

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA: RIESGO TERAPÉUTICO, PERJUICIO DE NACER Y OTROS PROBLEMAS ACTUALES*

*Mauricio Tapia Rodríguez***

RESUMEN

En el derecho comparado, y recientemente en el nacional, los médicos se han transformado a su pesar en sujetos pasivos frecuentes de acciones de responsabilidad que persiguen la reparación de daños causados a pacientes. Mencionando algunas de las causas de esta inflación de la litigación en materia médica, y revisando especialmente el derecho francés, la doctrina y la jurisprudencia nacional de la última década, el artículo analiza algunos problemas actuales de esta responsabilidad civil profesional: la calificación de la responsabilidad médica (contractual, extracontractual); la naturaleza de las obligaciones del médico (obligaciones de medios, de resultado y la exclusión del error de conducta); el denominado riesgo terapéutico o accidente médico y los fallos nacionales recientes en materia de infecciones intrahospitalarias; y la extensión de los perjuicios reparables en materia médica, en particular, la indemnización de la pérdida de una oportunidad de sobrevivir o de sanar y el denominado perjuicio de nacer.

RESPONSABILIDAD MÉDICA - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHO CIVIL

1. La medicina es una de las actividades profesionales más expuestas en la actualidad al riesgo de acciones de indemnización de perjuicios. Como sostiene Jean Carbonnier, tal como hacia mediados del siglo XX la preocupación principal del derecho de la responsabilidad era la seguridad en materia de accidentes de la

circulación (cuestión que está lejos de lograrse), el paso hacia el siglo XXI parece estar dominado por la búsqueda de una seguridad sanitaria absoluta, testimonio del interés que nuestra época presta a la vida y a la salud.¹ Este artículo pretende revisar algunos de los problemas típicos que enfrenta esta responsabilidad en la actualidad, aludiendo especialmente a lo resuelto en el derecho francés, así como a la doctrina y a la jurisprudencia nacio-

* Este texto tiene origen en una exposición efectuada en el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 7 de agosto de 2003, posteriormente completada y anotada por el autor.

** Magíster en Derecho Privado, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

¹ *Droit Civil, Les obligations*, t. 4, París, PUF, Thémis Droit Privé, 2000, 22ª ed. refundida, p. 374 y s.

nal de la última década.² Antes, a modo de introducción, se examinan brevemente las transformaciones modernas de la actividad médica.

TRANSFORMACIONES MODERNAS DE LA ACTIVIDAD MÉDICA

2. *Enumeración:* A pesar de ser propio de un examen sociológico, puede ser útil enunciar algunas de las causas que han provocado en el último tiempo esta agitación en el ámbito de la responsabilidad médica: (i) los avances de la ciencia médica, y (ii) la relajación de la relación entre el médico y el paciente. Asimismo, se mencionarán: (iii) otras posibles causas de este fenómeno; (iv) los nuevos problemas de responsabilidad médica que probablemente se enfrentarán en el avenir; (v) los efectos económicos de una expansión excesiva de la litigación, y (vi) algunas estadísticas nacionales de negligencias médicas.

3. (i) *Avances de la medicina.* En primer lugar, y aunque sea un tanto banal repetirlo, la medicina evolucionó enormemente en las últimas décadas: la creación de nuevas técnicas de diagnóstico, de prevención y de tratamiento, y la invención de medicamentos, han sofisticado una ciencia que hasta el siglo XIX sostenía que la aplicación de sanguijuelas era recomendable para controlar la presión. Más aún,

² Las referencias a soluciones comparadas (esencialmente, las del derecho francés) se efectúan reconociendo que pueden no ser siempre apropiadas para nuestro medio social, aunque teniendo en cuenta que los problemas presentados en esos países se originan, muchas veces, en fenómenos sociológicos que pueden reproducirse en nuestro país.

en las últimas décadas la medicina no sólo se ha encargado de prevenir o de tratar a enfermos, sino que también se ha esforzado por corregir algunas características naturales del sujeto mediante, por ejemplo, la procreación asistida o la cirugía estética. La elevada complejidad de estas técnicas, muchas de las cuales han abandonado sólo recientemente una fase experimental, las reviste de una extrema agresividad y peligrosidad.³ Así, esta evolución de la medicina ha provocado una explosión del número de situaciones en que se pueden cometer torpezas que generen daños a pacientes.⁴

Esta misma sofisticación técnica de los actos médicos explica que sea muy difícil precisar las causas del fracaso de un tratamiento y, por ello, distinguir adecuadamente entre los efectos de la desventura y de la torpeza. Un leve descuido en el manejo de un instrumento médico, inofensivo en la intervención de un paciente cualquiera, puede causar efectos funestos en otro con ciertas predisposiciones; una complicación postoperatoria puede ser una evolución natural del estado del paciente o, por el contrario, ser la consecuencia de una infección contraída en el pabellón, etc. A ello se agrega que estadísticamente los actos médicos tienen un margen de error que, en el estado actual de la ciencia médica, parecen inevi-

³ Cf. la breve, pero interesante, exposición que efectúa sobre estas cuestiones el profesor de derecho y doctor en medicina Jean Penneau, *La responsabilité du médecin*, París, Dalloz Connaissance du droit, 2ª ed., 1996.

⁴ Por otra parte, porque son más sofisticados (y efectivos), los nuevos tratamientos son más dispendiosos, cuestión que ha tenido por consecuencia un aumento considerable del costo de la obligación de reparar y estimulado, por tanto, la expansión del seguro médico. En este sentido: Jean Carbonnier, *op.cit.*, p. 363.

tables.⁵ Frente a estas incertidumbres, la víctima (o sus deudos) buscan consuelo en una acción que obligue a un tribunal a hacer luz sobre esta situación, a descubrir las verdaderas causas del fracaso del acto médico. Tal discusión, como puede comprobarse en fallos nacionales recientes,⁶ es desplazada generalmente por la víctima hacia el ámbito penal, aprovechando sus ventajas procesales, pero también tras la búsqueda de “un verdadero proceso”, que desemboque en una pena que infiera un sufrimiento equivalente a quienes designa como responsables⁷ (situación que podría variar con la reforma procesal penal).⁸ No obstante, en los casos en que se le obliga a acreditar la negligencia, el sistema probatorio, sumado a esta complejidad de la medicina moderna, no hace más que prolongar los inconve-

⁵ Cf. *infra* N° 18.

⁶ Cf. los fallos citados en *infra* N° 12 nota 45. Cf. recientemente, en un caso que ha tenido repercusión pública este año en Chile, un conocido cirujano plástico fue sometido a proceso por cuasidelito de homicidio a causa de una supuesta negligencia médica (Diario *La Tercera*, 3 de junio de 2003).

⁷ En el derecho francés, una ley del año 2000 intentó frenar el fenómeno de excesiva penalización de ciertas actividades (entre ellas, la profesión médica), incentivando a las víctimas a entablar la acción directamente frente al juez civil. Cf. sobre esta reforma francesa: Mauricio Tapia, “Décadence et fin éventuelle du principe d’identité des fautes pénale et civile”, en *Gazette du Palais*, 7-8 marzo 2003, p. 2 et s.; y, Claudine ESPER, “Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 sur la responsabilité médicale des acteurs de santé”, en *Médecine & Droit*, París, Ed. Elsevier, N° 53, 2002, p. 6 y s.

⁸ El nuevo Código de procedimiento penal (ley N° 19.696) intenta restringir el ejercicio de la acción civil en el proceso penal (arts. 59 y s.). Cf. en este sentido: Felipe de la Fuente H., “La acumulabilidad de la acción civil en el proceso penal”, en *Derecho de Daños*, Santiago, Lexis Nexis, 2002, p. 111 y s.

nientes para el paciente: la ficha clínica o expediente médico resulta inaccesible o incomprensible; los informes de expertos son costosos, sus conclusiones excesivamente técnicas y, con frecuencia, demasiado equívocas a causa de una perniciosa y mal entendida solidaridad corporativa; en fin, la tarea de individualizar el origen del daño provocado en un establecimiento hospitalario donde intervienen múltiples profesionales y paramédicos, y una infinidad de instrumentos médicos, termina muchas veces convirtiendo la acreditación de la culpa del médico en una “prueba diabólica”.

4. (ii) *Relajación de la relación médico-paciente*. En segundo lugar, la misma complejidad del acto médico exige la intervención de múltiples especialistas, lo que ha tenido por consecuencia una relajación o despersonalización de la relación entre el médico y el paciente. Estimulado por el natural aumento de la población, esta actividad profesional se distancia de la antigua relación de confianza con el “médico de cabecera”. Michel Foucault deploraba el hecho de que “somos únicamente clientes de la medicina”. El paciente, en la modernidad, aparece como un demandante de una prestación, un consumidor más bien anónimo de servicios médicos.⁹ Lamentablemente esta masificación en la actividad médica ha conducido a una impersonalidad muy próxima de la indolencia frente a la situación del

⁹ Por esto, usualmente en esta relación contractual es el hospital o la clínica quien determina las condiciones de contratación, no quedando al paciente otra opción que aceptar o rechazar los cuidados médicos que se proponen y que serán prestados por profesionales que en muchas ocasiones desconoce. Cf. Sobre esta relación contractual por adhesión en contratos con laboratorios médicos: Andrés Jana y Mauricio

paciente, para quien la enfermedad es generalmente un momento desastroso en su vida. Como ocurre usualmente con los fenómenos sociales, una reacción conduce progresivamente a los usuarios de los servicios de salud a efectuar una reivindicación del respeto de su dignidad en los tratamientos médicos a que son sometidos.¹⁰ Por ello, y dejado atrás el paternalismo, o esa visión decimonónica en que el paciente debía al médico un respeto reverencial fundado en una especie de mágico conocimiento de la *lex artis*, el creciente acceso a la información acerca de su estado conduce a las víctimas a no vacilar en accionar contra los médicos,¹¹

Tapia, "Daño moral causado por un diagnóstico errado de SIDA: Responsabilidad contractual del Laboratorio. Corte Suprema, casación fondo, 5 de noviembre de 2001", Santiago, Universidad Diego Portales, 2003 (en prensas). Cf. En general, sobre el contrato por adhesión: Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia, *Contrato por Adhesión. Ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002. Cf. sobre la posibilidad de aplicar las normas de la ley N° 19.496, *sobre protección de los derechos de los consumidores*, a los hospitales y clínicas: *infra* N° 11 nota 38.

¹⁰ En Francia, el legislador creyó necesario declararlo: "*La persona enferma tiene derecho al respeto de su dignidad*". *Ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud (Journal officiel*, 5 de marzo 2002, p. 4118). Esta misma línea sigue el proyecto de ley nacional *sobre los derechos y deberes de las personas en salud*, cuyo artículo 5° dispone: "*toda persona tiene derecho a recibir un trato digno y respetuoso en todo momento y en cualquier circunstancia durante su atención en salud*". Sobre este proyecto de ley: cf. *infra* nota 16.

¹¹ Al parecer, en la actualidad, se está lejos de esa caricatura de los médicos hecha por MOLIÈRE, quien para mostrar el estatus superior e intocable del médico decía que lo bueno de esa profesión es que existe entre los pacientes una honestidad, la discreción más grande del mundo: siempre la culpa es del muerto.

produciéndose una especie de "*emancipación cívica del paciente*".¹²

Una prueba de este fenómeno es que los deberes de prudencia profesionales han abandonado paulatinamente los códigos de deontología en el derecho moderno, y se han transformado en derechos del paciente, cuyo cumplimiento puede ser exigido frente a los tribunales: por ejemplo, a ser tratado con dignidad, a la confidencialidad de su expediente, a la no discriminación en el acceso a la salud, etc.¹³ Esta idea ha inspirado en Chile el proyecto de ley *sobre los derechos y deberes de las personas en salud*, que recoge varios de esos derechos de los pacientes (trato digno, privacidad, confidencialidad, no discriminación, acceso a la información, etc.).¹⁴

¹² La expresión es de Angelo Castelletta, *Responsabilité médicale. Droit des malades*, París, Dalloz Référence, 2002, p. 15.

¹³ En Francia, uno de los propósitos de la regulación en materia de responsabilidad médica, introducida por la *ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud*, fue otorgar una mayor eficacia a los derechos de los pacientes, de forma de que no sean mirados como simples obligaciones del médico, esto es, deberes profesionales insertos en los códigos de deontología médica. Cf. en este sentido: B. Mathieu, "Les droits des personnes malades", en *Petites affiches*, París, 19 de junio de 2002, p. 10 y s.; y Jean Penneau, "Les droits de la personne et la démocratie sanitaire", en *Le nouveau droit des malades*, París, Litec, 2002, p. 37 y s.

¹⁴ Arts. 5° inc. 1 (trato digno); 5° letras c y d (privacidad); 11 y s. (confidencialidad de la "ficha clínica"); 3° (no discriminación), y 7° y s. (acceso a la información). El proyecto tuvo origen en el Mensaje del Presidente de República, de 12 de junio de 2001, a la Cámara de Diputados (Boletín N° 2727-11). Posteriormente, el 19 de noviembre de 2002, el Presidente de República formuló una indicación sustitutiva a este proyecto (N° 210-348), modificando algunas de sus normas, aunque sin alterar el sentido

5. (iii) *Otras posibles causas de este fenómeno*. Por último, otras causas, más generales, explican también este crecimiento de los casos de responsabilidad médica: el aumento general del espíritu litigioso; la menor tolerancia frente a los riesgos de la vida entre los ciudadanos; o incluso, como sostienen Robert Cooter y Thomas Ulen, la codicia de los abogados que plantean reclamaciones cada vez más absurdas.¹⁵

6. (iv) *Nuevos problemas de responsabilidad médica*. Es posible prever un incremento o al menos una litigación sostenida en materia de responsabilidad médica. Por ejemplo, el desarrollo de las técnicas de procreación asistida (transferencia de embriones o “arriendo de úteros”); la aceptación de la eugenesia ligada a la consagración progresiva de un “derecho al aborto”,¹⁶ o la experimentación biomédica con humanos (la clonación), planteará problemas de responsabilidad civil. Asimismo, podrá influir en ello la conciencia de que en actividades vinculadas a la medicina, una misma ignorancia o torpeza puede generar una catástrofe en cadena y afectar a un vasto número de personas, como ha ocurrido en algunos países con los escándalos del contagio del SIDA por sangre contaminada o con los efectos

nefastos de la hormona del crecimiento humano. En el derecho comparado, estos riesgos han instado a que sobre la base del denominado *principio de precaución* se obligue a quienes están en el origen de su producción (como los centros de transfusión sanguínea o los laboratorios) a tomar todas las medidas adecuadas para prevenirlos y a responder de los daños si se realizan.¹⁷

7. (v) *Algunos efectos económicos*. En términos económicos, una excesiva proliferación de juicios en materia de responsabilidad médica puede desincentivar algunas especialidades, disminuyéndolas por bajo el nivel óptimo social (como ha ocurrido en algunos países con los anestésistas y obstetras); generar un aumento del costo de los servicios (los médicos se ven forzados a adoptar medidas de precaución excesivas, tal como la prescripción de exámenes prescindibles); cuestión que finalmente desencadena un alza de los servicios (y de los seguros, cuyo costo es transferido también al precio de los servicios). Sin embargo, y como contrapartida, la transparencia en cuanto a los riesgos a que expone la actividad médica puede influir en la generalización del seguro médico (o incluso en su declaración como obligatorio, como ha ocurrido en el derecho comparado) y a una mejor distribución de los costos de estos daños. También como efecto de “mercado”, como ha afirmado con esa particular lucidez Jean Carbonnier, una

original. Todas las citas efectuadas en este artículo se refieren al último proyecto contenido en esta indicación sustitutiva, que actualmente se encuentra en el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

¹⁵ *Derecho y economía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, 1ª ed. española, p. 463 y s.

¹⁶ En este artículo se exponen algunos problemas del derecho comparado vinculados al aborto y al nacimiento con discapacidades como perjuicio: cf. *infra* N° 37.

¹⁷ Un extenso estudio de este *principio de precaución* ha sido efectuado recientemente en Francia por Philippe Kourilsky y Geneviève Viney, *Le principe de précaution*, informe presentado al Primer ministro, París, Ed. Odile Jacob, La documentation française, 2000.

inflación de derecho como la que ocurre en materia médica, por un fenómeno de interacción o “parkinsoniano”, suscita a su vez una multiplicación de juristas, quienes a su vez suscitan más y más derecho...¹⁸

8. (vi) *La negligencia médica en Chile.* Los casos de responsabilidad médica en el derecho nacional van en aumento.¹⁹ Según cifras del Colegio Médico, en 1995 existían sólo tres denuncias mensuales por negligencia médica, mientras que en el año 2002 esta cifra llegó a 58. Por su parte, se estima que los hospitales del sector público tienen juicios por un monto total de 13 mil millones de pesos por indemnizaciones solicitadas por pacientes (con aproximadamente el 52% de las demandas por negligencia médica). Las principales especialidades afectadas son la ginecología (20%) y la cirugía general (12%). Directa o indirectamente, cerca del 30% de los casos de negligencia médica

¹⁸ *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, París, L.G.D.J., 2001, 10ª ed., p. 9 y s.

