

# EL PROBLEMA DE LA CULPA PRESUNTA CONTRACTUAL Y LAS OBLIGACIONES DE MEDIO Y OBLIGACIONES DE RESULTADO: SUS IMPLICANCIAS PARA LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

*Carmen Domínguez Hidalgo*

## I. INTRODUCCIÓN

El análisis de la clasificación de las obligaciones entre las de medio o de resultado constituye ciertamente un tópico que puede decirse ya clásico del Derecho Civil y, en especial, de la responsabilidad civil, en los sistemas extranjeros que tienen mayor desarrollo en esta materia. Más aún, ella ha recibido amplia recepción tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada de numerosos sistemas jurídicos, particularmente en Francia, donde se estima, en general, encuentra su origen, en términos que es, en el presente, de común aplicación. Esa aceptación ha cobrado especial relevancia para las profesiones liberales –como el médico– desde que las obligaciones que esos profesionales contraen son, en general, de medios. Las razones de esa plena aceptación se encuentran en que ella ha permitido salvar la aplicación de la culpa presunta ante el incumplimiento que tradicionalmente se ha entendido propia de la responsabilidad contractual, no así de la extracontractual, constituyendo precisamente una de las diferencias más importantes entre ambas especies del deber de reparar.

De este modo, detrás de la recepción de la distinción referida, se plantea como cuestión de fondo si resulta admisible una presunción legal de culpa en el caso del profesional. Y a esa cuestión se ha contestado de modos diversos en el Derecho Comparado.

Ese panorama ciertamente contrasta con el tratamiento que la distinción entre obligaciones de medio y de resultado ha recibido en el Derecho chileno, donde son escasos tanto los estudios al efecto como la recepción jurisprudencial de la misma. Y ello no proviene de un desconocimiento de esa clasificación, sino a razones de fondo que resulta indispensable revisar si se quiere entender el por qué de una comprensión tan distante entre sistemas que –como sucede con Francia o España– tienen, además de una tradición común, semejantes reglas contractuales y extracontractuales.

A revisar la evolución comparada en torno a los mecanismos de superación de los alcances probatorios de la culpa presunta del profesional en materia

contractual y, en específico de las obligaciones de medio y de resultado, estarán dedicadas las próximas líneas. Todo ello advirtiendo, en cada caso, el estado de la cuestión en nuestro Derecho.

## II. LAS SOLUCIONES DESARROLLADAS EN EL DERECHO COMPARADO FRENTE A LA PRESUNCIÓN LEGAL DE RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL Y SU RECEPCIÓN EN CHILE

Ciertamente, conviene apuntar, en primer término, que la cuestión planteada adquiere cierta originalidad en nuestro Derecho. Primero, dado que en la mayor parte de los sistemas pertenecientes a la familia romano germánica que recogen una visión dualista de la responsabilidad, la distinción en materia probatoria de la culpa contractual en relación con la extracontractual ha sido creada más bien por la jurisprudencia. En otros términos, la presunción de culpa en sede contractual encuentra su origen únicamente en la doctrina acogida en sentencias judiciales. De ahí que para ellos haya sido más expedito aproximar ambos regímenes superando la distinción mediante la plena recepción en materia de responsabilidad profesional de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado.

En segundo lugar, como es sabido, la regla del art. 1547 inc. 3 en Chile es entendida como una presunción general de culpa del deudor aplicable frente a todo incumplimiento. Así lo sostiene la mayor parte de la doctrina<sup>1</sup>. En otros sistemas, en cambio, no es interpretada con ese mismo alcance.

Así, un país tan cercano a nuestra tradición como es Colombia que, como es sabido, adoptó nuestro *Código Civil*, ella ha sido reinterpretada hasta llegar a entender que no impone ninguna diferencia con la responsabilidad extracontractual del profesional en el sentido de que, en ambos casos, la culpa del profesional debe ser probada<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Orlando TAPIA, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad entre los contratantes*, memoria de prueba, Fondo de publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 2ª ed., Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2006, p. 362, Arturo ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *Derecho Civil: de los contratos*, Santiago, Editorial Cono Sur, 1988, p. 52; Sergio GATICA PACHECO, *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1959, N° 40 y 54; Pablo RODRÍGUEZ, *Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p. 23; también en Pablo RODRÍGUEZ, *Responsabilidad contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 171.

<sup>2</sup> Refiriendo esta evolución habida en el Derecho colombiano, véase nuestro artículo Carmen DOMÍNGUEZ HIDALGO, "Naturaleza y fundamento de la responsabilidad civil del profesional liberal", en *Revista Anales Derecho UC*, N° 1, Santiago, 2006, p. 138 y ss.

### 2.1 Una relectura de la culpa presunta como regla general

Así, como ha sostenido Javier Tamayo<sup>3</sup> en aquel país, el art. 1604 del *Código Civil* colombiano equivalente a nuestro art. 1547 del *Código Civil* y que consagra el mismo texto, se ha entendido que no consagra un principio general de culpa presunta, por dos razones. La primera, atendido que la norma estaría referida más bien a la pérdida de la cosa que se debe y no a la prestación de servicios. La segunda, dado que aun cuando se entienda que la referida norma consagra un principio general de culpa presunta, ella misma dispone en su inciso final que ello se "entiende sin perjuicio que la ley o las partes puedan modificarla". Por lo mismo, se concluye que el sistema adoptado en el *Código* no sería uno exclusivo de culpa presunta sino que convivirían en él casos de tal culpa con otros donde de culpa del deudor debe ser acreditada.

En tal sentido, así se desprendería de dos normas fundamentales quede esta manera lo permiten afirmar para los casos de responsabilidad profesional.

La primera, contenida en el art. 2118 de nuestro *Código* y que es el art. 2144 del *Código* colombiano –en que toda la doctrina está conteste en aplicar a la responsabilidad profesional– en conformidad al cual los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, deben regirse por las reglas del contrato de mandato.

La segunda la constituye el art. 2158 del *Código Civil* dentro de las normas del mandato que, al fijar las obligaciones del mandante dispone:

"No podrá el mandante dispensarse de cumplir con estas obligaciones alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costos, salvo que le pruebe culpa".

De este modo, estas reglas razonan del modo exactamente contrario al que se ha leído el art. 1547 inc. 3 del *Código Civil*, pues presumen que el mandatario obró con diligencia y cuidado, aunque los resultados materiales del mandato no hayan tenido éxito para el mandante. Por lo mismo, aunque el resultado no se haya obtenido, el mandante no puede alegar el incumplimiento culposo del mandatario sino acredita su culpa<sup>4</sup>.

En otras palabras,

<sup>3</sup> Javier TAMAYO JARAMILLO, *Sobre la prueba de la culpa médica en derecho civil y administrativo: análisis doctrinal y jurisprudencial*, 2ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 2003, p. 37

<sup>4</sup> Es la lectura de las reglas dada desde antiguo en Chile por David STITCHKIN, *El mandato civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 336 y ss.

“es claro que si el mandante tiene que probar la culpa del mandatario para exonerarse de cumplir con sus obligaciones es porque la culpa de éste último no se presume. De lo contrario, bastaría al mandante con demostrar un perjuicio causado por la ejecución del mandato para que el mandante pudiese exonerarse de sus obligaciones, mientras el mandatario no desvirtuase la presunción que pesa en su contra”<sup>5</sup>.

Como todo ello es aplicable a las profesiones que suponen “largos años de estudio” y tales como la abogacía, la medicina, la arquitectura, etc. puede advertirse la trascendencia que adquiere una interpretación como la propuesta. De ahí que la Corte Suprema colombiana haya adherido a ella. En concreto, ella la ha aplicado para la responsabilidad médica entendiendo que, por ejemplo, el paciente o sus herederos no pueden negarse a pagar honorarios al médico, alegando que ésta causó daños al paciente, a menos que le demuestren su culpa, lo que significa que la ley presume que, aunque se le causen daños al paciente o, aunque éste no recupere su salud, el médico ha actuado diligentemente. Y ello se justifica en lo aleatoria que resulta la actividad del médico frente al paciente, pues los resultados de su intervención están siempre sujetos al alea de la salud del paciente por ejemplo.

