



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO

AÑO 8 - NÚMERO 8 - ISSN 0718-1167 - TEMUCO, CHILE - 2007

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

LORETTO VENEGAS FRANZOLINI

LA CENSURA PREVIA DEL DISCURSO COMUNICATIVO. EN LA BÚSQUEDA DE UN CONTROL ANTICIPADO Y JUDICIALIZADO

VÍCTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ

¿CÓMO HACER UN CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL ORGÁNICO EL AÑO 2005 Y NO MORIR EN EL INTENTO?

JUAN PABLO BECA F.

IMÁGENES PAGANAS: EL CINE Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

CHRISTIAN SCHEECHLER CORONA

SENTENCIAS TRANSFORMADAS EN CASOS PEDAGÓGICOS. UNA HERRAMIENTA PARA ENSEÑAR ARGUMENTACIÓN EN LAS ESCUELAS DE DERECHO

SCARLETTE LAGOS FUENTES



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO
ESCUELA DE DERECHO

Representante Legal

Mónica Jiménez De La Jara
Rectora
Universidad Católica de Temuco

Director Responsable

Luis Villavicencio Miranda
Dr. en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid
Profesor Escuela de Derecho,
Universidad Católica de Temuco

Comité Editorial

RODRIGO COLOMA CORREA, Dr. en Derecho, Universidad Carlos III. Profesor Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco.

JESÚS ESCANDÓN ALOMAR, Dr. en Derecho, Universidad Complutense. Profesor Escuela de Derecho, Universidad de Concepción y Universidad Católica de Temuco.

GONZALO NAVARRETE VILLEGAS, Dr. en Derecho, Universidad de Navarra.

Comité Asesor

PAOLO COMANDUCCI, Dr. en Derecho, Catedrático de Filosofía del Derecho y de Teoría de la Justicia, Universidad de Génova, Italia.

ANDRÉS CUNEO MACCHIAVELLO, Profesor de Derecho Civil, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

ENRIQUE CURY URZÚA, Ex-Ministro de la Excm. Corte Suprema, Profesor de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Chile.

ROGELIO PÉREZ PERDOMO, Dr. en Derecho, Profesor de Introducción al Derecho, Decano de la Universidad Metropolitana, Venezuela.

JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN, Dr. en Derecho, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

Coordinación

Claudio Agüero San Juan

Dirección:

Manuel Montt 056, Campus San Francisco, edificio E, tercer piso.

Teléfono: (56 45) 205 317

Fax: (56-45) 205 497

Correo electrónico:

revidere@uctemuco.cl

Diseño y Diagramación

Hardessen Design

Fono 09 6411211 - www.hardessen.cl

Impresión

Imprenta Austral, Sta Margarita 1024, Fono (45) 742251 - Fax (45) 741804 - Temuco

La Revista de Derecho es una publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. Es propiedad del Autor (c) Universidad Católica de Temuco. Registro Propiedad Intelectual N° 166.952

Las opiniones y juicios expresados por los autores en sus artículos no representa necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

INDICE

- 09 PRESENTACIÓN
- 11 FACTORES DE IMPUTACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA.
EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CHILENA.
LORETTO VENEGAS FRANZOLINI
- 73 LA CENSURA PREVIA DEL DISCURSO COMUNICATIVO.
EN LA BÚSQUEDA DE UN CONTROL ANTICIPADO Y JUDICIALIZADO
VICTORHUGO MONTOYA CHÁVEZ
- 99 ¿CÓMO HACER UN CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
ORGÁNICO EL AÑO 2005 Y NO MORIR EN EL INTENTO?
JUAN PABLO BECA F.
- 121 IMÁGENES PAGANAS: EL CINE Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO
CHRISTIAN SCHEECHLER CORONA
- 135 SENTENCIAS TRANSFORMADAS EN CASOS PEDAGÓGICOS.
UNA HERRAMIENTA PARA ENSEÑAR ARGUMENTACIÓN
EN LAS ESCUELAS DE DERECHOS
SCARLETTE LAGOS FUENTES

PRESENTACIÓN

La Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco presenta a la comunidad jurídica el número ocho de su publicación anual.

En esta oportunidad, nos complace presentar un volumen que combina, por una parte, artículos dedicados a reflexionar sobre la enseñanza del derecho, temática fundamental y que debe seguir siendo examinada para contribuir a consolidar el perfil profesional que buscamos entregar a los alumnos de Derecho; y, por otra, artículos que versan sobre diferentes materias que esperamos sean interesantes para los lectores, pero compartiendo con los anteriores una aproximación rigurosa, novedosa y actualizada de los tópicos que tratan.

Deseamos manifestar, una vez más, nuestra profunda gratitud a todas aquellas y aquellos que hacen posible esta publicación, particularmente a los autores que comparten generosamente con nosotros el resultado de sus investigaciones, al comité editorial y al comité asesor y, por supuesto, a los correctores, diagramadores y diseñadores que le dan forma final a nuestra revista. A todos ellos muchas gracias porque sin la contribución de cada una y cada uno esta publicación no vería nunca la luz.

Sin más que agregar los invitamos a disfrutar de la lectura de este número que esperamos sea provechosa, invitándolos a que nos escriban para comunicarnos cualquier sugerencia que les parezca pertinente.

La Revista.

ARTÍCULOS

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., Olimpia. 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. FÁBRES 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 sobreeséida 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: "sobreséase 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 pesquisar".

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 el 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 nexo 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 generis⁴⁰.

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 concorra 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 transplante 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; GUJARDO 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. *Ibíd.*, 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. MONTEALEGREL., 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. GÚAJARDO 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 una 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 prudentiales 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:

10°...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. 8° “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 sobrevenida 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 precedentes 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; DUCCI 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 culposa 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 si 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 frenarla 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 Iltma. 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 porqué 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 Marfa, 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.

LA CENSURA PREVIA DEL DISCURSO COMUNICATIVO. EN LA BÚSQUEDA DE UN CONTROL ANTICIPADO Y JUDICIALIZADO*

Víctorhugo Montoya Chávez**

Resumen

Si bien desde una lectura literal de las normas internacionales sobre los derechos comunicativos, la censura previa debe estar proscrita, en virtud de que imposibilitaría y debilitaría el libre ejercicio democrático en la región, máxime si la Corte Interamericana ha insistido en tal exégesis, existen supuestos determinados en que un control judicial previo sí ha de ser admitido. Al igual que la expresión y la información, la censura previa también tiene límites, los mismos que reposan en el respeto de los derechos y libertades de los demás. Un análisis ponderativo de ambos grupos de intereses nos llevaría a una conclusión coherente desde el punto de vista constitucional, y ceñida a la interpretación unitaria de las normas jurídicas, pues no es válido en un Estado democrático y social de derecho, proteger un derecho para desnudar y desdeñar otros más. He ahí donde surge un rol trascendente del juez constitucional, para que a través del proceso de amparo, pueda controlar debida y anticipadamente los excesos de quienes comunican, y cuyo discurso muchas veces nada tiene que ver con el fortalecimiento democrático de un país, sino más bien con el chisme, las ventas o el rating.

Palabras clave: Derechos comunicativos, censura previa, control judicial previo, juez constitucional, proceso de amparo.

* El presente artículo profundiza ampliamente un estudio publicado en el Perú: "La censura previa judicializada. Las dificultades de limitar su irrestricto contenido constitucional", en *Actualidad jurídica*, 2005, núm. 134, pp. 137-145.

** Abogado. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de pregrado y postgrado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de postgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. Introducción

Existe un tema muy sensible en la sociedad jurídica latinoamericana, regido en cierta forma por la intervención jurisprudencial de los organismos supranacionales. Éste se refiere al hecho concreto que la censura previa sigue estando vigente en nuestros países, lo cual constituiría un peligro para la práctica periodística, sobre todo tomando en cuenta recientes aires antidemocráticos que se empiezan a vivir en la región, básicamente de la Corte Interamericana. Pero el problema del ejercicio correcto de su tan mentada 'libertad de expresión' no tiene que ver en estricto con temas políticos, sino con temas tan cotidianos que cualquiera de nosotros puede estar inmerso en ellos. Programas como los *talk show*, los de espectáculo o los *reality show* se presentan como una muestra palpable de ello.

De hecho, cuando una persona ve televisión, disfruta de una película, lee un periódico, ojea una obra literaria, goza de internet o escucha radio, rápidamente puede dejar de hacerlo si no es de su agrado lo que se está comunicando. Lamentablemente, una decisión individual de este tipo puede resultar ineficaz e exigua si el problema proviene de la actuación irresponsable -y hasta cizañosa- de los *media* en contra de dicha persona. Ahora bien, al percatarse de una inminente vulneración de alguno de sus derechos fundamentales, a ella sólo le quedará ser lo suficientemente paciente como para esperar que tal afectación se produzca, y únicamente después (no *ex ante*), poder actuar. En esto se sustenta la idea de la proscripción de la censura previa en nuestros sistemas jurídicos, que hoy puede llegar a ser materia de crítica.

A mi modesto entender, cada uno de los derechos reconocidos en las Normas Fundamentales requieren ser efectivos en la realidad, ante lo cual muchas veces demandan la posibilidad de prevención ante un posible atentado, aunque en el caso de la relación entre los derechos de respeto propio (honor y vida privada) y de comunicación del discurso (expresión e información), se ha optado con claridad por los segundos respecto a una prevención de la vigencia de los primeros. Se ha usado una fórmula bastante restrictiva para su defensa. Pero, el posible receptor del daño, ¿tiene alguna opción de impedir esta afectación? Formular una respuesta constitucional a esta interrogante es lo que intento realizar en las siguientes líneas¹.

1. En el desarrollo del presente artículo se utilizarán diversas siglas: C (Constitución), CPCo (Código Procesal Constitucional), CC (Código Civil), CdePP (Código de Procedimientos Penales), CPCi (Código Procesal Civil), PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos), CEDH (Convención Europea de Derechos Humanos), OEA (Organización de Estados Americanos), TP (Tribunal Constitucional), PJ (Poder Judicial), CS (Corte Suprema), CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), CmIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), CmEDH (Comisión Europea de Derechos Humanos), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), CDH (Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional), DFT (Disposición Final y Transitoria), TP (Título Preliminar).

II. La imposibilidad constitucional de censura previa

La vulneración de la independencia de los medios de comunicación social por parte de los gobiernos, sobre todo de los dictatoriales, ha motivado que se tome una postura bastante radical respecto a la censura previa. En el caso peruano, la experiencia nefasta de los Estatutos de Prensa durante la dictadura militar de los años setenta, hace que se vea con reparos toda interdicción anticipada del discurso a ser emitido, lo cual se convirtió en la precisa *ocassio legis* que se requería para constitucionalizar tan favorablemente los derechos a la expresión y a la información en 1979, fórmula reproducida en 1993. Es así como la norma constitucional es lo suficientemente clara e inequívoca como para poder señalar que se encuentra proscrito todo tipo de censura previa al contenido de un discurso. El ejercicio de los derechos a la expresión y a la información se debe construir “sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos”². Aprovechando el reconocimiento del bloque de constitucionalidad internacional de este precepto³, merece la pena mencionar que, a partir de las convenciones universal y americana, también se ha admitido que los derechos de comunicación del discurso no pueden estar sujetos a previa censura sino, más bien y exclusivamente, a responsabilidades ulteriores⁴.

Detrás de un precepto de esta índole, se encuentra reflejada la intención del constituyente de darle un cierto valor superlativo a los derechos de comunicación del discurso, al impedir toda protección anticipada de otros derechos fundamentales. Una figura así tiene mayor coherencia en un sistema como el estadounidense, en el cual se promueve una lista excluyente de valores que aseguraría la solución del conflicto entre derechos de una manera adecuada, en el que la información y expresión asumen una *preferred position*, al ser la *freedom of speech*, condición indispensable de casi todos los derechos fundamentales⁵.

2. C, 2.4, norma de fuerte arraigo latinoamericano, al aparecer en las Constituciones de Chile [C, 19.12], además de Costa Rica [C, 39], Honduras [C, 72], Argentina [C, 14.e], Paraguay [C, 26 (sobre todo, legal)], Nicaragua [C, 67], México [C, 6 (básicamente, judicial y administrativa), 7], República Dominicana [C, 8.6], Brasil [C, 5.IX, 220.1], El Salvador [C, 6], Panamá [C, 37], Colombia [C, 20.b], Uruguay [C, 29] y Guatemala [C, 35].

3. C, IV-DFT; CPCo, V-TP: los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se interpretan de acuerdo a lo previsto por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

4. PIDCP, 13.2; CADH, 13.2.

5. CS ESTADOUNIDENSE, Sentencia *Palk c/ Conneticut*, fundamentos del juez Cardozo, posición también recogida por el TC ALEMÁN, Sentencia Lüth, *BverfG* 12, 133, ss.

Pero el sistema que rige nuestros países no es el anglosajón, sino el denominado romanista, cuyas bases de desarrollo histórico e ideológico son de distinta calidad. Es así como en nuestro Constitucionalismo lo que se ha propuesto es la figura del 'efecto irradiante' de la información y la expresión, posición con la que coincide, pero que no es óbice para reconocer un mayor valor a estos derechos, excesiva interpretación de dicha figura con la que sí discrepo, pues una posición prevalente -no es jerárquica, por cierto- como la propuesta es lejana a la intención real del espíritu constitucional de igualdad entre los derechos y su categorización solamente puede poseer algo de eufemística⁶. Lo que es imposible negar es que la comunicación del discurso sí llega a permitir una formación verdadera de la opinión pública de una comunidad⁷, constituyéndose en una pretensión ineludible de toda sociedad democrática⁸. La nueva vertiente de estos derechos -según un corte institucional, valorativo, democrático y social- precisa una dimensión objetiva y no sólo subjetiva de los mismos y permite considerarlos, como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la 'piedra angular de los principios de la democracia'⁹.

Respecto al supuesto lugar que deben ocupar los derechos a la expresión y a la información, la CIDH ha reconocido "la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención"¹⁰. De otro lado, la CDH considera que la irrestricta posibilidad de vigilar

6. HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, intimidad y propia imagen. 2ª ed. Madrid: Colex, 1994, p. 121.

7. Entre diversos autores, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Temas de Derecho Penal. Lima: Cultural Cuzco, 1993, p. 296; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y derecho a la información", en Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, núm. 23 (1998), p. 145; ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Libertad de opinión e información", en Revista de Derecho, año LXIII, núm. 197 (1995), p. 183.

8. Sobre la relación ciudadano y Estado en la comunicación del discurso, revisar DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1995, p. 171; OSORIO MELÉNDEZ, Hugo. Políticas de Información y Derecho. Santiago: Universidad Metropolitana de Ciencias de la Comunicación, 1997, p. 94; BISBAL, Marcelino. "Pensar la democracia desde la comunicación", en Comunicación, primer trim., núm. 101 (1998), p. 17; JAÉN VALLEJO, Manuel. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Madrid: Colex, 1992, pp. 22, 43.

9. Los derechos a la expresión y a la información aparecen como "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quien desee influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente" [CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 70; reiterada en Informe Anual de 1994, Capítulo V, Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos].

De la misma forma, fueron considerados por la extinta CmEDH [Informe, Caso Glasenapp, de 1984], y hoy seguido por el TEDH [Sentencias, Caso Handyside, de 1976, y Caso Lingens, de 1986].

10. CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 38.

opiniones e informaciones puede dar origen a una serie de abusos, al poder interpretar las autoridades que cualquier crítica al gobierno se encuentre prohibida¹¹. Queda claro, entonces, que en el orden internacional la censura previa de los derechos de la comunicación del discurso debe quedar totalmente desterrada. Entonces, a salvedad del caso claramente enumerado en sede americana, la interdicción de la censura previa es absoluta, al constituir una indicación de la importancia asignada a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de discurso¹². Esta orientación, a entender de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, significa que la imposibilidad de censura previa constituye una garantía de protección de los derechos involucrados¹³. Se puede desprender, en efecto, que interpretando la norma constitucional a la luz de la legislación internacional, ésta se encuentra cerrando todo camino para permitir alguna forma de censura previa.

Ante la sólida postura asumida en el ámbito internacional, en el nacional se está ingresando en un interesante cambio de línea jurisprudencial. Originariamente, el TC peruano asumió una orientación muy clara, aunque no por ello del todo correcta, según los parámetros que acabo de explicar. En un proceso de amparo interpuesto contra el director de un programa radial noticioso -de nombre 'Acontecer', de Radio Frecuencia 2000-, se logra analizar la conveniencia de haber propalado una serie de notas difamantes que agravian el honor y buena reputación del recurrente, ante lo cual se solicita que cese la violación de sus derechos. Ante tal petitorio, se declaró improcedente el pedido en virtud "que la posición central que ocupan las libertades de información y expresión en la formación de una opinión pública libre, presupuesto de la configuración del Estado como un Estado Democrático de Derecho, conforme reza el artículo 3º y 43º de la Carta Constitucional, impide que cualesquiera sean las circunstancias, éstas se encuentren sujetas a unos límites de carácter preventivo, por medio de los cuales pueda impedirse el ejercicio de tales libertades como consecuencia del dictado de un mandato judicial de prohibición"¹⁴.

Llamativa la posición que había asumido el TC, que felizmente ha sido en cierta forma limitada en reciente jurisprudencia: "El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Sólo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia"¹⁵.

11. CDH, Informe Nicaragua, de 1981.

12. CmlDH, Informe 11/96, caso n° 1 230 (Francisco Martorell c/ Chile), 3 de mayo de 1996; en igual sentido, Informe Anual 1982-1983. p. 22; Informe Cuba (1983), párr. 30, 35.

13. RELATORÍA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA OEA. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión. Washington: CIDH, 1999, p. 21.

14. TC, STC N.º 829-98-AA/TC, fund. 2.

15. TC, STC N.º 6712-2005-HC/TC, fund. 36.

III. De la censura al control

Entonces, ha de quedar manifestado que no puede ser tan pacífica la aceptación de una interpretación hermenéutica del precepto reconocido en sede constitucional. Como bien se ha ido señalando, creo que la 'opción' de preferencia asumida desde la propia Constitución a través de una limitada interpretación (se basa solamente en lo que el enunciado normativo señala y no en el sentido real de la norma), debe ser tomada con pinzas. A partir del parámetro constitucional de concordancia interna y gracias al sentido de coherencia y plenitud de la Constitución, no puede asumirse válidamente la ineficacia parcial de un derecho fundamental. Así, si a alguien lo han filmado sigilosamente en la habitación de un hotel con su pareja pero antes de que se emita el programa televisivo que lo va a hacer público, uno se entera de esa captación de imagen, lógicamente querrá impedir su reproducción, pero, ¿por qué esperar hasta que se evapore nuestra vida privada al ser conocida por todos para darle recién una protección posterior?

Desde el punto de vista literal, se debe diferenciar qué se entiende por los tres términos que la propia Constitución peruana recoge como parte de la censura previa, proporcionándole a cada uno de estos supuestos un contenido particular¹⁶. La *autorización previa* consiste en solicitar permiso a alguna autoridad para ejercer el derecho, la que podría no concederlo sin mediar razón alguna. La *censura previa propiamente dicha* se da en la revisión de aquello que se va a informar, opinar, expresar o difundir, con la opción del veto. El *impedimento previo* se refiere a la implementación de algún obstáculo¹⁷ o prohibición para ejercer estos derechos. No obstante ello, se debe empezar a delimitar correctamente el ámbito de conceptos como los presentados. En primer lugar, el permiso no estará incluido como parte de la censura previa si es necesario en virtud de la naturaleza del derecho, como cuando la televisión y la radio exigen ondas electromagnéticas para su transmisión, la cual normalmente es otorgada por el Estado¹⁸, pues tal como lo expresa la Ley de Radio y Televisión, "para la prestación de los servicios de radiodifusión, en cualquiera de sus modalidades, se requiere contar previamente, con autorización otorgada por el

16. Un estudio de este tipo puede encontrarse, entre otros muchos, en BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Lima: CIEDLA – Konrad Adenauer, 1996, p. 99.

17. Entre ellos, no puede considerarse, como sucede en Chipre, la estipulación de las condiciones de trabajo a los periodistas [C, 19.3].

18. No se considera esta licencia como parte del control previo en Azerbaiyán [C, 10 (funcionamiento técnico de telefonía, telegrafía, postes, radiodifusión inalámbrica o televisión)], Chipre [C, 19.5], Brasil [C, 223. (otorgar y renovar concesiones, permisos y autorizaciones para el servicio de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes)], Guatemala [C, 35 (imposibilidad de ser usada como censura indirecta)]. Y en la normatividad europea [CEDH, 10.1 ("no impedirá a los Estados someter a las empresas difusoras, de televisión o cinematográficas a un régimen de autorización")].

Ministerio. La autorización es la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de radiodifusión¹⁹. En segundo término, no pueden ser consideradas censura previa el recojo de material impreso²⁰ o ciertas autorizaciones para el funcionamiento de los medios escritos.

De lo que se puede observar, la intención de la existencia de la proscripción de censura previa es simplemente diáfana²¹: **busca evitar la existencia de cualquier tipo de examen administrativo, político o económico respecto a un discurso**. Por ende, los derechos comunicativos habilitan exigir a los poderes públicos la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten extraordinariamente su ejercicio²². Un buen ejemplo de lo señalado se encuentra en dos casos nacionales, resueltos en sede constitucional, en la que se impone límites de actuación preventiva a los gobiernos municipales cuando buscan poner coto a los excesos mediáticos.

El primer caso se presenta cuando la Municipalidad de Lima Metropolitana determinó la clausura de dos cines -Teatro Colón y República-, teniendo en cuenta la moral y buenas costumbres del vecindario de Lima Monumental²³, toda vez que las películas emitidas en los establecimientos cinematográficos era del tipo pornográfico. Los dueños de dichos locales -Cines y Servicios S.A. y Multifilms S.A.- presentaron una demanda de amparo, la misma que fue resuelta en el Poder Judicial. En la sentencia se expone que al "catalogar dichas películas de 'atentatorios de la moral y de la buena costumbre', se está efectuando una revisión de aquello que se está difundiendo (léase películas), lo que constituye una censura, violándose así la libertad de difusión", por lo que "toda norma reglamentaria debe responder al interés general del vecindario, conteniendo un mandato impersonal lo que no hace la Municipalidad, ya que estaría imponiendo restricciones en salvaguarda de la moral únicamente a las empresas cinematográficas ubicadas en el área monumental de Lima"²⁴.

19. LRT, 14.

20. Éste es el sentido dado en Bulgaria [C, 40.2] y Chipre [C, 19.5 (se requiere autorización del Fiscal General de la República y confirmación por auto del Tribunal competente, en un periodo de 72 horas)].

21. Sentido recogido por SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho Constitucional y Libertad de Prensa: Nuevas Perspectivas (Doctrina Constitucional). Trujillo: Libertad, 1992, p. 20.

22. POLO SABAU, José Ramón. Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación. Madrid: CEC, 2002, p. 28.

23. Decreto de Alcaldía N.º 023-97-MML, sobre la base de Ordenanza Municipal N.º 071-94.

De otro lado, existió un Decreto de Alcaldía 14-99-MDS, referida al 'Reglamento para la realización de espectáculos no deportivos' en la jurisdicción de Surco, en el que se señalaba que cuando la Municipalidad juzgue "que una obra cuya representación ha sido autorizada puede despertar pasiones o ideas contrarias al orden público podrá suspender temporal o definitivamente su representación", norma que fuera modificada gracias a las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo [DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Situación de la Libertad de Expresión. Informe n.º 48. Lima, 2000, p. 188].

24. SALA CORPORATIVA TRANSITORIA ESPECIALIZADA EN DERECHO PÚBLICO DE LA CORTES SUPERIOR DE LIMA, Sentencia, Resolución N.º 922, Expediente N.º 1003-98, fund. 5.