¹⁹ Parece ser un tema de actualidad: cf. por ejemplo, las siguientes crónicas del diario *La Tercera*: “Colegio Médico revela alza de 50,9% en juicios por negligencia entre 2001 y 2002” (29 de abril de 2003); “Salud al banquillo” (2 de mayo de 2003); “Demandan por supuesto caso de negligencia médica” (23 de mayo de 2003); “30% de demandas por negligencia médica se asocian con anestesia” (16 de junio de 2003); “Denuncian negligencia médica” (13 de julio de 2003); “Denuncian grave negligencia por errado diagnóstico de cáncer a una paciente” (4 de septiembre de 2003); y, “Hospital retira norma que impedía querellarse por negligencia” (17 de septiembre de 2003). Recientemente, en Diario *El Mercurio*: “Muerte intrauterina en Rancagua: Madre culpa a hospital de negligencia médica” (9 de octubre de 2003).

estarían vinculados a la mala administración de la anestesia.²⁰

Pero estas cifras son engañosas, pues existe un gran número de negligencias médicas que por ocurrir en establecimientos públicos sólo se investigan y se sancionan mediante *sumarios administrativos*. Según el Ministerio de Salud, entre el año 2000 y 2001 se denunciaron 594 casos por presunta negligencia médica, de los cuales un 47% fue sobreseído y sólo un 9% ha concluido con sanciones (desde amonestación escrita hasta expulsión del servicio). De esos casos, 258 corresponden a situaciones que llevaron a la muerte del paciente.²¹

²⁰ Según el presidente de la Sociedad Chilena de Anestesiología, Mario Concha, en algunos hospitales es recurrente la práctica de la anestesiología por parte de personal no especializado, como asistentes de enfermería o incluso camilleros, y ello explicaría el alto porcentaje de negligencias cometidas en ese ámbito (cf. Diario *La Tercera*, 9 de septiembre de 2003). Como la misma Corte Suprema lo reconoce en una sentencia, la carencia de medios y de personal calificado en la medicina nacional es simplemente intimidante. En un fallo, esta Corte implícitamente acepta que esa carencia puede justificar que alumnos de medicina cumplan las funciones de anestesista (C.S., 2 de julio de 1998, R.D.J., t. XCV, sec. 4ª, p. 95 y s.)

²¹ El proyecto de ley *sobre los derechos y deberes de las personas en salud* insiste en estas “vías administrativas” para la resolución de los problemas de negligencia médica, de dos formas: a) Creando una especie de reclamo que es conocido y resuelto por el mismo establecimiento de salud implicado (público o privado), pudiendo el paciente recurrir, si la respuesta no es satisfactoria, ante el Director Regional de Salud competente (art. 24); b) Instando a hacer efectiva la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos (de los Servicios de Salud), mediante los procesos administrativos o procesos de calificación correspondientes (art. 25). Sobre este proyecto ley: cf. *supra* N° 4 y nota 16.

En una sociedad que tiene graves inconvenientes para asegurar un servicio de salud mínimo a la población, resulta entendible que la discusión acerca de la calidad de ese servicio mínimo esté un poco relegada (el *Plan Auge* es una muestra de este fenómeno). En todo caso, y como ha ocurrido en la experiencia comparada, el Colegio de la orden se encuentra preocupado de una eventual “excesiva judicialización” de la actividad médica y trabaja, en conjunto con el Ministerio de Salud, en la implementación de un sistema de mediación y arbitraje (que existe en algunos países, pero como sistema facultativo para las víctimas). Al mismo tiempo, insiste en la devolución de la tuición ética a los colegios profesionales. Por otra parte, la discusión parlamentaria que suscite el proyecto de ley *sobre los derechos y deberes de las personas en salud* podría abrir un debate público de estos temas en Chile.²²

ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

9. *Enumeración.* Evidentemente, y desde fines del siglo XIX, se puede considerar superada la discusión acerca de si es posible hacer responsables a los médicos, que supuestamente serían los únicos conocedores de la *lex artis*.²³ De la misma forma, resulta en la actualidad indiscutible que los médicos responden de toda culpa

²² Sobre este proyecto de ley: *ibidem*.

²³ En todo caso, la clásica afirmación de Plinio de que los médicos son los únicos que pueden matar impunemente parece no ser tan exacta desde un punto de vista histórico. El propio juramento de Hipócrates, y la evolución del derecho desde la época romana, demuestra que los médicos, con algunos matices, han estado sujetos a la responsabilidad penal y civil.

y no solamente de la culpa grave, como alguna doctrina había sostenido en la primera mitad del siglo XX.²⁴ Pero existen varios problemas actuales en torno a esta responsabilidad, de los cuales se examinarán cuatro, que parecen particularmente relevantes: I. Calificación de la responsabilidad médica; II. Naturaleza de las obligaciones del médico; III. Riesgo terapéutico o accidentes médicos, y IV. Extensión de los perjuicios reparables.

I. Calificación de la responsabilidad médica

Aunque todavía genere algunas discusiones, existe un relativo acuerdo acerca de la naturaleza contractual de la responsabilidad del médico (A), pero la intervención de clínicas y hospitales involucra nuevos problemas de calificación (B).

(A) La responsabilidad contractual del médico

10. *Papel “borroso” de la voluntad del paciente.* La responsabilidad médica presenta algunos problemas de calificación, pues no siempre (aunque es lo más frecuente) la intervención de un paciente se efectúa en cumplimiento de un contrato médico.²⁵ No existe contrato, por ejem-

²⁴ Sobre estas discusiones: cf. Henri, Léon y Jean Mazeaud y François Chabas, *Leçons de droit civil. Obligations. Théorie générale*, T. II, 1 v., París, Montchrestien, 1998, 9ª ed. por François Chabas, p. 484 y s.

²⁵ Arturo Alessandri ya en los años 40 concluía que esta responsabilidad es una responsabilidad de naturaleza contractual, sin duda, siguiendo a la doctrina y a la jurisprudencia francesa que desde el año 1936 había adoptado formalmente esa posición. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, p. 75 y s.

plo, si éste es anulado o bien cuando faltó el consentimiento del paciente (fue atendido en una situación de urgencia o ingresó en estado de inconsciencia). Asimismo, la relación que se establece entre las víctimas por rebote (los causahabientes del paciente) y el médico es muchas veces extraña del ámbito contractual.²⁶ Ciertamente, el denominado contrato médico se reduce con frecuencia a una simple aceptación del paciente (o de su familia) a ser sometido a un tratamiento.²⁷ Como afirman Philippe Malaurie y Laurent Aynès: “¿cuál es la consciencia y la libertad del ‘sí doctor’ otorgado por un inexperto, un desposeído o un enfermo crónico?”²⁸ Pero este papel borroso de la voluntad del paciente no puede llevar a desconocer que existe un verdadero acuerdo al menos sobre la esencialidad del contrato (servicios que se prestarán y su remuneración).²⁹ Asimismo, la inter-

vención de varios profesionales en la prestación médica (usual en una operación quirúrgica) da también nacimiento a relaciones contractuales: entre el paciente y cada uno de los médicos, si aquel los eligió o aceptó su participación; o bien, entre el paciente y el médico jefe del equipo, si éste seleccionó a sus asistentes, respondiendo por la elección y organización.³⁰

11. *Eventual irrelevancia de la calificación en el futuro.* La calificación de la responsabilidad ha sido la cuestión más tratada por la doctrina nacional en materia médica, al extremo de que muchos de los artículos y estudios publicados tratan casi exclusivamente este tema.³¹ Esto

ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud reconoce el derecho de los pacientes a decidir, sobre la base de la información que deben proporcionar los profesionales, si se someten o no a los tratamientos propuestos, debiendo constar por escrito la voluntad cuando esté implicado un riesgo grave para la salud del paciente. (art. 13 y s.). Sobre este proyecto de ley: cf. *supra* n°4 y nota 16.

³⁰ Cf. en este sentido: Enrique Paillas, *Responsabilidad médica*, Santiago, ConoSur, 1999, 3ª ed., p. 45. Por otra parte, el proyecto de ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud, contempla una disposición que otorga el derecho a los pacientes a conocer la identidad de los miembros del equipo médico que lo atienden, así como de quien autoriza los tratamientos (art. 8). Sobre este proyecto de ley: cf. *supra* N° 4 y nota 16.

³¹ Pueden consultarse los siguientes estudios publicados en Chile: Vicente Acosta R., *De la responsabilidad civil médica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990; Héctor Carreño, “Responsabilidad médica”, en Apuntes de derecho VIII, *Responsabilidad*, Santiago, Universidad Diego Portales, p. 26 y s.; Eduardo Court M., “Responsabilidad civil médica”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, 1998, v. 19, p. 277 y s.; Lorenzo De la Maza R., “La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad

²⁶ Aunque por medio de la denominada “estipulación en favor de otro tácita”, estos terceros podrían aprovechar las eventuales ventajas del estatuto contractual. Cf. sobre esta estipulación en favor de otro, utilizada sobre todo para hacer beneficiar a terceros de una obligación de seguridad (que se entiende inserta en algunos contratos: transporte, médico): François Chabas, *Cien años de responsabilidad civil en Francia, Colección de derecho francés contemporáneo*, París, Editorial Van Dieren, 2003, traducción y notas de Mauricio Tapia, párr. 70 y s.

²⁷ Debiendo aplicarse supletoriamente las reglas del mandato, del arrendamiento de servicios inmatrimoniales (si no fueran contradictorias) y las normas de la ley N° 19.496 (al menos en relación a hospitales y clínicas; cf. *infra* N° 11 nota 38).

²⁸ *Droit civil. Les personnes*, París, Cujas, 1995, párr. 317.

²⁹ Georges Ripert sostenía que quien da su adhesión sin discutir está decidido ante todo a contratar. Cf. sobre estas cuestiones: Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia, *Contrato...*, *op.cit.*, p. 23 y s. En el derecho nacional, el proyecto de

puede explicarse porque los autores están conscientes de las grandes diferencias que separaban tradicionalmente la responsabilidad contractual de la extracontractual. En efecto, en teoría, una serie de consecuencias derivan de la opción entre el estatuto contractual y el extracontractual en la responsabilidad médica: la presunción de culpa contractual; la solidaridad existente sólo en sede extracontractual; la extensión de los perjuicios reparables a los previsibles y la exclusión del daño moral en materia contractual; y la validez únicamente de las convenciones de responsabilidad pactadas en el contrato. No obstante, en las responsabilidades profesionales, como la proveniente de

médica”, en Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1988, v. 15, N° 1, p. 21 y s., y “El contrato de atención médica”, en Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 1989, v. 16, N° 1; Enrique Paillas, *op. cit.*; Raquel Palma C., “Ensayo sobre la responsabilidad civil de los médicos”, en Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, 1939, vol. V, N° 17/20, p. 141 y s.; Leslie Tomasello H., “La responsabilidad civil médica”, en Estudios de derecho privado, Valparaíso, Edeval, 1994, p. 13 y s.; R. Vásquez Ferreira, “La responsabilidad civil de los hospitales y clínicas por la negligencia médico-sanitaria”, en Responsabilidad civil del empresario, Santiago, Cuadernos de Extensión, Universidad de los Andes, 1996, p. 167 y s.; y Pedro Zelaya, “Responsabilidad civil de hospitales y clínicas. (Modernas tendencias jurisprudenciales)”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, 1997, N° 201, p. 11 y s.; también en RDJ, t. XCIV, 1997, N° 2, p. 47 y s. Además, algunas obras generales de responsabilidad civil tratan la responsabilidad médica: Arturo Alessandri, *op. cit.*, p. 75; Erinque Barros, *Curso de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Universidad de Chile, 2002 (inédito), párr. 214; y Hernán Corral T., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 273 y s.

la actividad médica, las diferencias entre estos estatutos resultan particularmente odiosas, pues el incumplimiento de los deberes profesionales acarrea en ocasiones daños tanto a clientes como a terceros, y ¿cómo puede justificarse que esta situación afecte las condiciones o la extensión de la responsabilidad del médico si se trata de una misma prestación profesional?; ¿puede sostenerse acaso que los deberes fundamentales de prudencia y de diligencia del médico son distintos si interviene a un cliente o si trata a un desconocido que es ingresado inconsciente?³² Aparentemente no existe una justificación suficiente para estas discriminaciones que son percibidas por las víctimas como injusticias y, en la actualidad, las diferencias entre estos órdenes de responsabilidad, especialmente tratándose de responsabilidades profesionales, tienden a diluirse.³³ Así, la prueba de la negligencia es exigida cada vez que se trata de una obligación de prudencia con independencia del estatuto de responsabilidad aplicable;³⁴ en materia de solidaridad, la tendencia comparada es exigir que los responsables, en virtud de un contrato o de un deber general de diligencia, hayan efectuado una contribución indivisible a la realización del daño para aplicar la obligación *in solidum*;³⁵ la necesidad de proteger a

³² Cf. en este sentido: André Tunc, *La responsabilité civile*, París, Economica, 1989, 2ª ed., p. 40 y s.

³³ Cf. sobre el acercamiento de estos regímenes de responsabilidad en el derecho francés: Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, bajo la dirección de Jacques Ghestin*, París, L.G.D.J., 1995, 2ª ed, p. 423 y s.

³⁴ Cf. *infra* N° 14.

³⁵ En el derecho francés tal conclusión parece asentada en la jurisprudencia desde la década del 50: cf. Geneviève Viney, *Introduction, op.cit.*, p. 309. En el derecho nacional, Pedro Zelaya ha afirmado la existencia de una solida-

los consumidores de servicios médicos de clínicas y hospitales conduce también a invalidar en contratos cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad redactadas en beneficio del profesional;³⁶ y, por último, los daños reparables dependen más de su previsibilidad que del tipo de acción que entabla la víctima, indemnizándose usualmente el daño moral por incumplimiento de un contrato médico.

ridad pasiva entre el hospital y el médico que intervino, y cita una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1993, que condenó solidariamente a una clínica privada y a un anestesista. *Op. cit.*, p. 39 y s.

³⁶ En el derecho nacional, la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, aplicable a los contratos de prestación de servicios, considera cláusulas abusivas en tales contratos: las que atribuyen al consumidor el efecto de deficiencias, omisiones o errores administrativos inimputables (art. 16 letra c), y las limitaciones absolutas de responsabilidad del empresario (art. 16 letra e). Cf. sobre estas cláusulas abusivas: Mauricio Tapia y José Miguel Valdivia, *Contrato...*, *op. cit.*, p. 101 y s. No obstante, la ley sólo se aplica a los actos mixtos (art. 2), condición que podría entenderse cumplida al menos respecto de los hospitales y clínicas (que otorgan, además de prestaciones médicas, otros servicios como los de hotelería). Por el contrario, a los médicos, como tradicionalmente se ha sostenido que los profesionales no celebran actos de comercio, no se le aplicarían las normas de esta ley. Cf. en este sentido: Rony Jara, "Ambito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor. Inclusiones y exclusiones", en *Derecho del consumo y protección al consumidor*, Santiago, Universidad de los Andes, 1999, p. 60. Vinculado con estas cuestiones, en el ámbito de los servicios públicos de salud, el Hospital San Juan de Dios afirmó recientemente que el 8 de septiembre de 2003 suprimió unas insólitas disposiciones de un reglamento interno del año 1990 que obligaba a los pacientes, antes de la operación, a firmar un documento en el que asumían la entera responsabilidad si la operación no resultaba exitosa (Diario *La Tercera*, 17 de septiembre de 2003).

En todo caso, la discusión sobre la procedencia del daño moral en materia contractual (importantísima en materia médica, pues los daños relevantes causados al paciente son esencialmente extrapatrimoniales)³⁷ no puede plantearse en un esquema dicotómico de si procede o no en términos absolutos la reparación de ese daño, pues la pregunta pertinente es más bien si en el tipo específico de contrato resultaba previsible el daño moral derivado del incumplimiento, es decir, si el profesional tomó a su cargo el riesgo de lesión de intereses extrapatrimoniales del paciente. En el ámbito médico, al obligarse a sanar al paciente, evidentemente, el profesional también se compromete a velar por su seguridad, siendo procedente la reparación de los perjuicios extrapatrimoniales que derivan del incumplimiento de esta obligación.³⁸

Esta evolución, unida a una mayor tolerancia frente a la opción o cúmulo de responsabilidad, puede transformar en académica esta discusión acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil médica.³⁹

³⁷ Cf. *infra* N° 34.