### 2.1.1 La recepción en Chile de esta lectura

En nuestro país, siguiendo el razonamiento colombiano, ya se ha abogado por una revisión de la lectura tradicionalmente dada al art. 1547 inciso 3, esto es, para reconocer que sólo aplica a ciertas obligaciones y no a todas, de suerte que existen distintos sistemas de prueba de la culpa y no sólo uno como se ha sostenido hasta ahora.

Así, como ha afirmado Ramón Domínguez Águila “la conclusión no nos ha parecido nunca admisible y ello por dos órdenes de consideraciones”. Primero, desde un puro examen normativo de los arts. 2118 y 2158 del *Código Civil* que, como ya se ha expuesto, permiten deducir que en materia de profesionales liberales la acreditación de la culpa del deudor o profesional le incumbe al acreedor, esto es el cliente o paciente. A ello se suma, en segundo término, el que la presunción del art. 1547 inc. 3 determina examinar cuál es el contenido del contrato que se dice vulnerado. Si se trata de una obligación de medios la presunción de culpa del inc. 3 del artículo 15747 no obrará en contra del médico porque el mero hecho del daño final no significa, por sí solo, que haya existido incumplimiento. El médico puede haber actuado de modo perfectamente ajustado a la técnica exigida e igualmente no haberse

sanado el paciente. Por ello, mientras no se acredite el incumplimiento no puede operar la presunción tantas veces referida. Ello determina que el médico se verá obligado siempre a probar una causa ajena porque la prueba de la ausencia de culpa exigida por el *Código* se verá superada por la prueba del caso fortuito, fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho exclusivo de un tercero del que él no responda.

“Y así, en la práctica, no se observan situaciones en que el deudor demandado se libere de la responsabilidad por su incumplimiento por la sola prueba de la ausencia de culpa, de forma que el modo de operar la presunción acerca mucho a la responsabilidad contractual a la técnica de una responsabilidad objetiva”<sup>6</sup>.

### 2.2 Admisión de alivios probatorios para la víctima

En otros sistemas, la reacción frente a las consecuencias que acarrea el régimen de prueba de la culpa en materia médica se ha traducido, más bien, en desarrollar alivios probatorios para la víctima en el sentido de acoger reglas o principios que le faciliten la acreditación de la culpa.

En efecto, al no adoptarse en materia de responsabilidad civil médica la tendencia objetivadora que, por el contrario, marca todo el derecho actual de daños, la conclusión sería que en materia de prueba, el *onus probandi* recaería en el perjudicado-demandante, esto es, el paciente o sus herederos. En otras palabras, al no existir una inversión de la carga de la prueba ni una posible presunción de culpabilidad del médico, que según algunos transgrediría la presunción de inocencia contenida en sus normas constitucionales<sup>7</sup>, tendría que hacerse una aplicación estricta de lo dispuesto en sus normas equivalentes a nuestro artículo 1698 del *Código Civil*<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Ramón DOMÍNGUEZ ÁGUILA, “La culpa en el derecho civil chileno. Aspectos generales”, en *Revista Anales Derecho UC*, N° 3, Santiago, p. 124 y ss.

<sup>7</sup> Ha sido argumentación como ésta la que se ha esgrimido en algún tiempo en España, pues el art. 24.2 de la Constitución española consagra la presunción de inocencia.

<sup>8</sup> Sentencia civil del tribunal supremo de 7 de febrero de 1990 cuyo fundamento tercero señala claramente que “en concreta relación con los profesionales sanitarios..., en general, queda descartada en su actuación profesional toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de culpa en sentido subjetivo...” R. 668. En el mismo sentido, sentencia civil del mismo tribunal de 6 de noviembre de 1990, fundamento segundo “en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva sin que opere la inversión de la carga de la prueba admitida por esta sala para los daños de otro origen estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o

<sup>5</sup> TAMAYO (n. 3), p. 49.

Tal conclusión importa una difícil carga probatoria que, como indica Francisco Jordano Fraga

“puede suponer un serio obstáculo para la tutela resarcitoria del paciente lesionado y choca, por tanto, con la especial sensibilidad social hacia los bienes personales como la vida, la integridad corporal, salud que la prestación desatenta pone en peligro”<sup>9</sup>.

Es más, existiendo en materia de responsabilidad médica una evidente desigualdad probatoria entre el médico que, además de sus conocimientos especializados, posee toda la información relativa al proceso de la enfermedad y su tratamiento y el paciente que normalmente carece de ellos, ello acarrearía de aceptarse lisa y llanamente la conclusión anterior, en muchos casos, la imposibilidad para el perjudicado de obtener una sentencia favorable, esto es, condenatoria.

### 2.2.1. Evolución en el Derecho Comparado

Frente a ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han intentado diversos esquemas que atenúen un desequilibrio tan ostensible.

#### 2.2.1.1 Primer enfoque

El primero de ellos y más antiguo en el tiempo es el que sostiene que en materia de la carga de la prueba debemos distinguir entre responsabilidad civil contractual o extracontractual que confluyen en materia médico-sanitaria.

física ha de sumarse el reproche culpabilístico...” R. 8528. En los mismos términos sentencias de 11 de marzo de 1991 R. 2209; de 16 de abril de 1991, *Actualidad Civil* 572; de 8 de mayo de 1991, *Actualidad Civil* 588-589. En cuanto al *onus probandi*, sent. de 22 de febrero de 1991 fundamento cuarto: “...la carga de la prueba incumbía a la parte demandante, al excluirse toda clase de presunción de culpa en la conducta de los profesionales sanitarios...”.

Las sentencias razonaban sobre la base del antiguo art. 1214 del *Código Civil* hoy derogado, pues las reglas probatorias civiles fueron trasladadas al art. 217 de la ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil, que regula la carga de la prueba peor que mantiene, en lo que nos interesa, el mismo principio de *onus probandi*.

En cuanto a la presunción de inocencia véase José Luis VAZQUEZ SOTELO, *La presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona, Editorial Bosch, 1984 y José GUERRA SAN MARTÍN, Juan Alberto BELLOCH y Enrique TORES Y LÓPEZ DE LA CALLE, *El derecho a la presunción de inocencia*, La ley, 1982.

<sup>9</sup> Francisco JORDANO FRAGA, “Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, N° XC, 1985, p. 75.

Así, en el ámbito contractual, se presume la culpa y por tanto corresponde al demandado la carga de probar el caso fortuito o la fuerza mayor que le releven de tal responsabilidad. En cambio, en el ámbito extracontractual no existe tal presunción de modo que corresponde al demandante probar la culpa de su adversario.

De este modo, el desequilibrio probatorio quedaría reducido en materia médica sólo al ámbito extracontractual en el que efectivamente correspondería al perjudicado, paciente o herederos, probar la culpa del médico.

No obstante, esta distinción que a primera vista parecería resolver el problema, al menos en parte ha sido muy cuestionada. Las críticas formuladas se fundan básicamente y muy sucintamente en los siguientes argumentos.

Primero, en que el contraste entre la responsabilidad contractual y extracontractual en lo que se refiere a la carga de la prueba dista mucho de estar claro. Es más, muchos autores entienden que no existen dos reglas probatorias, dos reglas sobre la carga de la prueba según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, sino que la regla es única y neutral y sería para nosotros la que da el artículo 1698 del *Código Civil*. Aún más, para muchos autores y algunos sistemas como ya hemos resaltado, no existiría una presunción de culpa en las obligaciones contractuales, al menos de un modo general.