El siguiente proceso también se resuelve sobre la base del ámbito de aplicación de la norma de protección de la comunicación del discurso. La Municipalidad de Lince emitió una ordenanza, según la cual no se podía exhibir en la parte externa de kioscos y puestos de venta de periódicos y revistas "a) imágenes de personas desnudas o semidesnudas; b) imágenes de parejas homosexuales y/o heterosexuales en actos carnales; c) imágenes de cadáveres, de cuerpos mutilados, quemados o de otros sucesos de índole similar que reflejan el carácter repulsivo y/o macabro de la muerte violenta"²⁵. También utilizando el amparo, la empresa Editora Sport S.A. recurre ante el Tribunal Constitucional en recurso extraordinario, tras la denegatoria de protección en el Poder Judicial. La máxima instancia en procesos constitucionales consideró que una norma reglamentaria como la recurrida no podía contener el desarrollo de derechos fundamentales, como la expresión y la información, aunque esta aseveración no obsta para que si "con determinaciones publicaciones se lesiona gravemente el honor de las personas o la educación y la moral", la autoridad municipal "se encontraría inexcusablemente obligada a denunciarlos"²⁶, configurándose lo que se conoce como responsabilidad ulterior.

Tal como ha sido desarrollado jurisprudencialmente, la censura previa está centrada en los ámbitos administrativo, político o económico. Sin embargo, **la situación cambia totalmente cuando el examen a realizarse sea netamente judicial**, y ya no inserta en tales espectros. La censura no puede ser lo suficientemente amplia como para incorporar una negativa a la judicatura a intervenir en estos supuestos, más aún si el propio ordenamiento jurídico prevé formas de protección preventiva, específicamente cuando se trata de derechos fundamentales. Se debe aceptar que la imposibilidad de censura previa no puede ni debe incluir la 'revisión anticipada judicial' de un caso referido a los derechos de respeto propio²⁷, al reconocer que "la 'ética del tiempo', de la responsabilidad y el ejercicio oportuno del conocimiento, ha de ir estrechamente vinculada a la necesidad de prevenir, a la capacidad de anticiparse a los hechos"²⁸, toda vez que aceptar una censura previa significa "condicionar la publicación de una información al previo plácet de la autoridad, pero no lo es, en absoluto, que un juez... prohíba la publicación difamatoria objetivamente falsa o lesiva del derecho a la intimidad personal"²⁹.

25. Ordenanza N.º 009-96-MDL que regula la exhibición de publicaciones en la jurisdicción del distrito y su venta a menores de edad, 1.

26. TC, STC N.º 057-95-AA/TC, Caso Editora Sport S.A., fund. 11.

27. Tal como se propone en Kazakshtán [C, 20.5].

28. MAYOR, Federico. Medios de comunicación y cultura de paz. Puebla, 1997, p. 11.

29. PANTALEÓN, Fernando. "La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa", en Derecho Privado y Constitución, año 4, núm. 10 (1996), p. 215.

La intervención judicial *ex ante* es lo que se debe entender como un control previo plenamente constitucional. Tal examen judicial estará plenamente justificado si es que media la salvaguardia de otro derecho fundamental: al saberse que el titular de un derecho va a ejercerlo de manera abusiva, el ordenamiento no puede permitir que, a través de éste, se afecte otro³⁰. En tal sentido, “en la medida que la tutela judicial preventiva puede resultar el medio más idóneo para conjurar daños graves e irreparables a los bienes y derechos citados, negar esta posibilidad supondría actuar en el sentido contrario al objetivo de ‘afianzar la justicia’... pues impediría actuar contra cierta clase de acciones y situaciones injustas”³¹. De otro lado, en Derecho Comparado sí se ha permitido la actuación judicial anticipada en ciertas materias. Cuando se posibilita el secuestro de una publicación si existe una resolución judicial³², se está hablando de medidas que impidan o hagan cesar inmediatamente la intromisión ilegítima en los derechos al honor o a la vida privada, dependiendo del caso de que se trate³³. Más claro aún, también se ha llegado a señalar que “la manera del ejercicio de libertad de la prensa y provisiones adecuadas para prevenir y castigar algún abuso de eso se regulará por la ley”³⁴, determinación clara y precisa que sí se puede ‘prevenir’ una afectación de un derecho fundamental.

En conclusión, la interpretación institucional posibilita un mayor análisis de las normas expuestas en la Constitución, y no solamente quedarse en una revisión hermenéutica de las mismas. Por tanto, “no puede adoptarse una interpretación literal, amplia y rígida de la noción de censura previa, que involucre dentro de ésta a una decisión judicial de amparo destinada a proteger el derecho a la intimidad”³⁵ y otros derechos más. En caso contrario, solamente permitirá la protección de ‘derechos a medias’³⁶, y ello no puede estar permitido en un Estado Democrático de Derecho.

30. Es más, las propias normas de la CADH y de la Constitución cuando señalan que las vulneraciones a partir de los derechos de comunicación del discurso son castigadas de manera sucesiva al daño cometido, no dice expresamente que ‘sólo’ sea posible imponer responsabilidades posteriores. Es decir, en ningún momento cierra completamente las puertas para el control previo de una posible vulneración al derecho de las personas. De esta forma, el propio TC nacional asume que deben vedarse todos los medios de control “al no actuar con carácter preventivo, siempre han de operar en nuestro ordenamiento jurídico como mecanismos reparadores a activarse en la vía judicial ordinaria” [STC N.º 666-96-HD/TC, fund. 2.a].

31. SERNA, Pedro. “La llamada ‘censura previa judicial’ y el Derecho Constitucional argentino. Consideraciones a partir de la Constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Liber Amicarum*: Héctor Fix-Zamudio”. Tomo II. San José: CIDH, 1998, p. 1419.

32. Tal como sucede en el caso hispano [C, 20.5].

33. LÓPEZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y a la intimidad. Madrid: Dykinson, 1996, p. 32.

34. Según la experiencia de Angola [C, 35].

35. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano”, en *Ius et Veritas*, año X, núm. 20 (2000), p. 71.

36. ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Libertad de expresión y derechos personalísimos. Ejercicio abusivo de la libertad de información. Responsabilidad penal de editores y directores. Obtención de información por medios ilícitos. Noticias inexactas, falsas y erróneas. Derecho de respuesta. Buenos Aires: Astreas, 1993, p. 124.

IV. La legitimidad de la actuación judicial

Que se haya permitido al juez actuar para prevenir o impedir intromisiones ulteriores no significa necesariamente que la efectividad de las medidas que se adopten³⁷, pues éstas no llegan a ser concebidas como instrumentos que le permiten "con toda amplitud y sin problemas de interpretación, hacer cesar, sancionar y aún prevenir cualquier tipo de daño cometido o que potencialmente pudiera cometerse contra la persona"³⁸. Considero pertinente insistir en que su actuación debe ser mesurada y consciente, de acuerdo a reglas jurídicas claras y a un pensamiento constitucional adecuado.

Sin embargo, en los organismos hemisféricos, se ha asumido una posición contraria a asistir de amplias facultades a los juzgadores, en vista de un argumento irracional y fácilmente rebatible. Se niega toda posibilidad, inclusive judicial, de control del discurso, tomando en cuenta que *el principal problema es el funcionamiento del propio Poder Judicial*. Si éste gozara de confianza por parte de la ciudadanía y de los propietarios y periodistas de los medios de comunicación social, no existirían problemas de aceptación de una solución como la planteada, por estar arreglada a la Constitución. La contingencia de un servicio al poder, ya sea económico, fáctico o político es una preocupación para los que informan, pues podría ser utilizado para acallar al periodismo independiente y crítico. Por ende, se ha señalado que "la admisión de la tutela judicial preventiva puede generar una gran inseguridad, o convertirse en un medio de control indirecto por parte del gobierno, esto es, puede llegar a cumplir las mismas funciones, ajustadas a los mismos fines, que la censura previa"³⁹. La preocupación es realmente válida, pues como ya se dijo en la época dictatorial es muy común el control mediático, y la impaciencia y turbación son compartidas por todos los países de la región. Sin embargo, creo que es exagerado que para cubrirse, los periodistas estén en capacidad de vulnerar cualquier derecho de la persona. Además, el problema es, antes que jurídico, de realidad nacional. Con esta misma lógica, el PJ no podría intervenir en ningún proceso pues siempre actuaría sometido a los designios del poder.

37. SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Madrid: CEC, 1990, p. 383; asimismo, SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Barcelona: Ariel, 1987, p. 123.

38. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Lima: Studium, 1987, p. 66.

39. SERNA, Pedro. "La llamada 'censura previa judicial' y el Derecho Constitucional argentino", Ob. cit. p. 1429.

Adicionalmente a este argumento de crítica, no hay que olvidar que la censura previa no sólo puede directa sino también indirecta. Es decir, no basta que en un proceso judicial abiertamente se censure un discurso, o que la administración realice actos contrarios a la eficacia de la comunicación del discurso. En este sentido, la CADH también ha recogido que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”⁴⁰, medio encubierto de afectación que también está proscrito explícitamente en el Constitucionalismo Comparado⁴¹. Por eso, tampoco hay que preocuparnos excesivamente de cómo actúa el PJ si existen otros medios que pueden ser utilizados para controlar los discursos.

De este hecho no está ajeno el Perú, el cual en las elecciones presidenciales del 2000, observó impávido cómo es posible controlar previamente un discurso sin acudir al clásico estilo judicial revisado. Los métodos utilizados fueron más sutiles: el secuestro de toda la televisión de señal abierta (se dedicó a ensalzar las virtudes del régimen, a no criticarlo y a atacar a los candidatos de oposición), el retiro del aire de una radio ‘peligrosa’ (antes de que se pudiese escuchar a uno de los periodistas opositores al gobierno más temidos por el ex dictador, se embargó los aparatos esenciales para la emisión de la señal de 1160 Radio) o la pérdida de la nacionalidad de un empresario televisivo cuando éste se había convertido en un impetuoso crítico del régimen (caso de Baruch Yvcher)⁴². Entonces, bajo un parámetro de doble moralidad, en el propio gobierno de Fujimori, se dictó aquella Constitución que impidió la censura previa, y como se pudo observar, ello no fue garantía de nada, pues el dictador controló cuando y cuanto quiso a los medios de comunicación del país. Por lo tanto, la realidad sobrepasó la normatividad, y en tal sentido, no puede cerrarse una vía que arrastra la indefensión de las personas comunes y corrientes, si es que se sabe que un gobierno que quiere controlar los medios, lo hará con normas que se lo prohíban o sin ellas.

40. CADH, 13.3.

41. El tratamiento del control previo indirecto ha sido realizado de la manera más diversa, tal como se aprecia en Guatemala [C, 35 (a través de concesión)], Honduras [C, 74 (abuso de controles oficiales o particulares del material usado para la impresión; de las frecuencias o de enseres o aparatos usados para difundir la información)], Portugal [C, 38.5 (ningún régimen administrativo o fiscal ni la política de crédito o de comercio exterior podrá afectar directa o indirectamente estos derechos, debiendo la ley garantizar los medios necesarios para la salvaguardia de la independencia de la prensa ante los poderes político y económico)] o Paraguay [C, 27 (se prohíbe toda práctica discriminatoria en la provisión de insumos para la prensa, así como interferir las frecuencias radioeléctricas y obstruir, de la manera que fuese, la libre circulación, la distribución y la venta de periódicos, libros, revistas o demás publicaciones con dirección o autoría responsable)].

42. Este tema lo trabajé en el artículo “Perú, televisión con futuro”, en *Ius et Veritas*, año X, núm. 20 (2000), pp. 10, ss.

V. El pláceme constitucional del control previo

Entonces, el argumento sobre la sumisión judicial para evitar el control previo de derechos fundamentales no es válido en un Estado que se jacte de social y democrático de derecho. Por eso es necesario encontrar los caminos que la propia Norma Fundamental posibilita a fin de que a partir de ella misma se acepte una argumentación como la que me encuentro planteando.

Si se toma en cuenta la imposibilidad de censura previa como garantía de los derechos de comunicación del discurso presentado bajo la forma de un derecho-regla, no se le entenderá como desmedido o general algún tipo de intervención judicial preventiva. De esta forma, se asumirá, de una parte, el sentido y respeto por 'todos' los derechos fundamentales, en un sentido de 'integralidad', y de otra, llegará a la misma conclusión: encontrar sus márgenes adecuados. En este esquema, habrán dos formas en que puede presentarse la restricción.

- a. Al exhibirse como la garantía de un derecho fundamental -exactamente, de dos: expresión e información-, adquiere las mismas características que el principal; es decir, todo derecho *posee el carácter de limitado*, razón más suficiente para también entender que un resguardo para su ejercicio también debe ser considerado en esta misma línea: tanto derecho como garantía están condicionados por el resto de normas constitucionales.
- b. De otro lado, si se le considera como una regla que coadyuva el contenido de un derecho-principio -como puede ser la expresión o la información-, todo esto según la teoría argumentativa, y se observa a la norma del proceso de amparo también como una regla, entraríamos a un conflicto de reglas⁴³.

La satisfacción a este caso se da o través de la eliminación de una de ellas o introduciendo una excepción. Esta última debe ser la solución adecuada y aparecerá entonces una regla final como la que sigue: 'toda persona ejercerá sus derechos a la expresión y a la información sin previa autorización, ni censura ni impedimentos algunos, **salvo que** exista un hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución', dentro de los cuales lógicamente se encontrarán los de respeto propio.

Entonces, la aptitud del control previo puede y debe ser reconocida plenamente. Su vigencia dentro del ordenamiento es substancial e imprescindible para

43. Sobre este tipo de normas, ALEXY, Robert. La teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEC, 1993, pp. 86, 87.

la protección de derechos como el honor o la vida privada de las personas⁴⁴. Además, aunque si lo que se buscara a través de su ausencia fuera la protección real de la comunicación del discurso, ello se desdice completamente con la actividad de los gobiernos antidemocráticos, puesto que muchas veces –y sin razón jurídica válida– han intentado controlar los mensajes, según sus intereses y evitando la crítica hacia ellos, sin ingresar a subvertir cimientos del PJ. Coherente con lo señalado, en Derecho Comparado se han mostrado diversos límites a la censura previa. Es decir, no lo consideran como una garantía o una regla sin frontera alguna. Aparecen contornos como el orden público⁴⁵; los valores éticos y culturales de la sociedad⁴⁶; la incitación a un fuerte cambio constitucional⁴⁷; la protección moral de la infancia y la adolescencia en espectáculos públicos⁴⁸ –único con aplicación al país–; la prevención de la comisión de un delito⁴⁹; el control a la apología del crimen⁵⁰; la vigilancia de la incitación de la violencia⁵¹; el control de propaganda⁵²; la seguridad pública⁵³; la moral⁵⁴; y, los derechos de las personas⁵⁵. Entonces, sí que existen posibilidades de actuación judicial que controlen previamente el discurso cuando se está a punto de vulnerar un derecho fundamental. Así, “con estas medidas no se está censurando la libertad de expresión, ni se está contrariando la norma constitucional que protege dicha libertad, así como la información, sino que se está fijando un límite, ya que de lo contrario estaríamos en el terreno del abuso del derecho y en algunos casos en una manifiesta colisión de derechos con la intimidad de las personas”⁵⁶.

44. Para Peter HÄBERLE, “el hilo conductor de la reflexión... desarrollada sobre los derechos fundamentales y de la acción a favor de estos es la idea de la tutela de la persona (*personaler Schutzgedanke*) en provecho de una realidad óptima de los derechos fundamentales” [La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Lima: PUCP, 1997, p. 259].

45. Propuesta mexicana [C, 6].

46. Tal como se prevé en Honduras [C, 75].

47. Planteamiento en Bulgaria [C, 40.2].

48. CADH, 13.4; en idéntica línea, El Salvador [C, 6] y Brasil [C, 220.3.I (corresponde a la ley Federal regular las diversiones y espectáculos públicos, y al Poder Público informar sobre su naturaleza, los límites de edad para los que se recomiendan, los locales y horarios en que su presentación se muestre inadecuada)]. Sobre la protección a la infancia, adolescencia y juventud, Honduras [C, 75].

49. Tratamiento en Bulgaria [C, 40.2] y México [C, 6].

50. En Jurisprudencia Comparada, Caso Verbitsky, Sala I de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, 1988-C-247, de Argentina.

51. Desarrollo búlgaro de la materia [C, 40.2].

52. Como se observa en Honduras [C, 75 (bebidas alcohólicas y consumo de tabaco)] y Chile [artículo 19.12.f (sobre todo, publicidad de producción cinematográfica)].

53. Según se propone en Egipto [C, 48 (en caso de guerra)].

54. Previsión normativa en Bulgaria [C, 40.2 (decencia pública)] y México [C, 6].

55. Según se observa en Honduras [C, 75] y México [C, 6].

También ha sido desarrollado por alguna jurisprudencia Comparada, según la cual existen algunas restricciones previas a la comunicación de un discurso que, lejos de considerarse como un control, puede ser una ‘necesidad en una sociedad democrática’ [Caso Sunday Times, Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, del 26 de abril de 1979].

56. MORALES GODÓ, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Lima: Grijley, 1995, p. 333; en la misma línea, ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. BÍSCARO; Responsabilidad de los medios de prensa, Ob. cit., p. 125.

Tal como presenté líneas arriba, el mecanismo más adecuado para la protección de los derechos fundamentales, como la vida privada y el honor, es el **amparo preventivo**. Esta figura está claramente desarrollada en la Constitución, y cuyo desarrollo legislativo se encuentra dentro del Código Procesal Constitucional. Este proceso procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución⁵⁷ con el fin de terminar reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional⁵⁸. Su uso como mecanismo para controlar previamente un discurso es de lo más adecuado y conveniente. Sin embargo, en un proceso llevado a cabo por un periodista y un congresista de la oposición, contra el Presidente del Consejo de Ministros, Ministro del Interior y Ministro de Defensa, por la propalación de un spot publicitario a través de dos canales de televisión, en el cual se les presentaba a la opinión pública como personas que están empeñadas en dañar el prestigio de las Fuerzas Armadas, el Tribunal Constitucional secuestrado por Fujimori expresó, partiendo de la proscripción de la censura previa, que “el que las libertades informativas ejercidas a través de los medios de comunicación social... no constituyan derechos a propósito de los cuales se pueda predicar un carácter absoluto, y al mismo tiempo respecto de los cuales no pueda intentarse de manera previa un control a través de un Amparo, no significa que la persona quede en absoluta indefensión, cuando ello suponga que con su ejercicio se haya generado violaciones de otros derechos constitucionales, pues nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que los mecanismos de control frente a este género de conductas habrán de intentarse siempre en forma reparadora, haciéndose uso de los diversos mecanismos que nuestro ordenamiento procesal ordinario prevé”⁵⁹. Pese a ello, es el amparo la vía idónea para la protección de cualquier derecho fundamental, esté o no en juego los derechos de comunicación del discurso.

En sede infraconstitucional, el país también ha presentado otras formas de control judicial previo. Una ya no existe, pero la otra aún sí. La primera, prevista en el Código de Procedimientos Penales, señalaba que “formulada la denuncia y en tanto no se defina la situación jurídica del denunciado o inculpado, las partes no harán uso de los medios de comunicación social para referirse a sus respectivas

57. C, 200.2.

58. CPCo, 1.

59. TC, STC N.º 168-98-AA/TC, fund. 2.b.

En la misma línea, STC N.º 748-2000-AA/TC, fund. 2 (“las violaciones a los derechos constitucionales invocados no pueden ser reparados en esta vía, cuya función no consiste en reparar daños consumados, sino en hacer retornar las cosas al estado en que estaban cuando se produjo la violación”).

personas y/o al hecho o dicho imputado, relacionados con el proceso⁶⁰. Sin embargo, a raíz de un famoso caso⁶¹, la norma fue derogada por intermedio de la Ley N.º 26773, de 1997, tras la interposición por parte del Defensor del Pueblo de una demanda de inconstitucionalidad contra la misma⁶². La otra forma de control judicial está señalada en Código Procesal Civil, y protege un supuesto de la vida privada como forma de **medida innovativa**, forma de resguardo que puede darse de manera preventiva. Dentro del marco de esta medida⁶³, se señala que en caso de pretenderse “el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida persona o familiar... puede el juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada”⁶⁴. Un precepto como éste presenta dos supuestos: el reconocimiento y el restablecimiento, siendo de interés el primero de ellos, puesto que a través de él se protege ante la amenaza de vulneración. Pese a la norma explicada, existe un famoso caso nacional, que fuera resuelto en vía civil, pero no a través de tal medida innovativa, sino por intermedio de la responsabilidad extracontractual subjetiva⁶⁵. En 1999, Carlos Vidal escribía La Señito y causaba un revuelo total en el ambiente artístico de Lima. El ex-novio de una famosa conductora televisiva nacional relataba con lujo de detalles, vivencias, problemas, relaciones sexuales, alegrías, todo lo vivido por una de las parejas más conocidas de hace unos años. Contó hechos más allá de los conocidos por el público: “Nuestras pieles aún frescas del baño se tronaron calientes. Habíamos ingresado al libre juego de la seducción en la que ninguno admitía un momento de calma... Me dio la impresión que no había tenido relaciones en bastante tiempo y eso me gustaba. El éxtasis llegó al punto que sin darme cuenta y sólo por la razón de dos cuerpos deseosos de amarse ya la tenía encima mío... Podía sentir sus pechos duros y hinchidos jugueteando con mis pectorales, su vientre restregando sobre el mío mientras hacía malabares para sacarme el short sin tocarlo con las manos... Llegamos a unirnos sin ningún tipo de contemplaciones. Mi mundo se llenó de ella y ella del mío, hasta que las sábanas se rindieron a nuestros orgasmos conjugados con caricias y ternuras, que creímos durarían para siempre”⁶⁶. En puridad, no existe interés alguno de la población para enterarse

60. CdePP, 317.

61. PJ, Caso Fernando Zevallos c/ Nicolás Lúcar y otros.

62. Claramente explicada por la DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1996-1998. Lima, 1999, pp. 301, ss. Tras señalar que dicha norma violentaba el principio de presunción de inocencia, tras lo cual el TC señaló la sustracción de la materia, razón por la cual no se pronunció sobre el fondo [STC N.º 020-96-I/TC, S-333, fund. 2].

63. Según ésta, “ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de derecho o de derecho cuya alteración vaya a ser... sustento de la demanda” [CPCI, 682].

64. CPCI, 686.

65. “Aquel que por dolo o culpa causa un daño está obligado a indemnizarlo” [CC, 1969], sobre la base de la afectación al derecho a la intimidad e imagen [CC, 14, 15].

66. VIDAL, Carlos. La Señito. Lima, 1999, pp. 70, 71.

de ello, salvo la malsana curiosidad e indiscreción de muchos, motivo que me lleva a concluir la afectación del derecho de la artista, pues “los hechos íntimos narrados por el autor, no tienen ninguna relación con la actividad que actualmente desempeña el personaje público”⁶⁷. Sin embargo, a la hora de resolver, el juez tan solo determinó que al no haberse observado el asentimiento de Gisela Valcárcel para escribir el relato y siendo ésta plenamente identificable, tanto el autor como su empresa editorial eran responsables, y -he aquí lo interesante para el presente trabajo- “prohibiéndoseles a los referidos demandantes la impresión, reimpresión, edición, reedición, publicación, distribución y/o comercialización en forma parcial o total del libro *La Señito*, o bajo cualquier otro título”⁶⁸, lo cual se tradujo en la denegación tácita de la posibilidad de escribir la segunda parte del libro, la cual estaba anunciada en la primera entrega.