³⁸ Así, en el derecho nacional, dos fallos recientes han concedido la indemnización del daño moral por incumplimiento contractual en materia médica: un caso de diagnóstico errado de SIDA por un laboratorio (C.S., 5 de noviembre de 2001, R.D.J., t. XCVIII, sec. 1ª, p. 234 y s.), y otro en que fue amputada una pierna del paciente producto de una infección contraída en el hospital (C.A. de Concepción, 20 de mayo de 2002, Gaceta Jurídica N° 268, 2002, p. 93 y s.; casación declarada inadmisibles por la C.S., 29 de octubre de 2002). Cf. sobre la procedencia de la reparación del daño moral previsible en algunos contratos (como el médico): Andrés Jana y Mauricio Tapia, "Daño moral...", *op.cit.*

³⁹ En el derecho nacional, Pedro Zelaya sostiene la procedencia del cúmulo de responsabilidad en materia médica, concluyendo que esta solución del derecho comparado ha llevado

12. *Tendencia “extracontractual” de la jurisprudencia nacional.* A pesar de que existe un relativo consenso acerca de una fuerte presencia de la responsabilidad contractual en este ámbito,⁴⁰ los casos fallados por la jurisprudencia nacional son resueltos frecuentemente en sede extracontractual,⁴¹ cuestión que se explica por algunas ventajas de este estatuto (por ejemplo, evitar la discusión, todavía presente en el derecho nacional, sobre la procedencia del daño moral en materia contractual),⁴² y porque numerosos casos de negligencia médica se resuelven en sede penal donde se deduce accesoriamente la acción civil extracontractual de indemnización de perjuicios.⁴³ Esta

a que la responsabilidad médica sea eminentemente extracontractual. Sin embargo, al menos en el derecho francés, la jurisprudencia es reticente a aceptar el cúmulo, siendo la responsabilidad médica eminentemente contractual (cf. *infra* N° 14). Cf. Pedro Zelaya, *op. cit.*, esp. p. 23 y s. y 52 y s. En todo caso, dos fallos recientes de la Corte de Apelaciones de Concepción se refieren a la posibilidad de la opción en materia médica, citando este artículo de Pedro Zelaya: 10 de agosto de 2000 (Gaceta Jurídica N° 259, 2002, p. 38 y s.) y 20 de mayo de 2002 (Gaceta Jurídica N° 268, 2002, p. 93 y s.). Cf. sobre el cúmulo en el derecho francés: H., L. y J. Mazeaud y F. Chabas, *Leçons...*, *op. cit.*, p. 404 y s.

⁴⁰ La doctrina nacional reconoce casi unánimemente este carácter (cf. *supra* N° 11 nota 33). Cf. en la jurisprudencia reciente: C.A. de Concepción, 20 de mayo de 2002 (Gaceta Jurídica N° 268, 2002, p. 93 y s.), que cita en apoyo de la naturaleza contractual de esta responsabilidad los estudios de Arturo Alessandri y Eduardo Court.

⁴¹ Esta constatación no es novedosa: cf. por ejemplo, Vicente Acosta, *op. cit.*, p. 3.; y Eduardo Court, *op. cit.*, p. 282 y s.

⁴² Cf. *supra* N° 11.

⁴³ Como ha sostenido Ramón Domínguez A., la responsabilidad civil aparece, en la actualidad, como un apéndice de la jurisprudencia penal: “Aspectos contemporáneos de la responsabilidad civil”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 185 (1989), p. 107.

práctica tiene un grado de artificialidad.⁴⁴ En una conocida decisión del año 1995 contra los médicos que operaron por error la cadera izquierda y no la derecha del ministro Lionel Beraud, se concluyó retóricamente, para extraer los hechos del ámbito contractual, que éste sólo había prestado consentimiento para la operación de la cadera con problemas y no de la erróneamente operada.⁴⁵

(B) La responsabilidad de hospitales y clínicas

13. *Múltiples soluciones.* Por otra parte, la intervención de clínicas, de hospitales (o incluso mutuales), y de médicos que actúan por cuenta de éstos, provoca también incertidumbres en la calificación de las relaciones que se crean con el paciente víctima del daño. Para explicarlas, se han utilizado varias figuras jurídicas: la estipulación en favor de otro (suscrita entre la clínica y el médico, siendo el enfermo el beneficiario);⁴⁶ la representación

Pueden consultarse los siguientes casos recientes de responsabilidad civil extracontractual médica resueltos en sede penal: C.S., 2 de julio de 1998, R.D.J., t. XCV, sec. 4ª, p. 95 y s., y 28 de enero de 1999, R.D.J., t. XCVI, sec. 4ª, p. 71 y s.; C.A. de Iquique, 9 de enero de 2002 (confirmada por la Corte Suprema, 2 de abril de 2003), Gaceta Jurídica N° 274, 2003, p. 194 y s.; y, C.A. de Copiapó, 25 de marzo de 2002 (sentencia firme), Gaceta Jurídica N° 265, 2002, p. 127 y s.

⁴⁴ Sin duda, influyó en esta práctica la opinión de una parte de la doctrina nacional, que estima que en el juicio penal sólo podía acumularse la acción de responsabilidad civil extracontractual. Cf. sobre esta discusión: Eduardo Court, *op. cit.*, p. 283.

⁴⁵ Cf. sobre esta sentencia, el análisis de Eduardo Court, *op. cit.*, p. 281 y s.

⁴⁶ En el derecho nacional, Arturo Alessandri sostuvo la existencia de una estipulación por otro en estos casos: *op. cit.*, p. 75 y s. Un fallo

(el médico apoderado sería el encargado de contratar al resto de los profesionales y el personal); la agencia oficiosa (el hospital sería agente del paciente); la responsabilidad por culpa directa del hospital o clínica, o por el hecho ajeno. Finalmente, la intervención de hospitales públicos en gran parte de los actos médicos en Chile plantea, ciertamente, la cuestión de la definición de la responsabilidad del Estado por “*falta de servicio*”.⁴⁷

Un estudio nacional reciente trata extensamente estos problemas de calificación cuando el acto médico se efectúa por intermedio de un hospital o clínica.⁴⁸ En la práctica, es necesario determinar si es posible singularizar al profesional negligente: si ello es factible, la víctima podrá accionar contra éste directamente, demandar la responsabilidad por el

hecho ajeno del hospital o clínica (que naturalmente dispondrá de más recursos que el dependiente para asegurar la reparación), o bien, intentar perseguir solidariamente a ambos⁴⁹ (solución usual en el derecho comparado). En cambio, si el autor directo del daño causado en el establecimiento permanece anónimo, a la víctima sólo le queda demandar la responsabilidad directa, contractual⁵⁰ o extracontractual, del hospital o clínica. En este último caso, la jurisprudencia nacional, para hacer aprovechar a la víctima de la responsabilidad por el hecho ajeno, ha aceptado la noción de *culpa difusa*, según la cual la negligencia se atribuye a la organización empresarial en su conjunto, sin necesidad de identificar el autor concreto del daño.⁵¹ Como afirma Enrique Barros, esta *culpa difusa* no es más que un recurso retórico para dar por establecida la responsabilidad por el hecho propio de la organización empresarial.⁵²

reciente afirmó que era posible considerar que existe una estipulación en favor de otro en caso de intervención de una mutual: el estipulante sería la empresa que contrata los servicios de la Mutual promitente y el beneficiario sería el trabajador enfermo. Cf. C.A. de Concepción, 20 de mayo de 2002, Gaceta Jurídica N° 268, 2002, p. 93 y s.; casación declarada inadmisibles por la C.S., 29 de octubre de 2002.

⁴⁷ Existe una memoria de prueba, publicada posteriormente como libro, que trata de la responsabilidad del Estado por la actuación de los servicios de Salud, y que tiene una posición, absolutamente cuestionable, proclive a la responsabilidad objetiva en esta área: Andrés Vásquez, *Responsabilidad del Estado por sus Servicios de Salud*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1999. Una aplicación reciente de esta responsabilidad estatal por deficiencia en los servicios de salud: C.S., 30 de abril de 2003, Gaceta Jurídica N° 274, 2003, p. 59 y s. (que rechaza el supuesto carácter “objetivo” de esta responsabilidad). Cf. *infra* N° 32.

⁴⁸ El artículo de Pedro Zelaya, realizado bajo el patrocinio del Fondecyt, revisa extensamente estos problemas en la responsabilidad de hospitales y clínicas. *Op. cit.*, p. 11 y s.

⁴⁹ Como señalara tempranamente Arturo Alessandri, la responsabilidad por el hecho ajeno no extingue la responsabilidad personal del autor directo del daño. Sin embargo, y a pesar de sostener que la víctima puede demandar de éstos la reparación separada o conjunta total del daño, para Alessandri no habría aquí solidaridad, pues el delito sólo fue cometido por el autor directo y no por el responsable civil. *Op. cit.*, p. 323.

⁵⁰ Cf. arts. 1448 y 1679 del Código civil. Sostener lo contrario implicaría autorizar una excusa general del deudor cada vez que el incumplimiento se deba a la negligencia de un tercero en quien delega la ejecución del contrato.

⁵¹ En materia de responsabilidad del Estado, la jurisprudencia también acepta que un comportamiento anónimo sea calificado como falta de servicio. Una aplicación reciente: C.S., 30 de abril de 2003, Gaceta Jurídica N° 274, 2003, p. 59 y s.

⁵² *Op. cit.*, párr. 130.

Tal como lo expone el estudio mencionado sobre la responsabilidad de hospitales y clínicas, es posible identificar una tendencia comparada a la objetivación de la responsabilidad de éstos (en contraposición a la responsabilidad de los médicos que sigue fundada en la culpa),⁵³ fenómeno que en el derecho nacional se percibe de dos formas: por una parte, en la responsabilidad por el hecho ajeno, los tribunales dan prueba de una extrema severidad para apreciar las excusas de que dispone el empresario para desvirtuar la presunción de culpa del artículo 2320 del Código Civil;⁵⁴ por otra parte, en materia de responsabilidad del Estado por las deficiencias de los servicios de salud, algunos fallos nacionales han intentado una abierta objetivación, tesis que como se expondrá plantearía una desigualdad en perjuicio de Estado, pues las clínicas privadas continúan respondiendo esencialmente por culpa (probada o presunta).⁵⁵

Más allá de esta discusión, revisada en los estudios nacionales aludidos, la naturaleza de las obligaciones a la que se encuentra sujeto el médico es también fuente de algunas dificultades.

⁵³ Por ejemplo, en el derecho francés, la ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud, confirmó la existencia de una responsabilidad sin culpa o estricta por las *infecciones intrahospitalarias* a cargo de los “establecimientos de salud”, excluyendo, por tanto, a los “profesionales de la salud” que siguen sujetos al régimen general de responsabilidad por culpa: “*Los establecimientos, servicios y organismos arriba mencionados son responsables de los daños resultantes de infecciones hospitalarias, salvo si ellos proporcionan la prueba de una causa inimputable*” (actual art. L. 1142-1.I del Código de la salud pública).

⁵⁴ Cf. Enrique Barros, *op. cit.*, párr. 128.

⁵⁵ Cf. *infra* N° 30 y s.

II. Naturaleza de las obligaciones del médico

La obligación principal del médico es calificada como de *medios* (A), aunque la jurisprudencia tiende a confundir el comportamiento culpable con el error de conducta (B); lo que pudo influir en la decisión de hacerlos responsables del incumplimiento de algunos *resultados* (C).

(A) Obligación principal de *medios* del médico

14. *Obligación de medios y de resultado.* Voltaire sostenía que “*un médico promete cuidados y no la recuperación; hace sus esfuerzos y por ello se le paga*”.⁵⁶ En efecto, el deber esencial del médico es poner a disposición del paciente sus capacidades profesionales con el fin de lograr su recuperación.⁵⁷ Siguiendo la conocida clasificación creada por René Demogue, surge la pregunta de si ésta es una obligación de *medios* o a una obligación de *resultado*, pues de esta calificación depende la forma de constatar su incumplimiento.⁵⁸ Una obligación de *medios*, también denominada *obligación general de prudencia y diligencia*, exige solamente emplear la diligencia debida para intentar obtener el resultado perseguido (un típico ejemplo es el deber del abogado de obtener una

⁵⁶ *Diatribes du docteur Akakia*.

⁵⁷ Estos párrafos se refieren esencialmente a la responsabilidad del médico, persona natural. Respecto de la responsabilidad de clínicas u hospitales, por el propio o de sus dependientes: cf. Pedro Zelaya, *op. cit.*

⁵⁸ *Traité des obligations en général*, Paris, Arthur Rousseau, 1923-1931, t. V, N° 1237 y t. VI, N° 599.

sentencia favorable para el cliente). Una obligación contractual de *medios* equivale, por ello, a las que en materia extracontractual se denominan obligaciones sujetas al deber general de prudencia y diligencia. Por el contrario, en una obligación de *resultado* el deudor asegura la obtención de un objeto determinado, la obtención de un resultado concreto (la entrega material de una cosa, por ejemplo). En la obligación de *medios*, la prueba del incumplimiento del contrato supone efectuar un juicio de valor acerca de la diligencia empleada por el deudor; en cambio, en la obligación de *resultado*, el incumplimiento queda demostrado si se prueba simplemente que el resultado no se obtuvo.⁵⁹ Por ello, sólo en este último caso es plenamente aplicable la presunción de culpa en materia contractual (art. 1547 del Código Civil), pues en una obligación de *medios* la constatación del incumplimiento exige que la víctima pruebe la negligencia del deudor.

15. *La obligación principal del médico es de medios.* Según esta clasificación, la obligación de cuidados a que se compromete el médico es una obligación de *medios*, como concluyó tempranamente en el derecho nacional Orlando Tapia S. (1941): “*por regla general, el médico no se obligará a otra cosa que a emplear en*

el cuidado del enfermo la prudencia y diligencia necesarias... no se compromete, en manera alguna, a sanar al enfermo, sino solamente a desplegar todos los cuidados y precauciones que las reglas propias de su profesión requieran...”, así, “*si el enfermo pretende que el médico no ha empleado la diligencia y prudencia debidas en su atención, deberá ser él quien pruebe esta circunstancia*”.⁶⁰ Por

⁶⁰ *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Concepción, Publicaciones de la Universidad de Concepción, 1941, p. 383. En Francia, derecho en el que se inspiró ese texto de Orlando Tapia, la distinción entre obligaciones de *medios* y de *resultado* fue utilizada por primera vez precisamente a propósito de un contrato médico, en el célebre *arrêt Mercier*: el contrato médico involucra “*la obligación, si bien no de sanar al enfermo como es evidente, al menos de proporcionarle cuidados concienzudos, atentos y, salvo en caso de circunstancias excepcionales, conforme a los conocimientos adquiridos de la ciencia*” (*Chambre civile de la Cour de cassation*, 20 de mayo de 1936, *Dalloz* 1936, I, p. 88, *rapport* Josserand). Recientemente en Francia, la *ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud*, confirmó la regla, extraída por la jurisprudencia, que hace recaer sobre el médico una *obligación contractual de medios*: “*los profesionales de la salud mencionados en la cuarta parte del presente código, así como todo establecimiento, servicio u organismo en los cuales son realizados actos individuales de prevención, de diagnóstico o de tratamiento no son responsables de las consecuencias dañinas de los actos de prevención, de diagnóstico o de tratamiento sino en caso de culpa*” (actual art. L. 1142-1. I del Código de la salud pública). Sobre la responsabilidad médica en esta ley: Patrice Jourdain, “*La réforme de l’indemnisation des dommages médicaux et la place de la responsabilité médicale*”, en *Le nouveau droit des malades*, París, Litec, 2002, p. 8” y s.; Christophe Radé, “*La réforme de la responsabilité médicale après la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la*

⁵⁹ Sobre las obligaciones de *medios* y de *resultado* en el derecho francés actual: Jean Bellissent, *Contribution à l’analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, París, L.G.D.J., 2001, esp. p. 339 y s.; H., L. y J. Mazeaud y F. Chabas, *Leçons...*, *op. cit.*, p. 13 y s., y 369 y s.; y, Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil, bajo la dirección de Jacques Ghestin*, París, L.G.D.J., 1998, p. 440 y s.

ello, para determinar si el médico ha incumplido su obligación y actuado negligentemente será necesario que el paciente acredite que el comportamiento efectivo del médico se alejó no de la conducta de un “buen padre de familia” cualquiera, sino de aquella que podía esperarse de un profesional competente y diligente (culpa leve; art. 1547 del Código Civil).⁶¹ Este juicio de reproche de la conducta del médico se efectúa en abstracto, comparando el comportamiento efectivo con el esperado de un médico prudente, pero considerando también las circunstancias externas en que intervino. Por esto, la conducta que puede esperarse de un médico que opera a un paciente en un hospital de provincia de pocos recursos o bien en una situación de urgencia, es diferente de aquella que se puede exigir de un médico que planifica una operación en una clínica especializada con medios sofisticados.⁶²

16. *Recepción de la clasificación en la práctica nacional.* Esta clasificación de

las obligaciones paulatinamente ha ido siendo aceptada en el derecho nacional.⁶³ No obstante, y como señaló Arturo Alessandri, el obstáculo principal a su adopción es la generalidad de los términos del artículo 1547 del Código Civil: “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo*”, y por esto concluye que será siempre el deudor (médico) quien deberá acreditar que no incurrió en negligencia.⁶⁴ Diversas soluciones se han ideado para sortear este obstáculo: algunos autores, junto con aceptar la clasificación de obligaciones de *medios* y *resultado*, afirman que esta presunción sólo se aplicaría si el médico no efectúa la intervención y no cuando lo haga defectuosamente, en atención a que en el primer caso incumpliría un deber contractual y en el segundo un deber legal (extracontractual);⁶⁵ otros, enigmáticamente declaran aplicable la regla del artículo 1547 a la responsabilidad del médico y al mismo tiempo exigen la prueba del “*incumplimiento mediante la acreditación de la negligencia*”...⁶⁶

Sin duda, resulta difícil soslayar los términos generales de esa disposición.⁶⁷

qualité du système de santé”, en Responsabilité civile et assurances, mayo 2002, chr., p. 4 y s.; Mauricio Tapia, “Responsabilidad médica en Francia (Principales modificaciones introducidas por la ley de 4 de marzo de 2002)”, París, junio 2003 (inérito).

