

SEPARATA: RESPONSABILIDAD MÉDICA

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROFESIONAL MÉDICO*

Álvaro R. Vidal Olivares**

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA

1. Planteamiento del supuesto a tratar

El supuesto de responsabilidad civil que me preocupa es el del daño causado como consecuencia directa, e inmediata, de la ejecución defectuosa o imperfecta de una prestación médica, cuyo deudor es, o un profesional médico actuando como profesional liberal, o un hospital o clínica; o ambos conjuntamente; responsabilidad sujeta, en todo caso, al derecho civil. Se excluye la hipótesis del daño derivado de una prestación médica de un hospital o servicio médico de la Administración del Estado [*Salud Pública en general*], obrando como sujeto de una relación de derecho público constituida entre el Estado y el paciente. Esta responsabilidad civil queda sometida al régimen especial de la responsabilidad extracontractual del Estado, sea o no por falta de servicio [*ex artículo 38 de la Constitución Política de la República y artículos 4 y 44 de la Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado*]¹.

2. Estado actual en materia de derecho de daños

Para el estudio de este supuesto y la averiguación del régimen jurídico de responsabilidad aplicable, es necesario tener en consideración cuál es el estado actual de la cuestión en materia de derecho de daños en nuestro ordenamiento, especialmente en lo que concierne a los de naturaleza no patrimonial. Los siguientes, a mi juicio, son los rasgos característicos de este derecho en el plano jurisprudencial y doctrinal.

2.1. Nadie se resigna frente a una situación de daño. Producido el daño, inmediatamente éste se atribuye a la acción u omisión de otro, intentando con esto la traslación de sus consecuencias al patrimonio de quien se estima responsable. Dentro del supuesto objeto de estudio, no resulta extraño que el paciente no acepte el daño a su salud o integridad física; ni tampoco lo es que sus parientes no se conformen con el fallecimiento de su ser querido, cuando con ocasión de una intervención o tratamiento médico se produce cualquiera de estos desenlaces. ¿Cuál es la primera reacción? Se imputa dicho daño, cualquiera sea su naturaleza, a una ejecución defectuosa o imperfecta de la prestación médica y se demanda su indemnización al que se considera responsable: el profesional médico o el hospital o clínica, a quien se intenta trasladar la compensación del daño.

2.2. A lo anterior se suma, y como una consecuencia natural, la proliferación de las demandas indemnizatorias del daño moral cuando se entiende lesionado un interés no patrimonial, como la vida o la integridad física de una persona. No es extraño que nuestros Tribunales declaren que, en casos de daño corporal o físico, o de muerte de la víctima, el daño moral se presume; inclusive cuando se trata de una persona distinta a la víctima, que sufre un daño por repercusión o rebote.

La proliferación de que se habla, hoy alcanza inclusive a las demandas por incumplimiento de contrato, dado que desde el año 1994 [*Sentencia de la Corte Suprema de 20 de noviembre de 1994*] nuestra Jurisprudencia acepta la indemnización del daño moral en sede contractual según las reglas de este orden de responsabilidad; tesis jurisprudencial que cuenta con el apoyo de la doctrina mayoritaria y que ha sido desarrollada recientemente por la misma Corte Suprema [*sentencias de 5 de noviembre de 2001 y 3 de septiembre de 2002*] y por la Corte de Apelaciones de Concepción [*sentencia de 20 de mayo de 2002*], asentándose de manera definitiva en nuestro derecho civil.

2.3. Finalmente, en materia de daño moral, poco a poco se olvida que su indemnización tiene la misma finalidad compensatoria que la del daño patrimonial, la que para esta especie de daño se traduce en la fijación de una suma de dinero idónea para distraer la atención de la víctima de un daño esencialmente irreparable, se habla de una función satisfactiva o de satisfacción [*Pablo Rodríguez Grez*]. Digo que se ha

olvidado esta finalidad, en tanto nuestros Tribunales conciben la indemnización del daño moral como una especie de sanción al autor del daño, alterando o contraviniendo el principio de la reparación integral, al considerar circunstancias tales como la gravedad de la conducta del autor del daño o el grado de reproche; circunstancias que en sede de responsabilidad civil son indiferentes. Ante todo se impone el principio de la reparación integral del daño. Se está ante una inconsciente, pero perceptible transformación de la finalidad del derecho de daños: de una estrictamente compensatoria a una punitiva, propia del sistema del *common law*, absolutamente ajena al nuestro. Esto se aprecia nítidamente cuando el daño lo causa un órgano del Estado, como por ejemplo, un hospital de la salud pública enfrentado a un hospital o clínica privada, la indemnización a que es condenado el Estado no guarda ninguna relación con la de este último, pese a que se trata del mismo daño.

3. ¿Responsabilidad civil contractual o extracontractual?

Hasta ahora he hablado de la responsabilidad civil, pero no he precisado qué orden de responsabilidad se aplica, o la responsabilidad contractual o la aquiliana por delito o cuasidelito [*extracontractual*]. ¿De qué responsabilidad se trata? La respuesta a esta interrogante no es indiferente.

Según la naturaleza del deber jurídico preexistente infringido, la responsabilidad civil será contractual o extracontractual. En la responsabilidad contractual, el régimen jurídico es el propio contrato, debidamente interpretado e integrado por las normas supletorias de la voluntad [*artículos 1545 y concordantes*] y en la extracontractual es el del Título XXXV, Libro IV, del Código Civil, salvo la presencia de una norma especial, que prevalecerá sobre la general [*v. gr. Responsabilidad civil extracontractual del Estado por falta de servicio*].

Sobre este particular no hay acuerdo. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se oscila desde la responsabilidad civil contractual a la delictual o cuasidelictual, reconociéndose inclusive a la víctima una opción, según sea su conveniencia. En la doctrina y la jurisprudencia no hay acuerdo. Lo grave es que resulta manifiesto que la decisión por parte de nuestros Tribunales, de aplicar un orden de responsabilidad u otro, no se apoya en argumentos sustantivos, de fondo, sino más bien en razones de orden práctico, de conveniencia para la víctima y, además, en un anhelo de protegerla frente a la injusticia de haber sufrido un daño imputable a otro, con el riesgo de quedar sin reparación. Esta actitud del foro no es del todo afortunada, sobre todo si se considera que el fundamento de uno u otro orden de responsabilidad es diverso² y que su aplicación puede llevar a resultados contradictorios. Hoy día, la Corte Suprema³ se inclina por reconocer al paciente -*víctima de la negligencia médica*- una opción, incluso cuando ha sido el propio hospital o clínica el que ha ejecutado la prestación médica. Según esta doctrina, el paciente puede, o demandar en sede de responsabilidad contractual, o hacerlo en sede de responsabilidad extracontractual. Se acepta el cúmulo u opción de responsabilidades, que en un primer momento encontraba su fundamento en la norma procesal penal [*posibilidad de hacer uso de la pretensión de resarcimiento en el proceso penal*] y que sólo se admitía su procedencia cuando se ejercía conjuntamente la acción penal y la civil a propósito de ciertos tipos penales; sin embargo, ahora se admite en todo caso con independencia del ejercicio de la acción penal.

4. Responsabilidad civil contractual médica

A mi entender y así lo justificaré en las próximas líneas, la fuente de la responsabilidad civil médica es el contrato de prestación de servicios médicos, todavía en casos de atención médica de urgencia. En éstos, es posible construir una relación jurídico obligatoria médico/hospital-paciente y que producirá efectos propiamente contractuales en caso de incumplimiento y daños subsecuentes. Se trata de un contrato médico necesario o de celebración obligada⁴.

Con todo, este contrato -*el de prestación de servicios médicos*- no comparte las mismas características que los contratos del derecho civil patrimonial; se trata de una figura contractual dotada de sus propias particularidades que se traducen en la caracterización de un régimen de responsabilidad civil contractual distinto, alejado del derecho contractual común, en lo que a daños no patrimoniales se refiere. He ahí el porqué dedicaré parte de mi exposición a las particularidades a las que hago alusión y a la prestación objeto de este contrato: *la prestación médica*.

Generalmente la celebración de este contrato pasa inadvertida; las partes no son conscientes de la constitución de la relación contractual; sin embargo, ello no puede, ni debe ser razón para sostener la inexistencia del vínculo jurídico contractual a que se da origen. En cada caso habrá que construir el contrato, tal como ocurre en el tráfico jurídico en general, claro está, en este caso con mayor dificultad por la naturaleza misma de su objeto.

Pese a lo expresado, hay reconocer que hay casos de negligencia médica en que no cabe más remedio que prescindir de la responsabilidad contractual y aplicar, derechamente, la extracontractual, como ocurre en las demandas de terceros de indemnización de daños por repercusión o rebote, o cuando la demanda civil se dirige en contra del responsable del hecho punible que no es el deudor de la prestación médica, sino su auxiliar, aun cuando en esta última hipótesis -*como se explicará*- igualmente podría aplicarse el estatuto de la responsabilidad contractual.

En mi opinión, en el caso de este contrato puede hablarse de *daño moral o no patrimonial estrictamente*

*contractual*⁵. No hay lugar a duda que el deudor de la prestación médica [*médico/hospital o clínica*] debió prever al tiempo de su celebración, como probable consecuencia directa e inmediata del incumplimiento de la prestación médica [*artículo 1558 Código Civil*], daños más allá de los propiamente patrimoniales [*la indemnización se extiende más allá del artículo 1556 del Código Civil*]. Indiscutidamente, la persona del acreedor -*su vida, su salud y su integridad física y síquica*- se ubica dentro del ámbito de protección del contrato, en tanto es razonablemente previsible que el eventual incumplimiento lesionará intereses más allá de los meramente patrimoniales [*daño emergente y lucro cesante ex artículo 1556 Código Civil*].