De lo mostrado, existen mecanismos jurídicos tanto en el ámbito constitucional (amparo preventivo) como en el infraconstitucional (medida innovativa) que permitirían a la persona ser tutelada ante cualquier amenaza de violación de sus derechos fundamentales. Tales preceptos no involucran para nada una violación de la proscripción de la censura previa, sino más bien compatibiliza su sentido con la unidad que la misma Norma Fundamental recoge en su seno, máxime si es un principio constitucional la protección de la dignidad de la persona humana⁶⁹. Lo que también es cierto es que el PJ o el TC deben ser lo más cuidadoso posible para que realicen su actuación de la mejor manera posible, y siempre siguiendo los márgenes que la Constitución ha establecido.

67. MORALES GODÓ, Juan. *Los personajes públicos y el derecho a la intimidad*. Lima, 1999, p. 12.

68. PJ, Sentencia N.º 4643-99, de 1999.

69. C, 1, 3.

VI. El control judicial según los cánones constitucionales

Si existiese un control de las informaciones inadecuadas coherente con los principios constitucionales, no creo que hubiese crítica alguna a la actuación judicial. Por ejemplo, cuando las juezas Minaya y Saquicuray decidieron abrir proceso penal contra el empresario Faisal por la Asociación Pro Defensa de la Verdad – APRODEV, que en su página web, sección ‘Personajes en negro’ insultaba sin clemencia a los opositores al régimen fujimontesinista, nadie se animó a realizar críticas cuando ellas ordenaron “como medida cautelar, el retiro de internet de la página electrónica elaborada por dicha institución”⁷⁰. A mi entender, podría controlarse previamente el contenido de un discurso, si existe un ‘riesgo claro’ de afectación de los derechos de respeto propio, hasta como una forma de medida preliminar⁷¹. La imposibilidad del control previo ha buscado ser protegida desde la época de Milton, quien siempre criticó la censura del discurso⁷².

Pero la dificultad contemporánea ha sido cómo presentar este impedimento al Estado de manera correcta. Según la *Clear and Present Danger Doctrine*, creada por Holmes, se debe analizar la proximidad y el grado del discurso respecto a dicha afectación⁷³. Por eso, se debe tomar como criterio básico para controlar la expresión e información, aquellos discursos que conllevan un riesgo inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino, y que no pueden ser contrarrestadas a tiempo con más expresión, con discusión o debate. Asumiendo esta premisa básica del riesgo, la cuestión se traslada a otra inquietud: ¿cómo determinar dicho peligro claro e presente?. Para ello se puede recurrir a un análisis económico de la posibilidad

70. Por lo menos no se observa tal reproche por parte de la conservadora DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Situación de la Libertad de Expresión, Ob. cit., p. 111.

71. Y recogiendo lo que dice Samuel ABAD YUPANQUI -aunque refiriéndose a la medida cautelar en el Amparo-, para que se pueda hacer un control judicial previo se requieren de los siguientes requisitos [“La medida cautelar en la Acción de Amparo”, en Derecho PUC, núm. 43-44 (1990), pp. 410, ss.]: apariencia del derecho invocado -*fomus bonis juris*-: existencia de verosimilitud, acreditada sumariamente, de que se va a afectar el honor o la vida privada del demandante; peligro en la demora -*periculum in mora*-: requerimiento de actuación judicial urgente para impedir el daño producido por el ejercicio abusivo por la comunicación del discurso; e, irreparabilidad del daño: necesidad de estar ante un agravio considerable, con imposibilidad de revertir una situación jurídica al estado en que se hallaba antes del agravio.

72. *Aeropagfítica*, cit. por SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La libertad de expresión en el Estado de Derecho, Ob. cit., p. 59.

73. La creación del juez norteamericano se da a través de dos precedentes de 1929: casos *Schenk c/ United States* (249 US 47) y *Debbs c/ United States* (249 US 211), seguido por *TRIBE*, Laurence H. *American Constitutional Law*, núm. 36.

de 'prevenir antes que lamentar'. Tomando como base el *Diction* de Hand⁷⁴, Posner propone un cambio a éste, aunque más que cambio es un perfeccionamiento y una complementación. Únicamente (si y sólo si) se podrá controlar previamente un discurso si es que $[V+E] < [(P \cdot L)/(1+i)^n]$ ⁷⁵, planteo que puede ser aplicado con consecuencias positivas. Mejor presento el estudio separado de los componentes de esta propuesta.

i) Coste del valor de la pérdida social derivada de la restricción del discurso ('V')

El primer elemento a ser analizado es el referido a los costes de supresión, definitivamente el punto más sólido del trabajo. Éste depende de tres aspectos: de la naturaleza del discurso suprimido, el valor del discurso suprimido y la cantidad afectada por el discurso suprimido (que a su vez depende de la naturaleza y objeto de la prohibición de emisión, y la robustez del mercado). A partir de la naturaleza y valor del discurso suprimido así como de la cantidad afectada, debemos analizar la forma en el que cada discurso debe ser protegido. Desde esta perspectiva, parecería que un político recibiría una protección mayor que un particular; sin embargo, es muy difícil demarcarlo y tampoco queda claro que sea este criterio más importante que el económico. En segundo lugar, aparecería la llamada 'información en sentido amplio' (artística, técnica, escolar, artística y comercial) frente a una presumible más fuerte como es la política⁷⁶, lo cual no siempre será más fundamental que ellas. Además existe un discurso que posee valor cero, cual es el que sólo expresa intenciones de quien lo formula y que ha sido prohibida por el mercado. Esta clasificación y categorización, por ende, deja algunas dudas, y debe ser complementada por los siguientes.

Tomando en cuenta la naturaleza y objeto de la protección de los derechos fundamentales, la solución óptima en este caso sería a través de una salvaguarda *ex – post*, aunque no siempre. Se debe decir que un control previo será preferible si el daño potencial es tan elevado que lo esperable es que su causante no esté en condiciones de indemnizarlo. Además debemos analizar la posibilidad de que el daño sea irreparable

74. El análisis debe centrarse en "si la gravedad del 'mal' descontada por su improbabilidad, justifica a la interferencia en la libre expresión que resulte precisa para el evitar el peligro" [CS ESTADOUNIDENSE, Sentencia Dennis c/ United States, 341 U.S. 494 (1951)], representada en la fórmula $B < P \cdot L$, en donde B es el coste de restringir el ámbito del derecho, incluyendo la pérdida de información valiosa que se puede dar; P, es la probabilidad de que la expresión que se suprimiría cause daño; y, L, el coste social total del daño. Se critica a esta posición que es indeterminada: depende demasiado del clima de excitación política o social del momento.

75. El planteamiento que se presenta a continuación puede encontrarse en SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas, Ob. cit., pp. 33, ss. Si bien se encuentra destinado a analizar el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, lo he de trabajar como parte de la posibilidad del juzgador de impedir la publicación de una información o de una expresión.

76. En algunos casos se ha restringido a ciertos ámbitos esta imposibilidad de control previo como el político o el ideológico, tal como sucede en Angola [C, 35] o Brasil [C, 220.2].

para el afectado. Según la robustez del mercado, se debe observar la posible respuesta ante el control del discurso. Estamos frente a la elasticidad de la oferta y la demanda, referida sobre todo a la comunicación del discurso. En los mercados en que más fácilmente puede hacerse de los beneficios de la información, una regulación que la grave no les perjudicará mucho en comparación con el caso de que el productor robusto con una demanda inicial más favorable para su producto encaja mejor en la sociedad aunque también pierda algo. Un ejemplo de este último lo encontramos en el discurso científico, en los que el beneficio revierte casi íntegramente en la colectividad; de aquéllo, en la publicidad comercial, cuyos resultados los va a obtener el empresario que difunde su producto.

Por su parte, el discurso político se ve afectado por tres variables: Si un grupo de intereses sabe que un programa económico del gobierno le va a favorecer tiene los suficientes estímulos para propagar las bondades de éste; sin embargo, los costes de este programa va a ser pagado por toda la población. En segundo lugar, no debe encarecerse un discurso político, puesto que el valor privado de acceder a informaciones para votar correctamente es bastante bajo. Por último, es algo que no beneficia a quien primero lo difunde al ser un bien público por antonomasia. Solamente referido al primer supuesto, las víctimas -el público- tienen un interés muy escaso en el tema pues el beneficio individual derivado de unirse para oponerse a su éxito, caso de tenerlo es reducido. Aquí podemos ver la importancia de los medios de comunicación social en subrogarse en el lugar de estos afectados.

ii) Valor del error judicial ('E')

Un segundo tema de análisis está referido a los costes del error legal. Existe mucha posibilidad de error legal tomando en cuenta la parcialidad de los que tomen la decisión; sobre todo si observamos que en el Perú el Poder Judicial se encuentra sometido al gobierno (y casi siempre lo ha estado).

Además debemos tomar en cuenta los sesgos sociales, culturales y gremiales de los juzgadores, y la dificultad de evaluar los costes y beneficios de ideas mediante un procedimiento previo por parte del juzgador.

iii) Beneficios de la supresión (' $P L/(1+i)^n$ ')

El tercer y último aspecto del análisis nos lleva a revisar los beneficios de la supresión. Según éste, P es la probabilidad a suprimirse cause daño; L , el coste social total del daño; i , un tipo de interés que descuenta en términos actuales una unidad monetaria de daño producido por el autor; y , n , el número de unidades temporales que median entre el discurso y el daño.

No sólo considera el riesgo claro e inminente, tal como lo había hecho el juez Holmes, ya que la lejanía en el tiempo hace que se vuelva improbable su materialización, básicamente porque otro discurso puede neutralizarlo o porque pueden desmaterializarlo factores distintos. Debemos encontrar aquí el beneficio del control previo: evitar⁷⁷ una acción que afecta la integridad del Estado y la Constitución.

Entonces, como consecuencia de este planteamiento y dentro de un PJ y un TC con un razonamiento adecuado, podría ser cómodo y estar acorde con las doctrinas constitucionales modernas, un control del discurso de manera previa. Éste buscará únicamente prohibir que el daño que produciría el discurso a derechos como el honor y vida privada, se impidan pues una solución de este tipo es socialmente relevante y eficiente económicamente hablando.

Pero esta forma de análisis económico de derecho, los juzgadores pueden utilizarla como un medio para realizar el método ponderativo de la **prohibición de exceso**, pues una solución que optimice derechos fundamentales siempre debe estar basada en pautas que la propia Constitución lleva consigo, aunque no lo exprese directamente. La prohibición de exceso incluye en su seno tres criterios⁷⁸: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad. Según el primero, la determinación de contenidos debe ser congruente con la Constitución y debe responder a una 'suficiencia' del resultado, en clara alusión a los parámetros constitucionales institucionalistas de la consistencia propia de la Constitución y concordancia interna de la misma. La necesidad es un criterio que importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando, analizando su 'prescindibilidad' o no, a fin de elegir entre las medidas posibles, la 'más benigna'. La proporcionalidad, por último, insiste en que la determinación de contenidos no afecte a uno de los dos derechos optimizables, referido a la 'racionalidad' del resultado, entendido como la conveniencia constitucional del objeto o finalidad de la determinación de contenidos.

De la mano con estos criterios genéricos, la relación de la comunicación del discurso y el respeto propio necesitan de dos más de índole específico, bajo el nombre de desarrollo colectivo⁷⁹. Por la proyección pública, la protección respecto al respeto

77. El término 'evitar' nos convoca a prever consecuencias del discurso. Esto es conocido en Jurisprudencia Comparada como el test de la 'incitación' [CS ESTADOUNIDENSE, Caso Branderburg c/ Ohio (395 US 444, 1969)].

78. Sobre el tratamiento de estos criterios como parte de un propósito común genérico, ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales"; Ob. cit., pp. 111, ss.; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. "Derechos fundamentales y desarrollo legislativo". Madrid: CEC, 1994, pp. 295, ss.; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Dogmática constitucional. Talca: Gütemberg, 1997, p. 184; JAÉN VALLEJO, Manuel. Libertad de expresión y delitos contra el honor; Ob. cit., pp. 192, ss.

79. Tanto la prohibición de exceso como la proyección pública han sido desarrolladas últimamente por el TC, en la STC N.º 6712-2005-HC/TC, fund. 40, ss.

propio de una persona con proyección pública debería reducir sus límites⁸⁰ puesto que existe una mayor preocupación del público en saber sobre ella o conocer lo que se opina sobre ella; por ejemplo, si un político "se expone inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante"⁸¹, su protección queda debilitada "frente a la crítica, informaciones y expresiones, en aras del interés general"⁸². Independientemente de las personas siempre públicas (aquellas cuya presencia social es gravitante, las que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad y las que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad, cada una con distinto tipo de protección), se puede utilizar la regla del *matters of public concern*, según la cual algunas materias relativas a servidores públicos pueden considerarse privadas, y algunas figuras son sólo públicas de manera limitada o 'sectorialmente'⁸³. De otra parte, por el criterio de interés del público, se debe analizar cuándo un discurso integra la opinión pública, ya sea relacionando el asunto con la formación de las ideas de gobierno o conectando el asunto con los intereses y preocupaciones colectivas, y estando referido a ámbitos tan diversos como las comunicaciones interpersonales, los lugares y los acontecimientos. Así, los *matter subject of public or general interest* no debe confundirse este interés del público con la mera curiosidad⁸⁴.

Un buen ejemplo de la utilización de esta mancomunidad de criterios puede ser encontrado en un caso alemán. Un programa de televisión del canal ZDF anunciaba la propagación de una película-documental llamada 'El asesinato de soldados en Lebach', en la que se había atentado contra cuatro soldados para robarle armas. Una de las personas condenadas por este delito estaba a punto de salir de la cárcel y consideró que la difusión de tal film afectaría sus derechos, al mencionarse su nombre y aparecer su foto. Tomando en cuenta que las dos normas que están relación (personalidad, para los alemanes, e información) son principios se debe moldear su contenido según las circunstancias del caso, se podía analizar la adecuación y necesidad de la información (revisar los fines del informe dado a la población: eficacia de la imposición de la pena, efecto de intimidación a potenciales actores y fortalecimiento de la moral pública y responsabilidad social). Por eso, el TC decidió finalmente, sobre los argumentos expuestos una solución *iustificada*, a favor de

80. Esta reducción del contenido del derecho sólo debe ceñirse a los ámbitos de la vida de personas que son de controversia pública [CS ESTADOUNIDENSE, Caso *Time Inc. c/ Firestone*, 424 US 448 (1976)].

81. Esa ha sido la posición de la CEDH, Caso *Lingens*.

82. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites*. Madrid: Edersa, 1991, p. 68.

83. Propuesta de la CS ESTADOUNIDENSE, Caso *Dun and Brastret Inc. c/ Greenmoss Builders Inc.*, 472 US 749 (1985).

84. En el caso *Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida*, el juzgador ha afirmado la existencia de un interés público para conocer la salud de un político, pero luego advierte que dicho interés no justifica la invasión en la vida privada ni la difusión de las fotos del político agonizante [CS ARGENTINA, Causa 1985-B-114].

los peticionantes⁸⁵, pues “una información televisiva repetida... que no responde a un interés actual de información... sobre un hecho delictivo grave... y que pone en peligro la resocialización del actor” no debe estar permitida⁸⁶. Este tipo de control judicial de un discurso a emitirse que parece insertarse plenamente en una correcta interpretación constitucional. Pese a tal determinación, en un caso italiano, se ha sostenido que “es interés de la colectividad el ser informada de aquellas noticias que pongan a la luz aspectos deteriorados de nuestra organización social o hechos de uso asintomático; o el conocimiento y descripción de los episodios criminales, al objeto de hacerlos materia de meditación o de juicio, a fin de contribuir a la formación de un mejor conocimiento social. Puede darse el caso de otras noticias, requeridas por el público, las cuales encuentran terreno fértil en la curiosidad malsana de los usuarios, que advierten sólo el lado escandaloso de los acontecimientos y la descripción de ciertos hechos particulares”⁸⁷.

El criterio de la necesidad pudo también ser utilizado en otro caso de Jurisprudencia Comparada, aunque éste de control *ex post* fue resuelta sobre la base de la felicidad. Gabrielle Darley, que de joven se había dedicado al meretricio y que estuvo implicado en un crimen, aunque luego absuelta, había transformado su vida y en 1919 se había casado con Bernard Melvin, llevando una vida familiar ejemplar. Seis años después, se realizó la película ‘*The Red Kimono*’, exhibida en varios estados norteamericanos, relatándose la historia de la mujer, usando su nombre y promocionándose como un relato verdadero. La ahora señora Melvin, al sentirse afectada por la producción, tras perder amistades y relaciones, inició un proceso, al final del cual recibió una fuerte indemnización debido a la base del derecho al olvido, porque el juzgador consideró que la emisión de sus acciones de adolescente, por más públicas que hayan sido, traen un beneficio menor al perjuicio producido: “el derecho a lograr la felicidad está garantizado por la ley fundamental del Estado de California. Éste, por su propia naturaleza, incluye el derecho a vivir libre de ataques de otros en el disfrute de nuestra libertad, propiedad y reputación”⁸⁸.

85. TC ALEMÁN, BVerfGE 35, 202, del 05 de junio de 1973.

86. Posición de Robert ALEX. Teoría de los derechos fundamentales, Ob. cit., pp. 95, ss., quien realiza un análisis del caso a través de la doctrina de las tres gradas, y propone una solución no sólo basada en la proporcionalidad, sino en las otras herramientas.

87. CORTE DE APELACIONES DE ROMA, Sentencia del 11 de febrero de 1991, respecto al pedido del señor Tabocchini de evitar la emisión de una información por parte de un canal televisivo sobre ciertas actividades delincuenciales, por estar afectando sus derechos fundamentales.

Congruente con esta decisión, Alfredo BULLARD GONZÁLEZ señala que la “información reciente sobre la conducta criminal de un ciudadano nos puede brindar información relevante sobre la posible conducta futura y la confiabilidad de esta persona. Conforme la información se remonta a tiempos más antiguos, menos relevantes será pues la falta de condena posterior; nos indicaría que posiblemente la persona ha recapitado y ha cambiado su forma de vivir” [“No se lo digas a nadie”, en *lus et veritas*, año IX, núm. 17 (1998), pp. 175, 176].

88. CS ESTADOUNIDENSE, Caso Melvin c/ Reid (112 Cal. App. 285,297 p. 91).

En este punto se pudo utilizar el criterio de necesidad, pues sin problema alguno se pudo comenzar la película afirmando que el caso era real pero que se cambiaban los nombres verdaderos por motivos obvios, y así el fin que cumplía la película quedaba satisfecho. De hecho, a veces, etapas difíciles de la existencia de una persona que han sido superados con esfuerzo y ahínco, no pueden ser removidas por un motivo meramente económico sin responder a expectativas sociales.

VII. Las dificultades de la realización del control judicial

De la exposición de los motivos desarrollados hasta este punto, parece suficientemente consolidado la aceptación de que la constitucionalmente prohibida censura previa no puede acoger en su acepción el control judicial. La protección, entre otros bienes constitucionales, del honor y la vida privada demandan una intervención *ex ante* para que estos derechos no puedan verse esfumados.

Lamentablemente, nuestro TC expresamente ha ido señalando la imposibilidad del respeto propio de convertirse en un límite a tal forma de control⁸⁹. Pero, ¿cuál ha sido su argumentación en el caso concreto? La respuesta la dio en un proceso de *habeas data* iniciado contra la empresa propietaria de una emisora radial, y contra los periodistas de la misma, a fin de que se abstuvieran de difundir noticias inexactas, pues supuestamente afectaban los derechos a la banca, la garantía del ahorro, la libre contratación, y la estabilidad de los trabajadores de la entidad financiera. Si bien la solución del máximo intérprete de la Constitución debe darse gracias a la ponderación entre derechos fundamentales, teniendo como frontera de los derechos al honor y vida privada, a la censura previa, quedando sólo el camino de la responsabilidad posterior, “tal criterio, a su vez, es el mismo que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:... ‘El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido’ (OC-5/85, citada, párrafo. 38 y 39, respectivamente)”⁹⁰.

Entonces, el camino de protección previa parece encontrarse cerrado a partir de la tendencia continental. Adicionalmente, la CmIDH ha sido muy clara al respecto,

89. “En modo alguno puede olvidarse este Supremo Intérprete de la Constitución que cuando como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgredan otros derechos constitucionales, como al honor, a la buena reputación, a la imagen o la voz, como en el caso de autos alegan los accionantes, su tutela no puede significar que con carácter preventivo se impida a un medio de comunicación social, cualquiera sea su naturaleza, propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría que la cláusula de prohibición de la censura previa o de la proscripción del impedimento para el ejercicio de tales libertades quedara vaciada de contenido, y con él la garantía institucional de la libertad informativa como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo” [STC N. 168-98-AA/TC, fund. 2.a].

90. TC, STC N. 0905-2001-AA/TC, fund. 15.

al emitir un informe que desarrolla expresamente el tema de los alcances de la censura previa. Francisco Martorell publicó en Argentina, el libro 'Impunidad Diplomática' (1993); al día siguiente iba a hacerlo en Chile. Este texto narra las circunstancias que obligaron al embajador argentino Spinoza a huir del gobierno de Pinochet. Antes de la publicación en el país mapocho, un empresario (Andrónico Luksic) interpuso una demanda de amparo -en Chile, recurso de protección- por señalar que el libro vulneraba su derecho a la vida privada. La Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago dictó una orden de no innovar, prohibiendo temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro, sentencia que fue confirmada en la Suprema del país del sur. El caso fue a la CmIDH, la misma que señaló que la sentencia nacional vulneraba la imposibilidad de censura previa estipulada en la CADH y debía publicarse el libro estando, eso sí, sujeto a responsabilidades ulteriores. Si bien considero interesante el principio del que parte el juzgador internacional ("la Comisión no puede aceptar el punto de vista del gobierno de Chile en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión"), finalmente termina, sin argumento razonable desde un punto de vista racional, sino basándose en un análisis literal de la norma supranacional, evitando la protección previa ("recomendar al Estado de Chile que levante la censura que, en violación del artículo 13 de la Convención Americana, pese con respecto al libro Impunidad Diplomática")⁹¹. De esta forma, "la plausible admisibilidad constitucional de la tutela judicial preventiva de daños a derechos fundamentales y otros bienes de naturaleza pública derivados de informaciones... queda impedida si se considera el bloque de la constitucionalidad en su conjunto, pues dicha tutela resulta incompatible con el art. 13 CADH"⁹².

De otro lado, se encuentra la decisión de la CIDH sobre un caso también chileno. Luego que el Consejo de Clasificación Cinematográfica negara la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo', solicitada por la *Universal International Pictures*, se inició un proceso de protección, el mismo que terminó en la instancia supranacional, la cual determinó que "en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Calificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo' y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años... Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Calificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección... 'por y en nombre de... Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos'; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo' constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención"⁹³.

91. CmIDH, Informe 11/96, caso n° 1 230 (Francisco Martorell c/ Chile), 3 de mayo de 1996.

92. SERNA, Pedro. "La llamada 'censura previa judicial' y el Derecho Constitucional argentino", Ob. cit., p. 1436.

93. CIDH, Caso la Última Tentación de Cristo, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 71.

VIII. Conclusión

Es así como es posible manifestar que “no compartimos la interpretación de la Comisión y la Corte Interamericana que equiparan automáticamente los mandatos judiciales que suspenden temporalmente o prohíben la difusión de alguna información o publicación, por encontrar que violan algún derecho fundamental de la persona, como la intimidad por ejemplo, como una forma de censura previa”⁹⁴. Por tanto, la solución planteada en sede internacional está lejos de convertirse en una forma conveniente de protección de la persona, fin supremo de la sociedad y el Estado, y para que en el caso nacional pueda ser dejada de lado, el juez debe ser lo suficientemente valiente y fundamentado como para hacerlo.