⁶¹ Sobre la culpa del médico en el derecho francés: Annick Dorsner-Dolivet, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l’homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, París, L.G.D.J., 1986.

⁶² Cf. Enrique Barros, *op.cit.*, párr. 34. Así, por ejemplo, la Corte Suprema ha resuelto que existiendo un solo cardiovector en el hospital público de Puerto Natales, no era necesario que estuviera en la sala donde se intervenía al paciente, que presentaba condiciones normales antes de la operación (C.S., 2 de julio de 1998, R.D.J., t. XCV, sec. 4^ª, p. 95 y s.)

⁶³ Como se indicó, Orlando Tapia se refirió a esta clasificación de obligaciones de *medios* y de *resultado*, y su aplicación a la obligación contractual. *Op.cit.*, p. 383 y s. La recepción de esta clasificación en el derecho nacional reciente ha sido objeto de un interesante examen en la tesis de Carlos PIZARRO, *Etude critique sur la responsabilité contractuelle en droit positif chilien*, tesis de doctorado, París, 2003, p. 126 y s.

⁶⁴ *Op.cit.*, p. 53 y s., nota 2.

⁶⁵ Cf. Orlando Tapia, *op.cit.*, p. 384 y s.

⁶⁶ Cf. Hernán Corral, *op.cit.*, p. 281.

⁶⁷ El proyecto de ley *sobre los derechos y deberes de las personas en salud* no contribuye demasiado a aclarar estas dudas en materia de responsabilidad civil médica. Por el contrario, las únicas disposiciones que tratan la “responsabilidad”, lo hacen para establecer una exi-

A pesar de ello, y aun cuando no se aceptare formalmente la distinción entre obligaciones de *medios* y de *resultado*, es evidente que existen ciertas obligaciones que por su misma naturaleza exigen un juicio de valor para apreciar su cumplimiento o incumplimiento, como es el caso precisamente del acto médico, pues al fundarse la profesión médica en una ciencia aproximativa, interviniendo un elemento aleatorio en su ejecución, no es suficiente para dar lugar a la responsabilidad que se acredite que no se sanó al enfermo. Por lo demás, en términos de justicia, no existe justificación para discriminar entre personas que reciben una misma prestación médica obligando, por ejemplo, al paciente que ingresa en estado de inconsciencia a probar la negligencia (porque al no existir contrato, no se aplicaría la presunción de culpa del artículo 1547), y a eximir de ella al paciente que, por estar consciente, pudo aceptar los tratamientos que se le propusieron. Esto, por lo demás, involucraría un desincentivo implícito a la suscripción de contratos médicos, con el fin de escapar a la presunción de culpa. Con todo, atendiendo a que los casos de responsabilidad civil médica se resuelven en el derecho nacional preferentemente en sede extracontractual, tal como se indicó,⁶⁸ estos problemas no se presentan con demasiada frecuencia,

mente de responsabilidad civil y penal para los médicos y establecimientos en caso de rechazo de los tratamientos propuestos al paciente (art. 19), y para declarar que “*los deberes de las personas en salud constituyen la responsabilidad que éstas deben asumir al momento de solicitar y recibir atención de salud...*” (art. 20). Sobre este proyecto de ley: cf. *supra* N° 4 y nota 16.

⁶⁸ Cf. *supra* N° 12.

siendo generalmente la víctima la que prueba la negligencia del médico. Así por ejemplo, la Corte Suprema, el año 1998, declaró en sede extracontractual la existencia de una obligación de *medios* por culpa probada del médico, al concluir que no resulta establecida la negligencia: si no se acredita que una agravación del estado inicial del paciente se debía a la deficiente atención médica recibida,⁶⁹ o si no se probó que la anestesia haya sido mal administrada.⁷⁰ La prueba de la negligencia, efectuada por la víctima, resulta entonces indispensable para la constatación de un incumplimiento de la *lex artis* en los tratamientos que brindó el médico.

17. *La lex artis.* La obligación de *medios* del médico le exige actuar no como cualquier hombre prudente, sino prestar sus servicios conforme a la *lex artis*, esto es, de acuerdo a los conocimientos adquiridos por la ciencia médica, con el objeto de prevenir, diagnosticar o sanar adecuadamente al paciente. Evidentemente, se trata de prestar al paciente los cuidados según los conocimientos adquiridos por la ciencia médica a la fecha del tratamiento y no a la fecha en que el juez resuelve. Así, en el derecho nacional, en un juicio fallado en el año 2002, se excluyó la responsabilidad de un grupo médico que utilizó un instrumento eléctrico en la cavidad abdominal para sujetar el intestino mientras se completaba una cirugía vaginal, que se activó provocando una peritonitis bacteriana que condujo a la muerte de la paciente, en atención a que en la época en que ocurrieron los hechos

⁶⁹ 28 de septiembre de 1998, R.D.J., t. XCV, sec. 1ª, p.157 y s.

⁷⁰ 2 de julio de 1998, R.D.J., t. XCV, sec. 4ª, p. 95 y s.

esa maniobra quirúrgica era aceptada y normalmente usada en ese tipo de intervenciones.⁷¹

(B) El error de conducta y la deformación de la culpa médica

18. *Culpa y error.* Lamentablemente, la jurisprudencia con excesiva frecuencia, y con el afán de proteger a las víctimas, tiende a confundir el comportamiento negligente con el simple error de conducta, esto es, a “*asimilar una anomalía accidental de comportamiento ligada a la falibilidad humana... a una anomalía culpable*”.⁷² Como explica André Tunc, el comportamiento culpable involucra una elección en plena libertad del agente: éste decidió adoptar una conducta que no hubiese tenido un buen profesional colocado en su situación, en vez de seguir otro comportamiento posible más seguro. Por el contrario, el error es una inadvertencia, una falta de atención, una reacción desgraciada que no implica ninguna elección y que pudo haber cometido cualquier buen profesional.⁷³ El acto culpable es

aquello que no habría hecho el “buen padre de familia”, el “hombre diligente” o “razonable”, pero éstos no pueden evitar cometer traspiés, estadísticamente ineludibles.⁷⁴

El error es inherente a la acción humana, y por ello resulta contrario a toda noción de justicia tratarlo como un comportamiento culpable, más aún si se considera la estigmatización que conlleva en el profesional si la víctima, como ocurre en muchos casos, decide ejercer una acción penal.⁷⁵ Por esto, no se justifica condenar en responsabilidad a un médico por la lesión accidental de un nervio o el corte de una arteria durante una intervención, si se considera que en un porcentaje ele-

⁷¹ C.A. de Copiapó, 25 de marzo de 2002 (sentencia firme), Gaceta Jurídica N° 265, 2002, p. 127 y s. A la misma conclusión ha llegado la jurisprudencia francesa: *Première Chambre civile de la Court de cassation*, 6 de junio de 2000, *Droit et patrimoine* N° 89, enero 2001, p. 84, obs. François Chabas. Cf. por otra parte: C.S., 28 de septiembre de 1998: que afirma que la responsabilidad médica exige la infracción de la “*lex artis*” y que debe ser acreditada en el juicio (R.D.J., t. XCV, sec. 1ª, p.157 y s.).

⁷² Jean Penneau, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, Paris, L.G.D.J., 1973, párr. 204.

⁷³ André Tunc, *op.cit.*, p. 114 y s. Cf. también: Philippe Le Tourneau y Loïc Cadiet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz Action, 2002/2003, p. 41 y s., y 1199.

⁷⁴ En el derecho nacional, para un análisis de la deformación de la culpa por su confusión con el error de conducta: Ramón Domínguez A., “Aspectos contemporáneos...”, *op. cit.*, p. 107 y s. Hernán Corral alude a esta confusión entre la culpa y estos errores que califica de “imprevisibles” en materia médica (*op. cit.*, p. 278). No obstante, la imprevisibilidad no es el criterio determinante de tales errores, pues ellos son normal y estadísticamente previsibles por todo buen profesional (ocurren a un cierto número de pacientes cada año). Aquello que realmente distancia a estos errores del comportamiento culpable, es que para el médico no resulta posible “evitarlos” usando el grado de diligencia exigido por la ley. Cf. en este sentido: Enrique Barros, *op. cit.*

⁷⁵ La preocupación por la atribución de responsabilidad por simples errores está presente entre los médicos en Chile. En una entrevista, el doctor Mario Concha, Presidente de la Sociedad de Anestesiología de Chile, declara: «*Si yo como profesional tengo un paciente que se está agravando, y al considerar sus síntomas y sus exámenes elijo una terapia de entre dos o tres opciones válidas, y resulta que no es la adecuada, estamos ante un error. Esto demuestra que los métodos diagnósticos actuales aún tienen limitaciones*» (cf. Diario *La Tercera*, 16 de junio de 2003).

vado de operaciones aquello se produce inevitablemente.⁷⁶ Por lo demás, tal carácter inevitable frustra todo fin de prevención de daños que pretenda atribuirse a la responsabilidad civil, pues escapa al control del responsable impedir tales infortunios, aun usando la diligencia debida. Sin duda, la difícil prueba de las causas de los daños aludida en la introducción explica que muchas veces sea imposible establecer con nitidez los límites entre la culpa y el error excusable.⁷⁷ Es así que la jurisprudencia, para suplir tales deficiencias probatorias, utiliza muchas veces indebidamente el adagio *res ipsa loquitur* (“dejad que las cosas hablen por sí mismas”), infiriendo del sólo gesto desgraciado la existencia de un comportamiento culpable del médico.

19. *Atribución de estos errores.* La responsabilidad médica no debería extenderse a los errores de conducta. ¿Pero a quién debe atribuirse entonces el peso de estos errores? Si se deja a cargo del médico, como muchas veces lo hace la jurisprudencia, ¿no se está castigando entonces a un buen profesional por hechos que están fuera de su control? Por el contrario, si gravan al paciente, se les obliga a soportar perjuicios que pudieron inhabilitarlo para el trabajo o para llevar una vida normal. Desgraciadamente no hay soluciones unívocas en el derecho comparado.⁷⁸ Sin embargo, generalizando (simplificando) puede sostenerse que: por una parte, razones de seguridad sanitaria, consideradas prioritarias por la sociedad, justifican que, excepcio-

nalmente, ciertos resultados deban ser garantizados al paciente, no aceptándose la excusa del error o de la diligencia por parte del médico (obligaciones de *resultado* médicas); y, por otra parte, algunos accidentes médicos graves, en cuyo origen pudo haber estado o no una inadvertencia médica inevitable, deben quedar fuera del ámbito de las obligaciones del médico, sujetos a un sistema de socialización del riesgo (riesgo terapéutico). Únicamente corresponde analizar la primera de estas cuestiones (obligaciones de *resultado*) en esta parte de la exposición, pues el riesgo terapéutico ya no se refiere a la naturaleza de las obligaciones a las que se entiende sujeto el médico sino a las fronteras entre la responsabilidad y la fuerza mayor.

(C) Excepción: algunas obligaciones de *resultado* a cargo de los médicos, hospitales y clínicas

20. *Carácter excepcional de las obligaciones de resultado médicas.* Una obligación de *resultado*, como se indicó, exige del médico la obtención de una prestación, transformándose en una especie de garante de su obtención, y acreditándose su incumplimiento por el sólo hecho de no obtener el fin perseguido. Frente a estas obligaciones el profesional no puede eludir su responsabilidad probando su diligencia o la existencia de un error de conducta inevitable, no quedándole otra excusa que acreditar una *causa inimputable* (una causa adecuada de los daños externa, imprevisible e irresistible, como la fuerza mayor).⁷⁹ Teóricamente, como concluyeron los hermanos Mazeaud, la culpa también existe en una obligación de *resultado*: el

⁷⁶ Estos casos (nervio lesionado y arteria cortada) son citados de la jurisprudencia francesa por François Chabas en el comentario: “La maladresse constitue une faute”, en *Droit et patrimoine*, octubre 2000, p. 99.

⁷⁷ Cf. *supra* N° 3.

⁷⁸ Cf. una revisión de las soluciones comparadas en: André Tunc, *op. cit.*, p. 114 y s.

⁷⁹ El error de conducta, aunque inevitable, no es causa inimputable por provenir del propio médico y ser normalmente previsible.

deudor se había comprometido a la obtención de un objeto preciso y su sola inejecución constituye una prueba del incumplimiento culpable. Pero en términos prácticos, no existen diferencias entre crear una obligación de *resultado* a cargo del médico y hacerlo responsable extracontractualmente de manera “estricta” de los daños que derivan del incumplimiento.⁸⁰

Una cuestión debe aclararse: las obligaciones de *resultado* a cargo del médico son eminentemente excepcionales. La intervención de un fuerte elemento aleatorio en la prestación médica (la posibilidad que tiene el paciente de recuperar la salud) excluye como regla general toda garantía de resultado, puesto que no puede entenderse que el médico se compromete a algo que va más allá de su alcance.⁸¹ En general, estas obligaciones de *resultado* médicas pueden tener dos fuentes: la convención, el contrato médico, y la propia naturaleza de las obligaciones precisas a las que se compromete el médico.

21. *Obligaciones de resultado convencionales.* La voluntad de las partes puede conferir a la obligación del médico el alcance de una obligación de *resultado*. Un caso típico es el cirujano plástico que promete la obtención de un determinado resultado “geométrico” facial, apoyándose para ello en croquis.⁸² Otro ejemplo, es si el médico promete realizar un acto

personalmente o en un determinado plazo, como el obstetra que se obliga a estar presente en el parto y que responde por la torpeza del sustituto. Asimismo, en el derecho francés en una responsabilidad cercana a la médica, se entiende que un centro de transfusión sanguínea que precisa que la extracción de sangre no presenta ningún riesgo, contrae una obligación de *resultado* en relación a los donadores.⁸³ Pero, sin lugar a dudas, los médicos son reacios a obligarse a determinados resultados, siendo la naturaleza de la prestación médica la fuente principal de tales obligaciones.

22. *Obligaciones de resultado emanadas de la naturaleza de la prestación.* La prioridad que las sociedades contemporáneas atribuyen a la obtención de la “seguridad sanitaria”, que permita prevenir algunos riesgos a los pacientes y que asegure la reparación de los daños si se realizan, ha llevado a que se grave excepcionalmente a los médicos, pero sobre todo a los establecimientos de salud, con algunas obligaciones de seguridad de *resultado* que no aceptan la excusa ni de la diligencia ni del error de conducta. En general, la prestación de estas obligaciones no depende de elementos aleatorios externos, y se consideran tan relevantes para los pacientes que se fuerza a los médicos a prevenir su incumplimiento (o a contratar un seguro) por medio del establecimiento de estas obligaciones de *resultado*. Entre estas obligaciones, escasamente

⁸⁰ Cf. en este sentido: H., L. y J. Mazeaud y F. Chabas, *Leçons...*, op. cit., p. 442 y s.

⁸¹ *Ibidem*, p. 14.

