



UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES

ESCUELA DE DERECHO

**LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA NEGLIGENCIA MÉDICA
CHILENA**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas.

SOL JOSEFINA MADARIAGA MEXTERN

Profesor Guía: Edmundo Enrique Vilches Luzio

Santiago, Chile 2020

DEDICATORIA

Mi tesis la dedico con todo mi amor y cariño a mis adorados hijos y a mi estimada madre, por que creen en mí, me dan la energía y fuerza que toda persona necesita para salir adelante. Por ser mi fuente de motivación e inspiración para superarme día a día y así poder luchar para que el futuro sea mejor.

AGRADECIMIENTOS

Lo bueno de la vida, es que tiene una característica especial, está llena de bemoles, y que la podemos compartir y disfrutar con las personas que queremos, las que nos ayudan a ser mejores personas nos guían, y lo más importante nos dan valor y fuerza cuando nos encontramos decaídos. Más también podemos ayudarlos y ser un pilar importante en vuestras vidas; por esto mismo, mediante estos agradecimientos, quiero exaltar la labor de todos y cada uno de aquellos que estuvieron presentes durante la realización y el desarrollo de esta memoria, gracias por los aportes y consejos a esta.

Desarrollar una tesis no es tarea fácil, pero lo que puedo afirmar es que llegar a esta etapa ha sido un proceso de vida académica de gran esfuerzo y dedicación. Proyecto que germina dentro de mí por el afán de demostrar a mis hijos que cuando uno se propone metas, es constante y perseverante puede lograr sus objetivos, y no fue porque simplemente me dispuse a que así fuera, fue porque la vida puso en mi camino a un gran hombre y compañero y que a pesar de las dificultades e imprevistos siempre está presente, es por ello que, le agradezco profundamente.

Sembrar una verdadera y sincera amistad, espero que el tiempo permita disfrutar de una agradable cosecha, gracias a todos.

TABLA DE CONTENIDO

I.- INTRODUCCIÓN.....	10
1.1 Evolución Histórica.....	15
1.2 Planteamiento del problema.....	16
1.3 Pregunta de Investigación	17
1.4 Objetivo General.....	18
1.5 Objetivo Específicos.....	18
II.- MARCO TEÓRICO.....	19
2.1 El Derecho Probatorio.....	19
2.2 Carga de la Prueba y su Importancia.....	20
2.3 El Derecho a la Prueba Según Nuestra Legislación.....	22
2.4 Presunción de Culpa y Carga de la Prueba.....	26
2.5 Inversión de la Carga de la Prueba.....	28
III.- RESPONSABILIDAD MÉDICA.....	32
3.1 Responsabilidad Civil Médica.....	32
3.2 Responsabilidad Civil Contractual.....	34
3.3 Responsabilidad Extracontractual.....	36
3.4 La Causalidad.....	37
3.5 Obligaciones de Medio.....	53

3.6 Obligaciones de Resultado.....	55
IV.- CONTRATO.....	57
4.1 Contrato entre las Partes.....	58
4.2 Deber de Información.....	63
4.3 Incumplimiento de Contrato.....	76
V.- RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA.....	79
5.1 Construcción de la Lex Artis.....	82
VI.- MEDIACIÓN.....	94
6.1 Procedimiento.....	95
VII.- CONCLUSIÓN.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	101

RESUMEN

El desafío de este trabajo de tesis consiste en erigirse como un aporte desde la academia a las personas afectadas por negligencias médicas, con el fin de brindarles herramientas jurídicas para sostener sus pretensiones de reparación. Hoy en día la mayoría de la doctrina existente, se centra más bien en los aspectos sustantivos de la cuestión planteada, en tanto que su arista procesal se centra en la inversión de la carga de la prueba, y muy particularmente en el elemento probatorio y en las reglas del onus probandi. Por ello debo destacar de los tribunales superiores de justicia, que al momento de fallar, las tendencias modernas se muestran favorables ante la inversión de la carga de la prueba y reconociendo la indemnización de daños en materia contractual. En este punto cobra relevancia la conceptualización de los diversos tipos de culpa, contemplado en el artículo 44 código civil, que han de tomarse como estándar de dicha diligencia exigible. Tal aspecto de meridiana importancia en la responsabilidad aquiliana no lo abordaré mas alla de lo meramente enunciativo, dado que esta hipótesis apunta mas bien a un sistema de responsabilidad objetiva, en el cual la sola verificación del incumplimiento contractual constituye el fundamento de la obligación de indemnizar.