Por tanto, no es ilógico señalar que “nada grave le ocurriría a la Constitución, a la Democracia o al Estado de Derecho porque un día un periódico apareciera con un recuadro negro en el lugar en que un juez está convencido de que iba a publicarse una información difamatoria objetivamente falsa o una noticia que violaría el derecho a la intimidad de una persona”⁹⁵. Ojalá eso suceda. Y pronto, por el bien del respeto de las personas y la consolidación del Estado social y democrático de derecho en nuestros países que tanto lo necesitan.

94. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Lima: Palestra, 2004, p. 77.

95. PANTALEÓN, Fernando. “La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, Ob. cit., p. 217.

¿CÓMO HACER UN CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL ORGÁNICO EL AÑO 2005 Y NO MORIR EN EL INTENTO?

Juan Pablo Beca F.*

Resumen

El presente artículo analiza, mediante la metodología de estudio de casos, el curso de Derecho Constitucional Orgánico dictado en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco el año 2005, por revestir una serie de dificultades, derivadas de las reformas constitucionales discutidas y aprobadas ese año y de contingencias propias de la vida nacional y universitaria. Las dificultades reseñadas plantean, entre otros desafíos, la necesidad de involucrar a los alumnos en el proceso de enseñanza aprendizaje, desafiándolos a dejar de lado su tradicional actitud pasiva; interesarlos en el funcionamiento de los órganos del Estado; considerar las evaluaciones como fuente de aprendizaje; vincular los contenidos del curso con el futuro laboral de los alumnos, y conocer y comprender las reformas constitucionales. Las estrategias intentadas para alcanzar estos objetivos, que se presentan como un modelo a seguir en situaciones similares al caso analizado, son establecer las reglas aplicables al curso con claridad y anticipación, recurrir a simulaciones, enfocar el curso en la comprensión de principios y el desarrollo de criterios de análisis, evaluaciones a través de cartillas de información y pruebas de selección múltiples, utilización de recursos informáticos y de método socrático en el desarrollo de las clases.

Palabras claves: Cambio curricular, enseñanza del Derecho, metodología, política, TICs.

* Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco.

La realización de curso de Derecho Constitucional Orgánico el año 2005, en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, presenta una serie de factores que lo hacen distinto, y algo más difícil de abordar, que el mismo curso en años anteriores, las que se conjugan para hacerlo especialmente desafiante, y por lo tanto, al menos en el plano del deber ser, estimulante, para el profesor.

El presente trabajo no pretende ser un mero relato de lo ocurrido, sino que tomar, utilizando la metodología de estudio de casos, la experiencia particular de este curso, para aprender algunas lecciones que puedan ser de utilidad al abordar la preparación y desarrollo de cualquier curso de derecho. Es del caso señalar que al momento de preparar la presente ponencia el curso se encuentra en pleno desarrollo, por lo que, necesariamente, algunas de las experiencias reseñadas tienen un claro carácter experimental, sin que sea posible, aún, una evaluación acabada de las mismas.

A continuación paso a enumerar los factores que hacen de este curso algo distinto; luego analizo los desafíos que ellos plantean, y finalmente las estrategias que se están intentando para ajustar el diseño del curso a su real contexto.

I. Los factores que hacen del curso algo distinto

1. Reformas Constitucionales

Una primera gran dificultad que se planteó el año 2005 para realizar el curso de Derecho Constitucional Orgánico fue el conjunto de reformas constitucionales que se debatieron en el Congreso Nacional.

La gran cantidad de aspectos de la Constitución que se reformaron llevan a algunos actores políticos a hablar de una nueva constitución o del término de la transición. Sin pretender entrar en estas discusiones, simplemente lo menciono como un antecedente para visualizar la magnitud de las reformas.

Prácticamente todos los aspectos tratados en el programa del curso –que comprende el análisis de la regulación constitucional de los órganos del Estado– sufrieron algún tipo de modificación, y algunos de ellos, modificaciones completas, como es el caso, por ejemplo, del Tribunal Constitucional y del Consejo de Seguridad Nacional¹.

1. Si bien algunas de las nuevas normas tienen algunos pasajes copiados de las antiguas, el sentido y función de estos órganos en el sistema constitucional cambia de forma bastante profunda.

Algunas reformas se refieren a plazos o procedimientos –como la duración del período presidencial o la tramitación de las reformas constitucionales- otras impactan en el sentido y función de ciertos órganos del Estado. Mencionemos, por ejemplo, la regulación relativa a las Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Públicas; el texto original de la constitución se basaba en la doctrina o principio de la Seguridad Nacional, idea que ha sido dejada de lado con las nuevas reformas, lo que se refleja en la desaparición de la inamovilidad de los Comandantes en Jefe, en las funciones de las Fuerzas Armadas y de Carabineros y en la composición y funciones del Consejo de Seguridad Nacional².

Durante el proceso de reforma el acceso a la información sobre las mismas fue difícil. El único medio de carácter oficial a través del cual los alumnos y el profesor podían informarme era la página web del Congreso Nacional, sitio que no siempre estaba completamente al día. Las informaciones de prensa no eran completas, destacando únicamente los aspectos más políticos, como la duración del período presidencial o la eliminación de los Senadores designados, información ciertamente insuficiente para realizar un análisis jurídico de las reformas constitucionales.

2. Actitud conservadora de los alumnos

El curso de Derecho Constitucional Orgánico es un curso de carácter anual, ubicado en el tercer año de la carrera. Dadas las características de implementación del Plan Curricular en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, este hecho resulta relevante, pues el año 2004 se comenzó a implementar, en forma paulatina, un nuevo Plan Curricular, caracterizado por asignaturas de carácter semestral y diseñadas con una metodología de enseñanza-aprendizaje de carácter activo. El año 2005 los cursos de primer y segundo año se rigen por el nuevo Plan Curricular, mientras que los cursos de tercer, cuarto y quinto año se rigen por el Plan Curricular antiguo, de características más bien tradicionales (ramos anuales y cursos diseñado exclusivamente en base a contenidos, sin tener en consideración aspectos metodológicos). Este panorama lleva a concluir que los alumnos que están cursando tercer año son los últimos de la “malla antigua”, como suelen llamarla ellos mismos.

2. Admitiendo que esta afirmación pueda no ser compartida por todos, cabe recordar que el tema de este artículo no son las Reformas Constitucionales, sino la enseñanza del derecho, y por ello no se hace un análisis más profundo del impacto de las mencionadas Reformas en la idea de Seguridad Nacional.

Los alumnos de “malla antigua” están acostumbrados a tener una actitud pasiva en clases, y no están acostumbrados a preparar las clases con anticipación. Ello se debe, en mi particular opinión, a que han sido “deformados” en su paso por la Universidad; a pesar de algunos –y no pocos- esfuerzos por introducir algunas metodologías activas y exigirles a los alumnos la preparación de clases, al no ser esta una política institucional, que los alumnos vean reflejada en todos o casi todos sus cursos, la inercia de la forma tradicional de enseñanza del derecho termina imponiéndose.

Al iniciarse el curso, junto con entregar el programa y explicar la forma de evaluación que este tendría, se conversó con los alumnos la metodología de trabajo que se utilizaría, explicando que se recurriría a simulaciones y trabajos de carácter práctico en clases. Algunos alumnos manifestaron abiertamente sus aprensiones, pues estimaban que de esa forma no sería posible para ellos aprender³ adecuadamente los contenidos del curso. Considerando que los cursos deben programarse teniendo en cuenta a los “alumnos reales” -que no siempre son los “ideales”- fruto de esta conversación, decidí, sin renunciar a este tipo de actividades, acompañarlas de una explicación teórica previa si resultaba necesario⁴.

Estoy plenamente consciente de que se me podrá criticar, sosteniendo que los alumnos deben ser desafiados a desarrollar actitudes que no tienen desarrolladas con anterioridad, como es el caso de la responsabilidad que implica preparar la clase con anticipación y ser capaces de desarrollar una actividad de tipo práctico, basándose en los conocimientos teóricos que puedan adquirir por sí mismos. Compartiendo esta afirmación, estimo que ello sólo es posible si obedece a una política institucional, en virtud de la cual el alumno es regularmente sometido a este tipo de exigencias, pero no brinda los resultados deseados cuando son esfuerzos aislados. En un curso de la “malla nueva”, no dudaría en partir de la base de que los alumnos llegan a la clase con nociones a lo menos básicas del tema que se va a tratar, pues en este caso, los alumnos son sometidos a esta exigencia, y por tanto desafiados, en todas las asignaturas; y no está demás señalar que por regla general –y casi sin excepciones- responden adecuadamente.

El hecho de combinar clases explicativas (lo que no implica necesariamente que deban ser de carácter expositivo) con clases prácticas, implica un mayor tiempo de preparación del curso, pero, por sobre todo, un mayor número de clases para analizar

3. Deliberadamente no utilicé el término “aprehender”.

4. Por ejemplo, si tuviese que diseñar clases sobre tramitación de la ley, pensando en “alumnos ideales”, les diría que deben llegar a la clase con la “materia” estudiada, y durante la clase realizaría una actividad de simulación en la que algunos asuman el rol de diputados, otros de senadores, otros de Tribunal Constitucional, etc. Al tener en cuenta la realidad concreta, y las expectativas de los alumnos al inicio del curso, con anterioridad a la simulación –que efectivamente se llevó a cabo- realicé una clase explicativa sobre la tramitación de la ley.

la totalidad del programa. Al inicio del año se programó el curso considerando esta dificultad, y se logró diseñar un syllabus que lo permite. Sin embargo –y esto podría ser una dificultad adicional- durante el primer semestre los alumnos estuvieron en “paro” durante un largo período, lo que obligó a rehacer el syllabus, y diseñar tanto las actividades prácticas como explicativas para ser desarrolladas en menor tiempo⁵.

Al inicio del año se pudo apreciar que un grupo significativo de alumnos concurrían a clases habiendo preparado con anterioridad los contenidos, lo que posibilita no sólo la realización de clases prácticas, sino también de trabajos grupales o colaborativos y de una interacción entre el profesor y los alumnos, en la que se pueden ir planteando casos o problemas teóricos que los alumnos deben resolver, y en base a sus respuestas desarrollar los contenidos del programa. Esta tendencia fue claramente disminuyendo durante el año, lo que atribuyo a una falta de coherencia metodológica entre distintos cursos, pues los alumnos están poco acostumbrados a preparar sus clases, y si bien al inicio del curso efectivamente lo hacen, al enfrentarse con evaluaciones dejan de hacerlo, dedicando su tiempo de estudio casi completamente a preparar la prueba que tienen que rendir en la respectiva semana.

3. Contingencias políticas

El año 2005, como es de público conocimiento, se realizan elecciones presidenciales y parlamentarias. Junto con ello, en nuestra región tuvo un fuerte impacto en la opinión pública el procesamiento y posterior condena del Senador Jorge Lavandero.

Ambas circunstancias generan en todos los miembros de la sociedad opiniones y comentarios, y son temas que se debaten y conversan en variados ámbitos sociales y familiares. Sin duda los estudiantes no están ajenos a estas conversaciones.

El llevar este tipo de conversaciones a la sala de clases conlleva un riesgo, cual es, politizar las clases, lo que sin duda enturbiaría el ambiente entre los estudiantes y entre estos y el profesor, llevando a que éste último pierda la imparcialidad, ecuanimidad y objetividad que debe mantener siempre frente a todos sus alumnos.

5. Un ajuste importante fue eliminar cuatro clases que estaban destinadas a trabajar en la elaboración de cartillas de difusión (a las que me referiré más adelante), debiendo ser éstas desarrolladas por los estudiantes en forma autónoma. Ello fue posible gracias a que estas cartillas serían evaluadas con nota, lo que se había anunciado ya desde el primer día de clases.

4. Cantidad de alumnos y asistencia a clases

El curso se inició con cerca de 40 alumnos inscritos, en una sala con capacidad para cincuenta alumnos aproximadamente, pero en la primera clase los alumnos no cabían en la sala, pues muchos de los estudiantes aún no habían inscrito sus ramos, por problemas económicos o administrativos. Actualmente el curso cuenta con 102 alumnos.

En primer término, el diseño del curso que se hace antes de su inicio, considera el número de alumnos para planificar actividades y formas de evaluación. El tipo de actividades que se desarrollarán en clases depende, en cierta medida, del número de alumnos que participan en ellas. Piénsese por ejemplo en simulaciones, debiendo definir cuántas personas asumirán cada uno de los roles que se asignan; o el desarrollo de casos para trabar en grupos, que requieren, en ocasiones, preparar casos para cada uno de los grupos⁶. Por ello el hecho de planificar el curso para un número reducido de alumnos, y luego verse enfrentado a un curso muchísimo más numeroso, obliga a revisar el diseño de algunas actividades.

Por otro lado, la asistencia a clases es bastante irregular, como suele ocurrir en los cursos de "malla antigua", que no tienen asistencia obligatoria, lo que añade una dificultad adicional a la programación de las actividades referidas en el párrafo anterior. Al iniciarse el curso la asistencia fue muy alta –a tal punto, como ya se relató, de tener que buscar una sala más grande para las clases- pero con el correr del tiempo fue mermando. En algunas ocasiones la asistencia difícilmente superaba los 20 alumnos⁷, lo que ocurría cuando los alumnos debían rendir una prueba el mismo día o el día siguiente a la clase.

El tamaño del curso dificulta también el diseño de las evaluaciones. Al planificar la forma como se evaluará un curso a lo largo del año o del semestre, supone pensar en actividades que sean posibles de realizar –y sobre todo corregir- en un tiempo razonable. Al margen de criterios como la objetividad, la medición de logros y cumplimiento de objetivos, al pensar en evaluaciones hay que actuar con criterio de realidad, pensando de antemano en la cantidad de horas de trabajo que implicarán la elaboración de los instrumentos de evaluación y la corrección de los mismo, para poder entregar a los alumnos los resultados en un plazo razonable, entendiendo por tal uno que no sólo cumpla con la reglamentación vigente sobre la materia, sino que además implique para el estudiante una retroalimentación útil para su proceso de aprendizaje⁸.

6. Aún cuando en la mayoría de las oportunidades los grupos desarrollan un mismo caso, cuando el número de grupos es elevado, el plenario se hace especialmente tedioso, debiendo en consecuencia elaborar más de un caso, o limitar las exposiciones de cada grupo a uno o más aspectos puntuales del caso.

7 Carezco de información precisa, por cuanto, al no haber asistencia obligatoria, no existe un registro de asistencia.

8. En el caso de la Escuela de Derecho de la UC Temuco, los resultados de una evaluación deben ser entregados quince días antes de que se aplique la siguiente.

Otra dificultad de los cursos numerosos radica en el desincentivo a la participación. Contrario a lo que podría pensarse, el número de alumnos que participa activamente en clases en cursos pequeños es mucho mayor que el número de alumnos que lo hace en cursos muy numerosos, pues naturalmente los estudiantes se inhiben y pierden confianza al tener que hablar frente a un número elevado de personas, aún cuando estas personas sean sus pares.

5. Filmación y observación de clases

En el contexto del proyecto Mecesusup "Derecho e Innovaciones Pedagógicas: Un acercamiento necesario", las clases del curso de Derecho Constitucional Orgánico han sido filmadas y visitadas por personas ajenas al curso en más de una oportunidad⁹.

El riesgo de estas actividades, es que los estudiantes puedan sentirse como "conejiillos de indias", sujetos de experimentos que están siendo observados para estudiar sus resultados, sin comprender muy bien qué es lo que está pasando a su alrededor. Otra posibilidad, no incompatible con la anterior, es que los alumnos se molesten con la presencia de personas ajenas al curso, que los distraen con una actividad que no tiene que ver estrictamente con el curso en sí.

Cualquiera de las hipótesis anteriores, llevaría a que los estudiantes no participen de las actividades planificadas, haciendo fracasar no sólo la clase, sino las filmaciones y/u observaciones que se llevaban a cabo.

6. Desinterés en política tradicional por parte de alumnos

Los alumnos del curso, al igual que la mayoría de los jóvenes en el país, muestran un grado de desinterés por la política tradicional, que es precisamente la que se ejerce a través de los órganos del Estado que son objeto de estudio en el curso que estamos analizando.

9. Para el desarrollo del video "Metodologías Activas de Enseñanza del Derecho", se filmó una clase completa, lo que implicó una clase completamente anormal, en que, por ejemplo, los alumnos se sentaron en los lugares que indicaron los productores del video (con criterios absolutamente ajenos a los estudiantes, tales como luminosidad, color de la ropa, y otros), la sala se llenó de equipos de iluminación, audio y video; los trabajos grupales desarrollados en esa clase se prolongaron artificialmente para permitir que todos los grupos fuesen filmados, etc.

En otra oportunidad observó la clase una psicóloga educacional, en el marco de una asistencia técnica destinada a mejorar las prácticas pedagógicas de los profesores, quien grabó la clase y tomó notas de la misma, observando el desempeño del profesor y su interrelación con los alumnos.

El año 2004 existía un 30% de jóvenes inscritos a nivel nacional¹⁰. De los alumnos del curso, según los datos arrojados por una encuesta, un 28% se encontraba inscrito antes del inicio del curso, mostrando cifras similares a la tendencia nacional¹¹.

La comparación de ambos resultados demuestra que los alumnos del curso presentan, al iniciarse el curso, en relación a su vinculación con la política tradicional, un panorama que no difiere del panorama que se observa a nivel nacional.

II. Los desafíos que se plantean

1. Involucrar a alumnos en proceso aprendizaje

Los protagonistas de un proceso de aprendizaje deben ser los alumnos, y no el profesor. Para que ello sea posible, es necesario que los alumnos estén efectivamente involucrados en el proceso. Esto exige tener absoluta claridad sobre los objetivos que deben lograr al terminar el curso, al terminar cada una de sus unidades del curso y sobre los temas a tratar y objetivos a lograr en cada una de las clases y actividades que se desarrollen.

La tendencia –y casi me atrevería a decir, la inercia- nos indica que los alumnos llegan a clases, se sientan y abren su cuaderno para anotar lo que tenga que decir el profesor, sin saber de qué se tratará la clase a la que están asistiendo, dejando en el profesor cualquier tipo de protagonismo. Es el profesor el responsable, entonces, de que ellos entiendan los contenidos que se analizan y de que, en definitiva aprendan, sin ser necesario de parte de los alumnos ningún esfuerzo durante la clase.

El desafío es romper con esta tendencia, y lograr que los alumnos asuman el protagonismo que les corresponde. Al finalizar el curso, son los alumnos quienes serán evaluados y así se medirá el nivel de logro que alcanzaron. Si bien existen mecanismos de evaluación de los propios académicos, evidentemente el sentido de un curso es que sean los alumnos quienes logren los objetivos determinados en el programa, por lo que resulta del todo evidente que deben ser ellos quienes se esfuercen por lograrlos, apoyados y motivados por el trabajo que desarrolle el profesor. La real evaluación del docente debiera consistir en el nivel de logro de resultados alcanzados por los alumnos; si hubiese que calificar con una nota al profesor, ésta debiera ser el promedio de notas de los alumnos del curso.

10. FUENTES, Claudio y VILLAR, Andrés. "Inscripción Electoral Automática y Calidad de la Democracia", en www.bcn.cl. Fecha última consulta: 14 de octubre de 2005.

11. La encuesta se aplicó a un universo de 74 alumnos, muestra que equivale un 72,5% de los alumnos del curso. Los resultados se muestran en anexo al final del presente trabajo.

2. Interesar a los alumnos en el funcionamiento de los órganos del Estado

Este desafío nace a partir de otra necesidad, cual es contextualizar la enseñanza. Para que los alumnos logren grados de conocimiento significativos, resulta importante que lo que están aprendiendo se relacione con sus experiencias previas y con lo que esperan sean sus experiencias a futuro, especialmente en el ámbito profesional y laboral. Un punto de partida esencial para cualquier actividad en que los alumnos puedan estar medianamente interesados es que tengan interés en la materia que es objeto de estudio.

En lo que respecta al curso, el desafío de contextualizar la enseñanza pasa previamente por interesarlos en las materias que se analizan en el mismo, cuestión de no menor importancia, atendiendo el bajo nivel de inscripción electoral, reflejo de un bajo nivel de interés por el funcionamiento de los principales órganos del Estado.

Parte de la premisa de que es deber de todo ciudadano tener un mínimo grado de conocimiento sobre la estructura y funcionamiento del Estado, deber que aumenta en el caso de los abogados. Si bien el objetivo del curso no es preparar los cuadros técnicos o políticos de los órganos del Estado, sí es preparar ciudadanos concientes de sus derechos y obligaciones frente a estos órganos, capaces de crear esa misma conciencia en ciudadanos ajenos al mundo del derecho, y dejar a los alumnos en condiciones de profundizar sus conocimientos sobre la materia si deciden dedicarse profesionalmente al servicio público.

Por ser este un año electoral, la idea de formar ciudadanos pasó por incentivar una reflexión sobre la importancia de las elecciones y la participación en la mismas.

Debo señalar que el objetivo central no fue fomentar la inscripción electoral, pero sí una decisión madura y responsable sobre el hecho de inscribirse o no. Por ello no se trató de aumentar el número de alumnos inscritos, pero este dato sirve para evaluar el cumplimiento del objetivo. La inscripción de los alumnos del curso aumentó de un 28% a un 65%. De los alumnos que se inscribieron en los registros electorales este año, un 67% declaró haberlo hecho "motivado por algo que se vio o pasó en el curso", y un 7% declaró que si bien había tomado la decisión de inscribirse antes de empezar el curso, éste les reafirmó su decisión. Tan sólo un 7% declaró que en su decisión de inscribirse el curso no influyó para nada^{12,13}.

12. Ver cita a pie de página N° 11.

13. Debe considerarse, al analizar los resultados de la encuesta, que es muy probable que buena parte de los alumnos, a pesar de que las respuestas eran anónimas, hayan respondido la encuesta pensando en los resultados que el profesor hubiese querido obtener. Si bien es cierto que el porcentaje de alumnos inscritos no se vería influido por este factor, sí lo sería el porcentaje de alumnos que declaró que su decisión se vio influida por el curso. Es por ello que el 67% que lo declaró podría llevar a equívocos, a pesar de lo cual la cifra sigue siendo relevante para medir el nivel de motivación alcanzado.

3. Evaluación como fuente de aprendizaje

La evaluación, en el contexto de un proceso de enseñanza, y por ello, durante el desarrollo del curso, debe concebirse como una fuente de aprendizaje, y no sólo como una medición de resultados alcanzados o no alcanzados. Excluyo de esta forma de entender la evaluación el examen final, pues este se rinde una vez terminado el curso, y los objetivos no logrados no se pueden lograr ya dentro del curso.

Para que las evaluaciones sean verdaderas fuentes de aprendizaje, el resultado de las mismas debe ser conocido por los alumnos dentro un lapso de tiempo que les permita apreciar y aprender de los errores cometidos. Si transcurre mucho tiempo entre la fecha en que son evaluados y la fecha en que conocen los resultados de la misma, probablemente no recordarán por qué se equivocaron, y su error no será fuente de aprendizaje.

El error es una fuente importante de aprendizaje, y como tal, no debiera ser sancionado. Para que ello sea posible, la evaluación no debiera limitarse a las pruebas, exámenes y otras actividades similares, sino ser algo permanente dentro del curso. En el desarrollo de una clase resulta positivo que alguien se equivoque al dar un argumento o al citar una norma, permitiendo así que sea corregido por sus compañeros, o por el profesor en última instancia.