⁸² La naturaleza particular de las obligaciones de estos especialistas provocó que en Francia la ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud, pusiera a su cargo deberes más estrictos de información sobre las consecuencias y costos de las intervenciones que proponen: “Para toda prestación de cirugía estética, la persona concernida y, si corresponde, su representante le-

gal, deben ser informadas por el profesional responsable de las condiciones de la intervención, de los riesgos y de las eventuales consecuencias y complicaciones. Esta información es acompañada de la entrega de un presupuesto detallado” (actual art. L. 6322-2 del Código de la salud pública).

⁸³ Cf. Jean Penneau, *La responsabilité du médecin*, op. cit., p. 10 y s.

desarrolladas en el derecho nacional, se examinarán tres, refiriéndose esencialmente a la práctica francesa: (i) Obligación de entrega de información; (ii) Obligación relativa a los materiales y productos de salud; y (iii) Obligación relativa a exámenes o análisis simples.

23. (i) *Obligación de información de resultado (entrega)*. El deber de informar al paciente puede calificarse como una obligación accesoria del contrato médico (implícita en virtud del art. 1546 del Código Civil) o como una obligación precontractual que persigue ilustrar el consentimiento antes de la intervención médica.⁸⁴ En el derecho comparado la obligación de información médica ha tendido a abandonar los códigos de deontología profesional para transformarse en un derecho del paciente.⁸⁵ ¿Pero qué debe informar el médico? Es cierto que la medicina se apoya en una ciencia, en prácticas, que poseen un lenguaje más bien indescifrable para el paciente. Generalizando, pue-

de sostenerse que el médico debe entregar una información inteligible, apropiada y completa.⁸⁶ En primer lugar, para ser inteligible la información médica puede (o debe) ser aproximativa, a condición de que sea leal, y así por ejemplo se ha juzgado en el derecho comparado que un cirujano satisface esta obligación si habla de “sinusitis” al paciente cuando la afección verdadera era una “mucositis frontal”.⁸⁷ En segundo lugar, la información debe ser apropiada, y por ello un diagnóstico grave o fatal debe revelarse con circunspección al paciente y a su familia, no pudiendo en ningún caso mantenerse en la ignorancia si la enfermedad expone a terceros a un contagio. En tercer lugar, la información debe ser completa, debe comprender, además del diagnóstico del estado del paciente, la utilidad, los riesgos y las consecuencias previsibles de los tratamientos que se proponen.⁸⁸ Esta in-

⁸⁴ Sobre esta obligación de información en el derecho francés: François Chabas, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, op. cit., párr. 28 y s.; Muriel Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, Paris, LGDJ, 1992, prefacio de J. Ghestin.

⁸⁵ Así, en Francia, una de las principales modificaciones que introdujo la ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud, fue convertir en un derecho del paciente la obligación de información médica contenida en el artículo 35 del Código de deontología: “Toda persona tiene el derecho de ser informada sobre su estado de salud” (actual art. L. 1111-2 del Código de la salud pública). En este sentido: Mauricio Tapia, “Responsabilidad médica en Francia...”, op. cit. Así también en Chile, el proyecto de ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud, contempla el derecho a la información (arts. 7 y s.). Sobre este proyecto de ley: cf. *supra* N° 4 y nota 16.

⁸⁶ Cf. sobre el alcance de esta obligación médica en Francia: Jean Penneau, *La responsabilité du médecin*, op. cit., p. 17 y s. (antes de la reforma de la ley de 2002); y Angelo CASTELLETTA, op. cit., p. 77 y s. (después de la reforma de la ley de 2002).

⁸⁷ En Chile, el proyecto de ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud dispone que la información que se le proporcione al paciente debe ser “comprensible” (art. 9), y “utilizando un lenguaje adecuado” (art. 5° letra a). Sobre este proyecto de ley: cf. *supra* N° 4 y nota 16.

⁸⁸ En Francia, el contenido de la información, que había sido precisado por diversos fallos de la *Cour de cassation*, ha sido consagrado por la ley de 2002: “Esta información comprende las diferentes investigaciones, tratamientos o acciones de prevención que son propuestas, su utilidad, su eventual urgencia, sus consecuencias, los riesgos frecuentes o graves normalmente previsibles que involucren, así como las otras soluciones posibles y las consecuencias previsibles en caso de rechazo” (actual art. L. 1111-2 del Código de la salud pública). Por su parte, en Chile, el proyecto de ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud dispone que el

formación, extensible a todos los riesgos previsible, ha generado discusiones. En Francia, un fallo de principio resolvió que el médico no está dispensado de informar por el solo hecho de que los riesgos se realicen “*exceptionalmente*”;⁸⁹ pero cabe la pregunta de si, al obligar a los médicos a señalar todos los riesgos graves, aunque sean excepcionales, se aterroriza inútilmente a los paciente, incentivando las “*medicinas paralelas*”⁹⁰. Evidentemente, el médico queda eximido de esta obligación de información en caso de urgencia, imposibilidad de comunicarla (paciente inconsciente) o de rechazo a ser informado⁹¹. Finalmente, para mejorar la transparencia de la relación entre el médico y el paciente, los deberes de información envuelven en la actualidad el libre acceso al *dossier* médico o *ficha clínica*.⁹²

paciente tiene derecho a ser informado: “*acerca del estado de su salud, posible diagnóstico de su enfermedad, las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y los riesgos que ello pueda representar, así como el pronóstico esperado y el proceso previsible postoperatorio...*” (art. 9). Sobre este proyecto de ley: cf. *supra* N° 4 y nota 16.

⁸⁹ *Première Chambre civile de la Cour de Cassation*, 7 octubre 1998, *Droit et patrimoine*, diciembre 1998, p. 93, obs. François CHABAS.

⁹⁰ Cf. François Chabas, “L’obligation médicale d’information en danger”, en J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2000, p. 212.

⁹¹ En Chile, el proyecto de ley *sobre los derechos y deberes de las personas en salud*, contempla estas excepciones a la obligación de información del médico: “*emergencia o urgencia*” (art. 9° inc. 2) y el rechazo a ser informado (art. 9° inc. 3). Sobre este proyecto de ley: cf. *supra* N° 4 y nota 16.

⁹² En Francia, la ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, *sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud*, dispuso que: “*Toda persona tiene acceso al conjunto de las informaciones concernientes a su salud detenidas por los profesionales y establecimientos de salud... especialmente los resultados*

Debe efectuarse una prevención. El examen de la pertinencia o de la suficiencia de la información exige una apreciación de si en su comunicación el médico se comportó como un profesional competente y prudente y, por ello, en ese sentido, es una obligación de *medios*. Constituye verdaderamente una obligación de *resultado* aquella de transmitir materialmente la información, de ponerla a disposición del paciente, especialmente cuando se trata de comunicar resultados de exámenes médicos.⁹³ Sin embargo, en atención a que el profesional es el mejor capacitado para acreditar la entrega de la información, así como su pertinencia y suficiencia, se tiende a invertir el peso de la prueba en su contra.⁹⁴

de examen, actas de consultación, de intervención, de exploración o de hospitalización, de protocolos y de prescripciones terapéuticas puestas en práctica, hojas de control, correspondencias entre profesionales de la salud...” (actual art. L. 1111-7 del Código de la salud pública). Por su parte, en Chile, el proyecto de ley *sobre los derechos y deberes de las personas en salud* regula el acceso a la “*ficha clínica*”, que “*es el instrumento en que se registra la historia médica de una persona*” (arts. 11 y s.), que sería considerada como “*dato sensible*” en conformidad a los dispuesto en la ley N° 19.628. El titular de la ficha clínica tendrá, según este proyecto, libre acceso a ella y puede solicitar una copia; los terceros (como los tribunales) podrán tener acceso en determinadas circunstancias manteniendo su “*confidencialidad*”. Sobre este proyecto de ley: cf. *supra* N° 4 y nota 16.

⁹³ Cf. en este sentido: Muriel Fabre-Magnan, *De l’obligation d’information...*, *op.cit.*, párr. 494 y s.; Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions...*, *op. cit.*, p. 475 y s.

⁹⁴ Transformándose, en la terminología de la doctrina francesa, en una obligación de *medios agravada*. Así, en ese país, un fallo de principio de 1997 dispuso que todo aquel legal o contractualmente sujeto a una obligación particular de información debe probar su cumplimiento (*Première Chambre civile de la Cour de*

24. (ii) *Obligación de resultado por los materiales y productos*. Usualmente, en el acto médico se utilizan materiales (bisturí, mesa de operación, prótesis, etc.) y productos de salud (medicamentos), y su empleo adecuado forma parte del cumplimiento de la obligación principal *medios* del médico. Pero ¿qué ocurre si el médico utiliza productos vencidos o instala una prótesis defectuosa? Inspirándose en las disposiciones que sancionan los vicios ocultos de la cosa vendida (arts. 1857 y s. del Código Civil), se hace garante al médico por la *normalidad* (ausencia de vicios) de los materiales y productos empleados, sujetándolo a una *obligación de seguridad de resultado* a su respecto.⁹⁵ Evidentemente, si los materiales y productos se encuentran en un estado de experimentación, conociendo y aceptando el paciente su utilización, el médico sólo será obligado al deber general de prudencia y diligencia en su instalación o administración. En un ámbito cercano al médico, luego de los contagios por sangre contaminada con SIDA, en Francia se hace responsable a los centros de transfusión sanguínea de una obligación de *resultado* en cuanto a la inocuidad de la sangre que suministran; aunque las clíni-

cas, imposibilitadas de controlar minuciosamente la calidad de la misma, siguen sujetas a una obligación de *medios* a su respecto.⁹⁶ Por lo demás, estas reglas son consistentes con las normas comparadas que crean una responsabilidad estricta por los daños causados por *productos defectuosos*.⁹⁷

25. (iii) *Obligación de resultado por exámenes y análisis simples*. Los diagnósticos y exámenes médicos están sujetos a la interpretación que debe hacer el profesional acerca de su alcance y posibles efectos, y en esto se someten a la regla general de la obligación de *medios*. Pero existen exámenes o análisis de laboratorio que no presentan ningún elemento aleatorio, que no necesitan interpretación y sobre los cuales el paciente puede esperar legítimamente un resultado exento de errores (ej. la determinación del grupo sanguíneo). Así, en el derecho comparado se ha impuesto a cargo de los laboratorios médicos una obligación de *resultado*, comprometiendo su responsabilidad por el sólo hecho de entregar un resultado erróneo de un examen simple.⁹⁸ Así también lo ha resuelto recientemente la Corte Suprema, al condenar a un laboratorio médico a indemnizar a un cliente que contrató sus servicios para efectuarse un test de SIDA y a

Cassation, 25 febrero 1997, *Revue trimestrelle de droit civil*, 1997, p. 494, obs. Patrice Jourdain). La ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud, confirmó esta regla: “En caso de litigio, pertenece al profesional o al establecimiento de salud aportar la prueba que la información ha sido entregada al interesado en las condiciones previstas por el presente artículo. Esta prueba puede ser aportada por todo medio” (actual art. 1111-2 inc. final del Código de la salud pública).

⁹⁵ Cf. François Chabas, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, op. cit., párr. 57 y 76.

⁹⁶ Cf. *Première Chambre civile de la Cour de Cassation*, 12 de abril de 1995, *Droit et patrimoine*, enero 1996, p. 97, obs. François Chabas.

⁹⁷ En Europa, inspiradas en la *directiva comunitaria* de 25 de julio de 1985, acerca de la responsabilidad del fabricante por defectos de seguridad de los productos. La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, por un fallo de 10 de mayo de 2001, confirmó el carácter de esta responsabilidad (*Dalloz* 2001, jur., p. 3065, nota Kayser).

⁹⁸ Cf. Jean Penneau, *La responsabilité du médecin*, op. cit., p. 10.

quien informó erróneamente que su sangre estaba contaminada con el VIH, en circunstancias de que tres años más tarde se comprobó que nunca había sido portador de ese virus.⁹⁹ La sentencia de instancia había declarado que por tratarse del SIDA, el laboratorio debió extremar los cuidados en la identificación de la muestra, exigiendo incluso gestiones que iban más allá de los deberes legales vigentes a esa fecha; lo que muestra que una prueba de la diligencia resultaba prácticamente imposible. En este aspecto, por tanto, la obligación de tomar y etiquetar correctamente una muestra de sangre parece claramente ser, en opinión de la Corte Suprema, una obligación de *resultado* cuya mera infracción es suficiente prueba del incumplimiento culpable del contrato.¹⁰⁰

Pero fuera de estas obligaciones excepcionales de *resultado*, el médico sólo responde por sus actos negligentes. Cabe la pregunta, entonces, de quién debería responder por daños ocasionados con motivo del acto médico, pero que no pueden atribuirse ni a la culpa ni al incumplimiento de una de estas obligaciones de *resultado*. Este es el problema del *riesgo terapéutico* o *accidente médico*.

⁹⁹ C.S., 5 de nov. 2001, R.D.J., t. XCVIII, sec. 1ª, p. 234 y s., y Gaceta Jurídica N° 257, 2001, p. 39 y s. Cf. comentario de Andrés Jana y Mauricio Tapia, "Daño moral...", *op. cit.*

¹⁰⁰ Estas entidades que efectúan exámenes deben también entenderse sujetas a una obligación de resultado en cuando a la custodia de esas muestras. Así, la Corte Suprema, en un fallo de 27 de diciembre de 2000, concedió la reparación del daño moral por haber el demandado extraviado las muestras médicas durante su envío a Estados Unidos para la realización de nuevos exámenes. Citado por Nicolás Rojas C., *El daño moral derivado de incumplimiento de contrato*, memoria de prueba, Universidad de Chile, 2002, p. 139.

III. Riesgo terapéutico o accidente médico

Se revisará el concepto de riesgo terapéutico o accidente médico (A), como las alternativas para designar a un responsable o garante. (B). Finalmente, se analizarán dos fallos recientes de la Corte Suprema que se refieren a un tipo particular de accidente médico: las *infecciones intrahospitalarias* (C).

(A) Concepto de riesgo terapéutico o accidente médico

26. *La fatalidad en los actos médicos.*

La atribución de responsabilidad por el riesgo terapéutico es quizá la cuestión más debatida en la actualidad en materia médica, en la que ha existido una mayor evolución jurisprudencial, completada, en varios países, por la intervención legislativa. Este debate puede, eventualmente, presentarse en Chile, pues la Corte Suprema ha resuelto recientemente algunos casos de accidentes médicos. Pero en ¿qué consiste el riesgo terapéutico? Indudablemente, es un concepto de difícil aprehensión pues se encuentra en el límite entre la actuación libre y la intervención del azar. Algunos elementos comunes pueden extraerse de las innumerables definiciones: a) es un daño causado a la integridad física o psíquica del paciente; b) es un perjuicio ocurrido con ocasión de la ejecución de una prestación médica (una operación, un tratamiento, etc.), cuya causa precisa permanece generalmente desconocida, y c) es un suceso eventual, excepcional (por esto se denomina "riesgo" o "accidente"), provocado en ausencia de todo acto negligente del médico.¹⁰¹ Ejemplos de

¹⁰¹ Cf. las múltiples definiciones citadas por M. Ewald, *Le problème français des accidents thérapeutiques, enjeux et solutions*, París, La documentation française, 1992.

riesgos terapéuticos son las infecciones intrahospitalarias (contraídas por el paciente, en el pabellón de operaciones o por el hacinamiento en las salas); algunas afecciones iatrogénicas que provocan daños al paciente (sobre todo, las reacciones inusuales a un tratamiento o a un medicamento); una parálisis total o graves trastornos nerviosos generados por una operación inofensiva; el deceso consecutivo a la aplicación de una anestesia, etc.