La metodología aplicada a este trabajo consistió en un exhaustivo análisis de la doctrina nacional y extranjera, en especial francesa, argentina y española, junto

con una recopilación de jurisprudencia, vacilante en ocasiones, a fin de establecer un diagnóstico actual y preciso de las tendencias dogmáticas respecto al tema planteado. Los resultados son bastante alentadores. Ello, pues en su gran mayoría fijan la carga de la prueba al demandado, para que este pueda demostrar que empleó los medios necesarios y que su actuar fue cuidadoso, no obstante, en algunos casos dichas negligencias pudieran resultar en la muerte o incapacidad total del afectado por el daño.

Las proyecciones esperadas, por tanto, son muy amplias, por cuanto en esta investigación, ofreceré información respecto del régimen probatorio en materia de negligencias médicas, atendiendo a la condición más desventajosa del demandante, quien tiene el derecho de opción entre responsabilidad contractual y extracontractual, brindando como remedio procesal la posibilidad de invertir la carga de la prueba, al optar por el primer sistema.

ABSTRACT.

The challenge of this thesis work is to establish itself as a contribution from the academy to people affected by medical negligence, in order to provide them with legal tools to support their claims for reparation. Today, most of the existing doctrine focuses rather on the substantive aspects of the question raised, while its procedural edge focuses on the reversal of the burden of proof, and very particularly on the evidence and on the rules of the *onus probandi*, so I must point out from the higher courts of justice that at the time of ruling, modern trends are favorable to the reversal of the burden of proof and recognizing the compensation for damages in contractual matters. At this point, the conceptualization of the various types of fault (art 44 cc) that must be taken as a standard of said due diligence becomes relevant. I will not address such an extremely important aspect of Aquilian liability beyond what is merely illustrative, since this hypothesis points rather to a system of strict liability, in which the sole verification of contractual breach constitutes the basis of the obligation to indemnify...

The methodology applied to this work consisted of an exhaustive analysis of national and foreign doctrine, especially French, Argentine and Spanish, together with a compilation of jurisprudence, sometimes hesitant, in order to establish a current and precise diagnosis of dogmatic tendencies. regarding the issue raised. The results are quite encouraging. This, because the vast majority of them set the

burden of proof on the defendant, so that he can demonstrate that he used the necessary means and that his action was careful, however, in some cases said negligence would result in the death or total disability of the affected party. for the damage.

The expected projections, therefore, are very broad, since in this investigation, I will offer information regarding the evidentiary regime in matters of medical negligence, taking into account the most disadvantageous condition of the plaintiff, who has the right to choose between contractual and extra-contractual liability, providing as a procedural remedy the possibility of reversing the burden of proof, by opting for the first system.

I. INTRODUCCIÓN

La motivación para llevar a cabo esta tesis es aportar a todas aquellas personas que se vean afectadas y que tengan la necesidad de recurrir a juicios sobre negligencias médicas. Así podemos ver que, en Chile la prueba de la culpa contractual se presume de acuerdo con el inciso tercero del artículo 1.547¹ del Código Civil el cual establece que *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo”*, lo que conlleva la liberación de la carga de la prueba del paciente que persigue la responsabilidad del médico. Para la reciente jurisprudencia, ha adquirido gran protagonismo la clasificación en obligaciones de medio y de resultado, y por otra parte la reparación del daño en sede contractual. Frente a estos acontecimientos especiales, la mayoría de la doctrina se orienta al estudio de su aspecto sustantivo, pero en cuanto a la parte probatoria o procesal moderna, no han sido tantos los esfuerzos en desarrollar su dogmática.