Segundo, porque no es efectivo que en materia contractual la culpa siempre se presume sino que, siguiendo a Henry Mazeaud y René Demogé, habrá que distinguir en lo que a la carga de la prueba se refiere si se trata de una obligación general de prudencia y diligencia o de actividad o de medios, por un lado y, por otro, si se trata de obligaciones determinadas o de resultados. No debe atenderse a si se trata de obligaciones contractuales o extracontractuales, puesto que como señala Luigi Mengoni

“las reglas sobre la carga de la prueba son siempre iguales cualesquiera sea la fuente de responsabilidad y sólo se diferencian en atención al contenido de la obligación”.

#### 2.2.1.2. Segundo enfoque: esfuerzos por aliviar la carga probatoria del demandante.

Otra tendencia comparada ha avanzado por la línea de aliviar paulatinamente por la jurisprudencia a quien corresponde la apreciación de la negligencia sobre la base de las pruebas aportadas por las partes la pesada carga probatoria del perjudicado (paciente en este caso) no exigiendo de éste una prueba acabada o completa de la culpa, sino deduciendo ésta de determinados hechos que a primera vista permiten presumirla.

Como señala Mariano Yzquierdo Tolsada, “la equidad viene así a erigirse en el auténtico hilo conductor de los procesos de responsabilidad”<sup>10</sup>.

Tanto la jurisprudencia como doctrina comparada así lo demuestran.

Así, en Alemania, se ha desarrollado la llamada prueba de *prima facie*, o *auscheinbeweis*, o prueba por primera impresión o apariencia. Ésta alude a ciertos casos en que la actuación del médico es tan manifiestamente imprudente que no requiere el dictamen de un perito o experto, por ejemplo, en la extracción equivocada de un miembro.

Se basa en la idea de que en ciertos casos una situación de hecho corresponde conforme a la experiencia a un curso causal típico y determinado. En estos casos basta para probar la culpa que el perjudicado “pueda contar hechos que según los principios de la experiencia general hagan muy verosímil la culpa”<sup>11</sup>.

Por otro lado, como resalta Mariano Yzquierdo, no debe confundirse esta prueba con las presunciones, aunque de hecho en la práctica haya derivado en ella, pues en la de presunciones existe un hecho base o indicio absolutamente acreditado, produciéndose el convencimiento judicial a través del caso concreto. En cambio, en la prueba *prima facie* el convencimiento judicial se extrae de la máxima de experiencia general o común directamente. No se trata de que el juez pueda sustituir un hecho probado por una mera verosimilitud, sino que se le permite deducir a través de un dato probado (el resultado sobrevenido) otro que se investiga y no en el caso concreto sino en el que la experiencia de la vida se ha encargado ya de probar para la generalidad de los sucesos similares. Con ello se intenta facilitar al actor la carga de la prueba sin que ello perjudique o agrave la posición del médico demandado. Con todo, algunos entienden que la prueba *prima facie* puede degenerar en una auténtica presunción de culpa<sup>12</sup>.

Eugenio Llambas Pombo advierte que esta prueba encuentra fácil aplicación en aquellos casos en que se trata de hipótesis en la que es posible probar que el daño se ha producido, que el daño sufrido por el paciente es consecuencia típica de un error médico, es decir, cuando se trata de errores o conductas médicas negligentes que saltan fácilmente a la luz. Por ejemplo, cuando se trata de situaciones como las descritas por Jaime Santos Briz: si

<sup>10</sup> Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1993, p. 307. Véase en general el tema de la recepción comparada de los alivios probatorios para el paciente en sus páginas, p. 306 y ss.

<sup>11</sup> Ludwig ENNECERUS, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, Bosch, 1950, tomo 11, p. 637. Véase sentencias de la jurisprudencia alemana reseñadas por Jaime Santos BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 952 y ss. en que ilustra el modo en que esta prueba se ha aplicado.

<sup>12</sup> YZQUIERDO TOLSADA (n. 10), pp. 309-310.

después de una operación fueron extraídos por otro médico restos del tapón o apósito y se prueba que en el intermedio no trató al lesionado ningún otro médico, ha de admitirse que el operador dejó al practicar la intervención dichos restos en la herida<sup>13</sup>. No sería, en cambio, tan sencillo cuando se trata de hipótesis en que el daño puede provenir de varias causas. Idea que es corroborada en sentencias españolas<sup>14</sup>.

Por su parte, la jurisprudencia francesa ha desarrollado un principio semejante al de la prueba de la *prima facie* a través de la llamada *faute virtuelle* o falta virtual, ostensible.

Ella es planteada originariamente en materia de responsabilidad derivada de accidentes de circulación y, luego, se ha extendido para la responsabilidad de los médicos y profesionales en general, para aquellos casos en que la prueba de la culpa es una carga muy difícil de sobrellevar para la víctima y, por otro lado, existe un cúmulo de hechos que hacen presumirla.

Así, por no citar sino algunos ejemplos célebres en que se ha aplicado la idea de la falta virtual, un fallo de 4 de noviembre de 1963 de la Corte de París condena a un médico a responder por los daños ocasionados a un paciente como consecuencia de su caída de una mesa de examen, entendiéndose que:

“ella no pudo tener por causa más que una falta de vigilancia del médico, sea porque haya dejado al paciente, no obstante su edad y su estado, instalarse sólo en la tabla, sea porque la mesa se haya movido por un defecto de la visagra que la unía a la base”<sup>15</sup>.

Otra sentencia, en el mismo sentido, es la de 31 de mayo de 1960 en que se condena a un médico que había seccionado parcialmente el nervio facial de un recién nacido durante una cesárea, fundándose en su falta de calificación obstétrica y, sobre todo en la extrema inusualidad de tal accidente, sin ningún

<sup>13</sup> SANTO BRIZ (n. 11), p. 953 y Eugenio LLAMBAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, Editorial Trivium, 1988, quien entiende que en los casos que concurren varias causas como generadoras del daño habría que aplicar siempre la doctrina de la causalidad adecuada en intentar determinar de entre las causas principales del daño cual fue la desencadenante del resultado lesivo.

<sup>14</sup> Sentencia de 7 de febrero de 1990 R. 688 y de 12 de febrero de 1990 R. 676 ambas del tribunal supremo español. Jaime Santos Briz señala como ejemplo de hipótesis en que la prueba *prima facie* resulta más compleja de aplicar que en los casos reseñados el de una infección que tiene varias causas. No obstante, advierte que la jurisprudencia alemana condenó a un hospital en el que una paciente adulta contrajo escarlatina al compartir la habitación con una niña con esa enfermedad. SANTOS BRIZ (n. 11), p. 953.

<sup>15</sup> Sentencia de París, 4 de noviembre de 1963, D 1964.13 citada en Jean PENNEAU, *La responsabilité médicale*, Toulouse, Sirey, 1977.

ejemplo en la literatura médica cuando no obstante la intervención quirúrgica había sido correctamente prescrita y practicada según las reglas clásicas<sup>16</sup>.

En realidad, la falta virtual es el producto de un razonamiento "a contrario" que consiste en que según las circunstancias se establece no que el demandado ha cometido tal falta precisa, ha incurrido en determinada culpa sino que, atendidas tales circunstancias, no ha podido sino cometer una.

No obstante, esta evolución jurisprudencial que mira a aligerar la prueba de la víctima no ha dejado de ser objeto de crítica por cierta parte de la doctrina francesa que reproducimos sintéticamente por ser de aplicación general a todo el sistema de *prima facie* que hemos reseñado.