Estadísticamente estos riesgos terapéuticos son en cierta medida previsibles: ocurren, desgraciadamente, a un determinado número de pacientes cada año; pero, en el estado actual de la ciencia médica, parecen simplemente inevitables. Como se trata de sucesos eventuales, escapan al dominio o control del médico y, por ello, un accidente médico puede producirse con ocasión de un error inevitable de conducta de éste.¹⁰² La intervención del azar en la realización de estos accidentes se demuestra porque generalmente sus efectos se presentan como *anormales*, esto es, no dicen relación con el estado anterior del paciente o su evolución previsible, y son diversos a aquellos que habría provocado el simple fracaso del tratamiento.¹⁰³ Por esto, François Chabas ha concluido que el riesgo terapéutico es simplemente un accidente debido no al comportamiento culpable del médico sino a la *fatalidad*. Así, como señala este autor, cabe preguntarse si al volver responsable al médico de estos accidentes se pone a su cargo ya no una obli-

gación de *resultado* sino los efectos de la *fuerza mayor*.¹⁰⁴

(B) Atribución del riesgo terapéutico o accidente médico

27. *Soluciones posibles*. ¿Quién debería responder de los daños que derivan de estos accidentes médicos? Se pueden imaginar tres soluciones para atribuir el peso de estos accidentes. En primer lugar, puede hacerse responsable a los médicos y establecimientos hospitalarios de estos accidentes, extendiendo sus obligaciones a las fronteras de la fuerza mayor. Una solución como ésta sólo sería factible bajo algunos supuestos: utilización sistemática de la obligación *in solidum* entre hospitales y médicos; distribución del riesgo por un seguro de responsabilidad generalizado o, mejor aún, obligatorio; desvinculación de la acción penal y civil, que impida que profesionales competentes sean conducidos a un proceso penal por hechos que no pudieron controlar, y un reequilibrio procesal que evite las dificultades probatorias a las víctimas. En segundo lugar, pueden dejarse a cargo de los pacientes, y que así como la vida en sociedad expone a ciertos riesgos (por ejemplo, el uso del automóvil), así también estos accidentes deberían soportarse como una externalidad negativa de la medicina en el estado actual de los conocimientos científicos. Pero los efectos desastrosos que tienen estos accidentes en las víctimas hacen insostenible esta solución. Únicamente, ello podría ser factible si se une a la práctica de un seguro directo de personas, un seguro de pacien-

¹⁰² Aunque en muchos casos la jurisprudencia responsabiliza indebidamente al médico por estos errores inevitables. Cf. *supra* N° 18.

¹⁰³ Cf. Geneviève Viney y Patrice Jourdain, “L’indemnisation des accidents médicaux: que peut faire la Cour de cassation?”, en J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 1997, I, 4016.

¹⁰⁴ “La réparation des conséquences de l’aléa thérapeutique”, en J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2001, II, 10493.

tes, que permita, a quien se expone al riesgo, administrarlo¹⁰⁵. Por último, pueden someterse estos accidentes a un estatuto particular, a una garantía colectiva mediante un fondo público, fondos de garantía, logrando a su vez un automatismo de la reparación sin pasar por las muchas veces engorrosa identificación de un responsable.¹⁰⁶

28. *Solución del derecho francés*. En el derecho francés, fue precisamente el problema del riesgo terapéutico el que provocó la intervención legislativa en el ámbito de la responsabilidad médica el año 2002.¹⁰⁷ En materia administrativa, tratándose de hospitales públicos, el *Conseil d'Etat* había puesto a cargo de la administración en el año 1997 las consecuencias del riesgo terapéutico.¹⁰⁸ En el ámbito privado, esta solución fue contradicha por la *Cour de cassation*, en el año 2000, afirmando que sus consecuencias no entran en el campo de obligaciones contractuales del médico frente a su cliente.¹⁰⁹ Evidentemente, sobre el plano humano, existe un "mundo de diferencia" entre hacer pesar sobre la administración pública el deber de repararlos y hacer res-

ponsable personalmente a un médico de las graves consecuencias de estos accidentes.¹¹⁰ La *ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud*,¹¹¹ uniformó las reglas aplicables al sector público y privado, afirmando que sólo en el caso de ser imposible establecer una responsabilidad de médicos y clínicas a su respecto, opera subsidiariamente una indemnización a cargo de un fondo de garantía.¹¹² La reparación se efectúa por un organismo público (ONIAM), que debe indemnizar a título de la solidaridad nacional los daños causados por el riesgo terapéutico, siempre y cuando estos accidentes, infecciones intrahospitalarias o afecciones iatrogénicas tengan consecuencias graves y anormales en relación al estado del paciente y a su evolución previsible (muerte, incapacidades permanentes, infecciones hospitalarias severas, etc.).¹¹³

¹¹⁰ Tal como sostiene François Chabas: "La réparation des conséquences de l'aléa thérapeutique", en J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2001, II, 10493.

¹¹¹ Sobre la indemnización de los accidentes médicos en esta ley del año 2002: Angelo CASTELLETTA, *op. cit.*, p. 77 y s.; Yvonne Lambert-Faivre, "La loi N° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. L'indemnisation des accidents médicaux", en *Dalloz* 2002, chr., p. 1371; Anne Laude, "L'indemnisation collective des accidents thérapeutiques", en *Le nouveau droit de malades*, París, Litec, 2002, p. 97 y s.; y, Mauricio Tapia, "Responsabilidad médica en Francia...", *op. cit.*

¹¹² Que se subroga en las acciones contra aseguradores, por esto se anticipa que no disminuirán los juicios de responsabilidad por accidentes médicos.

¹¹³ Como producto de la presión ejercida por las compañías aseguradoras, la *ley de 30 de diciembre de 2002* contempla otros tres accidentes médicos que la ONIAM deberá reparar: aque-

¹⁰⁵ Cf. en este sentido: François Chabas, "L'assurance de personne au secours du droit de la responsabilité", en *Revue Risques* N° 14, abril-junio 1993, p. 83 y s.

¹⁰⁶ Cf. en este sentido: Christian Larroumet, "L'indemnisation de l'aléa thérapeutique", en *Dalloz* 1999, chr., p. 33.

¹⁰⁷ *Ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud*.

¹⁰⁸ En el famoso *arrêt Bianchi*, *Conseil d'Etat*, 9 de abril de 1993, *Dalloz* 1994, somm., p. 65.

¹⁰⁹ *Première Chambre civile de la Cour de cassation*, 8 de noviembre de 2000, J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2001. II. 10493.

29. *Riesgo terapéutico en el derecho nacional.* En el derecho nacional, no es un tema que haya preocupado a la doctrina,¹¹⁴ y fuera de los casos de infecciones intrahospitalarias que se examinarán, existen pocos fallos en que se discuta abiertamente la existencia de un accidente médico. Pero implícitamente varios fallos han atribuido o excluido responsabilidades por accidentes médicos. Así, la Corte Suprema, el 2 de julio de 1998, resolvió un caso próximo al denominado riesgo terapéutico, excluyendo la responsabilidad de los médicos, fundándose en la *imprevisibilidad* de este suceso. Una paciente fue sometida a una esterilización tubaria en un hospital público, teniendo salud normal se omitieron exámenes preoperatorios para precisar el nivel de riesgo de la anestesia. Al final de la operación sufrió un paro cardíaco (reacción inusual atribuible probablemente a la anestesia), no pudiendo utilizarse el cardiovector por estar en otro lugar apartado, provocándose una deficiencia de oxigenación del cerebro y un coma hipóxico, que le causó la muerte un mes más tarde. La Corte Suprema descartó la responsabilidad de los médicos (penal y civil), pues presentando la paciente condiciones normales, y tratándose de una intervención de menor riesgo, no era previsible la necesidad de un cardiovector en la sala de operaciones.¹¹⁵

llos de las víctimas de la enfermedad de Creutzfeldt-Jakob transmitidas por utilización de la hormona del crecimiento de origen humano; los resultantes de una intervención en caso de *circunstancias excepcionales* (ej. médico que socorre a una persona en peligro); y los provenientes de infecciones hospitalarias que originen una tasa de incapacidad permanente superior a un 25% o en caso de deceso.

¹¹⁴ Con excepción de Enrique Barros, *op.cit.*

¹¹⁵ R.D.J., t. XCV, sec. 4ª, p. 95 y s. Pero en cambio, según la Corte Suprema, si es previsible y

En otro caso resuelto por la Corte de Apelaciones de Copiapó, el 25 de marzo de 2002, una paciente sometida a una histerectomía total por vía laparoscópica en un hospital público, sufrió una lesión en el colon sigmoidees que la condujo a la muerte, causada por un instrumento eléctrico que se activó accidentalmente mientras se usaba para separar el intestino para completar la cirugía vaginal. La Corte excluyó la responsabilidad (penal y civil) de los médicos, porque el daño se produjo por una razón accidental, considerando que toda operación involucra "*peligros*", y porque el empleo de ese instrumento médico era una práctica aceptada y usual a la fecha de la intervención.¹¹⁶

Aunque tranquilizadores desde el punto de vista médico, estos fallos resultan inquietantes desde la perspectiva de las víctimas, y no son muy consistentes con las resoluciones en materia de infecciones intrahospitalarias que se examinan a continuación.

(C) Las infecciones intrahospitalarias en el derecho nacional

30. *Generalidades.* Como se indicó, entre los diferentes tipos de accidentes médicos, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado recientemente sobre las *infecciones*

evitable para un médico especialista (debiendo responder por su conducta negligente) el "*riesgo serio*" de que la paciente presente un cuadro de pancreatitis aguda, que la condujo a la muerte, al momento de la extracción de dos cálculos, en atención a que sus antecedentes clínicos indicaban que unos días antes había presentado un rechazo a un intento de intervención similar (C.S., 15 de diciembre de 1997, R.D.J., t.XCIV, secc. 4ª, p. 192 y s.)

¹¹⁶ C.A. de Copiapó, 25 de marzo de 2002 (el recurso de casación fue declarado inadmisibles por la C.S. sin referirse al fondo), Gaceta Jurídica N° 265, 2002, p. 127 y s.

intrahospitalarias, obligando al establecimiento de salud a reparar los daños que se generaron en los pacientes.¹¹⁷ Estos dos fallos se revisan detalladamente.

31. *Corte Suprema, 24 de enero de 2002.*¹¹⁸

En este caso, una paciente ingresó a un hospital público para que le fuera efectuada una operación de vesícula, pero fue atendida por su médico particular (y su equipo), que aparentemente acordó con el servicio público la simple utilización de las instalaciones. Durante su estadía en ese hospital contrajo una infección, sin relación alguna con la intervención quirúrgica efectuada, que provocó su muerte. La Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (10 agosto 2000),¹¹⁹ que condenó al Servicio de Salud de Talcahuano al pago de una indemnización de 70 millones en favor del marido y de 40 millones en favor de cada uno de los dos hijos de la víctima. Como se trataba de una paciente privada, y los jueces de instancia no tuvieron por acreditada la existencia de un contrato entre el hospital y la víctima, la causa fue fallada como “*responsabilidad extracontractual por culpa del servicio hospitalario*” (según los artículos 2314 del Código Civil). El fallo de segunda instancia rechazó el argumento de que no existe hospital en el mundo que tenga un índice igual a cero de infecciones intrahospitalarias y de que el hospital demandado tuviera tasas in-

feriores a los indicadores nacionales, por ser un deber del servicio erradicar tales infecciones, o detectarlas cuando ocurren para impedir su nefasta acción. Según la Corte de Apelaciones, si a pesar de ello una infección ocurre quiere decir que “*ha habido una falla estructural del servicio*”, y que, en todo caso, “*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*”.¹²⁰

32. *Corte Suprema, 30 de abril de 2003.*¹²¹

En este segundo caso, la afectada se había sometido en un hospital público a una intervención quirúrgica que pretendía corregir una hipertrofia severa en ambas mamas. La paciente sufrió una infección intrahospitalaria que le causó una necrosis del tejido mamario y una pérdida del pezón derecho, quedando con graves mutilaciones y secuelas estéticas. La infección no fue detectada oportunamente, diagnosticándose sólo al séptimo día de haberse practicado la operación, y la paciente debió esperar otros dos días, internada nuevamente en ese hospital, para recibir el aseo quirúrgico imprescindible para paliar la infección. La Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción (6 de marzo 2002)¹²² que condenó al Servicio de Salud Concepción al pago de 65 millones de pesos a la víctima por concepto de daño moral. La Corte Suprema rechazó el argu-

¹¹⁷ Generalmente, entre las causas del aumento de las infecciones intrahospitalarias se señalan los mismos avances de la ciencia médica: los sistemas de respiración artificial, los trasplantes, los procedimientos terapéuticos invasivos, el cuidado de niños prematuros, etc.

¹¹⁸ C.S., 24 enero 2002, Gaceta Jurídica N° 259, 2002 p. 49 y s.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 38 y s.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 48 (cons. N° 23).

¹²¹ C.S., 30 abril 2003, Gaceta Jurídica N° 274, 2003, p. 59 y s. Esta sentencia tuvo repercusión pública: Cf. *La Tercera*, 8 de mayo de 2003.

¹²² *Ibidem*.

mento del tribunal de alzada de que la responsabilidad del Estado por *falta de servicio* es una responsabilidad objetiva, señalando que la demandante logró probar la existencia de esa falta y que ella fue la causa de los perjuicios sufridos. Por su parte, la Corte de Apelaciones afirma que, si bien “*las infecciones intrahospitalarias son un riesgo siempre presente en los hospitales*”, ellas “*no son imprevisibles*” y que por esta razón “*no constituyen un hecho fortuito*”.¹²³

33. *Algunas observaciones sobre estos fallos.* Una asepsia perfecta parece imposible de lograr en el estado actual de la actividad médica; por ello pareciera que estas infecciones, en gran medida inevitables, aproximan a la responsabilidad a los límites de la fuerza mayor. Sin embargo, al menos en el segundo caso, se acreditó en el juicio una negligencia: una desidia en la adopción de medidas correctivas una vez provocada la infección. También, en este segundo fallo, un aspecto importante es que la Corte Suprema rechazó el argumento de una responsabilidad objetiva del Estado, que de aceptarse lo colocaría en una situación más gravosa que las clínicas privadas (que responden por culpa) y provocaría entre las víctimas discriminaciones arbitrarias, fundadas en la naturaleza del organismo que presta los servicios médicos.¹²⁴ Es posible que estas decisiones se

expliquen porque atribuyen el peso de estos accidentes médicos a establecimientos hospitalarios y no a médicos (personas naturales), hipótesis que sin ningún correctivo (esencialmente seguros) es sencillamente funesta para éstos y para el sistema social. Puede plantearse, finalmente, la pregunta acerca de los efectos de poner a la carga de hospitales y clínicas la responsabilidad por las infecciones intrahospitalarias. En Francia, luego que la jurisprudencia pusiera a cargo de las clínicas,¹²⁵ y más tarde de los médicos,¹²⁶ la responsabilidad por estas infecciones, la *ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud*, retrocedió, creando una responsabilidad sin culpa a su respecto pero únicamente a cargo de los establecimientos de salud.¹²⁷ Pero estas disposiciones enfrentaron una fuerte resistencia de las compañías aseguradoras, constatándose un alza considerable de las primas de seguros de responsabilidad, lo que provocó que muchos profesionales se negaran a tomar esos seguros y que se suspendieran actos médicos en algunas áreas (puesto que el seguro es declarado obliga-

¹²⁴ En Francia, para evitar tales discriminaciones, la *Ley N° 2002-303 de 4 de marzo de 2002, sobre los derechos de los enfermos y la calidad del sistema de salud*, uniformó las reglas civiles y administrativas en materia de responsabilidad médica.

¹²⁵ *Première Chambre civile de la Cour de cassation*, 29 de junio de 1999, *Gazette du Palais*, 1999. 2. somm., p. 436.

¹²⁶ *Première Chambre civile de la Cour de cassation*, 13 de febrero de 2001, *Gazette du Palais*, 21-23 abril 2002, p. 2, nota François Chabas.

¹²⁷ “*Los establecimientos, servicios y organismos arriba mencionados son responsables de los daños resultantes de las infecciones hospitalarias, salvo si ellos aportan la prueba de una causa inimputable*” (art. L. 1142-1.I del Código de salud pública).

¹²³ *Ibidem*, cons. N° 6. En materia de infecciones intrahospitalarias, puede también consultarse un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 20 de mayo de 2002, que condenó a una Mutual a la indemnización de los perjuicios morales por incumplimiento contractual a causa de una infección contraída por el paciente en un hospital de la demandada, que le provocó la amputación de una pierna (*Gaceta Jurídica N° 268, 2002, p. 93 y s.*).

torio por la ley).¹²⁸ Los aseguradores lograron que la *ley N° 2002-1577, de 30 de diciembre de 2002*,¹²⁹ introdujera una nueva disposición que efectúa una distinción entre infecciones intrahospitalarias que generan daños leves (que seguirán sujetas a la responsabilidad sin culpa de los establecimientos de salud, esto es, a la carga de sus aseguradores) y las infecciones intrahospitalarias que provocan daños graves (que serán indemnizadas por la ONIAM a título de la solidaridad nacional).¹³⁰

Pero en caso que se logre establecer la responsabilidad del médico o del establecimiento de salud, se plantean también problemas en la determinación de los perjuicios reparables.