En materia de negligencia médica, nacional e internacional, me referiré a la propuesta de que solo las negligencias médicas estéticas serían taxativamente

¹ Artículo 1547. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

tratadas como obligaciones de resultado, en tanto que las de restablecimiento serían obligaciones de medio. Esto es lo motiva mi propuesta con respecto a la carga de la prueba, esto es, qué debe probar el especialista que empleó toda la diligencia debida para lograr el restablecimiento de la salud de sus pacientes y, en el evento de no ser el resultado esperado, deberá probar el caso fortuito o la fuerza mayor, a fin de poder exonerarse de la indemnización que corresponda.

Para ello, mi investigación se va a centrar en el análisis de la bibliografía existente al respecto, tanto a nivel nacional como internacional, recopilada tanto de revistas de derecho digitales, doctrina y jurisprudencia, a fin de proporcionar una nueva visión con respecto a la carga de la prueba, esto es, una evolución frente a lo que señala el artículo 1698² del código civil.

El derecho procesal vive un cambio trascendental en materia probatoria, puesto que, en el ordenamiento jurídico chileno, y más específicamente en el Código de Procedimiento Civil, no se desarrollan en sus artículos las modernas teorías procesalistas, como por ejemplo, aquella referida a la carga dinámica de la prueba, y su evolución resulta ser únicamente jurisprudencial, obligando a las máximas cortes chilenas en su función jurisdiccional de cierta forma a “legislar”. La estructura del análisis la efectuaré en primer lugar refiriéndome a en qué

² Artículo 1698. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta. Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez.

consiste la carga de la prueba y a las reglas del ONUS PROBANDI, tal como ha sido estudiada por años y luego a las tendencias modernas.

También abarcaré en este estudio el concepto de responsabilidad médica, su naturaleza jurídica, de qué tipo de obligación se trata y las tendencias modernas al efecto, deteniéndome con especial cuidado en el ámbito de la causalidad, para luego desarrollar el planteamiento de a quién corresponde la carga de la prueba, según el tipo de obligación en específico, deteniéndome en el aspecto relacionado a la inversión de la carga de la prueba que hasta hoy se conoce de manera muy vaga. Tras ello, efectuaré un análisis del contrato de prestaciones médicas, y principalmente del deber de información. Luego, y enfocada en otra arista fundamental, me referiré a la responsabilidad penal que puede surgir de una negligencia médica, pero siempre atendiendo a su aspecto probatorio.

A continuación, desarrollaré el punto concerniente a la mediación, requisito fundamental al momento de accionar judicialmente frente a una negligencia médica. Una vez finalizado este análisis de lege lata, me centraré en una breve propuesta de lege ferenda, orientada a reformar el régimen probatorio en materia de negligencias médicas, atendiendo a la condición mas desventajosa del demandante, refiriéndome entre otras teorías modernas, a la de la carga dinámica de la prueba, aportando de este modo una novedad al derecho probatorio, en otras palabras, sosteniendo una superación del principio clásico

de la carga de la prueba e incorporando la posibilidad de repartir su carga entre las partes.

Dicho de otro modo, si en primer lugar les corresponde a las partes probar el supuesto fáctico de las normas jurídicas cuyo beneficio invocan, no obstante, según las particularidades del proceso, el juez, como director de éste, solicitará la carga de la prueba al profesional, para que demuestre que actuó diligentemente. Esto quiere decir que la parte demandada deberá probar un hecho, por la aproximación con el objeto, y por circunstancias técnicas especiales, relacionadas con intervenir directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o en el mismo sentido, por debilidad o indefensión de la otra parte, dándose esto no en todos los casos sino solo en situaciones particulares. Uno de los motivos que afecta el avance de los mecanismos reparatorios, es el escaso compromiso de los profesionales médicos con sus pacientes, olvidando apegar-se a la Lex Artis a la cual están obligados, y además con la obligación de informar a los pacientes, dado que estos no conocen sus derechos y sus obligaciones (*no obstante el deber de consentimiento informado*), sumado a esto, la emotividad que causa el encontrarse en tal grado de indefensión frente a algún caso de patología y la necesidad de que ese mal sea reparado, el paciente deposita toda su confianza en el galeno, para el mejor resultado de restablecimiento de su salud física y psíquica.