Este sector, siguiendo a Henry Mazeaud, considera que un razonamiento de tal tipo tiene el riesgo de dar a un evento en sí mismo el carácter de una presunción de culpa. Así, Jean Penneau considera que en algunos campos y en algunas ocasiones la jurisprudencia por la vía de la "falta virtual" sobrepasa los límites que en la determinación de la culpa puede corresponder al razonamiento. Los sobrepasa porque pierde de vista el criterio de referencia que, necesariamente, debe tener en cuenta, en la determinación de la responsabilidad médica, que es la consideración del "médico diligente", de cómo habría actuado éste en ese caso, para dedicarse más bien a un análisis abstracto de las situaciones y de los hechos. Se olvida que lo que se exige al médico es dar al enfermo cuidados concienzudos según los principios establecidos por la ciencia médica, sin atender a las circunstancias o casos excepcionales. Esos principios son claramente conocidos por el médico diligente quien, por su formación, tiene una conciencia inmediata de tales principios, lo que no ocurre con el juez en estas materias técnicas quien es, salvo excepciones, radicalmente incompetente y debido a ello puede caer en el riesgo del razonamiento abstracto.

Debido a tales críticas es que la jurisprudencia francesa ha creado una especie de remedio para tal peligro, consistente en determinar la culpa médica atendiendo a los "usos profesionales" que dictan a los medios los principios adquiridos por la ciencia, teorías y principios que son entregados a los médicos por los estudios universitarios, publicaciones científicas, congresos, posgrados, que están en constante evolución y que pueden formularse como verdaderas reglas. De ellas puede hacerse un catálogo, de modo a proporcionarle al juez herramientas para resolver con un criterio más objetivo.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal de Grande Instance de Seine de 31 de mayo de 1960, *Gaz. Pal* 1960 2106 citada en PENNEAU (n. 15), p. 80. Este mismo autor destaca que el empleo de estos argumentos para un mismo tipo de accidentes en la jurisprudencia francesa es ambiguo. A veces la utiliza como una circunstancia agravante, otras como causa exoneratoria de responsabilidad. Véase p. 80 con la jurisprudencia que indica.

No obstante el remedio, según Jean Penneau, la jurisprudencia no está exenta de cierta ambigüedad<sup>17</sup>.

La evolución que ésta ha seguido la ha llevado a reconocer una verdadera responsabilidad objetiva en los casos de daños causados por las cosas inanimadas de las que se vale el médico en su profesión. Por ejemplo, por la explosión de un aparato de anestesia que le causa daños a un paciente o la mesa de examen de un médico que se vuelca con idéntico resultado. En tales casos, a pesar de que puede no haber mediado culpa alguna de parte del médico se considera que él debe responder por los daños causados al tratarse de cosas sobre las que él tiene o debe tener un deber de vigilancia.

En el Derecho español se ha aplicado también la prueba *prima facie*, pero para aquellos casos en que el daño no se podría explicar de otro modo, entendida la experiencia común, y no se hayan aportado oportunamente las pruebas contrarias, pero ha exigido el tribunal supremo que el fallo se funde siempre en hechos probados y no en meras conjeturas o en una mera verosimilitud. Todo ello a pesar de que, de acuerdo con el artículo 1253 del *Código Civil* español, el recurso a las presunciones supone que entre el hecho demostrado y aquél que se trata de deducir exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Ejemplo de la aceptación de la prueba *prima facie* es, entre muchos, la sentencia de la Audiencia Territorial de Burgos de 12 de abril de 1979 en que se condena a un médico que extrajo a un niño dos dientes permanentes creyendo que eran de leche, fundando su decisión del modo siguiente:

"un nuevo estudio de conjunto crítico y lógico de la prueba practicada, en especial de las propias declaraciones efectuadas por el demandado en el expediente que como médico de la Seguridad Social le fue instruido para depurar sus posibles responsabilidades, donde reconoce que extrajo a la niña dos dientes aunque afirma que no fueron de los permanentes sino de los provisionales o de leche; el informe del centro médico, en cambio dice que la exploración radiográfica revela la ausencia de dos dientes incisivos permanentes en el maxilar inferior y del resultado de la pericial médica acordada para mejor proveer donde el perito médico forense, previo examen de la radiografía aportada con la demanda, se pronuncia con absoluta categoricidad respecto del problema: extracción de las dos piezas dentarias permanentes efectuada, lo que aparte de estar en contradicción con los hechos probados no favorecería al demandado ya que vigente en nuestro derecho extracontractual civil el principio de la inversión de la carga

<sup>17</sup> PENNEAU (n. 15), p. 80 y ss.

de la prueba, introducido por la vía jurisprudencial, las dudas sobre el origen del daño sufrido por la niña tenían que haber sido despejadas por el demandado probando categóricamente que fue ajeno a su conducta, lo que no ha efectuado por lo que en ningún caso las lagunas de las pruebas que pudieran existir al respecto le exonerarían de responsabilidad...<sup>18</sup>.

En definitiva, de acuerdo con el criterio del tribunal supremo, el recurso a la prueba *prima facie* sólo será posible cuando a falta de pruebas directas, exista una sola causa posible del daño: la negligencia médica. De lo contrario, esto es, si existen varias causas diversas del resultado lesivo y no existe un punto de apoyo para ninguna de ellas, se prescindirá de tal prueba.

Así, en sentencia de 11 de marzo de 1950, estimó no haber relación causal entre una operación de cirugía estética correctamente realizada y la no producción del resultado deseado, a causa de una infección que no pudo atribuirse al descuido de los médicos demandados, declarándolos libres de responsabilidad tanto contractual como extracontractual. El mismo razonamiento conduce al máximo tribunal en sentencia de 12 de febrero de 1990 a condenar a un facultativo, cuando como consecuencia de una intervención quirúrgica practicada por éste a una joven paciente que carecía de orificio auditivo externo, con la finalidad de formarle tal conducto, ésta quedó con una parálisis facial. Todo ello sin que haya sido posible probar directamente que ello era consecuencia de una negligencia del facultativo. No obstante, el tribunal le condena considerando que no habiéndose acreditado en absoluto el concurso de alguna otra causa externa o una anómala e imprevisible reacción orgánica del paciente, susceptible de producir tal efecto, puede sentarse la conclusión presuntiva de que hubo en el acto operatorio algún descuido, por leve que pudiera haber sido originador del edema que dañó el nervio. Señala expresamente:

“a falta de pruebas directas, la utilización de las presunciones exige una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no puede aplicarse a varias circunstancias...”.

En cambio, el mismo criterio le lleva a eximir de responsabilidad a un médico cuando como consecuencia de una intervención quirúrgica realizada

<sup>18</sup> Debemos destacar que, aunque éste es un ejemplo citado por la mayoría de los autores como demostrativo de que el tribunal supremo aplica en ocasiones la prueba *prima facie*, otros como Fernández Costales consideran que más que tratarse de un problema de inversión de la carga de la prueba, se trataba de una obligación de resultado en razón de la especialidad a que se refería: estomatología u odontología.

por él, se desencadena una parálisis facial en la paciente. Entiende que no existiendo prueba alguna de que el médico no hubiere guardado acomodo a la técnica operatoria de tal intervención quirúrgica sino, por el contrario, diversas y variadas causas no podía deducirse la culpabilidad de aquél. No existiendo una relación concorde entre el efecto dañoso y el tratamiento anterior, de manera que dicho efecto no pueda atribuirse a varias circunstancias, en modo alguno cabe la calificación de culposa de la conducta del médico. Estima que en materia de intervenciones médicas y concretamente quirúrgicas, las consecuencias que de esta resultan pueden ser atribuibles a complicaciones imprevisibles.

De modo que alegadas faltas técnicas del médico, es necesaria una amplia declaración fáctica antes de aplicar las normas de la prueba *prima facie*.