IV. Extensión de los perjuicios reparables

34. *Generalidades.* En un excelente estudio, Yvonne Lambert-Faivre trazó la historia moderna de la responsabilidad civil como la evolución desde la concepción decimonónica de “deuda de responsabilidad” hacia otra estructurada sobre el “crédito de reparación” (en que interesa esencialmente resarcir a la víctima).¹³¹ Vinculado al concepto de “reparación íntegra del daño” de la práctica judicial nacional, esta evolución ha significado el reconocimiento progresivo de un derecho casi sistemático de las vícti-

mas a la reparación de todos sus perjuicios. Sin embargo, esta evolución, junto al lamentable abandono del estudio del daño por la doctrina nacional, ha originado un cierto relajamiento o desorden en las categorías de daño reparable.¹³² Paralelamente, entre el daño patrimonial y moral, la doctrina comparada ha desarrollado una tercera categoría denominada *daños corporales*. Con frecuencia, la negligencia médica provoca este tipo de daños, consistentes en atentados a la integridad física que originan perjuicios patrimoniales (pérdida de ingresos, gastos de recuperación, etc.) y perjuicios morales (sufrimientos, pérdida de placeres, etc.).¹³³ Pero su examen exhaustivo escapa a los modestos propósitos de este estudio y, por ello, en esta parte final, sólo se analizarán dos tipos de daños particulares, que plantean preguntas acerca de los límites de la reparación, y que son provocados usualmente por negligencias médicas: (A) La pérdida de oportunidades de sanar o de sobrevivir, y (B) El denominado *perjuicio de nacer*. Como se expone, sólo el primero de éstos se ha planteado indirectamente en la jurisprudencia nacional.

¹²⁸ Cf. Yvonne Lambert-Faivre, “La crise de l’assurance de responsabilité civile”, en *Dalloz* 2003, *point de vue*, p. 142.

¹²⁹ *Journal officiel*, 31 de diciembre de 2002, p. 22100.

¹³⁰ Cf. François Chabas, *Cien años de responsabilidad civil en Francia, op.cit.*, párr. 76.

¹³¹ “L’évolution de la responsabilité civile d’une dette de responsabilité à une créance d’indemnisation”, en *Revue trimestrelle de droit civil*, 1987, p. 1 y s.

¹³² En efecto, sólo en la última década ha resurgido el interés de la doctrina nacional por el daño como elemento de la responsabilidad. Cf. por ejemplo: José Luis Diez, *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997; Ramón Domínguez A., “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, en *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, N° 188 (1990), p. 126; y Carmen Domínguez H., *El daño moral*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.

¹³³ Cf. sobre estos daños el exhaustivo análisis de Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel. Systèmes d’indemnisation*, París, *Dalloz*, 2000, 4ª ed.

(A) Pérdida de oportunidades de sanar o de sobrevivir

35. *Concepto y alcance de la reparación.* La pérdida de una oportunidad, esto es, la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, es un perjuicio que se encuentra entre el daño cierto y el daño eventual.¹³⁴ La hipótesis es de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien *aleatorio* que estaba en juego (recobrar la salud) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (no efectuó un examen). Un ejemplo típico es la imposibilidad de acceder a una profesión cuando la víc-

tima, con estudios avanzados, tenía oportunidades serias de ejercerla.¹³⁵ En materia médica, especial importancia tiene la *pérdida de oportunidades de sanar o de sobrevivir*, que justifica la condena del médico que con su falta (no operar a tiempo, no exigir otros exámenes, etc.) hizo perder a la víctima chances de recuperación.¹³⁶ Aunque, en este ámbito, la jurisprudencia comparada utiliza frecuentemente (y de forma indebida) la teoría de la pérdida de una oportunidad para ocultar sus incertidumbres acerca de la relación de causalidad y condenar de forma parcial al médico (y no por la muerte o la agravación del paciente).¹³⁷ Existen resguardos para evitar que la pérdida de una oportunidad extienda la reparación a los límites de la especulación:¹³⁸ se exige que

¹³⁴ Su reparación es admitida ampliamente por la doctrina y jurisprudencia francesa. Cf. entre las obras recientes: Aubry et Rau, *Cours de droit civil français, Responsabilité délictuelle*, t. VI-2, por Noël Dejean de la Bâtie, 8ª ed. bajo la dirección de André Ponsard e Ibrahim Fadlallah, París, Libraires Techniques, 1989, p. 36 y s.; Jean Carbonnier, *op. cit.*, pp. 378 y 387 y s.; Jaques Flour, Jean-Luc Aubert y Eric Savaux, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, París, Armand Colin, 2003, 10ª ed., p. 126 y s.; Philippe Le Tourneau y Loïc Cadiet, *op. cit.*, p. 371 y s.; Philippe Malaurie y Laurent Aynès, *Responsabilité. 1. Responsabilité délictuelle*, París, Editions Cujas, 2001/2002, 11ª ed., p. 139; H., L. y J. Mazeaud y F. Chabas, *op. cit.*, p. 416 y s.; Boris Starck, Henri Roland y Laurent Boyer, *Obligations 1, Responsabilité délictuelle*, París, Litec, 1996, 5ª ed., p. 61 y s.; François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, París, Précis Dalloz, 2002, 8ª ed., *op. cit.*, p. 679 y s.; Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions, op. cit.*, p. 71 y s. Cf. los estudios de François Chabas: *Cien años de responsabilidad civil en Francia, op. cit.*, párr. 84; “La perte d’une chance en droit français”, en coloquio *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Ginebra, Centre d’études européennes, 1991, p. 131 y s.; y “La perte d’une chance dans le droit français de la responsabilité civile”, en *Responsabilité civile e previdenza*, 1996, N° 2, p. 221 y s.

¹³⁵ Cf. en el derecho nacional, justificando la indemnización de la pérdida de una oportunidad en caso de estudiantes muertos en un accidente: Andrés Jana y Carlos Peña, *Reparación del daño extracontractual, Edición, jurisprudencia y doctrina*, texto preparado con la participación de los ayudantes Claudio Gutiérrez y Francisca Román, Santiago, Universidad de Chile, 2002.

¹³⁶ Sin embargo, cuando un médico omite informar a la víctima sobre los riesgos graves de una operación no puede repararse la pérdida de una oportunidad de sobrevivir o sanar, pues las oportunidades son una cuestión objetiva, que debe depender del azar y no de la voluntad de una persona (en este caso de la víctima, que debidamente informada sobre los riesgos habría decidido, probablemente, no someterse a un tratamiento). Cf. François Chabas, *Cien años de responsabilidad civil en Francia, op. cit.*, párr. 84.

¹³⁷ Cf. François Chabas, *Ibidem*; Jean Carbonnier, *op. cit.*, pp. 378 y 388. A favor de la utilización de la pérdida de una oportunidad existiendo incertidumbres sobre la relación de causalidad: Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions, op. cit.*, p. 197 y s.

¹³⁸ Por ejemplo, si la novia de la víctima muerta alega como perjuicio el riesgo de quedar

la oportunidad perdida sea real y seria.¹³⁹ En esencia, significa que se niega la reparación si existía una baja probabilidad objetiva de obtener el bien en juego (el paciente tenía muy pocas posibilidades de sanar o sobrevivir). De todas formas, como en este daño interviene un fuerte elemento aleatorio, su reparación es siempre *parcial*, es decir, no puede ser igual al valor de la ganancia esperada o de la pérdida sufrida, sino a una suma que se obtiene multiplicando el monto de esa ganancia o pérdida por el porcentaje de oportunidades que tenía la víctima.¹⁴⁰

36. *Jurisprudencia y doctrina nacional.* En la jurisprudencia nacional la pérdida de una oportunidad es una noción tratada implícita y vagamente, en gran medida

soltera para toda la vida, probablemente se rechazará su demanda por ser un perjuicio “hipotético: luego del tiempo de lágrimas viene el del olvido, ¡y después el de nuevas esperanzas!”. B. Starck, H. Roland y L. Boyer, *op. cit.*, p. 62.

¹³⁹ Cf. la jurisprudencia y doctrina francesas son categóricas en este sentido. Cf. por ejemplo: Philippe Le Tourneau y Loïc Cadiet, *op. cit.*, p. 371 y s.; H., L. y J. Mazeaud y F. Chabas, *op. cit.*, p. 416 y s.; y Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions*, *op. cit.*, p. 84 y s.

¹⁴⁰ La pérdida de una oportunidad es simplemente atribuir un valor pecuniario a la chance desaparecida. Por esto, su apreciación se efectúa *in concreto*, considerando la situación particular de la víctima y estimando prudencialmente la probabilidad del beneficio esperado. Este sistema de apreciación del daño es más equitativo que lógico: o la ventaja se hubiese producido y la víctima entonces no habrá recibido suficiente, o bien la ventaja no se hubiese realizado y la víctima en tal caso habrá recibido demasiado. Por lo demás, en daños tan difusos la intromisión de la *pena privada* parece inevitable: la experiencia comparada muestra que usualmente esta suma aumenta según la gravedad de la acción ilícita. Cf. B. Starck, H. Roland y L. Boyer, *op. cit.*, p. 63 y s.

producto de la confusión de la doctrina. Citando a autores franceses de la primera mitad del siglo XX, que rechazaban o ignoraban esta teoría, Arturo Alessandri sostuvo que la privación de una simple expectativa, de un alea, no es un daño indemnizable por no ser cierto.¹⁴¹ Pero esta opinión, en esa época (1943) estaba lejos de ser unánime (como el mismo autor reconoce)¹⁴² y se funda en supuestos equivocados. En primer lugar, para Arturo Alessandri en estos casos no habría una “certeza” de obtener la ventaja;¹⁴³ pero evidentemente si tal certeza existiese correspondería no sólo reparar la pérdida de una oportunidad, sino la integridad del daño. En segundo lugar, los fallos citados por el autor para sostener su posición son las típicas hipótesis en que se rechaza la reparación de la pérdida de una oportunidad por existir una probabilidad demasiado baja de obtener la ganancia (como conjeturas sobre una posible vida profesional futura).¹⁴⁴ Por último, el error principal es sostener que en estos casos la víctima tiene derecho a demandar la totalidad de la ganancia perdida, pues la reparación de la pérdida de una oportunidad es siempre parcial, corresponde sólo a un porcentaje de la ganancia esperada.¹⁴⁵ Con excepción de un lúcido comentario de Ramón Domínguez A.,¹⁴⁶ la doctrina nacional moderna no ha contribuido demasiado a disipar las confusiones de la jurisprudencia, que asimila la pérdida de

¹⁴¹ *Op. cit.*, p. 218.

¹⁴² Entre otros, el importante tratado de los hermanos Mazeaud, como Arturo Alessandri reconoce, admita la reparación de la pérdida de una oportunidad. Cf. *Op. cit.*, p. 218, nota 2.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 218.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 217 y s.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 218.

¹⁴⁶ “Consideraciones...”, p. 150 y s.

una oportunidad al lucro cesante.¹⁴⁷ Esto es un error. Ambos son daños futuros, pero la pérdida de una oportunidad, a diferencia del lucro cesante, involucra siempre un fuerte elemento aleatorio y, por esto, justifica la reparación parcial (un porcentaje) y no completa de la ganancia perdida. Razonando en términos de lucro cesante, como hace la jurisprudencia nacional, se termina inevitablemente por negar a la víctima toda reparación.¹⁴⁸

(B) El *perjuicio de nacer* (discapacitado)

37. *Aborto y el perjuicio de nacer*. Esta es una discusión que se ha planteado en el derecho anglosajón, en el alemán y, recientemente, en el francés (a este último se refiere en esencia la exposición que sigue).¹⁴⁹

¹⁴⁷ Algunos estudian la pérdida de una oportunidad como si fuese un tipo de lucro cesante: cf. Pablo Rodríguez, que transcribe extensamente, en el capítulo que destina al lucro cesante, el comentario de Ramón Domínguez A. sobre la pérdida de una oportunidad (*Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 292 y s.). Por su parte, José Luis Díez se refiere a este daño, reconociendo que es una noción desconocida actualmente para los tribunales nacionales (*op. cit.*, p. 60 y s). Finalmente, Hernán Corral, alude brevemente a algunas reglas de la reparación de este daño formuladas por la doctrina francesa (*op. cit.*, 142).

¹⁴⁸ Así, en el caso de un joven y destacado estudiante muerto en un accidente, se demandaron los ingresos que habría recibido trabajando (le faltaban dos años de estudios), tomando en cuenta sus capacidades, relaciones sociales y la esperanza promedio de vida. Una corte de apelaciones rechazó la reparación de ese "*lucro cesante*", por considerar que se trataba de "*meras conjeturas*", faltando antecedentes ciertos sobre su capacidad de trabajo y sus posibles actividades futuras. C.A. de Santiago, 26 de mayo de 1944, R.D.J., t.XLI, sec. 2°, p. 41 y s.

¹⁴⁹ Una visión comparada de este problema en el excelente estudio de Basil Markesinis, "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à

Estos problemas no han sido examinados por la jurisprudencia nacional (pero un estudio nacional reciente los menciona, criticando apasionadamente las decisiones comparadas),¹⁵⁰ ya que exigen como supuesto el reconocimiento de la libertad de la madre de poner fin al embarazo, es decir, que se legalice el aborto (al menos terapéutico), tal como ha ido progresivamente ocurriendo en el derecho comparado. Esta discusión está pendiente en Chile, donde el aborto es una práctica prohibida, pero una práctica absolutamente generalizada (cerca de 200 mil abortos cada año)¹⁵¹ y tímidamente reprimida. Existen varios casos distintos del mal denominado "*perjuicio de nacer*", que tienen en común el ser ocasionados por un diagnóstico o tratamiento médico negligente.¹⁵² En primer lugar, existen casos de "nacimientos no deseados", en que los padres demandan indemnización al médico que efectuó negligentemente la esterilización o la interrupción del embarazo. Si bien en estas situaciones se tiende a rechazar la reparación del perjuicio consistente en la sola existencia o nacimiento del hijo no deseado, sí se concede indemnización si se ha infligido con ello un sufrimiento específico a la madre (o al hijo), como sucede cuando el embarazo había sido

partir de l'arrêt *Perruche*", en *Revue trimestrelle de droit civil* 2001, p. 77 y s.

¹⁵⁰ Hernán Corral, *op. cit.*, p. 160.

¹⁵¹ Evidentemente, no es una cifra menor. En Francia, con 58 millones de habitantes y aceptando el aborto desde 1975, existe en la actualidad un promedio de 250 mil abortos por año (cantidad que entre los países de la Unión Europea se estima elevada). Similares en número, ambas realidades son cualitativamente bien distintas: clínicas clandestinas e insalubres, médicos incompetentes... Mauricio Tapia, "La coherencia del derecho en materia de aborto", París, 2002 (inédito).

¹⁵² V. sobre los diversos casos que se han planteado: cf. Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions*, *op. cit.*, p. 12 y s.

provocado por una violación o un incesto.¹⁵³ En segundo lugar, y que son las situaciones más delicadas, se encuentran los casos de “nacimiento de un niño discapacitado”, en que el comportamiento negligente del médico provoca o permite el nacimiento de un niño afectado de una grave malformación. No suscitan dudas aquellas situaciones en que el médico, durante el embarazo (por medicamentos erróneos, por ejemplo), al ejecutar fallidamente un aborto o en el momento del parto causa culpablemente una lesión al feto.¹⁵⁴ En tal caso el perjuicio de los padres y del hijo es reparado siguiendo las reglas generales de la responsabilidad por culpa probada del médico. Los problemas se presentan cuando el médico omite informar negligentemente a los padres durante el embarazo una discapacidad congénita que afecta al feto. Como se trata de enfermedades hereditarias incurables, el cumplimiento oportuno y adecuado del deber de información del médico no habría evitado la discapacidad del niño, sino que habría permitido a los padres recurrir a la opción del aborto terapéutico. Respecto de los perjuicios que pueden demandarse en tal caso, una nueva distinción fundamental resulta necesaria:

38. *Wrongful birth* y *wrongful life*. Para los padres (al menos para los que no deciden abandonar al niño al nacimiento), la discapacidad con que nacerá su hijo es fuen-

te, innegablemente, de sufrimientos (angustia de ver crecer a su hijo afectado de la invalidez, preocupación acerca de su destino una vez fallecidos, etc.) y de cuantiosos gastos (el mantenimiento y la educación durante toda su vida). Estos daños, denominados en la práctica anglosajona *wrongful birth*, que están en relación de causalidad con la negligencia del médico, tienden a ser reparados en el derecho comparado, siempre y cuando se hubiesen reunido las condiciones para efectuar un aborto terapéutico y conste (o se presuma) que los padres habrían ejercido esa opción.¹⁵⁵ Pero el niño, ¿puede demandar a los médicos por el hecho de nacer gravemente discapacitado? Este perjuicio, denominado en la práctica anglosajona *wrongful life*, y que alcanzaría todos los sufrimientos, la privación de agrados y placeres, y los gastos de llevar una vida discapacitada es simplemente inconmensurable y, en general, su reparación tiende a ser limitada (o rechazada) en el derecho comparado. Este es caso que ha suscitado más controversias, pues a las objeciones jurídicas (por ejemplo, la ausencia de causalidad entre la negligencia y la discapacidad), se han agregado apasionadas posiciones filosóficas (principalmente de los opositores al aborto, a la eugenesia y a la eutanasia) y una muchas veces tendenciosa utilización de la opinión pública. La razón de estas disputas es una lectura que se puede efectuar de estos casos: si el médico hubiese satisfecho la obligación de información, no es que el niño habría nacido sin malformaciones sino que simplemente no habría nacido, pues los padres habrían optado por el aborto terapéutico y, así, puede sostenerse

¹⁵³ En este sentido: *Chambre criminelle de la Cour de cassation*, 4 de febrero de 1998, J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 1998, II, 10178, nota I. Moine-Dupuis.