Por consiguiente, el fundamento jurídico de la responsabilidad civil médica se halla en el contrato, la infracción culpable de la prestación objeto del mismo desencadena una responsabilidad civil que es contractual, claro está, con ciertas características propias⁶. La fuente o causa eficiente de los deberes que integran la *Lex Artis ad hoc* aplicable al caso concreto es el contrato, interpretado e integrado por las normas dispositivas y especialmente por la del artículo 1546 del Código Civil, norma que sirve de móvil para integrar al contrato, por un lado, los deberes de información y protección que debe observar el profesional médico u hospital; y, por otro, los deberes de información y diligencia que debe observar el paciente.

La afirmación de que la responsabilidad civil médica es contractual exige algunas precisiones, porque de otra forma, recurriendo a esta responsabilidad, como tradicionalmente se concibe, con su presunción de culpa, y considerando la actual tendencia de admitir sin limitaciones la indemnización del daño moral contractual y que esta especie de daño se presume en casos de muerte o daño corporal, los resultados pueden ser verdaderamente desafortunados, desde un punto de vista técnico jurídico y de la justicia misma. Estas consideraciones reclaman de la fijación de ciertas reglas que pongan coto a excesos que sin duda se producen en la práctica y se seguirán produciendo cada vez con mayor frecuencia. No debe olvidarse que en nuestro ordenamiento, aun cuando no lo reconozca la doctrina, ni la jurisprudencia, existe un vacío o laguna legal en materia de indemnización de "*daño no patrimonial estrictamente contractual*" [*como lo he denominado*], que debe integrarse caso a caso -*por exigencia del principio de la inexcusabilidad*- aplicando los principios generales del derecho y de equidad natural que ordenan una solución idónea a los intereses involucrados, en este caso, de carácter no patrimonial que integran la esfera más íntima del individuo y cuya protección la ordena la propia Constitución de la República de Chile. Nuestros Tribunales, apoyándose en los referidos principios, deben buscar un ajuste o adecuación de las reglas tradicionales de la responsabilidad contractual a este fenómeno no previsto por la ley civil, de manera que se alcance una solución acorde a la naturaleza de los intereses lesionados⁷.

5. De la responsabilidad penal por negligencia culpable médica

Finalmente, cabe precisar que, como se sabe, la ejecución imperfecta o defectuosa de la prestación médica puede originar, fuera de la responsabilidad civil, responsabilidad penal para el que personalmente incurre en negligencia, causando el daño. Efectivamente, el artículo 491 del Código Penal [*Libro II, Título X, De los cuasidelitos*] castiga al "*médico, cirujano, farmacéutico, flebotomiano o matrona que causare mal a las personas por negligencia culpable en el desempeño de su profesión*".

Se trata de un caso de acumulabilidad de la acción civil en el proceso penal⁸, en el que deberá resolverse sobre el régimen de responsabilidad civil aplicable a la demanda civil que deduzca la víctima en contra del penalmente responsable para la reparación de los daños derivados del hecho punible. Me limito a señalar que aquí el hecho punible coincidirá materialmente con el incumplimiento del contrato, independientemente a si el imputado sea el propio deudor, o uno de los auxiliares que éste emplea o utiliza para la ejecución de la prestación.

6. Delimitación del objeto

De lo expresado, resulta obvio que el interés se centra en justificar la tesis sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad y ello pasa por la caracterización, tanto de la prestación médica, objeto del contrato. Resuelto lo anterior, plantearé dos supuestos con la finalidad de ilustrar sobre el entramado de relaciones jurídicas a que, generalmente, da lugar la ejecución de una prestación médica y los distintos sujetos que intervienen en la misma, tratando de resolver, en cada uno sobre la responsabilidad civil que afecta al profesional médico. Al finalizar y a modo de conclusión intentaré caracterizar este régimen de responsabilidad civil contractual que se aleja del tradicional⁹.

II. CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS

1. El contrato de prestación de servicios médicos

La responsabilidad civil médica tiene su fuente en el contrato médico, cuyo objeto es la prestación médica. Con todo, no existe un contrato médico único o genérico, las hipótesis de contratos son variadísimas, distinguiéndose cada uno del otro: contrato de servicio médico en consulta, para una intervención quirúrgica ambulatoria o con hospitalización, para una diálisis o para una transfusión de sangre; contrato médico con un hospital o clínica para una atención integral, contrato de cirugía plástica, etcétera. A ello hay que sumar otros contratos de celebración necesaria para la ejecución de la prestación médica, como los que tienen lugar, a vía ejemplar, con los laboratorios, con las farmacias, con los bancos de sangre, etcétera¹⁰.

En general, es un contrato atípico, que comparte elementos del contrato de mandato y del arrendamiento de

servicios inmateriales [artículos 2118 y 2012 del Código Civil]¹¹ y cuyo contenido es una prestación de hacer que se modela y dibuja aplicando las reglas generales de los contratos, especialmente la del artículo 1546 y las leyes del arte médico [Lex Artis]¹².

En virtud de este contrato, el médico se obliga a prestar los servicios de su ciencia, la medicina, en forma cuidadosa y exacta. La obligación del profesional médico se concreta en proporcionar al paciente todos los medios curativos de que disponga y que sean adecuados, según el estado actual de la ciencia médica.

2. Obligación de medios del profesional médico

La obligación que pesa sobre el profesional médico, generalmente, es una obligación de medios, al tener ella por objeto un hacer o una actividad, que no entraña el compromiso de un resultado, sino que se entiende que el deudor ha cumplido cuando ha desplegado la actividad en que la prestación consiste, independientemente que se haya dado lugar al resultado práctico que en toda relación obligatoria busca siempre el acreedor.

Por consiguiente, en materia de obligaciones que nacen del contrato médico, su objeto en modo alguno es el compromiso del profesional médico de curar en todo evento al enfermo y no lo es porque no hay posibilidad de asegurar normalmente el resultado definitivo de la actividad médica, siempre influenciado por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia actividad profesional del médico. El médico no garantiza la curación, sí el empleo de las técnicas adecuadas¹³. Consiguientemente, no puede concluirse que el profesional médico incumple sus obligaciones por la sola circunstancia que el desenlace haya sido insatisfactorio para el paciente, que no se haya producido la curación o que la actuación médica haya conducido a la muerte del mismo. No podría predicarse lo mismo respecto de algunos contratos médicos en particular, como por ejemplo, el que tiene por objeto la cirugía plástica o el que se celebra con un laboratorio en que basta la prueba del error en el resultado para que nazca la responsabilidad por incumplimiento¹⁴.

De la afirmación de que el contrato médico tiene por objeto una obligación de medios se sigue, como consecuencia lógica, que el paciente será quien deberá probar el incumplimiento del contrato, que coincide con la infracción de los deberes profesionales o la *Lex Artis ad hoc*, opuesta a la diligencia que le es exigida. Por ende, la víctima del daño (*deudor contractual*) debe probar que el profesional médico no observó la diligencia debida, que aquí no es culpa, sino incumplimiento contractual, presupuesto necesario para que nazca la responsabilidad civil por este concepto.

La doctrina nacional sostiene que, atendida la norma del artículo 1547, inciso tercero, del Código Civil -*que pone de cargo del deudor incumplidor la prueba de la diligencia debida*- en nuestro ordenamiento no es posible acoger la distinción entre obligaciones de medio y resultado, ya que en cualquier caso la culpa del deudor se presume, siendo éste el que debe probar el empleo de la debida diligencia o cuidado¹⁵.

No comparto esta tesis, en tanto soy de la opinión de que el razonamiento en que se apoya es incorrecto. El artículo 1547, inciso tercero, no puede mirarse como un obstáculo para aceptar en nuestro derecho las obligaciones de medio. Esta crítica se entiende si se tiene en cuenta que en sede contractual la diligencia puede cumplir, a lo menos, dos funciones, una de integración de la prestación y otra llamada promotora del cumplimiento del contrato¹⁶.

a) En la primera función, la diligencia sirve para dotar de contenido y determinar una prestación, generalmente de hacer. Esta idea es especialmente útil cuando se trata de prestaciones profesionales, pero puede aplicarse de modo general a los contratos de servicios. Si el servicio no va unido a un necesario resultado, el único criterio identificador, en defecto de su completa adscripción por las partes, es la diligencia. Cuando se trata de servicios profesionales, usualmente las partes se limitan a aludir genéricamente al tipo de servicio contratado, como por ejemplo, la asistencia médica o la asesoría contable o legal. Por ello, las obligaciones de servicios así integradas y determinadas han podido ser denominadas "*obligaciones de diligencia*".

b) Una segunda función del instituto de la diligencia, que es intrínseca a la prestación debida y que tiene respecto de ella un carácter instrumental. Es la actividad necesaria para que la prestación, contemplada inicialmente como proyecto, pueda convertirse en realidad. Esta es la diligencia promotora del cumplimiento que exige del deudor toda aquella actividad necesaria para prever y resistir acontecimientos que constituyan un obstáculo del cumplimiento del contrato.

En las obligaciones de medio, la diligencia cumple estas dos funciones. La primera sirve para dar contenido y determinar la prestación objeto de la misma y su omisión no constituye culpa, sino incumplimiento de contrato, que es el presupuesto para la aplicación del artículo 1547, inciso tercero, y consiguientemente de los preceptos sobre responsabilidad civil contractual. El citado artículo 1547 regula la segunda función de la diligencia, esto es, a la promotora del cumplimiento y constituye un elemento de la naturaleza de toda obligación, sea de medio o resultado. Es esta diligencia la que debe probar el deudor incumplidor, siempre que el acreedor haya acreditado el incumplimiento, el que se presume inexcusable, salvo prueba en contrario: caso fortuito o fuerza mayor [*ex artículo 1547, inciso 3º*]. La particularidad de este contrato es que el incumplimiento es sinónimo de falta de la diligencia que constituye el objeto único de la prestación debida.

