia de recursos puede ser solucionado por las vías que el legislador ha conferido, por ejemplo, a través del Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas (D. S. N°161 del Ministerio de Salud publicado en el Diario Oficial el 19 de noviembre de 1992). En el cual, exige un mínimo de equipamiento para que disponga de los medios necesarios para prestar una atención de salud eficiente.

El Servicio de Salud cuando no posea los equipos, instrumental, implementos y en general de infraestructura mínima para satisfacer los requerimientos, puede celebrar convenios con los organismos que sí la posean, para transferir alguna de las acciones de salud que no puedan realizar eficientemente (D. L. N°2.763, art. 20 letra i).

De tal modo que la responsabilidad de los Servicios de Salud no puede ser suprimida, deben contar con la infraestructura mínima necesaria, siendo responsables de su existencia y buen funcionamiento.

2.2. Apreciación jurisprudencial

Los Servicios de Salud poseen un régimen jurídico totalmente diferente al de las personas jurídicas de derecho privado. Dado que las normas y principios de derecho que rigen la responsabilidad de los Servicios de Salud se encuentran en el derecho público, es inaplicable en este caso cualquiera de las disposiciones de responsabilidad extracontractual del Código Civil²¹⁶.

Por lo que el concepto de falta de servicio dice relación con el hecho de que un determinado servicio ha actuado mal o deficientemente, no ha obrado cuando su normativa le imponía el deber de hacerlo o, en fin, ha actuado tardíamente, y a

215. Tratándose de la responsabilidad objetiva, una situación de especial interés presentan las infecciones intrahospitalarias, estas no se producen por culpa, si no por la omisión o inactividad de su erradicación total y si esto no es posible, tener las medidas necesarias para detectar la presencia de ella evitando su acción o enfrenarla con todos los medios disponibles.

216. Corte Suprema, 20 de marzo de 2001, Rol: 2127-00. Número identificador lexisnexis: 18191, especialmente cons. 16° a 18°; Sentencia del Juzgado de Letras de San Felipe, Rol: 838-98. Número identificador lexisnexis: 22.497, cons. 15°, 16° y 18°; Sentencia del Juzgado Civil de Valparaíso, Rol: 2641-96, consid. 18; Corte Suprema 30 de abril de 2003, Rol: 1290-02, Gaceta Jurídica, 274, p. 59.

consecuencias de ello la víctima ha resultado lesionada en sus derechos. Se trata aquí de que la organización misma ha fallado en el cumplimiento de su función de servicio público²¹⁷.

Aunque la responsabilidad de los Servicios de Salud debida a la falta de servicio es de carácter objetivo, es interesante considerar la existencia del límite nace por su implicancia práctica. Surge con fuerza la incógnita frente a la falta de servicio por actuación deficiente o en ausencia de ella, existe acaso un parámetro de exigencia igual para todo Servicio de Salud, o habrá que ver el caso concreto, según su propia realidad y medios.

Conociendo el Juez de Letras de Talcahuano²¹⁸, resuelve que la noción de falta de servicio resulta variable en la apreciación objetiva de los hechos en los cuales esta

moción se fundamenta y habrá, entonces, que establecer las cualidades del agente del servicio referido, de la gravedad del hecho que se imputa como falta del servicio, a las circunstancias que conforman el todo integral donde las personas que representan al Estado, ejecutan sus funciones en representación de éste o de la Administración Pública.

Asimismo que mirado del punto de vista objetivo, no todo daño proveniente de la acción de los agentes del Estado o funcionarios, constituye una falta de servicio, ya que ésta debe delimitarse a las obligaciones del servicio prestado, en forma regular, permanente y ordinario, por lo que la falta de servicio constituye un factor de anormalidad dentro de este orden regular o servicio regular, en consecuencia, debe tomarse en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios utilizados y el grado de previsibilidad del daño.

217. Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000, Rol N°1977-99, Gaceta Jurídica 259. De donde una paciente es hospitalizada para operarla de la vesícula, fallece a causa de una infección post-operatoria (peritonitis infecciosa). Sin embargo, comete una impropiedad, pues, aún cuando, el marco jurídico es de Derecho público, emplea términos de Derecho privado como "extracontractual":

16.- "Que la responsabilidad extracontractual de los Servicios de Salud y de los demás órganos públicos es de carácter objetivo pues se encuentran necesariamente en la obligación de indemnizar los daños que causen con su actividad, cualquiera que haya sido el comportamiento de los funcionarios públicos que actuaron en ejercicio de esa actividad, pues su conducta no condiciona en modo alguno a aquélla. La norma constitucional antes citada (art. 38 de la Carta Fundamental) no deja lugar a dudas acerca de esta conclusión."

218. Sentencia del Juzgado Civil de Talcahuano, Rol: 6381-02, 4 de abril de 2003. por el nacimiento de un menor con diversos trastornos de salud a causa de un prolongado sufrimiento fetal al momento del parto. Menciona además, la situación socioeconómica o la política económica del Estado, son condicionantes, tanto de las necesidades y aspiraciones de los usuarios, como de los medios y los recursos que éste posee para la satisfacción de las mismas, de ahí que el sentenciador debe tener el máximo de prudencia para establecer las circunstancias que rodean la falta de servicio y, por ende, la responsabilidad del Estado en los daños causados a los usuarios, puesto que ello podría permitir una abertura indiscriminada, por la cual podrían satisfacerse necesidades legítimas pero de carácter personal, en desmedro de las necesidades colectivas y de bien común.