Se advierte, entonces, que el máximo tribunal español ha admitido la prueba referida, pero de forma restrictiva, probablemente para evitar que su aceptación desencadenare una verdadera presunción de culpa del médico o profesional sanitario. A juicio de esa jurisprudencia lo que se le exige al médico es la sujeción a *la lex artis* y en ningún caso se le exige, como tampoco en ningún aspecto de la vida social, la infalibilidad. De aquí que no se admita la responsabilidad objetiva en esta materia porque ello supondría el cercenar su actuar, pues lógicamente se inhibiría de hacerlo, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general ante el temor, en casos delicados, de que a pesar de actuar correctamente, o sea, con plena adaptación a los medios y técnica a emplear el resultado favorable al paciente no llegare a obtenerlo.

Por último, los países de la *Common Law* tampoco han permanecido ajenos a la tendencia de desarrollar alivios probatorios para el paciente. En efecto, éstos han desarrollado la idea original de la prueba *prima facie*, pero en la formulación de la regla *res ipsa loquitur*, que alude a aquellos casos en el actuar médico ha sido tan imprudente que cualesquiera se da cuenta que hubo negligencia. Por ejemplo, en la extracción equivocada de un miembro, en el de daños producidos por instrumentos no esterilizados previamente. Se trata de casos en que como alude la regla “hablan por sí mismos” sin que sea necesaria la ayuda de peritos en la materia: “el hecho habla por sí mismo sin que sea necesario que hable el hombre”.

Esta regla implica en algunos países de la *Common Law* permitir al juez inferir la negligencia del dato de la producción de un determinado accidente, es decir, es una regla potestativa. En cambio, en Gran Bretaña y en ciertos estados de Estados Unidos, la regla *ipsa loquitur* es una verdadera excepción a la regla general de que la prueba incumbe al demandante.

La aceptación de tal regla supone para Mariano Izquierdo Tolsada, en una importante observación, un verdadero tránsito desde un sistema de responsabilidad por culpa hacia otro que supone la condena de un demandado

por una negligencia que no ha podido ser establecida, es decir un sistema más objetivo<sup>19</sup>.

### 2.2.1.3 Un corolario del esfuerzo por el alivio probatorio

Siguiendo al profesor Yzquierdo<sup>20</sup>, se hace necesario advertir que la variación jurisprudencial experimentada en general en el Derecho Comparado, tiende a equiparar la obligación de medios en la práctica a una de resultados, pues, aunque en teoría el sistema siga siendo el de la responsabilidad por culpa al no ser necesario probarla porque ella dejaría en desprotección al paciente, sólo basta con probar la falta de éxito en los servicios profesionales para obtener el resarcimiento. Basta con probar la no consecución del resultado final (que no le era exigible) para que el acreedor de la obligación de medios vea prosperar su reclamación. Difiere en tal evolución la jurisprudencia española recién referida en lo que se refiere a la aplicación de la prueba *prima facie*.

El peligro es que, si bien es cierto, esta variación supone una progresiva protección al paciente indefenso, implica también una progresiva desprotección del profesional. Éste, temeroso de eventuales demandas debe desembolsar importantes sumas para asegurar la responsabilidad e, incluso, ejercer su profesión de un modo defensivo, con todo el eventual perjuicio que ello significa para la sociedad en general.

El desafío en esta materia es obtener, en definitiva, un equilibrio en la protección de estos dos intereses. Atractiva parece, en este sentido, la posición intermedia de Eugenio Llamas Pombo y Joaquín Ataz López, que sostienen que, en realidad, si el paciente o sus herederos fundamentan su reclamación en un acto médico contrario a la *lex artis* ya sea falta de asistencia o de adecuación a ella, se produciría un reparto del *onus probandi*. Así, el paciente o sus herederos tendrían que probar la falta de asistencia o de adecuación a la *lex artis* (que normalmente realizará a través de la intervención de peritos) y el médico tendría que probar el cumplimiento de las reglas profesionales, con lo que ninguna de las partes del proceso quedaría relevada de la prueba.

### 2.2.2. Recepción en Chile de los alivios probatorios

El desarrollo de ciertos alivios probatorios no ha sido una tendencia claramente recepcionada en nuestro Derecho, en términos que calificándose en general a la responsabilidad médica como extracontractual la carga de la prueba de la culpa se hace recaer en general en la jurisprudencia al paciente.

<sup>19</sup> Véase Jurisprudencia y doctrina citada por YZQUIERDO TOLSADA (n. 10), p. 307 y ss.

<sup>20</sup> YZQUIERDO TOLSADA (n. 10), p. 314.

Incluso, la ley ha venido a afirmar expresamente esa distribución del *onus probandi* en ciertas áreas específicas de la asistencia sanitaria como sucede en la ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud, más conocida como ley del Plan Auge, disponiendo en su art. 38 que, tratándose de responsabilidad de los órganos de la administración del Estado, es "el particular quien debe acreditar que el daño se produjo por acción u omisión del órgano, mediando dicha falta de servicio".

De ahí que, precisamente, pese al incremento progresivo de demandas en la materia, no exista un aumento notorio de sentencias en que se ordene la reparación a un médico. La carga de la prueba de la culpa sigue siendo en Chile un obstáculo difícil de remontar para la víctima por efecto, en gran medida, de un ejercicio corporativo de la medicina que impide, en general, obtener pericias médicas que acrediten la infracción a la *lex artis*. Por ello es que la realidad estadounidense o europea no corresponden con la nuestra, donde la responsabilidad del médico todavía tiene incipiente desarrollo. No ocurre así, en cambio, en materia de responsabilidad hospitalaria, en especial de las entidades de salud pública, donde las sentencias condenatorias han sido y siguen siendo cada día más trascendentes. Prueba de ello es que se debió incorporar en la ley N° 19.966, en su artículo 43 y siguientes, un mecanismo de mediación frente a los daños ocasionados por los prestadores institucionales pertenecientes a las redes asistenciales de salud a las que alcanza la ley con el objetivo de reducir la litigiosidad en esta materia.

Con todo, si el desarrollo jurisprudencial ha sido tenue en la revisión de los aspectos probatorios de la responsabilidad médica, algunas sentencias parecen adelantar algunas lecturas novedosas.

Así, en alguna puede encontrarse expresamente referida la argumentación de indicios propia de razonamientos como el de la culpa virtual de los franceses y españoles como cuando se afirma:

"mediante aquello que la doctrina conoce como culpa virtual, que no es más que un mecanismo intelectual a través de una deducción obtenida de la anormalidad de los resultados, puede sostenerse que el médico señor Pinto no actuó con una conducta profesional diligente, pues si no hubiese incurrido en negligencia, ningún daño se le habría provocado a la paciente como a su familia, y comprobado como está el daño, es dable presumir que hubo culpa suya..."<sup>21</sup>

o el del *res ipsa loquitur* de los estadounidenses, aunque sin aludir a esa fórmula de modo expreso como cuando se deduce que la muerte por infección

<sup>21</sup> Corte Suprema, 16 de marzo 1998, en *Gaceta Jurídica*, N° 213, Santiago, p. 112.

intrahospitalaria debe ser atribuida a la entidad hospitalaria demandada, pues esa infección no se habría producido de haberse adoptado adecuadas condiciones de higiene<sup>22</sup>.

### 2.3 La superación de culpa presunta mediante la recepción de las obligaciones de medio y de resultado

En otros sistemas, en cambio, la superación del régimen general de culpa presunta para la responsabilidad profesional se ha obtenido por la recepción de las obligaciones de medio o de resultado como ha sucedido en Francia, España, Argentina, Italia, entre otros.

En tal sentido, se ha defendido que no es efectivo que en materia contractual la culpa siempre se presume sino que, siguiendo a René Demogue<sup>23</sup> y a Henri Mazeaud<sup>24</sup>, habría que distinguir en lo que a la carga de la prueba se refiere, si se trata de una obligación general de prudencia y diligencia o de actividad o de medios, por un lado, y, por otro, si se trata de obligaciones determinadas o de resultados. No debe atenderse a si se trata de obligaciones contractuales o extracontractuales, puesto que como señala Luigi Mengoni

“las reglas sobre la carga de la prueba son siempre iguales cualesquiera sea la fuente de responsabilidad y sólo se diferencian en atención al contenido de la obligación”<sup>25</sup>.