Cuando los errores se cometen en las pruebas, dejan de ser positivos. Por ello los alumnos deben ser desafiados a opinar en clases, aun cuando no estén seguros de lo que digan para así corregir sus errores y mejorar su raciocinio y en definitiva sus argumentos, lo que no sólo los deja en condiciones de aprobar el curso, sino, lo que es realmente importante, de ser buenos abogados.

4. Vincular el curso con futura vida laboral de los alumnos

Ninguno de los egresados de la Escuela de Derecho ha sido, al menos hasta la fecha, Ministro de Estado, Diputado, Senador, Consejero del Banco Central ni menos Presidente de la República, futuro que está lejos de las pretensiones –o al menos de las proyecciones– de la inmensa mayoría de los alumnos. Ello los lleva a ver el Derecho Constitucional, y especialmente la parte orgánica, como un curso que hay que hacer, más bien teórico, sin vinculación con su vida laboral futura, como pudieran ser los cursos de derecho civil, procesal, laboral u otros.

El desafío consiste en hacer ver a los alumnos que cualquiera sea el ámbito en que desarrollen sus funciones profesionales se vincularán con los órganos del Estado, o al menos, con el producto del trabajo de los mismos.

Particular relevancia adquiere este tema al tratar la formación de la ley. Ciertamente no es realista pensar que un número significativo de alumnos en el futuro

serán legisladores o trabajarán en el Congreso Nacional, pero sí es obligatorio pensar que todos en su vida laboral tendrán que lidiar con las leyes que son fruto de este proceso. Por ello resulta importante que entiendan a cabalidad cómo los legisladores producen las leyes, y entiendan así las falencias que presentan las mismas y las dificultades de interpretación que se les presentarán prácticamente a diario.

Resulta relevante también que al analizar la normativa constitucional y legal aplicable a los órganos estatales, al ver la historia de estas normas y contrastarlas con lo que aprecian diariamente en los medios de información, sean capaces de entender cómo se conjugan factores jurídicos y políticos en el diseño y funcionamiento de estos órganos. Así podrán enfrentarse de mejor manera a estos órganos cuando les corresponda hacerlo en su vida profesional.

5. Conocer y comprender las reformas constitucionales

En el contexto del estudio de una normativa que está cambiando, resultó importante que los estudiantes estuviesen informados de las normas vigentes al momento en que eran estudiadas, junto con las posibles modificaciones que se introducirían. Algunas de ellas eran claras –por existir consenso político al respecto– mientras otras eran objeto de debate al interior del Congreso Nacional.

El desafío fue analizar la normativa “vigente” (aún cuando le quedarán días o meses de vigencia), comprendiendo su origen histórico-político y las implicancias que tuvieron en la vida nacional, para comprenderlas a cabalidad, y comprender las discusiones en torno a la reforma de las mismas.

Junto con ello, los alumnos deben conocer las nuevas normas, las que si bien hoy están vigentes, muchas no lo estaban al momento de ser analizadas. Considerando que buena parte de las reformas no estaban claras hasta unas pocas semanas previas a su publicación y entrada en vigencia¹⁴, ello implicó que debieran conocer y analizar proyectos que no en todos los casos se concretaron.

Por tratarse precisamente de proyectos, más que aprenderlos, se trataba de comprenderlos. Los alumnos debían ser capaces de comprender el sentido de las reformas, prever qué cambios implicarían en la vida nacional las modificaciones constitucionales que en ese momento se debatían, qué implicancia tendrían en otras normas constitucionales o en otros aspectos del sistema jurídico.

14. Con la sola excepción de las normas relativas al Tribunal Constitucional, las reformas constitucionales entraron en vigencia desde su publicación.

Para ser capaces de un análisis como el descrito, además de competencias y conocimientos de carácter jurídico, resultaba indispensable que estuviesen informados sobre el debate parlamentario y político, y que comprendieran el funcionamiento del sistema político, más allá de lo que pudieren leer en libros o en el propio texto constitucional.

Una comprensión global del fenómeno constitucional exige abrir la mente a temas que no son estrictamente jurídicos, y sin ser experto en otras áreas del derecho, me atrevería a aseverar lo mismo para otras áreas y para el fenómeno jurídico en sí mismo. Como decía San Alberto Hurtado, en sus años de estudiante de derecho: "...eso de seguir las leyes solas yo lo encuentro ridículo."¹⁵

6. Conversar de temas políticos con altura de miras

La enseñanza contextualizada, en una disciplina como el derecho constitucional, obliga a mirar el quehacer político, tanto nacional como extranjero, y es sabido que las discusiones políticas no siempre se producen en un ambiente de tolerancia y respeto, como el que debe primar en las aulas universitarias.

Lejos de evitar las discusiones políticas, el desafío es incentivarlas, interesando a los alumnos en discutir temas que son relevantes para su futuro como ciudadanos y habitantes de un país, y no sólo como futuros abogados.

El incentivar estas discusiones implica crear un clima de respeto y confianza, en el que los alumnos puedan expresar sus propias ideas y disentir de las ideas de otros, puedan no sólo oír las opiniones de otros, sino realmente escucharlas, intentando descubrir en ellas algún grado de verdad. Así los alumnos se van entrenando en un diálogo democrático, necesario para el país en su conjunto, y también necesario para conversar y discutir otros temas y materias, tanto profesionales como personales.

Considero que en estos debates el profesor debe permanecer políticamente en una posición neutral, generando así confianza en todos los alumnos, con absoluta independencia de las ideas que cada uno sostenga. No se trata de ocultar las ideas políticas propias, sino simplemente de no expresarlas en el contexto de una clase.

La neutralidad no debe referirse a temas jurídicos, existiendo una discusión jurídica, o una opinión del profesor diferente a la de autores que los alumnos lean, esa opinión debe expresarse, pero cuidando siempre que los alumnos mantengan una libertad crítica, pudiendo coincidir o discrepar con la opinión del profesor. Ello plantea el desafío de ser muy cuidadoso al expresar la opinión propia, y al discutir las

15. Carta del Padre Hurtado a Manuel Larraín, citada en OCHAGAVÍA, Juan, s.j. "Padre Alberto Hurtado un Santo estudioso", en Mensaje N° 453, Vol. LIV (Octubre 2005), p. 38.

opiniones plantadas por los alumnos, cuestión que va mucho más allá de considerar como correcta, a la hora de calificar a un alumno, cualquier opinión bien fundada, aun cuando sea contraria a la opinión del profesor o a la opinión mayoritaria de la doctrina.

7. Involucrarlos en procesos de cambio

Los cambios que se viven en materia de enseñanza del derecho, que motivan este tipo de trabajos, son pensados y llevados a cabo para mejorar la forma como, en cuanto profesores, nos relacionamos con nuestros alumnos, y en definitiva, formar mejores profesionales, cual es nuestra obligación para con la sociedad y para con nuestros alumnos.

Resulta fácil caer en la tentación de una suerte de “despotismo ilustrado”, realizando todo por los alumnos pero sin los alumnos. O caer en la tentación de tratar a los alumnos como conejillos de indias de nuestras innovaciones pedagógicas, sometiéndolos a experimentos de diversos tipos. Siento que ello sería una falta de respeto con nuestros alumnos, y sobre todo, una conducta reñida con principios éticos.

Soy un convencido de que los alumnos se mantienen pasivos, por más que el profesor realice actividades de motivación, si no saben lo que está ocurriendo. No podemos exigirles a los alumnos una actitud activa, participación en clases y actividades, si no saben cuál es el sentido de las mismas.

Si olvidamos involucrar a los alumnos en los procesos de cambios metodológicos y de perfeccionamiento pedagógico de los docentes, corremos el riesgo serio de fracasar en nuestros intentos.

Los alumnos deben estar constantemente informados tanto del sentido de cada una de las actividades que se realizan en el curso –léase simulaciones, discusiones, elaboración de cartillas–, así como de las actividades que se desarrollan dentro de la clase para mejorar el desempeño docente, tales como visitas, filmaciones, observaciones, encuestas, etc.

Los cambios, para ser efectivos, deben ser un proyecto de Escuela, no de un solo profesor o exclusivamente de los docentes, sino efectivamente de toda la comunidad educativa, incluyendo por supuesto a los estudiantes.

III. Las soluciones que se están intentando

1. Reglas claras e información

Para poder enfrentar los desafíos que se acaban de reseñar, los alumnos deben saber con precisión cómo se abordará el curso, desde su inicio, conociendo sus derechos y obligaciones dentro del mismo, conociendo qué actividades –y por qué– se realizarán, tanto las que se relacionan con el curso propiamente tal, como las que se relacionan con otras actividades relevantes de la escuela (por ejemplo, la implementación del ya mencionado Proyecto “Derecho e Innovaciones Pedagógicas: Un acercamiento necesario”).

En particular, en lo que respecta al desafío de involucrar a los alumnos en el proceso de aprendizaje, resulta de gran utilidad el syllabus a que se ha hecho mención. Se trata de un documento muy simple, de no más de dos páginas, en que se indica cuál será el contenido de cada una de las clases durante el desarrollo del curso¹⁶. Así los alumnos saben de qué se tratará la clase antes de llegar a ella, y pueden prepararse para la misma.

El tema de la claridad de las reglas es fundamental para enfrentar adecuadamente el desafío de conversar con altura de miras los temas políticos. Para ello debe quedar muy claro que todas las opiniones serán respetadas tanto por los alumnos como por el profesor, que dentro de la clase existe absoluta libertad para emitir cualquier opinión relativa a los temas que se están analizando, y que el profesor mantendrá una posición neutra.

La neutralidad del profesor, a mi juicio, se limita a la sala de clases y actividades del curso. No me parece sano ocultar ideas u opiniones políticas, lo que resultaría contradictorio con el desafío de formar ciudadanos y de interesar a los alumnos en asuntos políticos. Es por ello que cuando los alumnos preguntan derechamente la opinión personal, es preferible invitarlos a conversar después de clases.

Como ya se señaló anteriormente, resulta importante que los alumnos estén informados no sólo sobre los contenidos y actividades del curso, sino sobre el contexto de lo que está ocurriendo en la Escuela de Derecho y en el acontecer nacional y mundial.

Para lo primero, resulta importante una política de puertas abiertas, en que se informe a los alumnos, por parte del profesor y de las autoridades de la Escuela, de los procesos que se estén viviendo en su interior. Nada más perjudicial para el éxito de los procesos de cambio que los rumores, que suelen surgir en estas situaciones,

16. Se acompaña como anexo el syllabus utilizado el año 2005.

y que se acrecientan cuando no hay información. Ello va mermando las confianzas necesarias para desarrollar un trabajo entre alumnos y profesores en pos de la mejora de la enseñanza del derecho.

2. Simulaciones

Las simulaciones han resultado una buena herramienta, tanto para contextualizar la enseñanza, como para vincular los contenidos del curso con la futura vida laboral.

En particular, se planificaron para este año 6 simulaciones, a saber:

- a) Una simulación del proceso electoral de Presidente y Diputados, tal como se vivirá en Temuco en diciembre. Esta simulación consiste en realizar una elección, en que los alumnos asumen el rol de vocales de mesa y votantes, y luego analizar los resultados de la elección, para aplicar el sistema electoral y determinar, qué candidatos hubiesen sido elegidos.
- b) Una simulación de la tramitación de una acusación constitucional. El tema en particular no se planificó al inicio del año, para buscar en la fecha en que se realizara la simulación algún tema contingente, siendo escogido en su momento el caso Celco.
- c) Una simulación sobre la tramitación legislativa, en que los alumnos asumen el rol de parlamentarios.
- d) Una simulación sobre Tribunal Constitucional, en que algunos alumnos deben elaborar un requerimiento a este órgano y otros asumir el papel del Tribunal y resolverlo.
- e) Una simulación sobre justicia electoral, en que algunos alumnos realicen una presentación ante el Tribunal Calificador de Elecciones o Tribunal Electoral Regional, y otros grupos de alumnos asuman el rol de los mencionados Tribunales.
- f) Una simulación sobre tramitación de reformas constitucionales.
Debido a los ajustes que hubo que hacer a la programación original del curso, finalmente se realizaron sólo cuatro. La simulación sobre las elecciones se había realizado antes de hacer los ajustes al calendario, por lo que hubo que decidir cuáles de las que no se habían realizado había que eliminar el programa por falta de tiempo. Considerando que las presentaciones al Tribunal Calificador de Elecciones y a los Tribunales Electorales son de bajísima frecuencia, y que la tramitación de las reformas constitucionales, luego de la aprobación de la ley 20.050 es muy similar a la tramitación de las leyes –salvo en lo que respecta a la posibilidad de convocar a plebiscito, cuestión que ya se había analizado a propósito de las facultades del Presidente de la República– se optó por eliminar las dos últimas simulaciones.

3. Enfocar curso en principios y formación de criterio

Debido a las reformas constitucionales, este año ha quedado en evidencia, con mayor claridad que en años anteriores, la inutilidad de aprender normas de memoria.

Existen profesores, admirados por buena parte de sus alumnos, por el hecho de conocer la constitución de memoria. Cabe preguntarse qué ha pasado ahora con esos profesores, si la constitución ha cambiado. ¿Seguirán siendo admirados por sus alumnos, o han debido aprenderse nuevamente la constitución de memoria para no perder dicha admiración? Más grave aún resulta preguntarse qué ha pasado con esos alumnos, que para emular a su profesor aprendieron la constitución de memoria. ¿Serán capaces de comprender las reformas constitucionales y todo su alcance de la sola lectura de las nuevas normas?

Para evitar que los alumnos del curso que estamos analizando tuviesen este problema a muy poco tiempo de asistir a clases (incluso antes de rendir el examen), el curso se enfocó en analizar los principios que informan las normas, tanto las normas vigentes, como las derogadas, las posibles normas y las normas de derecho comparado cuando son atingentes.

Ello supone que los alumnos conocen –no aprenden de memoria– las normas. La lectura de las normas es el punto de partida para realizar un análisis de los principios que las informan, para analizar las interrelaciones que se producen o pueden producir entre ellas y otras fuentes del derecho, en definitiva, para ir creando un criterio jurídico que les facilite la comprensión no sólo de las reformas constitucionales recién aprobadas, sino de las múltiples reformas que tendrán que enfrentar en su vida profesional.

4. Elaboración de cartillas

Como una forma de motivar a los alumnos en el conocimiento del funcionamiento de los órganos del Estado, especialmente del Presidente de la República y del Congreso Nacional, se les pidió que elaborasen cartillas con información al respecto. Las cartillas debían estar dirigidas a algún público definido por sus propios autores (por ejemplo, dueñas de casa, estudiantes universitarios, escolares, personas con discapacidad mental, etc.).

Al hacer las cartillas los alumnos se ven obligados a comprender en profundidad la institución que explicarán, para poder hacerlo luego en un lenguaje simple, adecuado al público destinatario de la misma. También es necesario tener una comprensión cabal de la institución para seleccionar adecuadamente los contenidos a tratar en la cartilla.

Junto con haber servido como forma de evaluación y calificación del nivel de conocimiento adquirido por los alumnos, el trabajo realizado por los alumnos en la creación de estas cartillas resultó, según lo que algunos de ellos relataron, muy motivador. Les sirvió para comprender la importancia de la labor de estos órganos del Estado para todos los ciudadanos¹⁷.

Por otro lado, la elaboración de las cartillas crea conciencia sobre el rol social de los abogados, quienes, como concededores de las normas y especialmente de un lenguaje que las rodea, deben transmitir estos conocimientos a todos quienes puedan hacer uso del mismo para un mayor respeto de sus derechos.

Pruebas de selección múltiple y verdadero o falso

Ante la dificultad de evaluar en un tiempo razonable a un número exageradamente alto de alumnos, se recurrió a pruebas de carácter objetivo, mediante preguntas de selección múltiple y verdadero o falso.

El diseño de las preguntas, para ser coherente con la forma de trabajar en clases y los objetivos del curso que se han descrito en el presente trabajo, tendían a la solución de problemas planteados o a la interpretación de normas, más que al mero conocimiento de las mismas. Para que ello fuera efectivo, los alumnos podían consultar la constitución durante el desarrollo de la prueba.

Por otro lado, en el contexto de normas que estaban cambiando, ello permitió evaluar también si los alumnos estaban al día en sus conocimientos, y eran capaces de distinguir disposiciones vigentes, de proyectos o normas derogadas.

Junto con la aplicación de dos pruebas de estas características, la evaluación contempló la elaboración de las dos cartillas ya referidas. De esa manera se considera también en el resultado final del curso la capacidad de elaborar un texto a partir de los conocimientos adquiridos, y no sólo la solución de problemas muy puntuales, como los que pueden ser planteados en pruebas de carácter objetivo.

Uso de TICs

Como apoyo al trabajo del profesor con los alumnos en la clase, se recurrió al uso de TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación). Específicamente se utilizó la plataforma "Educa", que es la que ofrece la Universidad Católica de Temuco a sus docentes. El uso de esta herramienta permitió abordar varios de los desafíos ya reseñados.

17. Algunos de estos comentarios quedaron registrados en las encuestas sobre inscripción electoral, al relatar que el trabajo realizado para preparar las cartillas les había motivado a inscribirse en los registros electorales, al comprender la importancia de las elecciones.

En primer término, ha sido de utilidad para involucrar a los alumnos en el proceso de aprendizaje, facilitándoles el acceso a materiales de estudio (guías preparadas por el profesor, artículos de revistas, presentaciones en power point usadas en clases, etc.), y permitiéndoles comunicarse en forma virtual con el profesor para aclarar dudas tanto sobre los contenidos del curso como sobre aspectos administrativos del mismo.

El uso de TICs también ayudó al fomentar el interés en el funcionamiento de los órganos del Estado, al disponer en el sitio del curso de una serie de vínculos a los sitios de casi todos los órganos que son estudiados a lo largo del curso¹⁸.

El acceso a información a través de las TICs fue de vital importancia para conocer la evolución de la discusión sobre las reformas constitucionales. Ya se explicó las dificultades que ello implicó, tanto para alumnos como para el profesor del curso, dificultad que sólo se pudo salvar a través de internet.

Por último, el uso de las TICs permitió evaluar a tiempo. En el caso de las pruebas objetivas, aún cuando la calificación no fue entregada en forma inmediata, se publicó en el sitio web del curso, minutos después de terminada cada una de las prueba, la pauta de evaluación de ellas. Así los alumnos sabían inmediatamente cuáles fueron sus errores, y muchos de ellos fueron a conversar con el profesor para que les ayudara a comprender por qué se habían equivocado y por qué la alternativa correcta, según la pauta de corrección, efectivamente era correcta.

Método socrático

En la mayoría de la clases se recurrió al método socrático como forma de hacer pensar a los alumnos, privilegiando así el desarrollo de la capacidad de análisis. En definitiva las normas constitucionales –o los proyectos de reforma- eran analizados por los propios alumnos, siendo ellos quienes las iban interpretando y relacionando con otras normas o con aspectos de la historia política o de la contingencia política actual, ayudados por información entregada por el profesor, y por preguntas que se planteaban al curso.

Aún cuando en ocasiones nadie respondía las preguntas, obligando a replantearlas más de una vez, aportando nuevos elementos de análisis, en todo momento se evitó utilizar el método de la forma como es común en universidades de los Estados Unidos, esto es, el profesor tiene un mapa del curso, el que usa para identificar a un alumno en particular, a quien dirige reiteradas preguntas. Se evitó este modelo por cuanto considero que lejos de estimular la reflexión y el interés por los temas que se discuten, termina por desmotivar a los alumnos e inhibirlos.

18. Con excepción del Consejo de Seguridad Nacional, todos los órganos del Estado analizados a lo largo del curso disponen actualmente de un sitio web.

Sócrates, en la antigua Grecia, intentaba sacar la verdad de sus discípulos, mediante la mayéutica, considerando que ésta estaba en el interior de cada ser humano. Considero que el conocimiento que puedan lograr los alumnos no está en las normas ni en los libros, si no en el interior de ellos mismos, y que nuestra labor como docentes es ayudarles a sacarla a la luz.

ANEXO 1: ENCUESTA INSCRIPCIÓN ELECTORAL

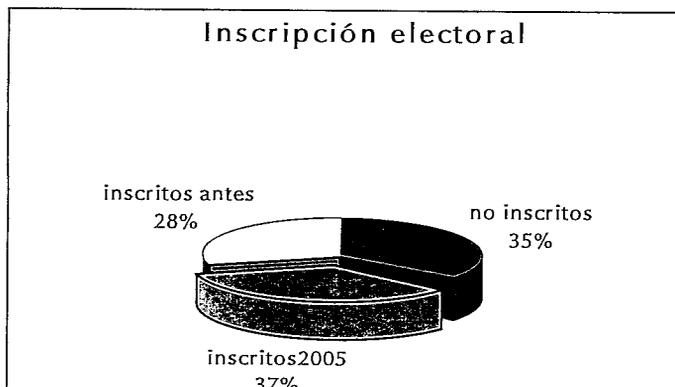
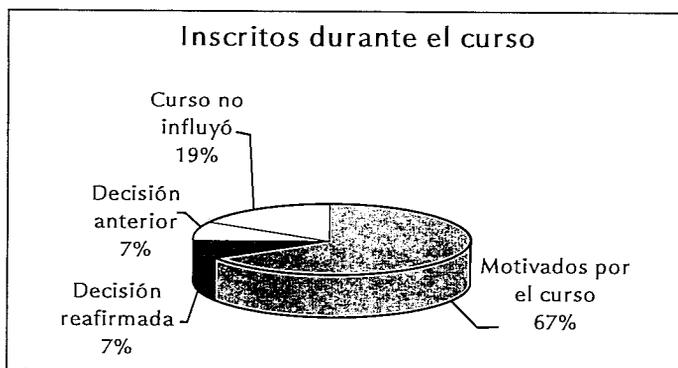
La encuesta la respondieron 74 alumnos (lo que representa un 72,5% de los estudiantes del curso).

De los alumnos encuestados, un 64,9% está inscrito en los registros electorales.

Del total de alumnos inscritos, un 56,3% lo hizo este año.

De los alumnos que se inscribieron este año, un 66,7% declara haberlo hecho motivado por algo que se vio o pasó en el curso; un 7,4% señala que la decisión la había tomado antes de que se iniciara el curso; un 7,4% de quienes se inscribieron el año 2005 señala que el curso reafirmó un decisión tomada antes del inicio del mismo (9 alumnos –que representa un 12,2% de la muestra- inscritos antes del año 2005 señalan lo mismo), y un 18,5% de quienes se inscribieron este año señalan que el curso no influyó en su decisión.

Cabe agregar que 4 alumnos (un 5,7% de la muestra), relatan que habían decidido inscribirse, motivados por el curso, pero no lo pudieron hacer, por diversos motivos



ANEXO 2: PROGRAMACION DE CLASES DERECHO CONSTITUCIONAL
ORGÁNICO

CLASE Nº	TEMA
1	Constitución jurídica. Instituciones
2	Sistema constitucional. Derecho Constitucional Orgánico
3	Notas relevantes de la Constitución de 1980
4	Gobierno. Conceptos
5	Presidente de la República
6	Presidente de la República
7	Presidente de la República
8	Presidente de la República
9	Presidente de la República
10	Ministros de Estado
11	Administración del Estado
12	Elaboración Cartilla 1
13	Elaboración Cartilla 1
14	Integración Congreso Nacional
15	Integración Congreso Nacional
16	Integración Congreso Nacional
17	Integración Congreso Nacional
18	Prohibiciones y causales de cesación de parlamentarios
19	Inmunidades y privilegios
20	Atribuciones del Congreso Nacional
21	Atribuciones del Congreso Nacional
22	Atribuciones del Congreso Nacional
23	Atribuciones del Congreso Nacional
24	Funcionamiento Congreso Nacional. Proceso Legislativo
25	Proceso Legislativo
26	Elaboración Cartilla Nº 2
27	Elaboración Cartilla Nº 2
28	Tribunal Constitucional
29	Tribunal Constitucional
30	Tribunal Constitucional
31	Contraloría General de la República
32	Contraloría General de la República
33	Fuerzas Armadas
34	Fuerzas Armadas

35	Consejo de Seguridad Nacional
36	Bases Constitucionales del Poder Judicial
37	Justicia Electoral
38	Justicia Electoral
39	Justicia Electoral
40	Ministerio Público
41	Ministerio Público
42	Banco Central
43	Descentralización. Gobierno Regional
44	Gobierno Regional y provincial
45	Administración Municipal
46	Reforma Constitucional
47	Reforma Constitucional

Atención de alumnos/as

Personalmente Jueves de 11:00 a 12:30 y viernes de 9:00 a 11:00 en oficina del profesor (Edificio E. 4º piso) t.