Otra arista, es el caso de los abogados, los cuales al verse enfrentados a una situación en que una persona requiere demandar o querellarse, y siendo sus clientes los pacientes afectados con un resultado desidioso a causa de algún profesional, por desconocer absolutamente el protocolo que conlleva el restablecimiento de la salud física y emocional de sus clientes, solo accionan civilmente por vía extracontractual, ya por costumbre, ya motivados por las indemnizaciones supuestamente más elevadas en esta sede. No obstante, y ya siendo aceptada la indemnización del daño moral en sede contractual, la Corte Suprema,³ pone de relieve cómo esta construcción teórica se ha ido imponiendo en nuestro medio, pese a no estar recogida expresamente en el código civil. En el caso citado, la afectada demandó al médico por responsabilidad civil, y la Corte Suprema se valió de la distinción entre obligación de medio y de resultado, en cuyo caso se determinó que el propósito no era curar una enfermedad sino una corrección de defectos, por lo tanto, la naturaleza de la obligación contraída no satisface únicamente la Lex Artis sino la obtención del resultado convenido.

Espero que el resultado de mi argumento sea de gran ayuda y utilidad para los profesionales y operadores de justicia, que deban verse enfrentados a este tema de la carga de la prueba ante negligencias médicas, por una parte, por el alto

³ (sentencia de 10 de marzo de 2016, rol número 21.373-2015)

contenido emocional que esta conlleva y por otra, ante el deber de justicia que está al servicio del cumplimiento de estos valores.

1.1. Evolución Histórica

Desde tiempos remotos la expresión carga procesal estuvo vinculada, estrictamente, a la actividad probatoria. El surgimiento de la carga como categoría procesal autónoma se debe, principalmente, a la teoría de la situación procesal, planteada por James Goldschmidt,⁴ relativa a la naturaleza jurídica del proceso, la cual surgió como respuesta a la teoría de la relación jurídica, perteneciente a Oscar Von Bulow. Actualmente, la abstracción de carga procesal ha extendido el ámbito estrictamente probatorio y, en consecuencia, ha arribado a constituir un elemento inclinado al derecho procesal en general; incluso más, su relevancia conceptual como mecanismo explicativo de diversas normas jurídicas condujo a extender su aplicación al ámbito del derecho privado, como también a las diversas ramas del ordenamiento jurídico. Por medio de la historia no ha existido uniformidad en contexto a la significación de la carga procesal; disparidad que se explica, principalmente, por las diversas teorías que se han enunciado sobre la naturaleza jurídica de dicho imperativo.

⁴ Dialnet-LosFundamentosCientíficosDelDerechoProcesal-5110007.pdf

1.2. Planteamiento del Problema

Para determinar la carga de la prueba, nuestro ordenamiento jurídico es muy claro al señalar en el artículo 1698 del Código Civil de manera categórica, a quien incumbe la carga del onus probandi, y es más, en nuestro Código de Procedimiento Civil, de manera taxativa, se nos indica cuáles medios probatorios podemos utilizar en un juicio, esto como regla general, en cuanto a carga de la prueba, medios de prueba y término probatorio.

Lamentablemente en materia sanitaria no es tan simple determinar a quién le corresponde rendir la prueba, ya que en esta área no hay ley específica al respecto, dejando en la indefensión al paciente, en desmedro del conocimiento técnico de un galeno, siendo por ello bastante plausible que se excuse de demandar, al no saber qué requisitos deben concurrir para probar dicha negligencia, y en el evento de hacerlo, se expone a sentencias que pudieran resultar desfavorables, ya que las partes se encuentran en evidente desigualdad, agravado lo anterior por la condición física y mental desmejorada de la víctima. Es por ello que el onus probandi, en materia sanitaria, sufre un desplazamiento, debiendo demostrar el profesional que cumplió con la debida diligencia, a fin de corregir desigualdades. Así podemos desprenderlo del artículo 294 del CPC⁵. El

⁵ Las facultades del interventor judicial se limitarán a llevar cuenta de las entradas y gastos de los bienes sujetos a intervención, pudiendo para el desempeño de este cargo imponerse de los libros, papeles y operaciones del demandado. Estará, además, el interventor obligado a dar al interesado o al tribunal noticia de toda malversación o abuso que note en la administración de dichos bienes; y podrá en este caso decretarse el depósito y retención de los productos líquidos en

galeno al estar dotado de un conocimiento técnico y profesional mayor a la víctima del daño, en este caso es quien tiene el deber de demostrar que aplicó la Lex artis ad hoc .