En materia de contrato de prestación de servicios médicos, la responsabilidad civil se asienta en el incumplimiento inexcusable del deudor [*profesional médico*], incumplimiento que está referido al no empleo de la diligencia que determina el contenido de la prestación; que le atribuye, desde luego, responsabilidad, porque la ley [*artículo 1547, inciso 3º*] entiende que por el mero hecho del incumplimiento el deudor no ha realizado la actividad que le impone la diligencia promotora del cumplimiento. El incumplimiento no tiene excusa.

3. Diligencia exigible: la pericia

En cuanto al modelo abstracto de conducta con el cual debe confrontarse la conducta concreta del profesional médico y que servirá al juez para concluir si éste ha incurrido, o no, en negligencia médica o no [*mala practice*], éste es el de un profesional de la medicina ubicado en sus mismas circunstancias de tiempo, lugar y medios disponibles. Se aplica el modelo de conducta del perito o artífice que se opone a la impericia. Según Díez Picazo y Ponce de León la pericia se convierte en un modelo de conducta de necesaria observancia por quien posee determinados conocimientos o determinadas técnicas o formas de destreza. La diligencia del profesional no puede confundirse con la simple diligencia del obrar cuidadoso, sino que es aquella obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención. La responsabilidad del profesional se basa en una culpa determinada por la omisión de la diligencia especial exigible por sus conocimientos técnicos que no puede confundirse con la simple de un hombre cuidadoso, al tratarse de una diligencia alejada de la general¹⁷.

El profesional médico está llamado a observar esta diligencia [*pericia*] durante todo el *iter* de la ejecución de la prestación médica, tal como ha expresado la Corte Suprema: "*el médico tratante debe responsabilizarse de cumplir plenamente con lo que ordenan las reglas de la práctica médica. Ello implica diligencia, pericia, preocupación antes, durante y después de la intervención médica que se le encargó*". [Corte Suprema, 10 de diciembre de 2001, Causa Rol Nº 4223].

4. Carga de la prueba

En materia de responsabilidad civil médica, el acreedor [*paciente*] debe probar la infracción de los deberes profesionales por parte del médico, que no observó la diligencia y los cuidados adecuados según el estado de la ciencia médica y con ello no estará probando la culpa, sino el incumplimiento del contrato [*diligencia prestación*].

Por su parte, el profesional médico intentará probar que cumplió sus obligaciones contractuales, en cuanto las medidas por él adoptadas eran las apropiadas y adecuadas a los procedimientos actuales según el estado de la ciencia médica. Si el deudor logra la convicción del juez sobre este particular, acreditará que cumplió el contrato y no será, por tanto, responsable ante a su acreedor [*paciente*], no porque haya probado la diligencia debida conforme el artículo 1547, inciso 3º [*caso fortuito o fuerza mayor ex artículo 45 Código Civil*], sino porque no ha habido incumplimiento de contrato [*presupuesto necesario de la responsabilidad civil contractual*]. Por su parte, si queda establecido que ha habido incumplimiento de contrato, el deudor [*profesional médico*] aun podrá librarse de responsabilidad acreditando una causa de exoneración de responsabilidad, recurriendo, recién ahora al tantas veces citado artículo 1547, inciso 3º, probando que el obstáculo, o impedimento, del cumplimiento no era previsible, ni evitable de acuerdo a la diligencia que le era exigible¹⁸; o porque el daño es atribuible a la negligencia de la víctima, por ejemplo, por no seguir ésta las instrucciones del médico en el tratamiento postoperatorio.

Es del caso citar dos casos jurisprudenciales vinculados a las reglas de la carga de la prueba de que he hablado. En el primero, el paciente no logra acreditar el incumplimiento del profesional médico; y en el segundo, el médico prueba que el incumplimiento de contrato y el daño subsiguiente se debieron a un hecho imprevisible e inevitable conforme la diligencia que le era exigible, la del perito o artífice, quedando exonerado de responsabilidad [*caso fortuito o de fuerza mayor*].

a) En el primero se declara: "*no constituye infracción a la norma señalada [artículo 1698 del código civil] la circunstancia que la prueba rendida por la actora se haya estimado insuficiente para acreditar los hechos materia del juicio y, además, que por la proporcionada por la demandada, se haya concluido que ésta no incurrió en imprudencia o negligencia, o en el incumplimiento de las obligaciones que le impuso el contrato médico, sino que por el contrario, la atención médica dada a la hija de la demandante estaba acorde con la *lex artis*, pues dicha conclusión fue el resultado del proceso racional que efectuaron los jueces de la instancia...*". [Corte Suprema, 29 de septiembre de 1998, De Widts Urrutia, Solange con Pontificia Universidad Católica de Chile]. En otras palabras, el sentenciador reconoce que si la víctima no prueba la culpa del profesional médico no puede concluirse que hubo incumplimiento. Esta sentencia recoge, sin explicitarlo, lo que he dicho sobre la falta de diligencia en el contrato médico en orden a que ésta no constituye culpa, sino incumplimiento contractual. El profesional médico simplemente debe probar que cumplió la *lex artis*, sin recurrir a la prueba de una causa de exoneración: caso fortuito o fuerza mayor ex artículo 1547, inciso 3º.

b) En el segundo, se declara que "*los daños sufridos por la actora no se produjeron por efectos de la operación a la que fue sometida, ni por negligencia médica, sino que se debieron a la respuesta de la actora a los medicamentos aplicados, la que no era previsible en una persona de su edad*" En otra parte expresa: "*que la cirugía a que fue sometida doña Alejandra Oyarzún Zavala se hizo de acuerdo a las normas*

y procedimientos adecuados y los daños descritos no se produjeron por efectos del Eximer Láser o a error médico, sino a la respuesta a los corticoides que presentó la paciente, no previsible en una persona tan joven" [Corte Suprema, 10 de diciembre de 2001, Causa Rol Nº 4223]. El Tribunal, sin emplear la terminología de obligaciones de medios, identifica la prestación del profesional médico con una de diligencia y no de resultado, siendo de cargo de la paciente [acrededor] la prueba del incumplimiento. Aquí, el profesional médico acredita una causa de exoneración; hay un incumplimiento de contrato que causa un daño, pero éste tiene su causa en un hecho imprevisible, a saber, la reacción de la paciente, lo cual determina la exoneración del deudor.

5. Deberes accesorios de conducta que debe observar el profesional médico que emanan de la buena fe objetiva

Por aplicación del artículo 1546 del Código Civil que dispone que los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación. Esta es una norma de interpretación integradora, a través de ella se completa o desarrolla el contenido de la obligación contractual, a la que debe echarse mano antes de dirigirse a la integración por intermedio de las normas dispositivas supletorias de la voluntad: sea la ley o la costumbre [*parte final del artículo citado*].

En el caso del contrato médico, la norma citada es fuente de deberes accesorios de conducta que integran la prestación médica por aplicación del principio de la buena fe objetiva, sin necesidad de un pacto explícito. Una persona razonable, actuando de buena fe y de la misma condición del deudor y en sus mismas circunstancias, habría contado con estos deberes y que, por consiguiente, el deudor concreto debe hacerlo. La infracción de estos deberes accesorios, aunque no son susceptibles de ejecución forzada *-de ahí su denominación-*, sí pueden dar lugar a la responsabilidad civil médica o excluirla, en el caso que sea el mismo paciente el que los incumpla. La citada disposición no sólo genera deberes de conducta para el deudor, sino también para el acreedor de la prestación médica, quien debe cumplirlos so pena de soportar el mismo el daño que se sigue del incumplimiento de la prestación médica o ver rebajada la suma a que hubiese tenido derecho, por concepto de indemnización, de haber obrado conforme dichos deberes. En estas líneas me limitaré a hacer referencia sólo a los deberes del profesional médico.

5.1. Deberes del profesional médico

En el caso del profesional médico, en general, se pueden identificar claramente dos deberes de conducta: de un extremo, el de información y, de otro, el de protección de la vida, salud y la integridad física y síquica del paciente. Deberes que el profesional médico debe observar desde antes de la celebración del contrato hasta después de la ejecución de la prestación prometida, es decir, durante todo el *iter* contractual.

a) El deber de información se conecta directamente con la noción del consentimiento informado, propia de esta clase de contratos. El profesional médico tiene el deber de informar al paciente sobre el procedimiento que aplicará y los riesgos asociados a su aplicación. Si se observa este deber y luego se realiza alguno de los riesgos que se representó *ad initio*, el profesional médico no puede pretender quedar exonerado de responsabilidad. La exoneración tendrá lugar cuando haya cumplido con su obligación contractual, es decir, cuando la realización del riesgo no se deba a su negligencia o impericia, sino a otra causa ajena a su control [*caso fortuito o fuerza mayor; o culpa exclusiva de la víctima*]. La manifestación de este consentimiento informado no significa que el paciente asume sobre sí los riesgos del tratamiento o intervención y las consecuencias de su realización. Cabe preguntarse: *¿qué ocurre si el médico no cumple con este deber?* La consecuencia que de dicha inobservancia se sigue es drástica: sería responsable de los daños que sufra la víctima, pese a haber cumplido o haber mediado una causa de exoneración, respecto de aquellos procedimientos y riesgos no informados. El deber de información no se agota al momento de celebrar el contrato, éste subsiste durante la ejecución de la prestación médica, incluso más allá de la misma. El médico como profesional experto debe informar de forma constante a su paciente. Es este deber de información, vinculado al conocimiento que debe poseer en cuanto profesional, el que explica el porqué en la responsabilidad civil médica rige la previsibilidad de los daños como límite de su indemnización, ya no con relación al momento de la celebración del contrato, sino del incumplimiento del mismo. Hasta ese mismo instante pesa sobre el profesional médico el deber de prever las posibles consecuencias de su incumplimiento [*artículo 1558 del Código Civil*]. Esta extensión en el tiempo también se justifica en el deber de protección de que habla la letra que sigue.

b) En cuanto al deber de protección, éste debe entenderse en el sentido de que el profesional médico debe procurar emplear, en la ejecución de su prestación, personas y cosas idóneas para el fin que se persigue, en términos tales que no causen un daño al paciente. Este deber explicaría por qué el profesional médico responde por el hecho de sus auxiliares o por los medicamentos que suministra al paciente o por la elección de un laboratorio; y el porqué el hospital o clínica responde no sólo por la culpa de sus auxiliares, sino que, además, por los defectos de sus equipos o, en general, por la culpa de su organización hospitalaria.