Esta distinción cobra especial relevancia y aplicación cuando de profesionales liberales como el médico se trata, puesto que fue formulada precisamente en torno a los contratos de obras y de servicios en general, que se dan normalmente en las relaciones de dichos profesionales con sus clientes.

En materia de carga de la prueba tal distinción acarrea que, tratándose de obligaciones de resultado, en las que el deudor se obliga a un determinado resultado, la sola prueba del incumplimiento de él es suficiente para generar la responsabilidad, pues el sólo hecho de no producirse en resultado comporta un daño, una culpa y una relación de causalidad. No es, por tanto, necesario entrar a la prueba de tales elementos. El deudor sólo podrá exo-

nerarse probando el caso fortuito, esto es, los hechos que han impedido el cumplimiento, pues no cabe probar ausencia de culpa: no se discute en ellas la culpa por ser irrelevante.

En cambio, cuando se trata de obligaciones de medios, el deudor sólo se compromete a hacer lo posible para procurar al acreedor la prestación que éste espera, de modo que, en caso de incumplimiento para que se desencadene la responsabilidad, será necesario probar que el deudor incurrió en culpa. Probada la culpa al deudor no le cabe ya exonerarse por medio de la prueba de ausencia de culpa, pues la prueba del acreedor agota el juicio de responsabilidad.

Tal distinción y su consecuencia probatoria se aplican tanto en materia de responsabilidad contractual como extracontractual.

Decíamos que cobra especial relevancia en materia médica, pues, en ella, la regla general será que la obligación del profesional sea de medios, es decir, que “se obligue a proporcionar al enfermo todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia y no a curar al enfermo”<sup>26</sup>.

Ello implica que normalmente al paciente le corresponde la necesidad de probar la negligencia, esto es la culpa y la relación de causalidad o nexo de causalidad de ésta con el daño producido<sup>27</sup>. Decimos normalmente, pues en general ésta es la situación que se va a presentar en esta materia, pero no debemos olvidar que en ciertos casos la obligación del médico puede ser de resultado y no de medios. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los implantes de prótesis dentarias u otras de esa especie.

En estos casos la prueba para el perjudicado será más sencilla puesto que bastará con probar que el resultado prometido no se alcanzó para dar por acreditada la responsabilidad. Así ocurrirá cuando, tratándose de responsabilidad contractual, exista de por medio un contrato de ejecución de obra entre el paciente y el médico.

Mariano Yzquierdo Tolsada agrega una tercera hipótesis: aquélla en que, aunque existe una obligación de resultado exigible, ella se encuentra inserta en una de medios. Por ejemplo, si el médico no cura una determinada enfer-

<sup>22</sup> Corte de Apelaciones de Concepción de 10 de agosto de 2000, N° identificador Legal Publishing 19288, rol 3665-2000

<sup>23</sup> René DEMOGUE, *Traité des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1923-1933, N° 1237.

<sup>24</sup> Henri MAZEAUD, “Essai de classification des obligations”, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 35, Paris, 1936, p. 1 y ss.

<sup>25</sup> Luigi MENGONI, “Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi”, in *Rivista di Diritto Commerciale*, vol. 1, 1954, p. 365.

<sup>26</sup> En este sentido, la sentencia del tribunal supremo, sala primera de lo civil de 6 de noviembre de 1990 que en su fundamento segundo dispone: “...la obligación contractual o extracontractual del médico y más en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado sino una obligación de medios, está obligado no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiere según el estado de la ciencia...” R. 8528. Del mismo modo se pronuncian las sentencias del mismo tribunal de 7 de febrero de 1990 R. 668, de 12 de febrero de 1990 R. 676, de 6 de julio de 1990 R. 5780, de 11 de marzo de 1991 R. 2209, de 16 de abril de 1991 R. 2697 y de 8 de mayo de 1991 R. 3618.

<sup>27</sup> Jaime SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, Madrid, Tecnos, 1989, p. 823.

medad en razón de no haber practicado los exámenes necesarios para ello. Está claro que él no se ha comprometido a curar la enfermedad (obligación de medios), pero si no lo logra hacer por no practicar algo tan exigible como los exámenes de rigor, la prueba de estos hechos dejará en evidencia la culpa y con ello el incumplimiento del contrato de servicios. En este caso habría incumplimiento del contrato de servicios y, en definitiva, incumplimiento de una obligación de resultado dentro de la obligación total de medios. No obstante, podría observarse que en realidad esta hipótesis no es más que un caso de obligación de medios en que la que el profesional no hizo lo posible por procurar al enfermo todos los cuidados según el estado de la ciencia. Precisamente, lo que no hizo fue procurar uno de los medios a que estaba obligado.

En general, el calificar la obligación del profesional como de medios tiene una gran ventaja que destaca el profesor Yzquierdo Tolsada de un modo muy explicativo, que es

“la de proteger a este de demandas injustificadas planteadas por clientes caprichosos pero también tiene el grave inconveniente de situar a los que nos son tan caprichosos en situación de clara inferioridad frente a profesionales negligentes”<sup>28</sup>.

### 2.3.1 Una mirada desde el Derecho chileno

El panorama en torno a la clasificación en estudio es notoriamente distinto en el Derecho chileno. Así, el tratamiento doctrinal ha sido reducido y el que ha existido, por un lado, le ha negado reconocimiento para nuestro Derecho<sup>29</sup> por entender que las reglas de los arts. 1547 inc. 3 y 1698 del *Código Civil* no admiten distinción en cuanto a la naturaleza de la obligación. Por otro, para aquellos que si han abogado por su recepción general<sup>30</sup> o sólo a efectos de

<sup>28</sup> Mariano YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, Reus, 1989, p. 306.

<sup>29</sup> Así, Arturo ALESSANDRI, *De la responsabilidad civil extracontractual en el Derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria, 1943, p. 54, n. 2; René ABELIUK, *Las obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo I, p. 205, aunque aboga por una revisión del *Código* en este punto; Lorenzo DE LA MAZA, “La responsabilidad civil que puede derivar de la actividad médica”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. xv, 1988, p. 28 y ss.; David STITCHKIN, *El mandato civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, pp. 394-395; Vicente ACOSTA, *De la responsabilidad civil médica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 248 y 249 tratándose de obligaciones contractuales, Baltazar GUJARDO, *Aspectos de la responsabilidad civil médica. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Librotecnia, 2005, p. 98.

<sup>30</sup> En tal sentido, Alejandro GARCÍA, *Responsabilidad contractual. Obligaciones de medio y de resultado*, Santiago, Cono Sur, Lexis Nexis-Chile, 2002. También, aunque de modo confuso,

determinar el contenido de la obligación de profesional<sup>31</sup>, todavía sus ideas no han logrado recepción jurisprudencial quedándose en el mero ámbito de la propuesta.

En efecto, una revisión general de jurisprudencia permite advertir la escasa referencia a esa clasificación de modo expreso, panorama que no se ha alterado en el tiempo. Con todo, algunas sentencias recientes<sup>32</sup> –incluso, una de nuestro máximo tribunal–<sup>33</sup> la han empleado expresamente y otras, más antiguas efectúan razonamientos de base que permiten inferir una cierta aceptación. No obstante, por su número, ellas no alcanzan a revertir la general prescindencia en nuestros tribunales de la misma<sup>34</sup>.

Esa comprensión doctrinal y jurisprudencial ha venido determinada por una serie de aspectos.