Es así, como el profesional médico, para demostrar que actuó diligentemente deberá aportar antecedentes a la causa, de los cuales demuestran que empleó sus conocimientos y técnicas apropiadas, ya sea para diagnosticar al paciente, para efectuar exámenes médicos o intervenciones quirúrgicas o haber aplicado el medicamento como correspondía, determinando el procedimiento como el correcto, aplicando así todos sus conocimientos técnicos, aptitudes y debida diligencia para demostrar que actuó con ausencia de culpa.

1.3. Pregunta de Investigación

¿De qué manera la aplicación del criterio del daño desproporcionado en la responsabilidad civil médica derivada de una cirugía estética, va a permitir la indemnización del paciente perjudicado? Esta investigación permite profundizar el presupuesto de responsabilidad y el deber de cuidado de los profesionales médicos, adicionando que la responsabilidad civil médica siempre generará una

un establecimiento de crédito o en poder de la persona que el tribunal designe, sin perjuicio de las otras medidas más rigurosas que el tribunal estime necesario adoptar
https://leyes-cl.com/codigo_de_procedimiento_civil/294.htm

obligación de carácter contractual, una relación obligacional de dependencia, sin hacer distinción entre la forma en que se haya buscado la asistencia médica.

1.4. Objetivo General

Describir las tendencias modernas tanto jurisprudenciales como las doctrinarias en esta última década de la responsabilidad contractual médica.

1.5. Objetivos Específicos

Determinar la carga de la prueba en la responsabilidad contractual médica, de manera de establecer sus características, elementos y preceptos que la definen como tal y la distinguen, según la naturaleza de la prestación convenida.

Explicar la diferencia entre una obligación contractual, de medios y de resultados, qué es lo que se considera relevante en la obligación principal del médico, en cuanto a determinar la responsabilidad contractual o extracontractual y la distinción de procedimiento entre establecimientos públicos y privados.

Explicar en qué consiste una obligación contractual de resultado y analizar casos en que se hace patente esta responsabilidad, que es excepcional tanto en el derecho nacional como comparado.

II. MARCO TEÓRICO

El presente trabajo de investigación, desarrollará la problemática de la carga de la prueba en el procedimiento de negligencias médicas, a fin de determinar, si resulta necesario establecer y regular los preceptos generales, respecto de la carga de la prueba en determinado procedimiento. Para tal efecto, comenzaremos con la exposición de la historia sobre la carga de la prueba, los conceptos generales sobre la institución de la prueba, las normas relativas al procedimiento y las teorías respecto a las reglas de la carga de la prueba.

2.1. El Derecho Probatorio

Es una rama del derecho que se basa en el estudio de la prueba, formulando y estudiando, su ofrecimiento, admisibilidad, utilidad y su valoración judicial, la cual puede servir a cualquiera de las partes de un proceso.

La prueba oscila entre la comprobación del hecho y la aplicación del derecho, y tiene como objetivo confirmar la verdad de los actos o demostrar la falsedad de las acciones vertidas en el juicio de materia civil, así es también en materia penal, esto es, demostrar la culpabilidad o la inocencia del o los inculpados.

Frente a estos hechos presentados por las partes, las que afirman la veracidad de sus afirmaciones procesales, según la coherencia de los medios probatorios,

esto es, por las cuales alegan sus pretensiones, en que aquellos asuntos en los cuales no hay acuerdos, es menester probarlos, para así lograr el convencimiento del juez, en miras a que dicte una sentencia favorable a nuestros intereses, sin lugar a duda.