Muy relacionado con este deber de protección que supone la seguridad y garantía del paciente, la Corte Suprema ha declarado que si las infecciones intrahospitalarias existen, es deber del hospital erradicarlas y, si ello no es completamente posible, debe contar con el personal, equipamiento y los procedimientos adecuados para detectarlas cuando ocurren, a fin de evitar su nefasta acción, y cuando de todas maneras y debido a una infección de esa naturaleza el paciente fallece, quiere decir, entonces, que ha habido una falla

estructural del servicio, que no fue capaz de enfrentar cumplidamente la emergencia¹⁹.

6. Cláusulas de exoneración o limitativas de responsabilidad

En sede de responsabilidad civil contractual por negligencia médica no cabe que las partes *a priori* convengan la irresponsabilidad del profesional médico o limiten de cualquier forma su responsabilidad por los daños no patrimoniales que cause el incumplimiento de contrato. Dicha cláusula sería nula de nulidad absoluta por adolecer de objeto ilícito. Los intereses que integran el ámbito de protección del contrato, como la vida, la salud, la integridad física y síquica de la persona, no son disponibles por las partes. La libertad contractual no tiene aplicación en esta materia. Ahora, habría que preguntarse si esta posición se aplica a los daños patrimoniales. A mi juicio en lo que se refiere a estos daños, sería admisible alguna convención, salvo respecto del daño emergente derivado de la reparación del daño corporal, que no podría ni excluirse ni limitarse. Sí podría pactarse anticipadamente la forma o medios para la reparación. Por consiguiente, la libertad contractual en esta materia quedaría reducida a la indemnización del lucro cesante, pudiendo pactarse la exclusión de la misma, salvo que según las reglas generales se pruebe dolo del profesional médico²⁰.

De esta limitación a la libertad contractual se infiere una de las particularidades del régimen de la responsabilidad civil contractual médica o, más genéricamente, de la responsabilidad por "*daños no patrimoniales estrictamente contractuales*" que conducen a una caracterización del mismo que lo aleja de la tradicional responsabilidad civil contractual, en la que la autonomía privada no tiene más límites que los de la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres [*artículo 1445 Código Civil*], siendo admisibles las cláusulas limitativas de responsabilidad y de exoneración de la misma, salvo que en ellas se contenga la condonación del dolo futuro [*véase artículo 1465 Código Civil*]. Se trata de un ajuste necesario a las reglas tradicionales, puesto que de otra forma se estaría aceptando que la protección de intereses como los involucrados en la ejecución de una prestación médica quede entregada al mero entendimiento privado y lo que es más grave a la imposición que haga el profesional médico a su paciente [*adhesión contractual*].

7. Complejidad de la prestación médica y su ejecución

Puede decirse con acierto que la prestación, objeto del contrato médico, generalmente es compleja, de contenido variable, según sea el caso y su ejecución, además, supone generalmente, de un extremo, la intervención de dos o más personas por la parte del deudor; y, de otro, la celebración de dos o más contratos. Ya anunciaba del entramado de relaciones jurídicas a que da lugar la celebración y ejecución de un contrato de prestación de servicios médicos.

El supuesto más simple es el del paciente atendido en la consulta del médico, donde la prestación médica aparece como algo muy sencillo; pero al lado de éste, uno se encuentra con otros que no lo son tanto, como el contrato con el médico personal para la intervención quirúrgica que tendrá lugar en un hospital o clínica, la que pasa a ser uno de los sujetos que interviene en la ejecución de la prestación médica, con quien el paciente también celebra un contrato, de hospitalización y de asistencia sanitaria. En este último supuesto, adicionalmente, se celebra un contrato con un laboratorio, con un banco de sangre, etcétera. También puede ocurrir que sólo una parte sea la obligada a toda la ejecución de la prestación médica, asumiendo sobre sí toda la responsabilidad por eventuales incumplimientos. Se habla, en este caso, de contrato médico integral celebrado entre el paciente y un hospital o clínica. Por ejemplo, para una diálisis, transfusión de sangre, tratamiento o intervención quirúrgica o en el caso de la atención de urgencia.

Para la doctrina es indiferente que haya uno o más contratos, en este último caso todos los deudores a quienes les sea imputable el incumplimiento deben concurrir al pago de la indemnización de daños. Se trata de un prestación compleja que se mira como indivisible, siendo ésta la causa que explica por qué la Corte Suprema invoca el artículo 1533, inciso segundo, del Código Civil para justificar la responsabilidad conjunta en caso de pluralidad de deudores.

Otra característica de esta prestación de servicios médicos es que las partes que en ella intervienen como deudoras pueden actuar por sí, o por intermedio de sus auxiliares. Detrás de cada parte hay otras personas que le auxilian en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, que son contractualmente extrañas para con el paciente. El profesional médico, o el hospital o clínica, responden por la idoneidad y competencia de sus auxiliares, tanto es así que en sede de responsabilidad contractual basta probar el incumplimiento de contrato, sin que el deudor pueda excusarse, argumentando que no pudo evitar el incumplimiento y consecuentemente el daño. No se trata de responsabilidad por el hecho ajeno, sino que por el propio, el del deudor, quien asume el riesgo de ejecutar la prestación recurriendo a esos auxiliares, de forma que si son negligentes en su actividad debe responder ante su acreedor, como si el mismo lo hubiese hecho.

Como puede apreciarse, existe un entramado de relaciones jurídicas concurrentes en la ejecución de una prestación médica, siendo necesario disipar en qué casos el profesional médico es responsable por los daños experimentados por la víctima y en qué situación queda ésta, dependiendo del supuesto de que se trate. Se dedicará lo que queda de este trabajo al examen de dos supuestos de responsabilidad civil médica.

III. ANÁLISIS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Se deja de lado el supuesto más simple, que no ofrece problemas desde el punto de vista de atribución de

responsabilidad, estoy pensando en la prestación médica en que intervienen sólo el profesional médico y su paciente. Obviamente, si hay incumplimiento de contrato y así lo prueba el paciente, el profesional médico responderá por el daño causado, salvo que acredite una causa de fuerza mayor o de caso fortuito o la falta de cooperación del paciente o su negligencia [*en tanto causa exclusiva del daño o concurrente en la causación del mismo*].

Hay dos supuestos que sí ofrecen ciertas complicaciones cuando se debe resolver sobre la responsabilidad civil por la negligencia médica. En este apartado no me limitaré a aplicar lo que arriba se ha expresado, sino que cada caso será resuelto desde una perspectiva estrictamente jurídica, proponiendo criterios de solución.

A. Primer supuesto. Desdoblamiento de la prestación del servicio médico

1. Planteamiento del supuesto

El profesional médico contrata directamente con su paciente servicios consistentes en una intervención quirúrgica, cuya ejecución supone la celebración de un contrato con un hospital o clínica. Aquí, el paciente celebra dos contratos: el primero con el médico, cuyo objeto es la prestación de servicios médicos; y el segundo, denominado en doctrina "*contrato desdoblado de asistencia en hospital*"²¹, que combina las prestaciones del contrato de hospitalización con obligaciones puramente médicas y con una obligación de seguridad en base a la situación específica del paciente ingresado²². El hospital o clínica que "*no sólo facilita el inmueble y el instrumental adecuado -la llamada infraestructura hospitalaria- sino también la permanente colaboración de otros profesionales y el permanente apoyo del personal auxiliar o paramédico*"²³.

El objeto del primer contrato es una intervención quirúrgica, que el deudor ejecutará con su equipo, actuando éstos como sus auxiliares y lo hace utilizando la infraestructura, instalaciones, equipos y personal de un hospital. El facultativo deudor de la prestación y sus auxiliares en la ejecución del contrato no lo hacen como funcionarios del hospital, sino como profesionales de la salud ejerciendo libremente su profesión. A la vez, este facultativo está autorizado para utilizar la infraestructura hospitalaria, incluido su personal paramédico, por virtud de un convenio que ha celebrado con este último.

2. Negligencia médica que causa daños: distintas hipótesis

a) En caso de negligencia médica y que ésta irrogue daños al paciente, habrá que identificar la causa de ésta: o el incumplimiento del médico, incluido su equipo; o la falta o culpa del hospital. En ambos casos la responsabilidad será contractual, quedando sometida a las mismas reglas. La prueba del incumplimiento que causa daños es de cargo del paciente, el que podrá dirigirse en contra de ambos, médico y hospital, o de cualquiera de ellos. El incumplimiento del hospital y del médico comprende el de los auxiliares que éste o aquél emplea para el cumplimiento de su prestación, quedando incluido, en el caso del hospital, la culpa en su organización.