Consultas por correo electrónico: jbeca@uct.cl

Metodología

Los alumnos deberán leer, con antelación a la clase, el tema de la misma, en el libro "Verdugo, Pfeffer y Nogueira. Derecho Constitucional. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile."

Respecto de los temas que estén tratados en el libro, se publicarán apuntes sobre el tema en la página web del curso.

Evaluación

Se realizarán dos de las tres pruebas programadas por Secretaría Académica, a definir en conjunto con los alumnos cuando estén disponibles las posibles fechas. Cada una de ellas tendrá un valor de 20%.

Se elaborarán durante el curso dos "cartillas", cada una de las cuales será evaluada y tendrá una ponderación de 10%.

El examen final tendrá una ponderación de 40%.

IMÁGENES PAGANAS: EL CINE Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Christian Scheechler Corona*

Resumen

En el presente trabajo se pretende hacer una revisión del uso del material audiovisual en el proceso de enseñanza-aprendizaje de las ciencias jurídicas. Específicamente, se revisará el uso que se hace del cine en el aula de las facultades de derecho, considerando el alto potencial de este tipo de material audiovisual. Esto considerando que las películas son un medio de alta penetración entre los jóvenes, que conforman el núcleo grueso del alumnado de pregrado, y a su vez, porque la combinación de imagen y audio va dirigida a desarrollar un hemisferio del cerebro distinto al que apunta la lectura, método tradicional de estudiar derecho. Además se hará una revisión de las principales dificultades que existen para implementar en forma masiva el uso del cine en la educación de los jóvenes licenciados, así como las pautas generales que deberían tenerse en cuenta para su inclusión en el aula.

Palabras clave: Derecho, TIC, Cine, Audiovisual, Enseñanza.

* Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. Doctorando en Derecho y Justicia, Universidad de Deusto, País Vasco, España.

I. Introducción

Una vez, en una galaxia muy lejana, un académico de las ciencias jurídicas señaló que el Derecho no es una ciencia, sino un arte. Opinión muy personal, pero que comparto. Y si el derecho es un arte, y consecuentemente enseñar derecho es enseñar un arte, por que no vincular entonces un arte con otro, como se hace en las disciplinas artísticas.

Si aceptamos esto, creo que cada uno de nosotros pensará en forma inmediata en el 7º arte, es decir, el Cine. ¿Y esto por qué?.

Durante décadas de historia del celuloide, hay una serie de temas que con gran recurrencia (y hasta con majadería) han sido llevadas a la pantalla grande. Por ejemplo: los amores imposibles, las grandes tragedias, los asesinatos de adolescentes o los asesinos en serie, entre otros. Sin embargo el mundo jurídico, los abogados, fiscales y jurados, aparecen en pantalla de manera mas frecuente de lo que uno podría pensar. ¿Y que tiene esto de extraño? Pareciera inusual que personajes cuya fama muchas veces no es de las mejores generen tanta atención en producciones de millones de dólares.

Hay que asumirlo, la industria del cine tiene entre sus temáticas favoritas al derecho, en su más amplia perspectiva, sea con problemáticas jurídicas o valóricas, acusados inocentes, implacables fiscales o abogados que buscan la redención defendiendo una causa perdida.

Y más aún, no es solamente que se traten temáticas de este tipo, sino que se destinan a ellas grandes recursos, técnicos, económicos y humanos, los que en muchas ocasiones se traducen en verdaderas joyas del séptimo arte. Los ejemplos abundan: Testigo de Cargo, del director Billy Wilder; 12 Hombres en Pugna, de Sydney Lumet; Anatomía de un Asesinato; Sacco y Vanzetti; El Cliente, basado en la novela de Jhon Grisham, y decenas de otras que seguramente invaden sus cabezas en este momento. Por supuesto que también hay de las otras, los fiascos, pero esas no importan ahora.

Para Joaquín J. Marco¹, el cine jurídico tiene un cierto patrón, que lo hace muy familiar y atractivo, que permite conectar con cierta facilidad con las emociones humanas: Un juez "justo", un defensor "bueno", un implacable fiscal "malo", una víctima indefensa o injustamente acusada, jurados indecisos, etc.

1. MARCO, Joaquín J. *El Teatro Filmado: Anatomía de un Asesinato*. Revista Caleidoscopio. Sitio Web URL <http://www.uch.ceu.es/caleidoscopio/numeros/tres/chimo.htm> (26-08-07)

Los norteamericanos durante años han sacado partido a los vaivenes de fiscales y jurados en este subgénero, mostrando generosamente distintos aspectos del "proceso". Los europeos por su parte, prefieren centrarse en las historias, en el conflicto de valores como la justicia, la igualdad o la honestidad, entre otros.

Pero ¿que relación tiene esto con la enseñanza del derecho, el tema que nos convoca?

Mucha, creo yo.

II. Cine y enseñanza del Derecho

Tradicionalmente el derecho se enseña a través del instrumento libro y con el arte de la palabra. La clase magistral tiene su encanto inigualable si "la canción" y "el intérprete" conjugan en ello. Fue la forma clásica de enseñar el derecho, así como el libro la herramienta. Es más, ni siquiera debería usar esta afirmación como pasado, pues la clase magistral es y seguirá siendo importante.

Pero creo que es necesario abrir las fronteras, en la forma y en el fondo, en la metodología y en las temáticas, en los proyectos y en las herramientas. Y aquí es donde el cine y su producto por antonomasia, las películas, son una herramienta poderosa para enseñar derecho.

Lo son no solamente por que en una producción de este tipo se toquen temáticas que podemos calificar como "jurídicas", que sería la razón lógica, sino que además, y aquí es donde quiero detenerme, existen dos poderosas razones (o tipos de razones) que justifican el uso de películas en clases de derecho: Las razones neurológicas, por un lado, y las razones de "mercado", por otra.

1. Las razones neurológicas

"Una imagen vale más que mil palabras", es un dicho popular, un aforismo que si bien es de antigua data, cobra gran fuerza en la actualidad, graficando la importancia de lo visual en nuestra sociedad. Y este fenómeno no es ajeno al tema de la educación.

La imagen, acompañada preferentemente por el sonido, constituye la forma masiva de comunicación hoy en día, en la sociedad de la información. La evolución de lo audiovisual supera con creces a lo que ocurre con el libro y la escritura, que tienden a mantenerse sin mayores variaciones. Hoy en día el cine y la televisión, y

en general los *massmedia*², los medios audiovisuales por excelencias, son transmisores de información y formadores de conocimiento, nos guste o no.

“Los medios de comunicación, cambiando el entorno, hacen surgir en nosotros relaciones únicas de percepción sensorial. La extensión de un sentido cualquiera transforma nuestra manera de actuar, nuestra manera de percibir el mundo. Cuando cambian estas relaciones, cambia el hombre”³.

Esto señalaba Marshall McLuhan, con toda claridad del impacto de la imagen en el ser humano, en términos físicos, psicológicos y conductuales.

Los estudios científicos de los últimos años (especialmente de neurolingüística) han puesto especial énfasis en la funcionalidad de ambos hemisferios del cerebro, tanto individual como integradamente.

En el hemisferio izquierdo radican las áreas específicas que rigen funciones como la lectura, escritura, el cálculo, la aritmética y la lógica, y las funciones ligadas al lenguaje y a la abstracción. Es el hemisferio con mayor sensibilidad para lo visual, considerado individualmente. Es el hemisferio dominante, intelectual, racional y analítico.

En el hemisferio derecho del cerebro radican las áreas específicas que rigen funciones como el reconocimiento inmediato de rostros, la distinción y el recuerdo de formas, la discriminación de acordes musicales, la reconstrucción mental de conjuntos a partir de sus fragmentos, y en general, rige las funciones espaciales, no verbales. Es el hemisferio emocional, intuitivo y creativo.

Según Roger W. Sperry, Premio Nobel de Fisiología y Medicina en 1981, los hemisferios derecho e izquierdo, “no solamente tratan de diferente manera la información sino que esta especialidad subtiende procesos mentales cualitativamente

2. Expresión anglosajona usada para referirse a los “medios de masa” o “medios masivos”, esto es, medios de comunicación que se caracterizan por ser accesibles a un gran número de usuarios. Entre ellos se cuentan la televisión, la radio, el cine, la prensa y los afiches, entre otros. Para profundizar, RÍOS ARIZA, José M. *“Medios de comunicación de masas. La prensa y la educación”*, en Cebrián De La Cerna, Manuel (Coord.), *Tecnologías de la información y las comunicaciones para la formación de docentes*, Madrid: Ediciones Pirámide, 2005.

3. Marshall McLuhan fue Director del Centro sobre Cultura y Tecnología de la Universidad de Toronto, Canadá. Literato, periodista, Doctor U. Cambridge. Autor de los conceptos “Aldea Global” y “El medio es el mensaje”. Citado en STINGO, Néstor. *“Psicopatología y Cine: El Impacto de la Imagen en el Proceso de Aprendizaje”*. Sitio Web DrWeb, URL: http://www.drwebsa.com.ar/drw/prof_mes/articulos/prof_mes/articulos/prof_mes_stingo_4_05.htm (26-08-07).

*diferentes. El hemisferio derecho prevalecerá en toda aproximación global, concreta y emocional a la realidad, mientras el hemisferio izquierdo sería preponderante en el pensamiento analítico y en la lógica formal*⁴.

Cuando realizamos la acción de lectura de un texto, y cuando vemos una película, estamos realizando dos operaciones totalmente distintas desde la perspectiva del proceso mental. Para leer un texto hace falta, por así decirlo, situarse por encima de él. La lectura se desarrolla en el tiempo. Es una operación analítica, doblemente abstracta: primero hay que hacer análisis gramatical y luego análisis lógico⁵.

Ver una obra audiovisual constituye un proceso distinto, es una experiencia sensorial, que abarca más sentidos en comparación a la acción de leer. Involucra las emociones, a través de las imágenes, de la historia, el soundtrack y las emociones que transmite. Una película normalmente hace que el espectador cree ideas a través de las emociones.

¿Significa esto entonces, como alguno de uds., pudiera estar pensando, que estoy tratando de decir que mi idea es reemplazar los libros por películas, o quizás que estoy queriendo decir que una obra audiovisual es un mejor instrumento educativo que libro?

Mi respuesta es NO a ambas hipótesis. Se aprende mucho de los libros, pero para ello es necesario que el profesor les dé vida.

Lo que quiero decir es que el cine es un muy buen aliado para el libro en la enseñanza del derecho. No es necesario reemplazarlo por una película, sino que ésta última es una vía para que el alumno acepte y comprenda de mejor forma las lecturas propias de esta carrera. Y para fundamentar esto vuelvo a la información neurológica relacionada con el séptimo arte.

El cine crea ideas a través de las emociones. El director siente una necesidad de transmitir, luego piensa de qué forma esto se concreta en el guión, y finalmente elige la toma y construye las secuencias que permitirán transmitir esos sentimientos e ideas. Los actores, la escenografía y los efectos especiales son el vehículo del director para transmitir las más diversas emociones.

4. Roger W. Sperry, Premio Nobel de Medicina en 1981, demostró la localización de varias funciones en los respectivos hemisferios cerebrales, sobre todo diversas capacidades cognitivas ubicadas en la mitad cerebral derecha, al contrario de la idea extendida de que la dominante era la mitad izquierda Citado en STINGO, Néstor. *Psicopatología... Op. cit.*

5. STINGO, Néstor. *Psicopatología... Op. cit.*

Si el espectador se emociona, el director habrá tenido éxito. La imagen crea ideas a través de emociones. Moviliza la sensibilidad y la intuición. Si vemos una cinta policial, no sólo vamos disfrutando cada segundo de esta, sino que un sentimiento visceral comienza a buscar culpables o a intuir el golpe de efecto que dará la película para sorprender al espectador. En palabras de Cebrián De La Cerna, *“la emoción es fundamental para establecer un proceso de acercamiento y de producción del conocimiento científico y tecnológico. En esencia, sería despertar emoción por el conocimiento, emoción por el saber...”*⁶

En el aula, utilizando como estímulo la película, se pone en juego la vista y el oído conjuntamente, además de un fuerte componente de percepción sensorial. Marín Díaz, en referencia a Domingo y Mesa, *“las imágenes son un medio potente a la hora de transmitir contenidos y conocimientos... el ser humano sólo capta un número limitado de los estímulos que le rodean, de ahí que la imagen sea entendida como un complemento a la palabra o el sonido”*.

Según P. Babin y M.F. Kouloudjian⁸, la comprensión o elaboración intelectual a partir del audiovisual se efectúa en cuatro fases:

- a. Se parte de un impacto provocado por la integración de la imagen y el sonido, un impacto que incide globalmente en la personalidad.
- b. El impacto produce un estado emocional, confuso, una sacudida sin contenido preciso, pero que pre-orienta la percepción o el conocimiento.
- c. Se elabora el sentido en un acto de comprensión a menudo de tipo asociativo del mensaje audiovisual.
- d. Se toma una distancia reflexiva y crítica mediante el análisis de la vivencia y la conceptualización.

¿Pero cómo encaja el libro aquí, junto al audiovisual, en la enseñanza del derecho? Le agregaría al esquema propuesto por los autores franceses un quinto eslabón, muy simple. Luego de ver “la” película elegida para un cierto tema y realizar una discusión reflexiva en torno a ella (que normalmente deja más preguntas que respuestas), presentamos al libro como una herramienta que permitirá profundizar los contenidos y aclarar las dudas que surgen en torno a la obra.

6. CEBRIÁN DE LA CERNA, Manuel. *“Video y educación I: Videos educativos versus videos didácticos”*, en *Tecnologías de la información... Op. cit.* p. 86.

7. MARÍN DÍAZ, Verónica. *“Comunicación mediada por tecnologías”*, en *Tecnologías de la información... Op. cit.* p. 46

8. BABIN, Pierre & KOULOUMDJIAN, Marie France. *Nuevas Maneras de Comprender*. Citado por DE OLIVEIRA SOARES, Ismar. Sitio Web Universidad de Sao Paulo. Brasil. URL: http://www.doe.uva.es/alfonso/web/forOliveira.htm#_ftn5 (06-06-07)

Una presentación "amigable", como se diría en jerga de diseño Web.

Así incentivamos la interacción de ambos hemisferios cerebrales, optimizando el proceso de aprendizaje. El cine suscita una respuesta activa de los alumnos en clase. Es necesario que las informaciones recibidas en el hemisferio derecho pasen al izquierdo a través de la comunicación, el diálogo y la confrontación para facilitar el pase de las emociones, a la reflexión y la racionalidad. De la fragmentación a la integración, según señala el Premio Nobel Sperry.

El audiovisual, medio motivador, masivo, se convierte en un recurso eficaz para el aprendizaje. Los siguientes datos, que surgen de un estudio elaborado por la Oficina de Estado de la Sociedad americana Socondy-Vacuum Oil Co. Studies, refuerzan esta idea y la tendencia actual.

Porcentajes de retención mnemónica.

Como aprendemos:

- 1 % mediante el gusto.
- 1,5 % mediante el tacto.
- 3,5 % mediante el olfato.
- 11 % mediante el oído.
- 83 % mediante la vista.

Porcentajes de los datos retenidos por los estudiantes.

- 10 % de lo que leen.
- 20 % de lo que escuchan.
- 30 % de lo que ven.
- 50 % de lo que ven y escuchan.
- 79 % de lo que dicen y discuten.
- 90 % de lo que dicen y luego realizan.

Datos retenidos de acuerdo al método de enseñanza.

	Datos retenidos Después de 3 hrs	Datos retenidos Después de 3 días
Solamente oral	70%	10%
Solamente visual	72%	20%
Oral y visual conjuntamente	85%	65%

Estos números reflejan y reafirman lo señalado anteriormente, sobre todo si pensamos en quienes conforman nuestro mercado: los alumnos.

2. Las razones de mercado

Cuando me refiero a “nuestro mercado”, los alumnos, no me estoy refiriendo a un concepto abstracto, sino a uno concreto, a “nuestros alumnos”, un grupo heterogéneo de jóvenes pero con un conjunto de características mas menos comunes, que nos permiten tener un perfil de ellos.

Los expertos en clasificar al ser humano desde la perspectiva de las ciencias sociales, dígase sociólogos, psicólogos o antropólogos, utilizan distintos criterios para cumplir este fin. Una de estas clasificaciones atiende al año de nacimiento y las características que este hecho supone entre quienes forman un grupo. Me refiero específicamente a las llamadas “generaciones”, como la Generación de los GI’s (soldados de la Segunda Guerra Mundial), que a su vez es parte de la llamada *The Great Generation* (Generación Mayor); luego tenemos la Generación Silenciosa, y sus hijos, los *Baby Boomers* (liberación femenina, explosión demográfica y el consumo), el grupo que cimentó el objetivo generacional como disciplina.

Los hijos de éstos, a su vez, constituyen la muy conocida Generación X, cuyo epílogo es la Generación Y, que a su vez es seguida por la Generación del Milenio. (Según William Strauss en el libro *“Millennials Rising: America’s Next Great Generation”*)⁹.

- a. La Generación X, nacidos entre 1961 y 1981, son cínicos y expertos en medios. Antes rebeldes, ahora son una gran fuerza económica; alienados, alternativos y sexies. Han sido mostrados en el cine en cintas como “Generación X” y “American Psycho”.
- b. Generación Y, nacidos entre 1976 y 1981, son un subconjunto de la generación X. Estilo retro positivo: baile con swing, rap, grandes bandas, vida al aire libre y gran acercamiento a la tecnología.
- c. La Generación del Milenio, nacidos entre 1982 y 2002, son expertos en tecnología y muy educados, multiculturales. Reciben bombardeos constantes de mensajes de los medios, acostumbrados al sexo y la violencia, tienen poder de compra, bailan música alegre, movida y contrastante.

Nuestro mercado, el de los alumnos que actualmente estudian derecho, y los que lo harán en los próximos años, son parte de estas dos últimas generaciones: La “Y” y “la del Milenio” (hay que especificar que algunos investigadores no comparten esta última subdivisión).

9. Citado en FONSECA, Julio A. *Conociendo a la Generación Y*. Sitio Web Collage Borrado, URL <http://oprla.collegeboard.com/ptorico/academia/diciembre03/conociendo.html> (28-08-07)

Nuestros alumnos viven en una sociedad bombardeados por la imagen y el sonido, han nacido con ellos y lo asimilan como parte natural y predominante de su cultura. Seguramente muchos de nosotros conocimos "El Señor de los Anillos" a través del maravilloso libro de J. R. R. Tolkien; ese con papel roneo e ilustraciones de Alan Lee. Ellos lo hicieron a través de la película de Peter Jackson, y seguramente muchos ni saben de la existencia de "El Hobbit". Fueron más los que vieron Harry Potter que los que lo leyeron. Son hijos del X-Box, el Game-Cube, la TV Cable y los Blog, y para ellos el Atari, el Sega, el cassette y casi hasta el VHS son prehistóricos. No juegan "Space Invaders" ni "Pac Man", sino que saltan y bailan en una máquina de juegos, quien sabe con que objetivos.

Los jóvenes respiran otra cultura. Su capacidad de concentración es baja si la comparamos con el modelo esperado por la civilización del libro.

El joven de la generación "Y" ha desarrollado más el lado derecho de su cerebro, aquél que, como vimos, se concentra más en lo creativo. El hemisferio izquierdo, el más desarrollado por parte de los "baby-boomers" y la generación "X", es el que se concentra más en la lógica.

Es por esto que, como lo señala el profesor uruguayo Dr. Julio Fonseca, antes la educación iba dirigida al hemisferio izquierdo. Leer resultaba estimulante. "Pero hoy en día, la educación sigue estimulando el lado izquierdo, cuando la generación Y está adiestrada con el hemisferio derecho. Ahí viene el choque"¹⁰. Y del choque, muchas veces pasamos al rechazo.

Este desarrollo del hemisferio derecho es producto, según el doctor Fonseca, de nuevos estímulos que no existían antes. "La educación compite hoy día con los X-Box, los Nintendo, el Internet, el VH1 y el MTV, todos ellos instrumentos que van dirigidos al hemisferio derecho del cerebro. Antes el único estímulo era la lectura, pero hoy la realidad es distinta"¹¹. Los jóvenes de la generación Y o de la del Milenio reciben demasiada información, pero muchas veces no logran articularla o fragmentarla.

Quienes nos dedicamos a la enseñanza debemos entender que para llegar a los jóvenes de la generación "Y" es necesario utilizar estrategias que vayan dirigidas a estimular el hemisferio derecho. No es que la lectura haya dejado de ser importante. La diferencia es que ahora, para que utilicen el lado izquierdo del cerebro, primero hay que haber estimulado el derecho.

Por lo mismo, una película que trate temas de interés para un académico del derecho puede constituir una importante herramienta para educar y disminuir el rechazo a la lectura.

10. FONSECA, Julio A. *Conociendo... Op. cit.*

11. FONSECA, Julio A. *Conociendo... Op. cit.*

Percibir el mundo a través del audiovisual —para Babin— conlleva una percepción multidimensional (las respuestas tienden a ser globales, sensorio motoras, emotivas). El audiovisual disminuye la polisemia añadiendo calor a la comunicación: el espectador, el alumno en nuestro caso, realiza menos esfuerzo, mientras el medio lo “engancha” más. La nueva realidad favorece el desarrollo de una forma de inteligencia que Babin designa como *tissular* (en la línea de la Inteligencia Emocional, de Daniel Goleman), en contraposición con la inteligencia geométrica o lógico _ matemática¹².

El joven de estas generaciones es un gran consumidor de cine, no por nada los estudios hollywoodenses hacen sus proyectos pensando en ellos, los “hijos del *pop corn*”. Porque no, entonces, aprovechar ese gusto y encausarlo académicamente. Las nuevas tendencias en educación buscan aprovechar los conocimientos previos adquiridos por el estudiante. Un joven consumidor habitual de cine, poseerá una gran cantidad, y quizás calidad, de conocimientos previos en esta materia. Si lo incentivamos, puede extraerlos y compartirlos con sus compañeros, y nosotros sólo tendremos que encausarlos para que los aprovechen académicamente.

III. Una par de experiencias al respecto

Quiero contar dos experiencias propias que me permiten reafirmar lo que he estado exponiendo estos minutos.

1. Videoteca para la Enseñanza del Derecho. Hace unos meses atrás, nuestra Escuela se adjudicó un proyecto de innovación a la docencia de la UC Temuco, destinado a crear una Videoteca compuesta por 40 o 50 producciones audiovisuales, entre películas, documentales, cortometrajes o reportajes, de cierta relevancia jurídica y que los profesores puedan usar en clases para ilustrar los contenidos comprendidos en sus programas.

La carta *gantt* del proyecto contemplaba una primera etapa consistente en la elaboración de una encuesta, en la que los profesores, ayudantes y alumnos consultados pudieran contar experiencias en el aula con material audiovisual y proponer películas u obras para comprar y conformar la videoteca.