2.2. Carga de la prueba y su Importancia

En todo proceso judicial la carga probatoria tiene una gran importancia, pues sirve para formar la convicción del Juez sobre la existencia de los hechos alegados por las partes o su negación, aunque no es imprescindible en el ámbito penal, pero si ante la máxima de “*ante toda duda razonable*”, el Juez debe decidir la cuestión planteada, incluso requiriéndolas de oficio, “*pues es deber del juez en el proceso penal buscar la verdad*”.⁶

En materia de obligaciones, “*la carga probatoria de la existencia de la obligación, por regla general le incumbe al actor, mientras el demandado debe probar su extinción.*”

Si se trata de hechos constitutivos de la relación obligacional, solo el actor debe probarlo, por ejemplo, si se alega la existencia de un contrato; limitándose el

⁶ <https://derecho.laguia2000.com/derecho-procesal/la-carga-de-la-prueba>

demandado a negarlo; pero probada la validez del nexo obligacional, el demandado deberá probar que se agotó, por algún medio lícito. Los ilícitos se prueban por el que alega que esta afectado en cumplimiento del contrato, como regla general”.⁷

El desplazamiento de la carga de la prueba, se presenta en los casos de presunciones legales “*iuris tantum*”, es decir, en aquellos sucesos que la ley presume ciertos, y quien pretenda negarlas debe probarlo, por ejemplo, en el caso de las cosas muebles donde la posesión y los estándares probatorios, juegan un rol preponderante. Así, ante la problemática de determinar cómo se debiese disponer un juicio, para elevar al límite máximo la posibilidad de que el resultado sea un fallo real, es decir, que su argumento se corresponda con la realidad, ha de integrarse uno de los engranajes claves del proceso judicial, que posibilite a los jueces la elección justificada de un cierto curso de acción. Esto implica, en primer lugar, decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera, y, en segundo lugar, implica formular objetivamente el estándar de prueba, de otro modo, formular los estándares objetivos que indican cuándo se logra ese grado de probabilidad o certeza exigida.

⁷ <https://www.wikiteka.com/apuntes/procesal-civil-pruebas>

2.3. El Derecho a la Prueba Según Nuestra Legislación

Para comprender, plenamente los alcances de la prueba, es necesario partir de lo establecido al respecto en nuestra carta fundamental, esto es, en la Constitución Política de Chile, para posteriormente, y en los acápites siguientes del presente trabajo de investigación, analizar el desarrollo de dicha institución en las leyes especiales, en particular en el Código Civil y Procesal Civil, toda vez que la carga procesal, es definida según Goldschmidt, cómo “imperativo del propio interés”⁸, consistente en la realización de un acto procesal, para prevenir un perjuicio procesal y en último término, una sentencia desfavorable.

La Constitución así, ejerce un efecto de irradiación o fuerza expansiva, en el sentido que todas las demás normas constitucionales, las leyes ordinarias, como las demás normas de inferior jerarquía, deben tenerlas como parámetro, tanto por parte de los legisladores como por los operadores de derecho.

En ese sentido, de acuerdo con lo establecido en el tercer inciso del artículo 19 N°3 de la Constitución “*es principio y derecho de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional*”, y se desprende del mismo artículo de la Constitución que: “*una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que*

⁸ Dialnet-LaCargaProcesalYEIDinamismoDeLaNormaProcedimental-6222552.pdf

posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos”.

Además, según COUTURE, “son deberes procesales, aquellos imperativos jurídicos establecidos a favor de una adecuada realización del proceso. No miran tanto el interés individual de los litigantes, como el interés de la comunidad”⁹

Ahora, si bien la norma de clausura que abarca el régimen probatorio, no regula expresamente a la prueba como derecho fundamental hace referencia implícita al debido proceso, de acuerdo con los artículos 1698 al 1714 del código civil, de los cuales los artículos 1699 al 1711 señalan que la prueba más importante es la instrumental.

Por lo tanto, el derecho a la prueba lleva aparejada la capacidad de pretender, entre los umbrales y alcances que la Constitución y las leyes contemplan, “los medios probatorios concernientes para justificar el fundamento que el justiciable protege a su favor.”¹⁰ Por consiguiente, no se puede disimular la existencia del derecho fundamental a la prueba. Y lo que constituye un derecho fundamental de los interesados, es el poder producir la prueba vinculada con los acontecimientos que configuran su pretensión o su defensa.