Asimismo, debe agregarse la hipótesis del incumplimiento de contrato de un tercero con quien contrató, sea el médico, sea el hospital, que causa daños al paciente. La vinculación causal se constituye entre el incumplimiento del tercero y el daño que sufre la víctima. No hay una situación de auxiliar para el cumplimiento, sino que un subcontrato que celebra el deudor de la prestación médica o desdoblada.

b) Si concurre a la producción del daño el incumplimiento de ambos contratos, tiene aplicación la regla de la responsabilidad conjunta del artículo 1533 del Código Civil, siendo de cargo de cada uno la cuota que le quepa en la deuda; sin embargo, cualquiera de ellos podrá liberarse de responsabilidad si el paciente no logra acreditar el incumplimiento que se le imputa o si el demandado prueba que cumplió; o que el incumplimiento no le es imputable y, por consiguiente, tampoco lo es el daño. La responsabilidad de ambos no es solidaria. La solidaridad en las obligaciones de pluralidad de sujeto pasivo requiere de una norma expresa similar a la del artículo 2317 del Código Civil en materia de responsabilidad civil por delitos y cuasidelitos. En sede de responsabilidad contractual la solidaridad en caso de incumplimiento que causa daños queda reservada para los incumplimientos dolosos [*inciso segundo del artículo 2317*].

c) Conviene precisar que el médico podría resultar responsable por la negligencia de la clínica si el paciente prueba que según las reglas de la ciencia médica [*Lex artis ad hoc*] el facultativo debió haber previsto y, consecuentemente, evitado el daño causado, eligiendo otro centro hospitalario para la intervención: uno idóneo y apropiado para la misma. No debe olvidarse que el médico es el que debe elegir la clínica u hospital donde se interna el paciente, que, en cualquier caso, debe cumplir con las condiciones de infraestructura y personal adecuadas para la seguridad de la vida e integridad física del paciente [*deber de protección que impone el contrato ex artículo 1546 del Código Civil*].

De cualquier forma, creo que en un supuesto como éste, de un extremo, el hospital o la clínica no podría pretender liberarse de su responsabilidad por el daño causado aduciendo que el responsable es el médico; y, de otro, si se demanda exclusivamente al médico, o a éste conjuntamente con la clínica y se condena al primero, en todo o parte, al pago de una indemnización, éste tiene derecho a repetir lo pagado por este concepto en contra de la segunda. Entre el médico y la clínica hay un convenio o alguna relación de tipo contractual que produce derechos y obligaciones para ambas partes y que en caso de incumplimiento genera responsabilidad civil por los daños que causa a cualquiera de las partes según las reglas especialmente acordadas o las generales supletorias de la voluntad. Este régimen contractual particular entre el médico y el hospital o clínica no es oponible al paciente, ni puede privarle de su derecho a demandar la indemnización del

daño según las reglas expuestas, ni aun cuando entre el paciente y el hospital o clínica se haya convenido en una cláusula que excluye o limita la responsabilidad de esta última, amparada en dicho convenio o régimen contractual. Debe recordarse lo expresado con relación a la procedencia, en esta materia, de este tipo de cláusulas.

3. Jurisprudencia sobre el particular

Voy a recurrir a tres casos jurisprudenciales: dos en que el daño es atribuible al incumplimiento del hospital y otro en el que concurre, además, la negligencia del médico. En los dos primeros, pese a existir un contrato con el médico, éste queda liberado de responsabilidad, por cuanto no ha cometido infracción a sus deberes contractuales.

a) La paciente fallece a consecuencia de una infección intrahospitalaria imputable al hospital o clínica, específicamente, a la negligencia del personal encargado de la asepsia del pabellón e instrumental quirúrgico con que fue intervenida la paciente. La infección fue adquirida por la paciente durante su permanencia en el hospital y no tiene relación con la intervención quirúrgica misma de vesícula. La complicación se pesquisa en el postoperatorio y se le lleva al pabellón donde se le comprueba peritonitis postoperatoria de causa infecciosa. Aquí, el Tribunal falla que el hospital no podría eludir su responsabilidad, ya que la paciente ingresó al establecimiento sana y sólo para obtener mejoría de un problema de vesícula que la aquejaba. No parece justo que una persona que se interna en un hospital para atenderse de una determinada enfermedad, fallezca a consecuencia de otra distinta contraída en el mismo establecimiento. Si las infecciones intrahospitalarias existen es deber del hospital erradicarlas y, si ello no es completamente posible, debe contar con el personal, equipamiento y los procedimientos adecuados para detectarlas cuando ocurren, a fin de evitar su nefasta acción, y cuando de todas maneras y debido a una infección de esa naturaleza el paciente fallece, quiere decir, entonces, que ha habido una falla estructural del servicio, que no fue capaz de enfrentar cumplidamente la emergencia²⁴.

b) La víctima celebra un contrato con una clínica y esta última incumple su deber de diligencia, causando un daño. El incumplimiento consiste en que el personal paramédico de la clínica no se ciñó a las instrucciones del médico tratante durante la operación que se le practicó a la víctima. En la operación debió usarse sorbitol para irrigar la vejiga del paciente; no obstante, la pabellonera por error *-que pudo haberse evitado leyendo las etiquetas de los frascos que especificaban su contenido-* vació en los recipientes destinados a recibir el líquido para la irrigación un frasco de dos litros de una solución de cloruro de sodio. Como consecuencia de la negligencia de la clínica *-su auxiliar: la pabellonera-* el paciente sufre lesiones corporales consistentes en el sangramiento difuso y moderado de la vejiga, que corresponde a una reacción aguda de este tipo de tejidos al ser sometidos a la exposición de cloruro de sodio. Se condena a la clínica a la indemnización de los daños experimentados por la víctima²⁵.

c) Entre el paciente y el médico se celebra un contrato de cirugía estética y entre el primero y el hospital donde se practica un contrato de hospitalización y asistencia sanitaria. Se causa un daño a la paciente y éste tiene su causa en que el hospital no adoptó las medidas mínimas de asepsia para practicar intervenciones quirúrgicas, lo que a la postre deriva en infecciones y en una defectuosa técnica quirúrgica del médico. Aquí concurre el incumplimiento del médico y del hospital. En lo que se refiere a la cirugía plástica el Servicio Médico Legal concluye que ésta no tuvo resultados satisfactorios, por una defectuosa reconstitución anatómica de las mamas y por la presencia de cicatrices notoriamente visibles, que obligan a efectuar una cirugía reparadora. Y con relación a la negligencia del hospital, el Ministerio de Salud informa que éste no cumple con los requisitos mínimos exigibles a un pabellón de operaciones, más aún utilizando anestesia general²⁶.

4. Otras acciones que puede intentar la víctima

El paciente podría intentar en contra del profesional médico la acción penal que nace del hecho punible [ex artículo 492 del Código Penal]. Asimismo, también tiene acción civil contra cualquiera de los auxiliares en el cumplimiento del contrato, sea del médico, sea del hospital o la clínica, que hayan cometido personalmente la negligencia médica y que sean responsables de cuasidelito penal. Sobre el ejercicio de la acción penal y su acumulación con la civil me referiré al finalizar este apartado.

5. Acción civil contractual en contra de la Administración del Estado

No es fácil dejar de advertir el abuso de que es objeto el recurso a la responsabilidad civil extracontractual del Estado *-fundada en normas constitucionales y legales orgánicas constitucionales-* frente a cualquiera situación de daños en la que intervenga algún órgano de la misma, sobre todo si se trata de un hospital público, cualquiera sea la forma de organización administrativa a la que se adscribe. Bien es sabido que un órgano público puede actuar en la vida jurídica dentro de sus competencias, tanto en relaciones de derecho público como de derecho privado; es lo que en derecho administrativo se llama teoría de los actos separables o teoría de las dos etapas (*Zweistufentheorie*)²⁷. En el caso de los hospitales públicos, éstos pueden constituir cualquiera de estas dos relaciones con sus pacientes. Por lo tanto, si en el supuesto que se examina el hospital es público, entre éste y el paciente hay un contrato que genera responsabilidad civil contractual sometida a las reglas que le son propias, quedando excluida la aplicación del instituto de la responsabilidad extracontractual del Estado. El juez civil que conoce del litigio debe aplicar el contrato y

conforme al mismo resolver sobre la responsabilidad que le cabe al órgano público, no como tal, sino como persona de derecho privado. La condición de órgano público del hospital o centro de salud no excluye de plano la aplicación de la responsabilidad civil contractual, ello sólo ocurrirá cuando se constituya una relación de derecho público entre el paciente y el Estado, ejerciendo el primero lo que en doctrina se denomina derecho público subjetivo de origen legal a la salud. Sobre este punto no ahondaré, simplemente me limito a dejar planteada la cuestión.

B. Segundo supuesto: Cobertura médica integral del hospital o clínica

1. Planteamiento del supuesto

El paciente se entiende directamente con el hospital o clínica, celebrando un contrato cuyo objeto es una prestación compleja *-servicio médico integral-* que comprende la prestación de servicios médicos, la asistencia sanitaria y la hospitalización. Aquí, el único obligado para con el paciente es el hospital, el que en caso de incumplimiento de contrato que cause daños deberá responder conforme las reglas generales. Al paciente le es absolutamente indiferente: dónde se localice el incumplimiento, cuál sea la prestación defectuosa o la omisión; a quién se le pueda imputar o atribuir dicho desviación del programa de prestación. El paciente, en tanto víctima de la negligencia médica [*en sentido genérico*], se limitará a probar el incumplimiento y los daños que de él se sigan.

2. Posibilidad de acción en contra del médico o facultativo

En el caso planteado, la causa del daño puede ser atribuible al propio establecimiento: a su culpa en la organización [*deficiencia de sus instalaciones, equipos y personal*] o a la *mala practice* del facultativo o los facultativos que intervienen en la operación o en el tratamiento. De cualquier modo, el profesional médico y de salud que intervenga en la ejecución de la prestación igualmente pueden verse expuesto a responsabilidad, siendo siempre menester la prueba de su culpa o negligencia. Esto acontecerá en dos casos: [a] cuando la víctima interpone directamente la acción civil derivada del cuasidelito penal; y [b] cuando el hospital o la clínica después de haber soportado el pago de la indemnización de daños al paciente, se dirige en su contra repitiendo lo pagado, acreditando previamente su negligencia.

3. El médico como auxiliar del hospital o clínica en el cumplimiento de su obligación

El profesional médico actúa como un mero auxiliar del hospital o clínica privada y la responsabilidad que se está juzgando en el proceso es la del deudor, esto es, de este último y no la del médico, que es un tercero para efectos de la relación contractual con el paciente. No cabe hablar de responsabilidad del hospital o clínica por el hecho ajeno en sede contractual; la culpa o negligencia del médico, desde una perspectiva estrictamente jurídica, es la culpa o negligencia del hospital, único obligado contractualmente. No hay responsabilidad solidaria, ni simplemente conjunta, *¿por qué?* Porque se trata de una obligación de sujeto pasivo único: el hospital o la clínica²⁸. Este mismo razonamiento debe aplicarse con relación al supuesto anterior, en lo que se refiere al médico y su equipo y al mismo hospital o clínica que interviene como parte contractual.