15 días después de enviar la encuesta a 35 profesores, sólo 6 la devolvieron, aportando cerca de 25 nombres de películas. La mayoría la entregó a última hora.

A 4 días de haberles enviado la encuesta a alumnos y ayudantes (20 aproximadamente), 15 fueron devueltas, aportando en total más 70 nombres de

12. BABIN, Pierre & KOULOUMDJIAN, Marie France. *Nuevas Maneras de Comprender*. Citado por DE OLIVEIRA SOARES, Ismar... *Op. cit.*

filmes, cortometrajes y documentales, debidamente justificadas y relacionadas con las materias de clase.

Esto me demostró claramente el interés y conocimiento de los alumnos en el tema.

2. Introducción al Derecho y Teoría General del Derecho. El primer semestre del 2004 tuve a mi cargo el curso de Introducción al Derecho. Una de sus unidades contemplaba "Los rasgos distintivos del sistema jurídico".

Aquí, junto con los alumnos, revisamos los distintos elementos que, según los autores más destacados, permiten distinguir a un sistema normativo jurídico de otro sistema. Hart, Kelsen, Bobbio, Raz, entre otros fueron vistos por los estudiantes. Hubo muchas dificultades por parte de estos para comprender la diferencia entre el sistema normativo de la moral y el derecho, por ejemplo. Ocupamos cerca de 4 clases en ello, y las falencias se notaron en la prueba.

El primer semestre de este año, en la misma unidad, pero con otros alumnos, antes de revisar este tema en clase, proyecté a los alumnos un resumen de 40 minutos de la película "El Hombre Bicentenario", film basado en una novela de Isaac Asimov, y que cuenta la historia de un robot humanoide, que comienza un largo viaje, interno y externo, en busca de su reivindicación como ser humano. Para esto, decide adoptar una apariencia humana, con piel sintética y órganos artificiales, además de una natural conducta llena de sentimientos, afectos y defectos, propios del ser humano. Finalmente, Andrew (el personaje) concurre a una Corte de Justicia para que se le reconozca su calidad de ser humano. Aquí paramos el resumen y comenzó un riquísimo debate sobre esta decisión. ¿Debía Andrew ser calificado de ser humano? Para algunos su falta de órganos naturales, de piel o corazón humano le negaba tal calificación, pero otros recordaban la existencia de la clonación, de corazones o pulmones artificiales y piel sintética, usados exitosamente en seres humanos reales. Para algunos este androide tenía sentimientos humanos, como el amor, la compasión o la caridad, y defectos como celos y envidia, pero sus detractores en el curso decían que había sido programado para imitar estas emociones. En fin, luego de dos horas de debates no hubo consenso en cuanto a la situación de Andrew, pero si hubo una discusión de muy alto nivel sobre las características que determinan que un ser reciba el calificativo de "humano".

Luego de esta clase, entramos a la misma unidad (sistemas jurídicos). Repetimos la misma dinámica del caso "Andrew" pero con los elementos del sistema jurídico, y usando como material los textos leídos por los estudiantes, y la gran mayoría de ellos logró captar rápidamente lo que estábamos viendo, tomando de forma muy natural las opiniones de los autores como suyas. Si bien nuevamente no hubo consenso, ocupamos sólo una clase en esto, y el nivel de comprensión se vio bien reflejado en la evaluación respectiva.

IV. ¿Cómo lo hacemos?

Sin duda que esto no es tan fácil como llegar y proyectar una película a la clase. La cinta es una herramienta, pero no constituye la clase en sí, ni siquiera si estuviéramos en un curso exclusivo de Cine y Derecho. Acertadamente Martínez Sánchez señala que una incorporación precipitada e irreflexiva –de las TIC- conduce a crear, desde el primer momento, hábitos de uso que serán muy difíciles de modificar posteriormente¹³. Si el docente incluye el cine en el aula sin tener una idea clara del cómo y el porqué lo hace, contribuirá justamente a estos malos hábitos¹⁴.

Aunque en este texto no se profundizará sobre los aspectos metodológicos del uso del cine en el aula, creo que es necesario poner atención a ciertos puntos y utilizar un par de reglas:

- a. El académico debe preparar la clase considerando la cinta. Hay que saber elegir la película y/o la secuencia a utilizar, teniendo claro que quiero lograr con ello, cuales son mis objetivos distintivos a si no hubiese ocupado el film.
- b. No es estrictamente necesario ver una película completa. El profesor puede seleccionar escenas o secuencias, o saltar ciertas partes, sustituyéndolas por un breve relato que les de el contexto necesario. Además, las bondades del DVD permiten seleccionar escenas o adelantar y retroceder muy rápidamente.
- c. Se debe entregar un breve contexto a los alumnos sobre que se trata el film y para que la vamos a ver, salvo que queramos ocupar al “factor sorpresa”.
- d. Terminada esta, deben privilegiarse los aspectos emocionales que provoque la película en los alumnos, considerando lo dicho anteriormente respecto a los hemisferios cerebrales.
- e. Luego debe realizarse un análisis lógico, intelectual, racional de lo visto, dando una relación de lo visto en la película con los contenidos tratados o a tratar en el curso. Para esto último, tanto el Phillip’s 66 como el socrático parecen metodologías adecuadas para conseguir estos objetivos.

13. MARTÍNEZ SÁNCHEZ. Francisco. “Fundamentos pedagógicos de los medios audiovisuales en la educación”, en *Las nuevas tecnologías en la educación: Ponencias*. Santander: ICE, Universidad de Cantabria, 1992. p. 130.

14. Sobre la exacerbación de los medios tecnológicos en la educación, MALLAS CASAS, Santiago. “*Técnicas y recursos audiovisuales. Teoría y práctica*”. Barcelona: Oikus-Tau, 1997. p. 16 y ss.

V. Dificultades

Llevar a la práctica una idea como esta no esta ajena a dificultades. Significa en el fondo variar o alterar una forma clásica de hacer las cosas, que acarrea ciertos problemas específicos:

- a. No siempre existen a la mano los medios para ver una película. A diferencia de otros medios tecnológicos, la proyección de una película no tiene un reemplazante natural analógico que cumpla el mismo objetivo. Si queremos usar un power point y no tenemos computador o proyector multimedia, podemos usar papelógrafos y tendremos el mismo objetivo, algo mas lento, estático y no tan estético, pero con la misma información. Si no tenemos una sala equipada, o no contamos con el video, un sistema de audio, un proyector multimedia o un TV, no podremos ver una película.
- b. Si bien el cine tiene una amplia gama de temas tratados, es claro que no todos sus contenidos pueden relacionarse con materias de las estudiadas en las distintas asignaturas de la carrera de Derecho. En ramos como Teoría General del Derecho, Fuentes, Filosofía, Teoría del Estado o Derecho Procesal Penal, es relativamente fácil encontrar producciones que puedan servir como material educativo. Pero quizás en ramas como el Derecho Tributario, Administrativo o algunas áreas del Derecho Civil cuesta encontrar títulos que puedan utilizarse. No es que no existan, pero no se encuentran con tanta facilidad¹⁵.
- c. No es cosa de ver películas por ver. Hay que tener buen ojo en que películas se eligen y con que objetivo. Una mala elección puede ser tan nefasta como una clase mal preparada.
- d. La reticencia a usar medios tecnológicos por parte de los abogados no es nueva, ni propio de los colegas chilenos. Abogados y TIC es una ecuación que no siempre tiene buenos resultados.
- e. El cine chileno como industria y como producto lamentablemente está muy distante del norteamericano o europeo, por lo que la cantidad y calidad de películas que muestren nuestra realidad es muy menor. Eso nos lleva a seguir viendo juicios donde el Juez usa peluca y el jurado es quien decide.

15. En la enseñanza de la Historia, por ejemplo, FERNÁNDEZ SEBASTIÁN. Javier. *"Cine e historia en el aula"*. Madrid: Ediciones AKAL, 2005, posee un interesante punto de vista respecto al estudio del pasado en "el presente", y como el cine ayuda a esta contextualización, así como a motivar el estudio de la historia. La idea no parece lejana a los estudios de derecho, donde los alumnos deben mediar habitualmente con autores del "pasado", como Kant, Kelsen, Hart o Savigny, pero cuyas ideas siguen vigentes en "el presente".

Sergei M. Eisenstein¹⁶, gran realizador ruso, entregó a la cultura cinematográfica un riquísimo legado de películas y literatura especializada. Dejó muchas frases e ideas para la historia del cine y la cultura mundial.

“El Cine opera de la imagen a la emoción y de la emoción a la idea”

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CEBRIÁN DE LA CERNA, Manuel (Coord.). *“Tecnologías de la información y las comunicaciones para la formación de docentes”*, Madrid: Ediciones Pirámide, 2005.
- DE OLIVEIRA SOARES, Ismar. Sitio Web Universidad de Sao Paulo. Brasil. URL http://www.doe.uva.es/alfonso/web/forOliveira.htm#_ftn5.
- FERNÁNDEZ SEBASTIÁN, Javier. *“Cine e historia en el aula”*, Madrid: Ediciones AKAL, 2005.
- FONSECA, Julio A. *Conociendo a la Generación Y*. Sitio Web Collage Borrada, URL <http://oprla.collegeboard.com/ptorico/academia/diciembre03/conociendo.html>.
- ICE, Universidad de Cantabria. *“Las nuevas tecnologías en la educación. Ponencias”*, Universidad de Cantabria: Santander, 1992.
- MALLAS CASAS, Santiago. *“Técnicas y recursos audiovisuales. Teoría y práctica”*, Barcelona: Oikos-Tau, 1997.
- MARCO, Joaquín J. *El Teatro Filmado: Anatomía de un Asesinato*. Revista Caleidoscopio. URL <http://www.uch.ceu.es/caleidoscopio/numeros/tres/chimo.htm>.
- STINGO, Néstor. *Psicopatología y Cine: El Impacto de la Imagen en el Proceso de Aprendizaje*. Sitio Web DrWeb, URL http://www.drwebsa.com.ar/drw/prof_mes/articulos/prof_mes_stingo_4_05.htm.

16. Sergei M. Eisenstein, Moscú, 1898-1948, Director de “El Acorazado de Potemkin”, “Octubre” e “Iván, El Terrible”.

SENTENCIAS TRANSFORMADAS EN CASOS PEDAGÓGICOS. UNA HERRAMIENTA PARA ENSEÑAR ARGUMENTACIÓN EN LAS ESCUELAS DE DERECHO*

Scarlette Lagos Fuentes*

Resumen

La enseñanza del derecho actualmente requiere de prácticas pedagógicas que desarrollen las competencias específicas de los estudiantes de derecho. La competencia de elaborar y criticar argumentos jurídicos es una de las principales competencias específicas de la carrera de derecho y se propone su desarrollo, a través de las sentencias judiciales. Si bien existen distintas formas de trabajo pedagógico con las sentencias, se defenderá la tesis de que con la que denominaré análisis de sentencias como caso, la competencia en cuestión se logra en mayor grado.

Palabras claves: enseñanza del derecho, competencia, argumentación jurídica, análisis de sentencia.

* Este artículo es una adaptación de un trabajo presentado en el curso de postgrado en derecho, Título de Especialista en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, España, octubre de 2005, que fue posible gracias a una pasantía financiada por el proyecto "Mecesp: derecho e innovaciones pedagógicas. Un acercamiento necesario" UCT 0201

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Docente Universidad Católica de Temuco.

I. Introducción¹

El debate a nivel académico sobre la enseñanza del derecho da cuenta que se trata de un fenómeno que es objeto de permanente reflexión. Una de las críticas al modelo de enseñanza en el que se realizan clases en que el estudiante permanece inactivo y se le evalúa por su capacidad de reproducir lo dicho por el docente o los textos, es que no permite el desarrollo suficiente de las competencias esperadas para un abogado². Para resolver la cuestión de cómo se debe enseñar derecho, hay que considerar el estado actual de la sociedad y los requerimientos que ésta exige a dicha profesión. Como explica Peña nos encontramos en una situación de tránsito de la relación que con lo público debe tener el abogado donde “el problema que esta situación de tránsito plantea a la educación legal, es la necesidad de reorientar, hasta donde ello es posible, las orientaciones normativas (es decir, las directrices que inspiren a la enseñanza legal) y las destrezas de la profesión”³. Siguiendo al mismo autor actualmente el rol de los abogados consiste en velar por los intereses particulares de clientes o corporaciones a que se representa y esto revela la reorientación de destrezas a las que hace referencia⁴. Coincidente con el diagnóstico de Peña es la propuesta de Acuña⁵, quien al relatar la experiencia de la Universidad de Talca, distingue tres dominios en la formación de futuros abogados, a saber, representación judicial de intereses públicos y privados; representación extrajudicial de intereses públicos y privados; y, por último, asesoría jurídica de intereses públicos y privados. En este contexto la capacidad de construir y criticar argumentos jurídicos surge como la principal competencia que debe desarrollarse en las escuelas de derecho.

Uno de los puntos de partida para abordar la problemática de cómo se debe enseñar derecho actualmente, es que quienes se dedican a la academia exploren prácticas pedagógicas que permitan desarrollar las competencia que requieren los estudiantes de derecho de mejor manera, permaneciendo atentos, por un lado, a la reflexión de que la forma en que el derecho se enseña revela ciertas convicciones sobre los fenómenos jurídicos y, por otro lado, que estas prácticas pedagógicas deben reconocer la capacidad del estudiante de construir conocimiento.

1. Este trabajo es de corte autobiográfico.

2. Importantes intentos reformistas han tenido lugar en Latinoamérica, focalizados, principalmente, en la forma en que se enseña derecho. Ver PÉREZ PERDOMO, Rogelio. *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 184 a 198.

3. PEÑA, Carlos. “Notas sobre abogados y educación legal (Borrador para comentarios)”, en <http://islandia.law.yale.edu/sela/penas.pdf>. Fecha última consulta 18 de agosto de 2007.

4. Peña, en la obra citada, deja en evidencia el cambio que a lo largo de la historia ha tenido el rol del abogado, lo que de alguna manera ha tenido (o para algunos debería tener) incidencia en la malla curricular y en las orientaciones de las carreras de derecho.

5. ACUÑA, Marcela. “Desde el perfil profesional del abogado al diseño curricular: lineamientos generales en la construcción curricular en base a competencias” /en/ *Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco*, núm. 7 (2006) p. 161 a 163.

Este trabajo tiene por objetivo la propuesta de una práctica pedagógica de enseñanza, para el desarrollo de la competencia específica que deben desarrollar los estudiantes de derecho, de construir y criticar argumentos jurídicos, utilizando las sentencias judiciales. Se trata entonces de una práctica tendiente a fortalecer dicha competencia, para lo cual es necesario situar a los estudiantes en un escenario que permita la construcción de argumentos y su crítica o evaluación. Para esto se utilizarán, por su enorme valor, las sentencias judiciales. Sin perjuicio de que es valioso que los estudiantes sean capaces de analizar una sentencia ya construida (por ejemplo para una apelación), para el desarrollo de esta competencia, en mayor grado, parece más importante la capacidad de construir argumentos a partir de enunciados fácticos y jurídicos. Por lo mismo, esta propuesta pedagógica supone un trabajo de elaboración previa del académico, para mostrar a los estudiantes estos enunciados que extrae de las sentencias judiciales.

Esta propuesta de práctica pedagógica es así entonces general en dos sentidos, al basar su método en las sentencias judiciales permite trabajar cualquier asignatura del currículum y, por su objetivo, permite desarrollar en los estudiantes una competencia específica transversal del currículum.

El informe del Proyecto Tuning – América Latina, concebido como una instancia de reflexión sobre los sistemas de educación superior, señala que se aplicaron encuestas para determinar cuáles son las competencias que los operadores del sistema consideran de mayor relevancia en un abogado y que, por lo mismo, deberían formar parte de su enseñanza. Resultó que la capacidad de razonar y argumentar jurídicamente se observa como la competencia específica más importante que deben desarrollar los estudiantes de derecho⁶ y, al respecto, se reflexiona sobre una posible lectura de esta prioridad “una señal de alerta respecto de la concepción tradicional en la enseñanza del Derecho, caracterizada por un énfasis exacerbado en la retención de información jurídica supuestamente relevante”⁷. Al referirse a la competencia específica en cuestión señala que “revela una fuerte valoración del rol como abogado del profesional que facilita la solución de problemas jurídicos”⁸.

En lo que sigue analizaré los fundamentos de elegir las sentencias judiciales como herramienta pedagógica para trabajar la competencia de construir y criticar argumentos jurídicos; luego, distinguiré, al menos, dos formas de trabajo con éstas, a través de lo que he denominado *análisis de la sentencia como texto* y *análisis de la sentencia como caso*; posteriormente defenderé la tesis que, a través de la segunda modalidad señalada, la competencia señalada, se desarrolla en mayor grado.

6. BENITONE, Pablo; ESQUETINI, GONZÁLEZ, Julia. et.al. (editores) “*Reflexiones y perspectivas de la educación Superior en América Latina. Informe final-Proyecto Tuning – América Latina 2004-2007*.” Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2007, p. 123.

7. *Ibid*, 125.

8. *Ibid*, 125.

II. La sentencia como herramienta pedagógica para el desarrollo de la competencia de construir y argumentar jurídicamente

La competencia de construir y criticar argumentos jurídicos se trata de una competencia específica de la carrera de derecho. Las competencias específicas “son aquellas que reflejan el desempeño propio de cada profesión o de cada programa de formación”⁹. Esta competencia es compleja ya que involucra un conjunto de conocimientos que son necesarios en el estudiante, Atienza identifica cuatro elementos comunes al momento de identificar una argumentación “1. Argumentar es siempre una acción relativa a un lenguaje (...) 2. Una argumentación (...) presupone siempre un problema, una cuestión (...) 3. Hay dos formas características de ver la argumentación: como un proceso (...) (la actividad de argumentar) y como el producto (...) (... los argumentos) (...) 4. Finalmente, argumentar es una actividad racional no sólo en el sentido de que es una actividad dirigida a un fin, sino en el de que siempre hay criterios para evaluar una argumentación”¹⁰. Por esta última afirmación, el estudiante de derecho no sólo debe lograr elaborar argumentos jurídicos, si no también debe ser capaz de identificar buenos y malos argumentos.

No es plausible pretender que el estudiante intente potenciar la competencia en cuestión por la sola repetición de textos con carácter argumentativo en las distintas asignaturas del currículum. Para lograr su desarrollo existen distintas vías, ya que como advierte Coloma¹¹ al referirse a las competencias, éstas admiten graduación, por lo tanto, no podemos exigir un igual grado de cumplimiento al estudiante de primer año y al de cuarto y, tampoco, podemos pretender que todos los alumnos de cuarto año la tengan desarrollada de igual forma.

Esta competencia puede enseñarse a través de la decisión de impartir un curso sobre argumentación jurídica, pero tomando en consideración que la tendencia actual es reducir el currículum, no se observa la viabilidad de esta propuesta. Puede dictarse un curso con carácter de electivo, pero estamos ante lo que se ha advertido es una de las principales competencias específicas a desarrollar en la carrera de derecho, por lo que no se puede dejar su estudio a unos pocos. Otras formas plausibles es recurrir a monografías, trabajos de investigación, debates o resolución de casos ficticios. Sin embargo, en este trabajo me centraré en su desarrollo a través del análisis de las sentencias judiciales.

9. Modelo Educativo UC Temuco Principios y Lineamientos. Chile: Impresión Alfabeto Artes Gráficas, 2007, p. 27.

10. ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel, 2006, 72 a 76.

11. COLOMA, Rodrigo. “Hacia una enseñanza del derecho efectiva” /en/ Revista de Derecho Universidad Católica de Temuco, núm. 7 (2006), p. 129.

Las sentencias judiciales tienen un gran valor. Permiten estudiar los casos emblemáticos de cada país, se pueden revisar sentencias de otros países, se pueden tomar fallos actuales para acercar la actualidad jurídica al estudiante, al comparar sentencias podemos dejar en evidencia las vacilaciones de los tribunales ante problemas de interpretación de normas o bien de validez de ciertos enunciados con pretensiones normativas, al comparar sentencias de distintos países es posible analizar las diferencias de los ordenamientos jurídicos involucrados, etc.

Por otro lado, las sentencias pueden utilizarse en la enseñanza de cualquier asignatura del currículum y, mejor aún, permiten vincular distintas áreas del derecho. Es una crítica recurrente en la enseñanza del derecho de los países de derecho continental la rigidez del estudio por áreas del derecho, cuestión que dificulta la comprensión general de los problemas jurídicos. En España, lo advierte Pérez Lledó al señalar que la enseñanza del derecho estaría fraccionada: "Mi problema con ese enfoque tan desintegrado del derecho y su enseñanza es cuestión de grado. Por supuesto que, por la misma voluminosidad del Derecho contemporáneo antes apuntada, un buen grado de especialización resulta inevitable. Pero lo que tenemos es sencillamente exagerado"¹².

Desde la práctica de la docencia jurídica, es posible describir, en términos generales, al menos dos formas de trabajo pedagógico con sentencias para el desarrollo de la competencia de construir y criticar argumentos jurídicos. La primera, que denominaré *análisis de la sentencia como texto*, en donde los estudiantes a partir de la sentencia, identifican, reconstruyen y/o critican los argumentos de cada uno de los intervinientes en el juicio (partes o juez) o bien, sólo de la función de adjudicación; y, la segunda, que denominaré *análisis de la sentencia como caso pedagógico*, a partir de la cual se entregan a los estudiantes, de una manera descriptiva, los enunciados fácticos y/o jurídicos para que construyan la argumentación de las partes en litigio y/o del juez¹³.

Para la elección de la sentencia se deben tomar en consideración los objetivos planteados por el docente, la asignatura en la cual se pretende desarrollar la actividad, los contenidos que se estén revisando y el grado de avance curricular de los estudiantes del curso, entre otras cuestiones. Por ejemplo, si queremos desarrollar la competencia de construir, evaluar y criticar argumentos jurídicos aplicando el *análisis de la sentencia como texto*, se debe velar porque la sentencia sea de fácil comprensión; que contenga alguna variedad de argumentos bien contruidos y malos argumentos;

12. PEREZ LLEDÓ, Juan. "Teoría y práctica de la enseñanza del derecho" /en/ Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 6 (2002) p. 202.

13. La denominación de las partes cambiará dependiendo del contexto: puede ser demandante – demandado; fiscal – defensor; recurrente - recurrido, etc.

que su contenido despierte el interés del estudiante, ya sea por su relevancia jurídico-social o por la resolución de pugna entre normas, principios de derecho o derechos fundamentales. Por otro lado, si se quiere desarrollar la capacidad de relacionar distintas áreas del derecho, la sentencia debe contener los vínculos necesarios.

III. Análisis de la sentencia como texto

Podría coincidir con lo que se conoce como el "método del caso" o "*case method*" propio de la enseñanza del derecho en Estados Unidos. Este método tiene sus orígenes en Christopher Columbus Langdell, jurista y decano de la Escuela de Derecho de Harvard quien propone un modelo de enseñanza basado en casos judiciales. "(...) sus propuestas (...) encontraron en un primer momento una gran oposición, pero a principios del siglo XX se habían impuesto en todas las principales Escuelas de Derecho de los Estados Unidos y se han utilizado hasta la actualidad"¹⁴.

Pese a su éxito en su momento en Estado Unidos¹⁵, cabe cuestionarse sobre la pertinencia de su réplica en Chile. Sin duda que de hecho puede emplearse y en ocasiones puede resultar útil y permitir un avance respecto a la "clase magistral". También es posible advertir la ventaja que los estudiantes conozcan los fallos, desde un punto de vista empírico, cuestión importante sobre todo en los primeros años de la carrera.