Así, en primer término –y probablemente la razón de fondo de mayor peso y trascendencia– ha influido el que, como bien se ha apuntado en España, pero es plenamente válido para el nuestro, la comprensión de la relación obligatoria ha estado marcado por la idea de resultado, esto es, que el acreedor busca un fin, un resultado sin que importe de qué medios ha tenido que servirse el deudor para cumplirlo<sup>35</sup>. La lectura de las reglas civiles que le aplican se ha hecho siempre desde la idea de que en toda obligación existe un resultado esperado y, por ello, no plantea complejidad alguna determinar cuándo ha habido incumplimiento. Y ello tiene fundamento añadido si se tiene presente que, por regla general, las obligaciones son de resultado. Lo son ciertamente las de dar y de no hacer e, incluso, en las de hacer, la regla es que el resultado esté integrado en el contenido de la obligación, de suerte que su incumplimiento pueda determinarse de modo objetivo. No ha existi-

Hernán CORRAL, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 281; lo formulan de modo más claro, Daniel PEÑAILILLO, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 229 y Carlos PIZARRO, “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento de las obligaciones de medio o de diligencia”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. xxxi, Valparaíso, 2º semestre de 2008, p. 255 y ss.

<sup>31</sup> GUJARDO (n. 30), p. 98; Enrique BARROS BOURIE, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 657 y ss.

<sup>32</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 2006, rol 5515-2001.

<sup>33</sup> Corte Suprema, 11 de noviembre de 2002, rol 2352-2002, N° identificador Legal Publishing 26071.

<sup>34</sup> Sobre la recepción en nuestra jurisprudencia de la clasificación en estudio, Hugo Cárdenas, “La recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado y otros expedientes probatorios unificadores de la responsabilidad civil médica”, en *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, Legal Publishing, 2009, tomo iv, p. 315 y ss.

<sup>35</sup> Con detalle, véase el razonamiento en Mariano YZQUIERDO, *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y extracontractual*, Madrid, Editorial Dykinson, 2001, p. 125.

do, por tanto, una comprensión inicial que, en materia de incumplimiento, distinga entre obligaciones de medios y de resultado, por efecto de asumir una noción restringida de la obligación en sentido jurídico. Adviértase que no estamos refiriéndonos a la ausencia de recepción formal de la distinción, sino de fondo de la misma.

Y esa comprensión no ha planteado mayor problema hasta el presente por varios motivos, en términos generales y respecto de la responsabilidad del médico. Primero, porque fuera del ámbito del incumplimiento de los deberes profesionales, la regla general es que, como ya hemos referido, nos encontremos con obligaciones de resultado. Segundo, porque el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia en materia de responsabilidad civil del profesional liberal ha sido tradicionalmente escaso por efecto, por un lado, de la tenue evolución que nuestro sistema ha tenido en general como, por otro, de las reducidas sentencias condenatorias en sede civil para los profesionales que encontramos en Chile no sólo antes sino, incluso, en el presente. Tercero, porque, en los casos de incumplimiento de deberes profesionales que, en su mayoría, se reducen a juzgar la responsabilidad civil del médico o profesional sanitario por la negligencia médica, no ha sido necesario plantearse la distinción, por efecto de razonar en lenguaje de responsabilidad extracontractual y no de incumplimiento contractual. En efecto, no debemos olvidar que, a diferencia de lo que acontece en otros sistemas, la responsabilidad civil médica ha sido tradicionalmente entendida por la jurisprudencia como una extracontractual, pese a que la opinión doctrinal mayoritaria ha sido la contraria<sup>36</sup>. Por último, cualquier conflicto de calificación de la misma ha sido, a la larga, suprimido por efecto de haberse entendido en Chile, desde Arturo Alessandri<sup>37</sup>, que cuando el ilícito civil es a la vez constitutivo de uno penal la víctima podría elegir entre incardinar su acción en sede contractual o extracontractual. Como así acontece en el caso de la negligencia médica constitutiva a la vez de un delito criminal en conformidad al art. 491 del *Código Penal*, en los hechos la responsabilidad médica ha tendido a calificarse como extracontractual porque la acción civil se ha ejercido comúnmente en sede criminal. Y, más en general, la doctrina reciente tiende, incluso, a calificar la responsabilidad médica como un supuesto fronterizo de responsabilidad, admitiendo la opción aún fuera del ámbito penal<sup>38</sup>. De ese modo, la aplicación de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado no ha resultado necesaria porque, en

<sup>36</sup> ALESSANDRI (n. 29), p. 75.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 91.

<sup>38</sup> Así, en la doctrina más reciente: Pedro ZELAYA, "Responsabilidad civil de hospitales y clínicas. Modernas tendencias jurisprudenciales", en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 201, Concepción, 1997, p. 27; CORRAL (n. 30), p. 280, BARROS BOURIE (n. 31), p. 657.

sede extracontractual, no se hace evidente su utilidad práctica en cuanto a la carga de la prueba de la culpa dado que, en ese ámbito, la regla en torno al *onus probandi* es una sola: incumbe la carga de la prueba de la culpa a quien la alega, esto es a la víctima.

No obstante, como ha acontecido en el extranjero y está sucediendo y sucederá en Chile, basta un leve desarrollo de la responsabilidad civil del profesional para que rápidamente se plantee el mismo problema que –de modo más determinante– ha llevado a otros países a acoger la distinción en estudio al advertirse el efecto al que conduce una aplicación general a cualquier obligación contractual de la presunción de culpa que se entiende contenida en el art. 1547 inciso tercero del *Código Civil* que es el *punctum crucis* de la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado.

En efecto, tan pronto se empieza a estudiar con mayor profundidad el vínculo jurídico que surge entre el profesional y su cliente –en especial entre el médico y su paciente o abogado y cliente– se advierte que, en general, el que se forma entre ambos no sería extracontractual sino contractual y ello, aun cuando el ilícito civil pueda ser constitutivo de uno penal, pues el carácter penal del ilícito no determina la naturaleza de la acción u omisión civil. Siendo, entonces, una responsabilidad contractual a la hora de determinar la existencia de culpa o no en el médico, se advierte que la aplicación general del art. 1547 a la culpa médica conduce a presumir la culpa cada vez que se demuestra la existencia del vínculo entre médico o profesional y paciente, en términos que, en ese escenario es al médico a quien le corresponde probar que el incumplimiento se ha producido por una causa que no les imputable, entendiendo por causa no sólo a la ausencia de culpa sino a cualquier causa extraña (caso fortuito o causa de terceros, ruptura del nexo causal). Esa lectura ha sido aplicada por la jurisprudencia en ciertos casos, por ejemplo, para los dentistas<sup>39</sup> y defendida, incluso, en la doctrina<sup>40</sup>.

De este modo, la lectura otorgada a la presunción constituye un expediente objetivador de la responsabilidad del médico o del profesional, en cuanto lo único que se valora para determinar si ha habido o no incumplimiento es la obtención o no del resultado prometido al acreedor. Si éste no se obtuvo, aunque el deudor haya efectuado todos los esfuerzos tendientes a obtenerlo, ello no incide en su deber de responder: hay un incumplimiento y por ello debe responder.

No obstante, la aplicación de esa lectura de la presunción –que como insisto ya se ha hecho entre nosotros– deviene compleja, más aún, injustifica-

<sup>39</sup> Así, Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de abril de 1992, *Gaceta Jurídica*, Santiago, 1992, N° 143, p. 76.

<sup>40</sup> ACCOSTA (n. 29), p. 248.

ble, como sucede, en general, con el profesional éste no se ha comprometido –simplemente porque no puede– a obtener un resultado, una determinada prestación para el deudor. Como suele explicarse, ni el abogado se obliga a ganar el juicio ni el médico a sanar, sino tan sólo a actuar del modo más diligente posible. Por lo mismo, si pierde el juicio, de ello no puede predicarse automáticamente su deber de reparar los daños que ello haya podido ocasionar.