4. Contratos de celebración necesaria y responsabilidad por negligencia médica

Distinto es el caso de los contratos de necesaria celebración para la ejecución de la prestación médica contratada, entre el hospital o la clínica y un tercero, como un laboratorio, un banco de sangre o un centro de alguna especialidad de la salud. Aquí, si el daño es atribuible al incumplimiento de ambos contratos, la obligación en que consiste la indemnización es simplemente conjunta o mancomunada, dividiéndose la deuda entre los responsables, es decir, entre aquellos a quienes es atribuible el resultado de daño y en la medida que concurran a la producción del mismo. La explicación jurídica de la responsabilidad contractual del tercero con quien el hospital o clínica contrata, podría hallarse en la figura de la estipulación a favor de tercero. En efecto, cuando el primero [*estipulante*] contrata con el segundo [*promitente*], lo hace a favor del paciente [*beneficiario*], quien, desde que acepta la estipulación, tiene acción en contra del promitente. Conviene comentar un fallo que precisamente se pronuncia sobre un supuesto como el descrito y condena conjuntamente al pago de la indemnización a la clínica y al tercero, fundándose en el artículo 1449 del Código Civil.

Se deduce demanda conjunta en contra de una clínica privada y un banco de sangre, y su objeto es hacer efectiva la responsabilidad de ambas instituciones, como consecuencia de los daños materiales y morales sufridos por la demandante a raíz de una transfusión de sangre que se le practicó en la clínica privada con sangre que había sido adquirida en el banco de sangre, la cual presentaba la presencia de una antígeno del tipo Kell, que provocó en la paciente un cuadro clínico que hizo necesario practicarle una diálisis renal y posteriormente internarla en otra Clínica donde debió ser atendida varios días en su unidad de tratamiento intensivo. El Tribunal de alzada declara que entre la clínica y el banco de sangre, en lo que atañe a la prestación efectuada por éste a la actora, se ha configurado una verdadera estipulación a favor de un tercero, en cuya virtud la referida sociedad (*promitente*) se encontraba obligada para con la clínica (*estipulante*) a proveer a la paciente (*beneficiaria*) de una determinada cantidad y calidad de sangre, para ser usada en la intervención médica de que ella sería objeto. Por lo demás, dicha estipulación aparece aceptada por el laboratorio, desde que efectivamente proporciona a la paciente el humor sanguíneo que requería, practicando previamente los exámenes correspondientes

sobre las muestras que le envió la clínica y, además, acepta el pago que, mediante bono FONASA tomado a nombre de Sociedad Kohan Hermanos Limitada, le hizo la actora; hecho que a su vez, en lo que a ésta concierne, constituye aceptación de la estipulación habida en su favor. En consecuencia la responsabilidad del banco de sangre, al igual que la de la clínica es de naturaleza contractual²⁹.

El daño, presupuesto de la obligación de indemnizar, tiene más de una causa, siendo esta circunstancia la que explica la pluralidad de responsables mancomunadamente.

En la sentencia que se comenta, el Tribunal de alzada declara expresamente "4º) *Que siendo circunstancias concurrentes en los daños sufridos por la actora en su estado de salud, tanto la transfusión de sangre incompatible de que fue objeto, elemento proporcionado por el laboratorio de la Sociedad Kohan Hermanos Limitada, y la ausencia de las medidas médicas necesarias y adecuadas que debió adoptar la Clínica Portales durante el proceso mismo de la transfusión, ambas entidades deben concurrir en el pago de la indemnización por los perjuicios que ella sufrió.* 5º) *Que en las situaciones infraccionales por culpa, que es precisamente el caso de autos, la obligación de indemnizar perjuicios es simplemente conjunta; ello, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1533 del Código Civil. Por tal razón, se condenará a los demandados a concurrir por iguales partes al pago de los perjuicios sufridos por la actora*"³⁰.

5. Daño atribuible exclusivamente al tercero promitente

Cabe preguntarse: *¿qué pasa cuando el daño es atribuible exclusivamente al promitente? ¿Queda fuera de la relación de responsabilidad el contratante principal, pudiendo el paciente dirigirse sólo en contra del promitente?* Sobre el particular, la estipulación a favor de otro [artículo 1449 Código Civil] no ofrece una solución y ello por una razón muy sencilla, este instituto no pasa de ser una explicación de la naturaleza contractual de la responsabilidad civil de este tercero. A mi juicio, la clínica u hospital siempre responderá frente al paciente, dado que ésta o aquél, como se sabe, contrae una obligación de medios para con el paciente y dentro de la prestación *-objeto de la misma-* se encuentra el seleccionar o elegir a la persona de su cocontratante de aquellos contratos de celebración necesaria para su ejecución. En consecuencia, concurre, igualmente, la culpa o negligencia del tercero con la del hospital o clínica.

C. Consideraciones generales. Acción civil en contra del responsable del hecho punible

Como se ha expresado, de la inejecución o ejecución defectuosa de una prestación médica puede nacer una acción penal si concurren los elementos del tipo del artículo 492 del Código Penal [*negligencia grave médica*], acción que podrá dirigirse en contra del personalmente responsable de la negligencia, pudiendo, o no, coincidir con la parte contractual, según sea el supuesto de que se trate.

1. En el caso del médico contratante

Cabe preguntarse, *¿a qué reglas se sujeta la responsabilidad civil del médico cuando el paciente decide ejercer la acción civil que nace del cuasidelito penal de negligencia médica del artículo 491 del Código Penal?* Aquí la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por reconocer al paciente [*acreedor afectado por el incumplimiento contractual*] una opción: según sea su conveniencia, ejercerá la acción de responsabilidad contractual o la de responsabilidad por cuasidelito civil [*ex artículos 2314 y siguientes*]. A mi juicio, no cabe aceptar esta opción sin contradicciones. No hay fundamento de fondo que explique esta opción. Se reconoce esta opción porque el Código de Procedimiento Penal y, ahora el Código Procesal Penal, reconocen a la víctima de un delito o cuasidelito penal el ejercicio *-dentro del proceso penal-* de las acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible [*artículo 59 Código Procesal Penal*] o las acciones que tengan por objeto la reparación de los efectos civiles del hecho punible, como la de indemnización de daños [*artículo 10 del Código de Procedimiento Penal*]. A partir de ello, la jurisprudencia y la doctrina concluyen que esta acción civil a la que se refiere la norma procesal penal no es sino la del Título XXXV del Libro IV del Código Civil y que puede ejercerse o en el mismo proceso penal o en un proceso civil. En cierto que generalmente la acción civil será de responsabilidad por delito o cuasidelito, pero *¿qué ocurre cuando el hecho punible coincide materialmente con el incumplimiento contractual?* En mi opinión la responsabilidad derivada de este hecho punible no es la extracontractual, sino la contractual derivada del referido incumplimiento, que se aplica por especialidad, excluyendo el régimen común en materia de responsabilidad por daños³¹. Las partes, en este caso, han regulado particularmente en el contrato la responsabilidad derivada de los daños por incumplimiento. Admitir la opción supone violar la ley del contrato y su intangibilidad [*ex artículo 1545 del Código Civil*].

La aplicación de un orden de responsabilidad u otro no puede depender de la conveniencia de la víctima, en cuanto a las ventajas que le representan uno u otro, sino únicamente de la concurrencia de su presupuesto jurídico. La única opción del paciente es la de ejercer la acción civil, o en el mismo proceso penal, o en un juicio civil separado. La responsabilidad civil del profesional médico por su negligencia quedará siempre sujeta a las reglas de la responsabilidad contractual, salvo cuando quienes demanden la indemnización sean personas distintas de la víctima y reclamen por sí la responsabilidad por el daño por repercusión o rebote, responsabilidad que se sujetará a las reglas de la responsabilidad extracontractual.

2. En el caso de los auxiliares del médico o del hospital

Esta responsabilidad quedaría, en principio, sujeta a las reglas de la responsabilidad civil por delito o cuasidelito, no obstante que pueda llegar a sostenerse que se trataría de una responsabilidad accesoria de otra contractual principal, desde que la negligencia del auxiliar del médico u hospital se confunde con el incumplimiento de este último. Ya se ha indicado, que no cabe distinguir entre el hecho de los auxiliares y la actividad del deudor, ya que la culpa de éste comprende la de los primeros; ello explica que el acreedor no tenga acción contractual directa en contra de tales auxiliares. Con esto quiero expresar que perfectamente podría, conforme el principio de la accesoriedad, aplicarse en el caso de estos terceros penalmente responsables, el estatuto de la responsabilidad civil contractual.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: CARACTERIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Si como una consecuencia de la ejecución de la prestación médica se causa un daño al paciente, soy de la opinión de que las reglas y principios a los que se sujeta la eventual responsabilidad civil son los que siguen:

a) El presupuesto de la responsabilidad es el incumplimiento. Por regla general, el paciente deberá probar que el profesional médico no empleó la diligencia que integra la prestación debida, por tratarse de una obligación de medios. El acreedor afectado debe probar el incumplimiento. Ello no vulnera la regla del artículo 1547, porque su aplicación exige que el incumplimiento se haya producido.

b) La responsabilidad civil médica es personal, no solidaria. En principio responde el que ha incurrido en negligencia médica. Si el daño es imputable a la negligencia de dos o más deudores, o sujetos, que intervienen en la ejecución de la prestación, todos ellos están obligados conjuntamente al pago de la indemnización en la parte que les quepa en la deuda. No cabe aplicar la regla de la solidaridad del artículo 2317, propia de la responsabilidad por delitos y cuasidelitos. En materia contractual, salvo cuando se pruebe el dolo, la obligación con pluralidad de sujeto es conjunta o mancomunada. Estimando que la prestación médica es indivisible, se aplica la norma del artículo 1533 del Código Civil. Esta regla queda excluida si se acredita que el incumplimiento es imputable a la culpa o negligencia de uno de los deudores, en cuyo caso será éste obligado exclusivo al pago de la indemnización.