Sin embargo la jurisprudencia no es unívoca en cuanto al concepto de la falta de servicio, señalando desde otra perspectiva su opinión al respecto, la 11^{ta}. Corte de Apelaciones de Concepción²¹⁹, por lo que la responsabilidad por falta de servicio es una responsabilidad objetiva. Basta, por lo tanto, la casualidad material como factor de atribución de la responsabilidad.

En tal sentido, no corresponde aplicar el supuesto estándar del funcionamiento medio del servicio, para eximir o atenuar la responsabilidad de los entes descentralizados, so pretexto de que la falta de eficacia fue resultado de carencia de recursos. Los damnificados no tienen por qué sufrir las consecuencias en la distribución del presupuesto nacional.

Creemos que la decisión acerca del límite de la falta de servicio y por tanto de la responsabilidad del Estado guarda directa relación con el fin de la misma, es decir, si tiene por finalidad la protección del perjudicado por la actuación del Estado debe ser exigente.

La realidad de los servicios de salud están muy lejos de tener la última tecnología pero con eficiencia y buen criterio pueden suplirse las carencias de equipos y materiales.

Una persona no tiene por qué soportar una atención deficiente, sería como justificar la mediocridad del Estado y sus servicios sin tener afán de mejoramiento de las condiciones y calidad de vida de los habitantes de la nación.

219. Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, Rol: 1703-03, 27 de octubre de 2004. cita a Según el profesor Jorge López Santa María, en su artículo "Responsabilidad por falta de Servicio: Casuística Chilena reciente" publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Tomo XCIV N° 1, página 31 y siguientes: "A mi entender, si la acción u omisión de la Administración o su retardo causan daños, eso es suficiente para que las víctimas deban ser indemnizadas. La falta de servicio es un resultado; es lo mismo que la ineficacia o ineficiencia. La falta de servicio es la ineficacia externa del Estado o de los servicios descentralizados".

IV. Conclusiones

La jurisprudencia nacional a fines del siglo XIX tuvo la ocasión de examinar casos de responsabilidad médica. La doctrina sólo a principios del siglo XX comenzó a realizar estudios al respecto. Ambos estudios se enfocaban en la persona del médico sin ligarse directamente a la responsabilidad civil.

Instalada la discusión de la materia, la doctrina explicaba de la naturaleza de la relación médico paciente, en general, desde la tesis contractualista a través del mandato y el arrendamiento de servicios. Actualmente, por las características del servicio y la legislación vigente se considera más apropiada la asimilación a un contrato de prestación de servicios o contrato de asistencia médica.

Sin embargo, al momento de elegir el ámbito de responsabilidad más apropiado a la situación, la doctrina y jurisprudencia adoptan una postura de tolerancia que acepta la opción de la responsabilidad de modo que la víctima alcance el máximo de reparación del daño sufrido. Un efecto de esto, es que la culpa ha sido objeto de mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial en sede extracontractual.

El médico, generalmente, contrae una obligación de medios, donde el obrar diligente es sinónimo de cumplimiento de la obligación, en la medida que sea conforme a los parámetros del artículo 1547 del Código Civil. A falta de esta diligencia integradora se configura el incumplimiento de la obligación puro, desprovisto de cualquier alusión a un factor de imputación. Por tanto, visto objetivamente, hay una doble función de la culpa que se presenta en distintas etapas de la relación contractual.

Al realizar el examen de imputación al agente, es necesario analizar si el médico debía y podía prever el resultado lesivo, en relación al modelo abstracto conforme a estándares generales. Creemos que la culpa médica es una aplicación concreta de la culpa general establecida en el materia civil, siendo el buen padre de familia y el buen profesional médico dos expresiones del mismo principio, que significa atender a un modelo abstracto de conducta, pero adaptado a la situación particular de la atención médica. El contenido del modelo de conducta del buen médico implica realizar su actuación de cara a sus conocimientos, experiencia y las reglas que rigen su profesión. En tal sentido, la noción de *lex artis* comprende los protocolos y guías de práctica clínica, como reglas que configuran un deber objetivo de cuidado, siendo entendidas como estándares de calidad mínimos y no como referencia normativa de máximos.

En nuestra opinión, no cabe diferencias el modelo de diligencia en atención a régimen obligacional en que se encuentre el paciente. Así, pues, de todas formas el médico deberá poseer, los conocimientos mínimos exigidos en su período de

formación universitaria, además del que pudiera tener, según la especialidad elegida. Por ello, se utilizan los mismos parámetros para la diligencia en el plano contractual, sin embargo, en la responsabilidad extracontractual simplemente es negligencia.

Frente a la culpa surge con fuerza la figura del error médico. La culpa supone negligencia o mala práctica inexcusable por impericia o imprudencia, lo que no implica llegar a considerar culpable errores que son estadísticamente inevitables pero humanamente disculpables. Entonces los errores serían previsibles pero inevitables estadísticamente.

Respecto a los factores objetivos de atribución de la responsabilidad extracontractual médica, su adopción por parte de la doctrina y la jurisprudencia es escasa y no logra aislarse completamente del concepto de culpa, pues acude a aquel al momento de realizar el examen de responsabilidad. Sin embargo, contribuye a ampliar las fronteras en materia médica a aquellas situaciones, en que por el aumento del riesgo permitido nace el deber de responder.

Respecto a los establecimientos privados de salud, la tendencia actual está enfocada en la idea riesgo-provecho, la culpa en la organización, en la cual basta con alegar que dentro de la organización sanitaria algún empleado cometió un hecho u omisión culpable haciendo responsable a la institución. En lo tocante a los servicios de salud no hay acuerdo entre la tesis civilista y aquella que defiende la autonomía de la responsabilidad del Estado. Si la atribución de la responsabilidad es por falta de servicio, creemos forzoso delimitar y dotar de contenido aquel concepto.