### 2.3.2 La utilidad de la recepción de la clasificación para nuestro Derecho: la verdadera cuestión de fondo

Se acostumbra a plantear que la principal utilidad que aporta la recepción de la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado se da en materia probatoria, en el sentido de que en las primeras el examen de la culpa se mantiene no así en la segunda en que se suprime.

No obstante, debe advertirse que, admitida la clasificación entre obligaciones de medio y de resultado, los problemas de calificación no se disipan porque la determinación de cuándo se está ante una obligación de medios o de resultado es compleja. De ese modo, aunque se supera, en principio, los efectos antes descritos en materia de culpa, acto seguido ello pasa por determinar con precisión ante qué tipo de obligación se está y ello, nuevamente, nos genera un nuevo problema. De hecho, la experiencia comparada revela lo sinuoso y variable que puede trazar la línea exacta entre ambas. Un ejemplo notable puede encontrarse con la responsabilidad por los daños causados antes, durante y después de la ejecución del contrato de transporte, donde las variaciones de la jurisprudencia francesa han sido notables<sup>41</sup>. En materia médica ello pasa, ciertamente, por la delimitación concreta de los ámbitos de competencia de cada especialidad médica y por la existencia o no de certeza en el resultado que las distintas actuaciones médicas pueden asegurar. Y ello, como se sabe, no es asunto sencillo.

En síntesis, bien sea mediante el expediente de aplicar la distinción entre obligaciones de medios y de resultados, bien mediante la reinterpretación del alcance de la presunción contenida en el art.1547, el objetivo ha sido, en todos esos sistemas, desde luego, la aproximación de los regímenes resarcitorios contractual y extracontractual en materia de culpa y, también, la supervivencia de la responsabilidad por culpa en materia profesional.

Y es que, en verdad, ni aun el reconocimiento de la distinción en estudio permite superar el problema de fondo que está envuelto en la responsabilidad

<sup>41</sup> Resulta elocuente el comentario de Corinne MASCALA, "Accidents de gare: le déraillement de l'obligation de sécurité", in *Dalloz*, Paris, 1991, p. 80 y ss.

civil del profesional, o de ella en general, y es el de la justificación que en el presente tiene una concepción dualista de la misma, que construye el deber de responder a partir de dos regímenes resarcitorios con hondas diferencias de trato ante el daño. En otros términos, en la responsabilidad profesional volvemos a encontrar los problemas permanentes a que esa construcción nos expone. Por lo mismo, antes de abogar por expedientes o vías que permitan eludir las injusticias de trato que ello suponen bien para la víctima, bien para el responsable, parece, más bien, que debiéramos preguntarnos antes acerca de la injusticia o lógica de la existencia de dos regímenes resarcitorios tan distintos.

Y desde esa perspectiva, si esa distinción se justifica o explica en el seno de la contratación clásica, en la moderna ella resulta difícil de explicar. En efecto, gran parte de las diferencias que se admiten para el ámbito contractual se justifican en el respeto a la autonomía de la voluntad, a la libre negociación que, entre partes iguales, se asume ha existido con anterioridad al contrato. En otros, términos, se construyen sobre la idea de un contrato libremente negociado, de *un contrato a la romana*. Es lo que sucede, de modo especialmente importante, con la responsabilidad profesional o del médico, donde esa figura resulta inaplicable porque la calificación entre contractual y extracontractual plantea especiales dificultades, desde que su aplicación no es nítida: en muchos casos el quehacer profesional constituye una zona fronteriza. Además, su aplicación estricta puede conducir a resultados aún peores que los que se quiere evitar, pues en muchos casos los daños producidos alcanzan no sólo a la contraparte –el paciente o el cliente– sino, también, a terceros que, por aplicación de la distinción, quedan finalmente sujetos a un régimen distinto de reparación cuando el daño es exactamente el mismo.

De ahí que, en varios autores como Geneviève Viney en Francia o sistemas como el argentino en que así se ha abogado en conclusiones de varias Jornadas de Derecho Civil<sup>42</sup>, se esté propiciando la elaboración de un régimen especial o autónomo que "atienda a la importancia o trascendencia de la actividad" y que supere la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual, entendiéndose que toda la responsabilidad de los profesionales debe estar sometida a un mismo régimen y sea que el daño afecte a una de las partes o a un tercero<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> Jornadas nacionales citadas por Roberto VAZQUEZ FERREIRA, "Las obligaciones de seguridad", en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, N° 5545, 1987, p. 23.

<sup>43</sup> Geneviève VINEY, Patrice JOURDAIN, in Jacques GESTHIN, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, 3ª ed., Paris, Edit. LGDJ, 1998, pp. 512-513 y 524-526.

### III. A MODO DE CONCLUSIÓN

En síntesis, la recepción de las obligaciones de medio y de resultado en nuestro Derecho es aún un tema pendiente en cuanto su utilidad está condicionada a la comprensión final que nuestro sistema, en particular la jurisprudencia, tenga de la naturaleza de la responsabilidad civil del profesional liberal y, muy especialmente, del profesional médico o sanitario.

Más aún, habida cuenta del sentido y efectos que su recepción ha tenido en otros países, antes que abogar por su recepción como vía para superar las diferencias de trato al daño que la división en dos sedes plantea en materia de responsabilidad del profesional, y en especial del médico, y reproducir la evolución en la materia, parece imprescindible que nos pronunciemos y dilucidemos si defendemos a ultranza la distinción en dos regímenes de la responsabilidad o no y, en particular, si ello se justifica cuando se trata de la responsabilidad del profesional.

Una vez dilucidada esa cuestión, podría, entonces, construirse un régimen conjunto de las obligaciones del profesional o del médico y ahí la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado puede desplegar su utilidad final al importar un reconocimiento de que no todas las obligaciones que derivan de la prestación de servicios médicos son idénticas y que, por lo mismo, más que un sistema de prueba de la culpa, deben existir varios sistemas dependiendo del tipo de obligación.

## LA COBERTURA DOGMÁTICA DE LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DISTINCIÓN OBLIGACIONES DE MEDIOS/OBLIGACIONES DE RESULTADO<sup>1</sup> (UNA APROXIMACIÓN A TRAVÉS DE CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA)

Hugo A. Cárdenas Villarreal

“Pensar el derecho es describirlo en proceso, verificar los cambios para ver sus estructuras y funcionamiento. Las teorías suelen construir modelos que una vez implantados tienden a perpetuarse olvidando que alguna vez fueron ideas y pensamientos, que fueron pieza de disputa y enfrentamiento, que comenzaron por ser una idea marginal antes de ocupar el centro del texto de la historia”.  
Sebastián TEDESCHI, “El Waterloo del Código civil napoleónico”, en AA.VV., *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

### INTRODUCCIÓN

Básicamente, por efecto de la interpretación dada a la regla contenida en el artículo 1547 (en relación con los artículos 1671 y el 1698 del CC) es que, con excepción de las tempranas obras de Orlando Tapia Suarez<sup>2</sup> y de David Stitchkin Branover<sup>3</sup>, tradicionalmente se ha rechazado la aplicación en nuestro Derecho de la célebre distinción atribuida a René Demogue entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. Arturo Alessandri

<sup>1</sup> Este trabajo tiene como antecedente la ponencia “La recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado y otros expedientes probatorios unificadores de la responsabilidad civil médica”, presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, publicadas en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, Legal Publishing, 2008, vol. iv, pp. 315-331.

<sup>2</sup> Orlando TAPIA SUAREZ, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, memoria de prueba, Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado, Escuela Tipográfica Salesiana, 1941. La obra fue reimpresa con notas de José Luis Diez Schwerter por Lexis Nexis en 2006, sobre el tema de las obligaciones de medios y de resultados véase p. 498 y ss.

<sup>3</sup> David STITCHKIN BRANOVER, *El mandato civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950, p. 452 y ss.