La pregunta de fondo, si queremos comparar las formas de trabajo con sentencias acá propuestas es ¿permite el *análisis de la sentencia como texto* desarrollar de mejor manera la competencia de construir, evaluar y criticar argumentos jurídicos que el *análisis de la sentencia como caso*? Como puede observarse es una cuestión de grado. Y acá sostendré que la segunda forma de enfrentar una sentencia contribuye, en mayor grado, al desarrollo de la competencia en cuestión.

14. PEÑUELAS I REIXACH, Lluís. La docencia y el aprendizaje del derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado. Madrid; Marcial Pons, 1996, p. 49 y50.

15. Escaparía a los objetos de este trabajo abordar el tema, pero este método ha sido objeto de críticas. Para ver los aportes de distintos personajes en la educación legal en Estados Unidos ver TWINING, William. "Pericles and the Plumber" /en/ ID. Law in context. Oxford: Clarendon Press, 1997.

Para fundamentar que el *análisis de la sentencia como texto* contribuye, en menor grado, al desarrollo de la competencia argumentativa no basta la sola constatación de que estamos ante dos sistemas jurídicos distintos (anglosajón y continental) Una crítica más fuerte es aquella que sostiene que este método es, en algún sentido, formalista. Pérez Lledó advierte este formalismo en al menos dos sentidos. Por una parte “el estudio de sentencias judiciales concretas no es más que la vía para extraer y construir, a partir de ese material en bruto y desordenado, un sistema lógicamente consistente de principios y doctrinas generales” y, por otra parte, “aislaba herméticamente el estudio del derecho tanto respecto “del sucio mundo del ejercicio profesional” como de las demás disciplinas sociales”¹⁶. Esta advertencia puede resultar contraproducente con la competencia que se debe desarrollar a nivel de pregrado, se estaría encubriendo con el nombre de análisis de sentencias lo mismo que se señala es el mal de hoy. La forma no es demasiado innovadora, sólo agrega un paso previo, que en algún sentido ayudaría al desarrollo de la competencia, pero en menor grado, como mostraré, que aquella con la que se está actualmente comparando.

Antes de avanzar es necesario efectuar una precisión. En el caso de *análisis de la sentencia como texto*, podemos encontrar dos variantes. Por una parte, es posible utilizar la sentencia judicial como insumo pedagógico para que los estudiantes identifiquen y critiquen los argumentos de las partes y, por otra parte, puede utilizarse para criticar la justificación de la sentencia o la postura de alguna de las partes. La segunda modalidad señalada desarrolla la competencia, a su vez, en mayor grado que la primera, ya que en el primer caso se parte de la base de argumentos ya entregados en la propia sentencia, que pueden condicionar fuertemente la construcción del estudiante, cuestión que no ocurre en el segundo supuesto, en que podríamos encontrar un mayor grado de construcción de argumentos.

Volviendo al *análisis de la sentencia como texto* en general, otra razón para determinar su menor eficiencia dice relación con el recurso tiempo, que debe ser considerado en la carga académica de los estudiantes y en la distribución del tiempo que el docente asigne al interior de la cátedra. Las sentencias judiciales pueden contener información irrelevante que dificulte su lectura o comprensión, lo que puede convertir a esta metodología en poco viable para ser aplicada constantemente en una asignatura.

16. PEREZ LLEDÓ, Juan. “La enseñanza del derecho en estados Unidos” /en/ DOXA, 1992. http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/doxa/02417288433804617422202/cuaderno12/doxa12_02.pdf
Fecha última consulta 20 de agosto de 2007.

IV. Análisis de la sentencia como caso

Esta propuesta está formulada a partir de ciertas ideas de los actuales modelos enseñanza. Watzlawick, refiriéndose a la distinción entre percepción y atribución de sentido como base del constructivismo radical señala “volvamos a la subdivisión en la que tenemos, primero, la percepción directa por la vía de los órganos sensoriales y, consiguientemente, la atribución de sentido, de significación y de valor a esa percepción. La realidad de primer orden sería, pues, la percepción directa. La realidad de segundo orden es la atribución de sentido y de valor”¹⁷ Es por esto que para la elaboración de esta propuesta parto del supuesto que el foco de atención está en quién debe construir el conocimiento, en quien debe atribuir sentido en el proceso enseñanza – aprendizaje. Por lo mismo, el énfasis está puesto en el aprendizaje significativo y centrado en el estudiante¹⁸.

Al entender al docente como un mediador entre el conocimiento y los estudiantes, la forma en que el docente plantee dicho conocimiento puede verse como un medio para que los estudiantes alcancen el resultado esperado y, por lo mismo, la efectividad de ese medio, en este caso, se puede evaluar en consideración al mayor o menor desarrollo de la competencia de construir y criticar argumentos jurídicos. En consecuencia, una propuesta de desarrollo, en mayor grado de esta competencia debe evitar que sólo sirva para reconstruir normas y principios o que aisle el derecho del mundo judicial o de otras disciplinas.

El *análisis de la sentencia como caso* supone que a los estudiantes sólo se les describan los enunciados fácticos, o bien, se agregue a esta descripción un listado de normas y principios que pueden estar involucrados en la resolución del problema. En este último caso la atención debe estar centrada en la estructura argumentativa que se genere a partir de estas normas y principios.

Por otro lado, la fortaleza de esta forma de trabajo, está en acercar a los estudiantes a lo que será el ejercicio de su profesión. En el ejercicio de la profesión de abogados, éstos conocerán hechos que serán relatados por personas y deberán generar, a partir de eso una argumentación de la teoría del caso. Al contrastar sus

17. WATZLAWICK, Paul. El sinsentido del sentido o el sentido del sentido. Barcelona: Editorial Herder, 1995, p. 55.

18. Que corresponde al segundo eje del modelo educativo propuesto por la UC Temuco. Ver Modelo Educativo UC Temuco Principios y Lineamientos. Chile: Impresión Alfabeto Artes Gráficas, 2007, p. 32 a 35. Que hace mención los principios más importantes para el logro del aprendizaje significativo y centrado en el estudiante, el de la construcción de conocimiento, de contextualización sociocultural de la información, de actividad, del trabajo cooperativo y de la evaluación integrada.

argumentaciones con las decisiones judiciales vinculadas a los hechos que, a partir de esta forma de trabajo se propone, podrá reflexionarse a su vez, sobre la forma en que los jueces deciden.

A través de un ejemplo es posible observar cómo puede desarrollarse una actividad concreta de trabajo con *el análisis de sentencia como caso*. Para esta metodología de enseñanza es necesario distinguir previamente entre el rol del docente y el rol del estudiante. Nos centraremos en el rol del docente y en las distintas fases de su trabajo. Primera fase: la formulación de objetivos; segunda fase, la elección de la sentencia a transformar en caso; tercera fase, el diseño de la actividad pedagógica; cuarta fase, ejecución de la actividad y; quinta fase, su evaluación.

Primera fase: la formulación de objetivos. Para el diseño de la actividad, en primer término, es necesario formular los objetivos¹⁹. El (o los) objetivo conceptual debe relacionarse con los contenidos que actualmente estén siendo revisados en la respectiva cátedra. *Ejemplo: Comprender la igualdad de trato*. Esto no obsta a que el caso contenga normas o principios vinculados a conceptos previos o relacionados con otras áreas del derecho. *Ejemplo: Comprender la igualdad de trato en el caso de los discapacitados*. En esta metodología el (o los) objetivo de procedimiento debe vincularse con la competencia de argumentar en juicio. *Ejemplo: Construir argumentos jurídicos*. Por último, el (o los) objetivo actitudinal, puede centrarse en el desarrollo del trabajo colaborativo entre los integrantes de un grupo, lo que a su vez sirve para incentivar el debate entre los que deben asumir el mismo rol. La importancia de la clara formulación de objetivos está en que la evaluación al estudiante debe estar en estrecha relación con ellos.

Segunda fase: la elección de la sentencia a transformar en caso. Ejemplificaremos con una sentencia del Tribunal Constitucional español RTC 1994/215 de 14 de julio. La elección de esta sentencia para efectos de este trabajo se fundamenta en que no se trata de un caso claro, al existir principios involucrados, la diferente ponderación de ellos puede llevar a conclusiones distintas; por lo mismo, es rica en cuanto a la creación y valoración de argumentos y, por último, permite abrir el debate sobre temas no legislados en Chile. Para su transformación en caso pedagógico es necesario que el docente extraiga de ella sus aspectos fundamentales, dentro de lo cual es posible advertir dos formas, sin perjuicio de la existencia de otras más: extracción de los enunciados fácticos o extracción de éstos e indicación de algunas normas y principios aplicables al caso concreto.

19. Siguiendo la trilogía de los programas de derecho de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco, serían conceptuales, de procedimiento y actitudinales.

En el primer supuesto una relación breve de hechos sería: *María José y José María son padres de Flor Hortensia, de 18 años de edad, quien padece de síndrome de Down. Estos padres se encuentran preocupados porque, si bien cuidan adecuadamente de su hija, temen que pueda embarazarse y desean esterilizarla, ligándole las trompas de falopio.*

Si queremos añadir normas y principios en pugna podríamos señalar las siguientes²⁰, pertenecientes al ordenamiento jurídico español. El artículo 1 de la Declaración de los derechos generales y específicos de los retrasados mentales, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de diciembre de 1971, señala *“la persona mentalmente retrasada tiene básicamente los mismos derechos que los demás ciudadanos pertenecientes a su mismo país y a su misma edad”* ... *“la persona retrasada mentalmente tiene, por encima de todos los demás, el derecho a ser respetada”* La Constitución Política señala que *“todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso puedan ser sometidos a tratos inhumanos o degradantes”* El Código Penal español, señala: *“Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquella haya sido autorizada por el juez, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”*. Se pueden dar más antecedentes para la construcción de la mayor cantidad de argumentos posibles como, por ejemplo que el Código Penal español, a diferencia del chileno, permite el aborto en el caso de que la mujer haya sido víctima de violación. Existe delito de violación si se mantienen relaciones sexuales con una persona mentalmente discapacitada, abusando de su condición. Así mismo, para mejorar la calidad de los argumentos se podrán dar lecturas sobre teoría de la argumentación.

Tercera fase: el diseño de la actividad pedagógica. Las variantes pueden ser muchas, por lo que el docente debe ir tomando decisiones que vayan en relación con los objetivos que se haya planteado, por lo que sólo enunciare algunas. Trabajar de manera grupal o individual. Es coherente con el objetivo es fomentar el trabajo colaborativo el trabajo en grupo. Un grupo puede asumir el rol de abogados de los padres. Los integrantes del grupo pueden ser designados por el profesor o por los propios alumnos²¹. Se puede exigir la presentación de una solicitud escrita destinada al juez que se entregará a otro grupo de estudiantes, quienes serán los encargados de

20. Esto puede omitirse sobre todo si se incluye como objetivo la adecuada búsqueda de información, otra cuestión relevante en la formación del abogado, pero deberá concederse el tiempo para ir a las fuentes.

21. En el primer caso se encuentra la ventaja de la similitud al trabajo profesional, en que normalmente no se elige con quien se trabaja, en el segundo, la ventaja es que existen grupos de alumnos que durante la carrera se complementan en este tipo de trabajo, optimizando así las potencialidades de cada estudiante.

resolver la solicitud, con especial indicación de rechazarla por escrito debido a que se estima inconstitucional²². Si uno de los objetivos está centrado en el desarrollo de la expresión oral de los estudiantes se puede optar por un plenario o la simulación de un juicio oral para la exposición de los argumentos. En el plenario al profesor le corresponde actuar de moderador e instará a abrir el debate entre conclusiones distintas. En la simulación de juicio el profesor tiene un rol pasivo hasta su término y puede optarse por la incorporación de un tercer grupo de estudiantes que asuma el rol del Tribunal Constitucional, quienes decidirán y justificarán su sentencia. Este grupo debe escuchar los alegatos orales que planteen las partes y redactar una sentencia escrita.

Cuarta fase: ejecución de la actividad. Una vez que el docente ha adoptado las decisiones en el diseño de la actividad, se ejecución exige la entrega de instrucciones claras, asignación de tiempo y pautas de evaluación. El rol, más o menos activo del docente, durante su ejecución dependerá de las elecciones que hubiese hecho con anterioridad.

Quinta fase: la evaluación. La evaluación de esta clase de actividades debe ser fundamentada. Para esto puede utilizarse la técnica del comentario de aciertos y desaciertos al término del desarrollo de la actividad, o bien, justificar cada una de las atribuciones de puntaje conforme a las pautas de evaluación que fueron entregadas a los estudiantes. Esta última forma es más conveniente, debido a que el estudiante cuenta con un informe escrito de su desempeño, que puede serle de gran utilidad para el desarrollo de una actividad semejante.

Tomando en consideración los objetivos planteados y una actividad basada en la simulación de un juicio oral, la pauta de evaluación puede ser la siguiente, la mayor o menor especificación de los aspectos a evaluar, depende de cada profesor:

22. El grupo debe ser formado con el mismo criterio utilizado para la selección del primer grupo.

Teoría del caso

Elaboración de una teoría del caso _____/10

Capacidad para detectar los aspectos jurídicos relevantes del caso relacionados con las materias revisadas de acuerdo al programa de estudios _____/10

Capacidad de relación de las distintas normas y principios que componen el ordenamiento jurídico estudiado _____/10

Subtotal _____/30

Expresión oral

Uso adecuado del lenguaje, tono de voz y entonaciones adecuadas. _____/10

Postura corporal adecuada. _____/10

Subtotal _____/20

Argumentación jurídica

Construcción adecuada de argumentos jurídicos (pueden especificarse qué clase de argumentos se exige elaborar) _____/20

Capacidad de reacción frente a la argumentación desconocida que plantea la contraparte. _____/20

Subtotal _____/40

Trabajo en equipo

Trabajo colaborativo que se observará en el dominio del caso que cada cual demuestre y en el respeto recíproco al interior del mismo grupo y en su relación con los otros _____/10

Subtotal _____/10

Total de la evaluación _____/100

SENTENCIAS TRANSFORMADAS EN CASOS PEDAGÓGICOS
UNA HERRAMIENTA PARA ENSEÑAR ARGUMENTACIÓN EN LAS ESCUELAS DE DERECHO

Respecto a los estudiantes que simulan el rol de Tribunal Constitucional, la pauta a aplicar puede ser la siguiente:

Durante el desarrollo de las alegaciones de las partes

Actitud de escucha activa. ___/10

Capacidad de comprender las alegaciones de las partes (debe entonces facultarse para realizar preguntas aclaratorias, si es necesario). ___/10

Subtotal ___/20

Sentencia

Cumplimiento de aspectos formales. Partes de la sentencia. ___/10

Ortografía y redacción. ___/10

Subtotal ___/20

Argumentación jurídica

Capacidad de síntesis de los argumentos planteados por las partes ___/10

Argumentación de por qué se desechan determinados argumentos ___/15

Argumentación de por qué se consideran determinados argumentos ___/15

Construcción adecuada de argumentos propios del tribunal ___/20

Subtotal ___/60

Total de la evaluación ___/100

Para enriquecer la actividad, al término de ella, el profesor puede efectuar un proceso de retroalimentación, destacando y analizando los buenos argumentos, corregir los deficientes, elevar el nivel del debate incluyendo argumentos no considerados por los estudiantes. Con la entrega a los estudiantes, de la sentencia en cual se basa el caso, éstos conocen cómo es que efectivamente fallan los jueces.

Para la evaluación de la actividad propiamente tal, aparte de la retroalimentación que el profesor puede obtener de sus estudiantes, se sugiere que maneje un esquema argumentativo de la sentencia. De esta manera podrá hacerse cargo de mejor forma de los errores y aciertos de sus estudiantes y detectar con mayor facilidad la omisión de determinados argumentos. De la misma manera, podría servir para detectar qué tipos de argumentos son los que presentan mayores dificultades para su elaboración por parte de los estudiantes y así reforzarlos en ese sentido.

V. Conclusiones

En el *análisis de sentencias como caso* la primera aproximación del fallo corresponde al académico y su texto es conocido por el alumno al término de la actividad, cuando es mayor su grado de familiarización con los temas debatidos. No se trata ésta de una medida paternalista, puesto que por lo que se vela es por la no contaminación de los estudiantes con argumentos ya propuestos por otros, el mayor grado de desarrollo de la competencia de elaborar argumentos jurídicos supone que el estudiante lo logre sólo con los hechos, o bien, agregando las normas y principios aplicables.

En el *análisis de sentencias como caso* aumenta el tiempo que el docente debe destinar a la elaboración de la actividad, por eso el tiempo destinado a la administración de la docencia debe, sin duda, aumentarse si se pretende exigir al profesor que incluya métodos de aprendizaje como el descrito.

Con el modelo propuesto es el académico quien conduce a los estudiantes a los aspectos del caso que quiere sean analizados, dejando de lado las cuestiones que para sus objetivos sean irrelevantes. Con esto se optimiza el tiempo que los estudiantes deben invertir en abordar cada caso.

Este tipo de prácticas pedagógicas supone la profesionalización de la labor del docente, así conocimientos sobre Teoría General de Derecho, Argumentación Jurídica, Lógica Jurídica, Filosofía del Derecho y Educación, por mencionar algunos, se vuelven necesarios de manera independiente a los conocimientos de la disciplina específica que se enseña.

Analizando la sentencia como caso se logra un mayor grado de desarrollo de la competencia de elaborar y criticar argumentos jurídicos, porque es el estudiante quien primeramente los construye y debe criticar los argumentos contruidos por otro. Por otro lado, será la forma normal con la que tomará contacto con el derecho en el ejercicio de la profesión, escuchará el relato de hechos que calificará jurídicamente y argumentará aquella calificación en defensa de los intereses de su representado. Además, al reconocer en el estudiante la capacidad de construir conocimiento, el docente debe valorar la elaboración de argumentos o críticas no previstas por él o formas de abordar los casos distinta a la sostenida por el juez, que incluso pueden llegar a ser más plausibles.

Se ha señalado que se escoge el *análisis de la sentencia como caso* al desarrollar en mayor grado la competencia de construir y criticar argumentos jurídicos, por lo que las otras prácticas pedagógicas con sentencias judiciales descritas no son excluyentes.

Reglas para los autores

1. La Revista publica artículos originales que se encuentren escritos en lengua española. También publica reseñas y comentarios de monografías, libros o jurisprudencia. Sin perjuicio de lo anterior, excepcionalmente se podrán publicar: a) artículos en otras lenguas de autores de gran renombre; b) artículos que no son de reciente publicación o que no son de fácil acceso y cuya conservación o reedición represente un considerable aporte a la ciencia jurídica nacional; y c) artículos que no siendo inéditos, sirvan como tema central para un determinado número de la Revista a fin de encausar la discusión y el debate.
2. Los manuscritos pueden ser presentados en cualquier época del año. Sólo se comenzará con el proceso de evaluación de los trabajos una vez cumplidas las reglas que a continuación se detallan.
3. Las colaboraciones deberán ser enviadas a la Dirección de la Revista y no serán devueltas. El envío debe ser realizado a Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, casilla 15 D, Temuco, Chile, acompañado de una copia electrónica en disquete o CD, para ser leídas en computador PC (Word para Windows), o bien a la dirección electrónica de la revista: revidere@uctemuco.cl.
4. Las colaboraciones se presentarán redactadas a doble espacio, en página tamaño carta por un solo lado, letra Times New Roman, tamaño 12. La extensión recomendada de los artículos es entre 15 y 25 páginas. En ningún caso se aceptarán trabajos que superen el límite de 50 páginas.
5. Las citas bibliográficas y las notas al texto deberán ser construidas de la manera que a continuación se indica.

a) Para citar un libro: El apellido(s) con mayúscula y el nombre con minúscula (salvo la primera letra). En caso de que esté extendido el uso de la inicial en lugar del nombre completo, también podrá ser utilizado (Ejemplo: HART, H. L. A.). Si son varios los autores se colocará el nombre de hasta tres de ellos. Si se excede de ese número, a continuación del nombre del tercer autor se incluirá la expresión *et. al.* Luego de un punto se coloca el título del libro en cursiva. Enseguida y luego de un punto, el volumen o tomo (si procede). A continuación y seguido de un punto, el número de edición o reimpresión (si procede). Luego, el lugar de edición. Después y luego de 2 puntos (:) el nombre de la Editorial. Finalmente, el año de edición. Si se trata de una traducción, se debe indicar el autor de la traducción y el título en el idioma original. Se debe indicar, además, el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. Derecho de sucesiones. Tomo III. Barcelona: Bosch, 1994, p. 110.

b) Para citar un artículo: El apellido(s) con mayúscula y el nombre con minúscula (salvo la primera letra). En caso de que esté extendido el uso de la inicial en lugar del nombre completo, también podrá ser utilizado (Ejemplo: HART, H. L. A.). Si son varios los autores se colocará el nombre de hasta tres de ellos. Si se excede de ese número, a continuación del nombre del tercer autor se incluirá la expresión *et. al.* Luego de un punto, se pone el título del artículo entre comillas. Enseguida, tras la preposición */en/*, el nombre de la Revista en cursiva. A continuación, el volumen, número y año de publicación; o número y año; o volumen y año, dependiendo de la Revista que se cite. Finalmente, se debe indicar, además, el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: VALLE, Aldo. "El saber jurídico: Recuerdo o diálogo", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, num. 20 (2002), p. 364.

c) Para citar colaboraciones en una obra colectiva: El apellido(s) con mayúscula y el nombre con minúscula (salvo la primera letra). En caso de que esté extendido el uso de la inicial en lugar del nombre completo, también podrá ser utilizado (Ejemplo: HART, H. L. A.). Si son varios los autores se colocará el nombre de hasta tres de ellos. Si se excede de ese número, a continuación del nombre del tercer autor se incluirá la expresión *et. al.* Luego de un punto, el título del trabajo entre comillas y tras la preposición */en/* el apellido(s) y el nombre en minúscula salvo la primera letra que deberá ser en mayúscula, del (o de los) editor(es) o coordinador(es), indicando esa calidad entre paréntesis. Enseguida de un punto, el título de la obra principal, en cursiva. A continuación –luego de un punto– el lugar de edición, editorial y fecha de edición para las obras colectivas, y el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: GÓMEZ CALERO, José. "Especialidades más relevantes de la contratación mercantil", en Jiménez, Guillermo (Coord.), *Derecho mercantil*, Vol. II, 2a ed., Ariel, Barcelona, 1992, pp. 245-293.

6. La Revista no devolverá la documentación enviada sea ésta impresa o digital, ni proporcionará información respecto del estado de evaluación de los artículos antes de cumplido el plazo respectivo. Sin embargo, todas las observaciones o correcciones que se propusieren serán corroboradas con el autor. Luego de revisados los trabajos recibidos y, en su caso, de subsanadas por el autor las observaciones que se hicieran en el proceso de revisión, se procederá a su publicación en el plazo más breve posible
7. La Revista acepta el envío de reseñas de libros recientes. Las reseñas deben ser inéditas y están exentas del proceso de revisión por expertos académicos, recayendo en el Director y/o Comité Editorial de la Revista la decisión de publicarlas o no. El plazo establecido para notificar al autor de esta decisión es de 3 meses. El Director de la Revista está facultado para solicitar expresamente reseñas. La extensión de cada reseña no debe sobrepasar las 5 páginas. En el título se debe incluir: el nombre del autor reseñado, el título del libro, lugar de edición, editorial, año y número de páginas.

Director:
Luis Villavicencio Miranda
Manuel Montt 056, Campus San Francisco

Fono: (56-45) 205 317
Fax: (56-45) 205 497
E-mail: revidere@uctemuco.cl