¹⁵⁴ En este sentido, el Octavo Juzgado Civil de Santiago, en el presente año, condenó en primera instancia a una clínica por las lesiones sufridas por un niño que nació gravemente enfermo a causa de una asfixia severa neonatal, que habría sido provocada por un deficiente control médico en las últimas horas de gestación.

¹⁵⁵ En el derecho anglosajón: cf. Basil Markesinis, *op. cit.*, p. 78 y s. También en el derecho francés (cf. *infra* N° 39). En la doctrina nacional, Hernán Corral se refiere a esta clasificación, aunque en un sentido distinto a la práctica comparada (*op. cit.*, p. 160).

que el niño demanda reparación por el solo hecho de existir: que vivir es un perjuicio.¹⁵⁶ Pero, como se expondrá, en la casi totalidad de estos casos, lo que el niño demanda y lo que algunas cortes han concedido no es una reparación por el hecho de nacer, sino por el hecho de nacer con una inhabilidad que lo acompañará durante toda su existencia. Así, más que un “perjuicio de nacer” se trata de un “perjuicio de nacer discapacitado”. La evolución del derecho francés sobre la reparación de este daño, desde el célebre fallo *Perruche* puede ser útil para comprender el alcance de estas discusiones.

39. *El fallo Perruche*. El caso fue fallado por la *Assemblée Plénière de la Cour de cassation*, el 17 de noviembre de 2000.¹⁵⁷ Una mujer embarazada presentaba síntomas de rubéola (la que afectaba también a uno de sus hijos), y comunica su voluntad, y la de su marido, de interrumpir el embarazo en caso de confirmarse esa enfermedad (en embarazadas provoca un alto riesgo de infección y de malformación del feto). A causa de la falta del médico y del laboratorio encargado de efectuar la serología de la rubéola, la mujer se creyó inmunizada y dio nacimiento a un niño con afecciones neurológicas, sensoriales y cardiológicas gravísimas y definitivas. Los padres ejercieron contra el médico y el laboratorio dos acciones. Una acción en nombre propio, por la reparación del perjuicio que habían sufrido personalmente, que fue acogida por una de-

cisión irrevocable. La segunda acción, sobre la cual se pronunció la *Assemblée*, interpuesta por los padres en nombre del niño, fue acogida por el tribunal de instancia, pero posteriormente revocada por la *cour d'appel de Paris*, fundado en que “*el perjuicio del niño no está en relación de causalidad con las faltas cometidas*” y que “*las secuelas que le aquejan tienen por única causa la rubéola que le ha transmitido in utero su madre*”. Ese fallo fue casado por la *Première Chambre civile*, el 26 de marzo de 1996: “*las faltas cometidas habían engañosamente inducido [a los padres] en la creencia que la madre estaba inmunizada, de suerte que estas faltas eran generadoras del daño sufrido por el niño por el hecho de la rubéola de su madre*”. Esta conclusión es contradicha, con ocasión del reenvío, por la *cour d'appel d'Orléans*, el 5 de febrero de 1999: “*el niño P. no sufrió perjuicios reparables en relación con las faltas cometidas por el laboratorio X. y el doctor Y*”. Sobre esta última decisión se pronunció la *Assemblée*, concluyendo que: “*desde el momento que las faltas cometidas por el médico y el laboratorio en la ejecución de los contratos existentes con Madame X... habían impedido a ésta ejercer su opción de interrumpir su embarazo con el fin de evitar el nacimiento de un niño aquejado de una discapacidad, este último puede demandar la reparación de los perjuicios resultantes de esta discapacidad y causado por las faltas retenidas*”.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Subyace el temor a que el niño pueda exigir de sus mismos progenitores una reparación, hipótesis más bien fantasiosa y que, según Basil Markesinis, tiene pocas posibilidades de realizarse en los países que reparan este perjuicio (*Op. cit.*, p. 92).

¹⁵⁷ J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2000, II, 10438.

¹⁵⁸ Esta resolución fue confirmada categóricamente por cinco fallos, de la misma *Assemblée plénière*, de 13 de julio y 28 de noviembre de 2001. En los tres fallos de 13 de julio, esta *Assemblée* confirmó la conclusión del precedente *Perruche*: “*el niño nacido discapa-*

40. *Los pro y los contra-Perruche*. El caso *Perruche* dio origen a un intenso debate

citado puede demandar la reparación del perjuicio resultante de su discapacidad si este último está en relación de causalidad directa con las faltas cometidas por el médico en la ejecución del contrato formado con su madre y que han impedido a esta última ejercer su opción de interrumpir su embarazo". Sin embargo, rechazó la reparación de este perjuicio en atención a que había sido constatado, en los tres casos, que las condiciones para una interrupción voluntaria del embarazo por motivo terapéutico, única posible a la fecha de las faltas constatadas, no habían sido reunidas (cf. J.C.P., *La Semaine juridique*, ed. G 2001. II. 10601, concl. J. Sainte-Rose y nota François Chabas). En el primer caso fallado el 28 de noviembre, una embarazada había señalado a su ginecólogo que su primer hijo, víctima de una toxemia del embarazo, nació aquejado de problemas psicomotores y que una de sus cuñadas tenía una trisomía. El médico prescribió un examen de trisomía 21 del feto, que una complicación del embarazo impidió realizar, omitiendo ordenar nuevamente ese examen. La *Assemblée* concluyó que desde el momento, por una parte, que la falta contractual del médico había impedido a la madre ejercer su opción de interrumpir el embarazo por motivo terapéutico y, por otra parte, que no se rebatió que las condiciones para la interrupción del embarazo se habían cumplido, los padres podían demandar la reparación del perjuicio material resultante para ellos de la discapacidad, que estaba en relación de causalidad directa con la falta del médico. En el segundo caso fallado el 28 de noviembre, un médico no había comunicado a la paciente los resultados de una dosificación de beta HCG, que le había propuesto a las seis semanas de amenorrea, y tales resultados, corroborados por exámenes ecográficos, revelaban la discordancia entre un diámetro parietal importante y un fémur demasiado corto, que eran alarmantes y justificaban una consulta de un especialista en genética y en ecografía. Por esas constataciones, y no siendo rebatido por el médico que las condiciones para una interrupción del embarazo por motivo terapéutico habrían sido cumplidas, la *Assemblée* concluyó que la falta del médico, que había hecho perder a la paciente la posibilidad de recurrir a una amniosíntesis y a una interrupción del embarazo, estaba en relación directa con el perjuicio resultante para el niño de su discapacidad (J.C.P., *La Semaine juridique*, ed. G 2002. II. 10018, nota François CHABAS).

en la doctrina jurídica,¹⁵⁹ a enfrentamientos de posiciones filosóficas¹⁶⁰ y a una inquietud en la opinión pública.¹⁶¹ En primer lugar, desde un punto de vista netamente jurídico, como insistió François Chabas, no cabe duda de que la decisión presentaba una falencia mayor: el médico y el laboratorio *no* causaron la rubéola de la madre y la discapacidad que provocó para el niño esa enfermedad, pues la mujer ya tenía la rubéola y no existía ninguna forma de prevenir o de atenuar la infección del feto.¹⁶² Para superar este problema, podía sostenerse que en el deber de informar a la madre se entendían implícitas algunas obligaciones accesorias en relación al niño; después de todo, es el más afectado por la negligencia y quien soportará directamente los sufrimientos físicos y mentales.¹⁶³ Cabe preguntarse, por lo demás, como señalarla Geneviève Viney, si ¿es sostenible que los padres (víctimas por rebote) sean

¹⁵⁹ La bibliografía es extensa. Entre los comentarios más relevantes: J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2000, II, 10438, *rapport* P. Sargos, concl. J. Sainte-Rose, nota François Chabas; Laurent Aynès, "Préjudice de l'enfant né handicapé: la plainte de Job devant la Cour de cassation", en *Dalloz* 2001, chr., p. 492; C. Labrusse-Riou y B. Mathieu, "La vie humaine peut-elle être un préjudice", en *Dalloz* 2000, N° 44, p. III; Alain Sériaux, "Perruche et autres. La Cour de cassation entre mystère et mystification", en *Dalloz* 2002, chr., p. 1196; François Terré, "Le prix de la vie", J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G. 2000, *actualité*, p. 2267; y Geneviève Viney, "Breves remarques à propos d'un arrêt qui affecte l'image de la justice dans l'opinion", en J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G. 2001 I, 286.

¹⁶⁰ Resumidas por Basil Markesinis, *op.cit.*

¹⁶¹ Cf. *Le Monde*, *Horizons-Débats*, 24 noviembre de 2000.

¹⁶² Cf. *Droit et patrimoine*, febrero 2001, p. 107, obs. François CHABAS

¹⁶³ Cf. Basil Markesinis, *op. cit.*, p. 90 y s.

indemnizados y que el niño (víctima directa) no lo sea?¹⁶⁴ En segundo lugar, desde la perspectiva del debate filosófico, muchos se escandalizaron al ver en el fallo la asignación de un precio a la vida humana y la conclusión de que “*es preferible no vivir que a vivir privado de los goces de la existencia*”,¹⁶⁵ e insistieron, por el contrario, en que “*la vida aunque sea desgraciada es preferible a la muerte*”,¹⁶⁶ apelando por supuesto al conocido e impreciso principio de “*dignidad humana*”. Así, en la doctrina nacional, Hernán Corral comentando esta decisión francesa acusa el “*desquiciamiento al que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad*” y afirma enfáticamente que “*un hijo es siempre un don, y nunca una carga. Un ser humano, aunque limitado y enfermo, es siempre una persona que incrementa la bondad y la belleza del mundo*”.¹⁶⁷ Sin embargo, como tan acertadamente lo expusiera Basil Markesinis, el debate filosófico acerca de la vida y de la muerte carece históricamente de respuestas unívocas, y en todo caso ninguna jurisdicción puede darles una solución definitiva bajo el prisma de un proceso. En último término, como también agrega este autor, tanto como la *opinión sabia* cuenta la *opinión sufriente* y las especulaciones

filosóficas deberían ceder frente al padecimiento de la familia *Perruche*, condenados a vivir cotidianamente una existencia de sacrificios y de sufrimientos.¹⁶⁸ La consideración y el respeto frente a este sufrimiento, deberían conducir a rechazar categóricamente la proposición de Hernán Corral, para quien el médico que omite diagnosticar la malformación del feto, con el objeto de evitar que la madre recurra al aborto, no cometería un hecho ilícito sino que estaría cumpliendo con “*una exigencia de derecho natural que debe prevalecer por sobre leyes positivas injustas*”.¹⁶⁹ En tercer lugar, y desde la perspectiva de la opinión pública, la decisión conmovió por los términos en que fue presentada (vida como perjuicio; precio de la vida), y provocó el rechazo de algunas asociaciones de víctimas que, paradójicamente, se mostraron ofendidas por una jurisprudencia que no hacía más que protegerlas. Pero el golpe definitivo fue dado por las compañías aseguradoras, que anunciaron una alza vertiginosa de las primas, lo que desencadenó una huelga de médicos (especialmente obstetras), que no repararon sobre el hecho que en los pocos casos en que se indemnizó este perjuicio la negligencia médica había sido claramente probada en el juicio.¹⁷⁰

41. *La ley anti-Perruche*. Esa resistencia provocó la intervención del legislador mediante la ley N° 2002-303, de 4 de marzo de 2002, que dispone: “Nadie se puede prevaler de un perjuicio del solo

¹⁶⁴ Cf. J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G. 1997, I, 4025. También desde un punto de vista jurídico, el profesor François CHABAS agregaba que la solución es injusta puesto que sólo los niños cuya madre haya declarado su intención de abortarlos obtendrán la reparación. J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2002. II. 10018.

¹⁶⁵ Alain Sériaux, *op. cit.*, p. 2000.

¹⁶⁶ Cf. J. Sainte-Rose, J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 2000, II, 10438.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, p. 162.

¹⁶⁸ *Op. cit.*, p. 84.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, p. 163.

¹⁷⁰ Cf. Patrice Jourdain, “Loi anti-Perruche: une loi démagogique”, en *Dalloz* 2002, *point de vue*, p. 891.

hecho de su nacimiento”.¹⁷¹ La ley priva al niño de la indemnización por una discapacidad no revelada durante el embarazo, y obliga a los padres a probar una culpa caracterizada para demandar la reparación, excluyendo en todo caso de la indemnización las cargas particulares que derivan de esa incapacidad para toda la vida del niño (éstas quedan a cargo de un fondo público).¹⁷² Esta ley ha sido duramente criticada por la doctrina, por su carácter demagógico y su redacción defectuosa.¹⁷³ En efecto, si la Cour de

cassation siguiera la letra de este texto (sin considerar la intención del legislador), podría continuar con la jurisprudencia inaugurada por el caso Perruche: que indemnizó no el “hecho del nacimiento” sino el “hecho del nacimiento con discapacidad”.¹⁷⁴

Queda, finalmente, la pregunta de si al consagrar progresivamente un “derecho al aborto”, instando a los médicos a otorgar una información oportuna y adecuada acerca de cualquiera malformación que pueda presentar el feto durante el embarazo, se provoque una especie de “normalización” de los nacimientos: se trata de la discusión acerca de la procedencia de la eugenesia (y con ella, de la eutanasia).¹⁷⁵

¹⁷¹ La disposición continúa así: “La persona nacida con una discapacidad debida a una falta médica puede obtener la reparación de su perjuicio cuando el acto culposo ha provocado directamente la discapacidad o la ha agravado, o no ha permitido tomar las medidas adecuadas para atenuarlo. Cuando la responsabilidad de un profesional o de un establecimiento de salud está comprometida frente a los padres de un niño nacido con una discapacidad no descubierta durante el embarazo, como consecuencia de una falta caracterizada, los padres pueden demandar una indemnización a título de su solo perjuicio. Este perjuicio no puede incluir las cargas particulares que derivan, durante toda la vida del niño, de esta discapacidad. La compensación de este último corresponde a la solidaridad nacional... Toda persona discapacitada tiene derecho, cualquiera sea la causa de su deficiencia, a la solidaridad del conjunto de la colectividad nacional” (art. 1°).

¹⁷² Sobre la reparación del perjuicio de nacer después de esta ley en Francia: Patrice Jourdain, “Loi anti-Perruche: une loi démagogique”, en *Dalloz* 2002, *point de vue*, p. 891, y “La fin de la jurisprudence Perruche”, en *Le Nouveau droit des malades*, París, Litec, 2002, p. 21 y s.; Yvonne Lambert-Faivre, “La loi N° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé. La solidarité envers les personnes handicapées”, en *Dalloz* 2002, *chr.*, p. 1217 y s. Como afirma, Basil Markesinis, el derecho comparado (Inglaterra, Estados Unidos, Alemania) parece ir por una línea similar a esta evolución del derecho francés. *Op. cit.*

¹⁷³ Los dos primeros incisos de este artículo no tratan de niños que nacen en las condiciones del caso Perruche y el tercero se refiere a los padres y no al perjuicio del niño.

¹⁷⁴ La *Cour administrative d'appel de Paris*, el 13 de junio de 2002, ha efectuado una primera aplicación de esta ley. Una pareja había sido informada por un centro hospitalario universitario que el análisis del líquido amniótico tomado de la mujer, con el objeto de un diagnóstico prenatal, no mostraba en el feto ningún riesgo de atrofia espinal infantil. Con posterioridad se determinó que el resultado del análisis se había invertido con el de otro paciente. La falta parecía “caracterizada” y la *Cour*, haciendo aplicación de la nueva ley, condenó a reparar el perjuicio moral del niño avaluado en 15.245 euros, disminuyendo hasta ese monto la indemnización fijada originalmente por el primer juez que ascendía a 152.449 euros. El resto del perjuicio del niño fue dejado a cargo de la solidaridad nacional (Jean Guigue, “Solidarité envers les personnes handicapées. Première application jurisprudentielle du Titre I de la loi du 4 mars 2002”, en *Gazette du Palais*, 15-17 diciembre 2002, p. 4 y s.).

¹⁷⁵ En tal sentido, el análisis de Muriel Fabre-Magnan, “Avortement et responsabilité médicale”, en *Revue trimestrelle de droit civil*, 2001, p. 285 y s.