c) El incumplimiento del deudor comprende el hecho o culpa de los auxiliares que emplea para la ejecución de su prestación. El incumplimiento del profesional médico o del hospital o la clínica comprende el hecho o culpa de los auxiliares que utilizan para la ejecución de la prestación, sin que el deudor puede excusarse en la negligencia de éstos, ni librarse de responsabilidad probando que no habría podido evitar el daño, incluso empleado la diligencia que le era exigible. Como consecuencia lógica, el paciente no tiene acción directa en contra de dichos auxiliares.

d) Reformulación de la regla del artículo 1558 del Código Civil. La indemnización queda sujeta al límite de la previsibilidad de las pérdidas, no con relación al momento de celebración del contrato, sino al momento en que se produce el incumplimiento. Ello como consecuencia de la aplicación de los deberes de información y protección que debe cumplir el deudor: médico o clínica u hospital. De esta forma se evita la alegación del deudor incumplidor fundado en que el daño que se está alegando era imprevisible al momento de la celebración del contrato y, por tanto, no puede ser objeto de indemnización. Se produce un acercamiento con la responsabilidad por delito o cuasidelito civil.

e) El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica. Si el profesional médico no obtiene el consentimiento informado del paciente, éste es responsable del daño que se siga del tratamiento o intervención incluso habiendo cumplido con la *Lex Artis ad hoc* o acreditando una causa de exoneración. Por otra parte, la sola obtención del consentimiento informado no libera al profesional médico de la responsabilidad que pueda afectarle por la realización del riesgo representado.

f) La negligencia médica puede constituir un hecho punible. En este caso, el paciente tiene una opción, o se dirige contra el deudor de la prestación médica, exigiéndole la indemnización de daños, o se dirige contra el responsable del cuasidelito de negligencia médica, ejerciendo la acción civil en el proceso penal. En cualquiera de estos casos, creo que el régimen de responsabilidad debe ser el mismo, esto es, el de la responsabilidad contractual.

g) Cláusulas limitativas de responsabilidad. En materia de responsabilidad civil contractual por negligencia médica quedan excluidas las cláusulas que liberan de responsabilidad al deudor o que la limitan, salvo en lo que dice relación con el lucro cesante con el límite del dolo.

h) Daño por repercusión o rebote. Si un tercero, distinto del paciente, demanda la indemnización del daño por repercusión o rebote, el régimen aplicable es el de la responsabilidad por delito o cuasidelito civil, por cuanto, efectivamente, se trata de un tercero extraño que no ha celebrado contrato con el profesional médico o el hospital. Sin embargo, la responsabilidad de este último tendrá que apreciarse conforme la *Lex Artis ad hoc* que se construye a partir del contrato médico que le vincula con el paciente.

Como consideración final, dada la falta de uniformidad de opiniones, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, se echa enormemente en falta una ley que regule especialmente la responsabilidad civil médica o de los profesionales en general, estableciendo un régimen jurídico único, sin importar si hay contrato o no entre el profesional y la víctima del daño. Responsabilidad que se alimente de sus propias reglas y principios. Es inaceptable la posición de la jurisprudencia y de los autores en orden a reconocer a la víctima una opción,

* El presente texto corresponde a la ponencia del autor en el Seminario sobre Responsabilidad Médica, organizado por la Auditoría General de la Armada de Chile y el Consejo de Defensa del Estado, que tuvo lugar en Viña del Mar, en el mes de octubre de 2002. El presente trabajo se encuadra dentro de un proyecto de investigación que se presentará a fuente de financiamiento, sea de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, sea de otros fondos concursables. Por esta razón, sólo se han incluido aquellas notas y citas bibliográficas que estimo esenciales para la inteligencia del presente texto.

** ÁLVARO R. VIDAL OLIVARES. Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica de Valparaíso y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Oficial de Justicia de la Armada de Chile.

1 Tal como explicaré más abajo, la circunstancia que la prestación médica se ejecute por intermedio de un hospital o centro hospitalario perteneciente a la Administración del Estado no excluye de plano la posibilidad de aplicación del régimen común de la responsabilidad civil por el daño derivado de una prestación médica defectuosa que causa daño.

2 Sin entrar en el fondo de la cuestión, el fundamento de la responsabilidad civil contractual es el contrato mismo. Toda parte, cuando se obliga, lo hace con relación a la prestación ideal prometida y eventualmente a la indemnización si no la ejecuta en la forma y tiempo debido y ello irroga un daño al acreedor. La obligación indemnizatoria se dibuja abstractamente al tiempo del contrato [ex artículo 1558 Código Civil: previsibilidad] y luego se confronta con el dato real "incumplimiento que causa daños". En cambio, en la responsabilidad aquiliana o extracontractual, el fundamento de la obligación es el mismo delito o cuasidelito, naciendo ex novo, en términos originarios. En lo que se refiere al daño causado, las partes de esta relación jurídica obligatoria son extraños. Las partes, el objeto y el vínculo obligatorio se constituye desde que se produce el daño y concurren los demás elementos de esta responsabilidad.

3 Corte Suprema, sentencia de 24 de enero de 2002, pronunciada en causa Rol Nº 3665-2000.

4 Al modo de lo que sucede con el contrato de depósito necesario. En efecto, el artículo 2236 del Código Civil dispone que el depósito será necesario cuando la elección del depositario no depende de la libre voluntad del depositante, como en el caso de un incendio, ruina, saqueo u otra calamidad semejante. En este caso, el depositante sería el paciente o sus familiares o amigos que contratan a favor del primero y el depositario sería el centro hospitalario que está obligado a prestar el servicio médico de urgencia. Queda pendiente resolver el supuesto de la persona que sufre un accidente en la vía pública y en estado de inconsciencia es derivado a uno de estos centros. A mi juicio, aún en estos casos hay relación jurídico contractual, a lo menos, desde el ángulo de la relación ya constituida [como ocurre en los contratos forzosos absolutos que la ley los da por celebrados].

5 Hago esta precisión, por cuanto no concuerdo con la doctrina de la Corte Suprema contenida en su sentencia de 20 de noviembre de 1994, que recae en recurso de casación en el fondo en la causa "Rafart Mouthon, María con Banco de Chile". El caso sobre el cual recae la sentencia exigía la aplicación de las reglas de la responsabilidad por cuasidelito civil por concurrir tanto esta última junto con la responsabilidad contractual [conurrencia o concurso de responsabilidades]. Un mismo hecho -el incumplimiento contractual- lesiona, a la vez, el derecho de crédito del acreedor, dando lugar a la responsabilidad contractual; y un interés no patrimonial que excede el ámbito de protección del contrato, generando ex novo una responsabilidad excontractual por cuasidelito. Se trata de un daño moral producido con ocasión del incumplimiento de un contrato. No ocurre lo mismo con relación a la sentencia de 5 de noviembre de 2001 [Ruiz con Laboratorio Biológico S.A. y otros], que se pronuncia sobre el daño moral que constituye una consecuencia directa e inmediata del incumplimiento contractual y previsible el tiempo del contrato, siendo técnicamente apropiado hablar de daño moral contractual o como he denominado "estrictamente contractual". A mi juicio, aunque sin compartir la fundamentación de la sentencia, la doctrina que ella contiene es acertada. Se trata de un contrato de prestación de servicios entre un laboratorio y un particular, obligándose el primero a realizar unas muestras de sangre, practicar un examen e informar los resultados y el segundo a pagar un precio. Aquí, el Tribunal rechaza de plano la posibilidad de demandar invocando las reglas sobre la responsabilidad extracontractual, declarando que debe descartarse la aplicación del estatuto legal que regula la responsabilidad extracontractual.

6 Algo similar acontece en otros contratos del área de la salud, muchas veces de celebración necesaria, dentro de la ejecución de una prestación médica, como el que se celebra con un laboratorio cuyo objeto es el examen y análisis de una muestra de sangre. Si el deudor incumple dando un resultado errado, por ejemplo, que el paciente -acreedor- padece Sida, el primero será responsable por los daños no patrimoniales que son consecuencia directa e inmediata del incumplimiento descrito [cfr. sentencia de la Corte Suprema, de 5 de noviembre de 2001]. Lo mismo puede predicarse con relación al contrato de transporte y de educación.

7 Sobre todo si se tiene en cuenta que el fundamento último de la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual se encuentra en la propia Constitución de la República de Chile, la que reclama la protección de los intereses más íntimos que integran la personalidad de individuo. Sobre la constitucionalización del daño moral contractual, véase: Ramón Domínguez Águila, Aspectos de la Constitucionalización del derecho civil chileno, en R.D.J., Sección Derecho, 1996, Tomo XCIII, p. 107 y ss. "Siguiendo aquellos principios, nos parece indudable que un principio constitucional a destacar es el de la reparación del daño moral, al menos en sus especies más comunes. En efecto, tal reparación tiene asidero constitucional en el artículo 19 Nº 1 que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona, artículo 19 Nº 4 que asegura el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia, artículo 19 Nº 9, que asegura el derecho a protección de la salud, entre otros."

8 Sobre la acumulabilidad de la acción civil en el proceso penal escriturado y oral, véase el trabajo del profesor De la Fuente Hulaud "La acumulabilidad de la acción civil en el proceso penal" en Derecho de daños, AAVV, Lexis Nexis Chile, Conosur, 2002, pp. 111-147. El autor habla de confluencia de responsabilidades, expresando: "La posibilidad de interponer una acción civil en un juicio criminal, que nuestra legislación procesal ofrece a la persona afectada por un delito, se asienta sobre un presupuesto jurídico por todos reconocido, cual es que un mismo hecho puede dar origen a varias responsabilidades" [p. 111].

9 Hablaré en general del profesional médico, para contraponerlo con otros profesionales de la salud y/o auxiliares que éste o el hospital o clínica utiliza en el cumplimiento de su prestación.

10 Cfr. Domínguez Águila, "La relación médico paciente, un vínculo contractual", I Seminario Internacional de Responsabilidad Civil Médica "Marco Jurídico del ejercicio de la medicina: implicancias y nuevas perspectivas", p. 149.

11 Así se recoge de: Acosta Ramírez, La responsabilidad civil médica, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Valparaíso, 1986, Tomo I. Par. 70 [pp. 107-109]. Para el autor existen dos disposiciones que son terminantes y que nos señalan cuáles son las normas legales que necesariamente deberán regir esta relación. El artículo 2118 que dispone que los servicios de las profesionales y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato. Y agrega que el legislador no califica la naturaleza jurídica de la relación, sino que se ha limitado a establecer que estos servicios se sujetan a las reglas del mandato. La segunda disposición es la del artículo 2012 que dice que los artículos precedentes se aplican a los servicios que según el artículo 2118 se sujetan a las reglas del mandato, en lo que no tuvieran de contrario a ellas. Estos artículos precedentes rigen el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. Y es el artículo 2006 el que hace aplicables las disposiciones especiales de los artículos 1997, 1998, 1999 y 2002, todas disposiciones que gobiernan los contratos para la confección de una obra material. Así, conforme la norma civil, la relación del médico con sus pacientes deberá regirse en primer término por las reglas del mandato, porque así lo dispone el artículo 2118 y subsidiariamente, en lo que no fuere contrario a esas reglas, por las disposiciones que rigen el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales y por su intermedio, podrían llegar a ser aplicables, también, ciertas normas que rigen los contratos para la confección de una obra material.

12 Domínguez Águila expresa que frente a la ausencia de una norma particular, debe recurrirse a las normas del Código Civil sobre el arrendamiento de servicios inmateriales regulado por los artículos 2006 y siguientes. Sin embargo, las particularidades de estos contratos hacen que ellos sean considerados como contrato atípicos, cuya regulación resulta, en parte de las normas generales de los contratos, en parte de las normas del arrendamiento citadas, pero también en este contrato han de incluirse las normas propias de los códigos de deontología. Éstas siguen siendo las normas que determinan la forma como ha de ejercerse la profesión, donde está cierto que las reglas de praxis, del arte médica y el deber médico, aunque no tengan el carácter de leyes de nuestro código, están evidentemente insertas en el contenido contractual. Op. cit., supra.

13 El Tribunal Supremo español, en sentencia de 10 de diciembre de 1996, expresa que la sentencia recurrida "sigue la orientación correcta de que el médico no queda obligado a curar al paciente, sino a suministrarle las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia..." Otra sentencia del mismo Tribunal [STS 16 de diciembre de 1997, Actualidad Civil, p. 318, 1998] dice "el médico debe observar esos deberes asistenciales -entre los que está sin duda, el de información adecuada-, o sea los "medios para curar" y no el resultado o curación del paciente (de impredecible previsión hasta por el enigma somático o reacción fisiológica del enfermo), no cabe derivar del daño o mal del paciente, sin más la responsabilidad del médico".

14 Así se recoge en: De Angel Yagüez, "Responsabilidad civil por actos médicos", Problemas de Prueba, Civitas, Madrid, 1999, pp. 17 y 18. El autor reconoce ciertos casos en los que la obligación del profesional médico no es de medios, sino de resultado: a) el supuesto de la cirugía estética, en el que muchas veces se compromete un resultado concreto, que en ocasiones llega incluso a ilustrarse gráficamente; b) en el caso de la transfusión sanguínea, en que el médico advierte que la extracción no comporta ningún riesgo; c) la actividad del médico analista: el solo hecho de dar al paciente un resultado equivocado implica responsabilidad del facultativo; y c) ciertos actos propios de la especialidad de radiología.

15 Domínguez Águila sostiene tajantemente que nuestras reglas de los contratos no se ajustan a la clasificación de las obligaciones que distingue entre obligaciones de medio y de resultado. Agrega que entre nosotros, a diferencia del derecho francés donde no hay una norma que resuelva sobre la carga de la prueba de la diligencia exigible, tenemos una regla general que es el artículo 1547 del código que dice que la prueba de diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo y es, por tanto, en materia contractual comúnmente aceptado que el peso de la prueba de haberse utilizado la diligencia debida, corresponde, si la aplicamos a la responsabilidad médica, al médico. De manera que no es verdad que el paciente es el que tenga que salir a probar que el médico obró negligentemente, sino por el contrario es el médico que tiene que acreditar que empleó la diligencia debida. Op. cit., supra, pp. 150-151. Acosta Ramírez, en esta misma línea de argumentación, afirma que un desenlace acorde con los principios de la responsabilidad contractual médica, con la legislación civil y con la equidad, lleva a que tanto en las obligaciones de medio como en las de resultado que contrae el facultativo por el contrato médico, deben cumplirse diligente y cuidadosamente. En consecuencia, siguiendo lo establecido en el artículo 1547 del Código Civil, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al facultativo, pues es él quien ha debido emplearlo. Op. cit., supra, par. 165, p. 269.

16 Véase: Luis Díez Picazo y Ponce de León, "Fundamentos del derecho civil patrimonial, II", De las relaciones obligatorias, Civitas, Madrid, Quinta Edición, 1996, pp. 98-100. En Chile, Jorge Barahona González, "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva", Revista Chilena de Derecho, Volumen 24, N° 1, Enero-Abril 1997, pp. 151-177.

17 Luis Díez Picazo y Ponce de León, op. cit., supra, pp. 97-98.

18 Cfr. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, del 5 de junio de 2000 Rol N° 36.518-98.

19 Véase: Sentencia Corte Suprema, 24 de enero de 2002. Se trata de un caso de responsabilidad extracontractual del Estado por daño por repercusión o rebote, en el que concurren dos contratos, uno con el médico tratante y otro con el hospital. Sobre la responsabilidad de los hospitales y clínicas por falta de servicio o culpa en la organización, véase: Pedro Zelaya Etchegaray, "La responsabilidad civil de los hospitales y clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales)", Revista de Derecho, 1997, LXV, pp. 11-58.

20 Sobre la validez de las cláusulas de irresponsabilidad véase: Pablo Rodríguez Grez, Responsabilidad Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 467 y ss.

21 Véase: Santos Briz, "Responsabilidad civil". Derecho sustantivo y Derecho procesal, 4ª edición, Madrid, 1986, p. 716.

22 Cfr. Fernández Hierro, Responsabilidad civil médico-sanitaria, Pamplona, 1984, p. 174.

23 Cfr. Zelaya Etchegaray, "La responsabilidad civil de los hospitales y clínicas", op. cit., supra, p. 12.

24 Corte Suprema, 24 de enero de 2002. Se trata de un caso de responsabilidad extracontractual del Estado por daño por repercusión o rebote, en el que concurren dos contratos, uno con el médico tratante y otro con el hospital. Como se advertirá, la Corte no reconoce la existencia de este último contrato. Lo que interesa es destacar que aquí la causa del daño se localiza en la relación contractual entre el hospital y el paciente y no en la relación con el médico tratante.

25 Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 1993, Gaceta Jurídica N° 151, pp. 54-59. De este caso jurisprudencial se han extraído únicamente los hechos, puesto que el Tribunal falla conforme las reglas de la responsabilidad civil por el

hecho ajeno en sede de responsabilidad aquiliana. 26 Corte Suprema, 2 de junio de 1993, Casación de Fondo. De este caso sólo se han extraído los hechos, ya que en él no se discute la responsabilidad civil de los demandados.

27 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández Rodríguez, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Séptima edición, Civitas, Madrid, 1995, pp. 55 y ss. (hay ediciones posteriores).

28 El deudor es responsable del incumplimiento ocasionado por sus auxiliares. Aunque encargara el cumplimiento de la obligación a un empleado suyo, responde en cuanto que él era el obligado a cumplir, sólo le libera el caso fortuito y no puede considerarse que la intervención de éste lo sea. Isabel Sierra Pérez, Responsabilidad del empresario y relación de dependencia, Editorial Montecorvo S.A., 1997, p. 101. En el mismo sentido: Torrealba Soriano, Anuario de Derecho Civil, 1971, pp. 1150; Fernando Pantaleón Prieto, Responsabilidad contractual, Voz Enciclopedia Jurídica, Civitas, Madrid, 1995.

29 Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de abril de 2000, Causa Rol 6.956-96.

30 Cabe precisar que esta solución de responsabilidad simplemente conjunta se aplicará tanto a aquellos casos en los que el paciente contrata directamente con su médico, quien, junto a su equipo, practicará la intervención [primer supuesto], como al supuesto ahora planteado y objeto de examen.

31 Resultaría absurdo pensar que todo incumplimiento contractual de un contrato de prestación de servicios médicos constituye un hecho punible [negligencia grave ex artículo 492 Código Penal], podrá ello acontecer cuando ese incumplimiento coincida exactamente con elementos del tipo. Un mismo hecho se comporta, a la vez, como incumplimiento contractual, generador de responsabilidad civil contractual; y como hecho punible, generador de responsabilidad penal. De lo anterior resulta que podrá haber supuestos de incumplimiento contractual que sólo produzcan responsabilidad civil, no así penal. Además, nada obsta a que en un caso de negligencia grave médica al margen de un contrato de prestación de servicios médicos [de suyo excepcional en mi posición] haya lugar a la responsabilidad penal y no pueda hablarse de incumplimiento de contrato. Interpretar mis palabras en otro sentido, simplemente supone una falta de inteligencia de mis dichos.

Revista de Derecho, Nº 8 (agosto 2003).