⁹ Eduardo Couture: "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", p. 128, Ja. Edición, Depalma, Bs. Aires, 1958.

¹⁰ Ídem

Se trata de un derecho complejo, que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se afiance la elaboración y conservación de la prueba en base a la conducta prevenida de los medios de probanza, y que estos sean apreciados de modo adecuado y con la debida motivación, con la finalidad de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. El valor probatorio debiera constar por escrito, con la finalidad de que el “justiciable” logre verificar si el citado merecimiento se haya correspondido convenientemente. Ello, con la debida distinción del tipo de obligación.

Por otra parte, se debe delimitar el contenido esencial del derecho a la prueba en los siguientes componentes importantes. Dentro del debido proceso, nos encontramos una carga de la prueba debidamente valorada como los medios probatorios. De lo expuesto, podemos afirmar que el derecho a la prueba constituye un derecho fundamental que forma parte del derecho al debido proceso, cuyo contenido esencial comprende el derecho a ofrecer medios probatorios y a que estos sean debidamente valorados.

Ahora bien, conviene precisar que nuestro tema de análisis específico es la carga de la prueba dentro del procedimiento de negligencias médicas, es decir, a quién le corresponde probar en dicho procedimiento y sobre qué aspecto, sin perjuicio de la vigencia del derecho fundamental a probar, que tienen los actores

participantes del contrato de prestaciones médicas, dentro del mismo, de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que de estas se deriven, estableciendo indistintamente si son de obligaciones de naturaleza de medios o de resultados.

El objeto de la prueba es la demostración de aquellos hechos fácticos que han de servir de fundamento, a la resolución judicial. Lo que debe probarse **son los hechos**, no el Derecho.¹¹ “La prueba desarrollada en el proceso civil, presupone la premisa de que los *hechos notorios tampoco necesitan ser probados. Son hechos notorios aquellos cuya existencia es conocida por la generalidad de los individuos de cultura media, en el tiempo y en el lugar que se dicta la sentencia*”.¹²

Fuera del ámbito procesal civil, se debe hacer extensiva también su definición a los procesos constitucionales, esto es: El hecho o los hechos de cuya existencia o inexistencia ha de convencerse al juez constitucional. Es, por tanto, una actividad complementaria de las violaciones constitucionales alegadas. La actividad probatoria, inicialmente, sólo tiene por objeto los hechos, no las normas jurídicas, dado que el juez conoce el derecho. Por esta razón, excepto, el caso de que se trate de acreditar costumbres, la prueba únicamente puede tratar sobre los hechos de los que dependa la estimación o desestimación de la pretensión,

¹¹ Artículo 8º. Nadie podrá alegar ignorancia de la ley después que ésta haya entrado en vigencia

¹² <https://inoponible.cl/teoria-de-la-prueba/>

siempre que sean dudosos o controvertidos. Lo que en materia de negligencias médicas se condicen con otras materias.

2.4. Presunción de Culpa y La Carga de La Prueba

En derecho, para presumir la culpabilidad por un determinado hecho o acontecimiento es para ser aprobado por la ley y a todas luces es verdadero, mientras no se demuestre lo contrario.

Ante denuncias por mala praxis de un médico, hay que determinar una serie de circunstancias, las cuales paso a señalar: La salud de todo ser humano es una aspiración primordial y se encuentra garantizada en nuestra constitución, de ahí que se exija como sociedad resultados favorables tales como la restitución de la salud y la perfección en ciertas prestaciones según la naturaleza.

La Lex Artis Médica o “estado del arte médico” es el conjunto de criterios valorativos para que el médico o profesional de la salud, en posesión de conocimientos científicos y técnicos, despliegue sus habilidades y destrezas con la debida diligencia, prudencia y pericia al caso concreto. Todo este despliegue intelectual, debe ser comunicado de manera tal, que el paciente entienda a

cabalidad los riesgos posibles, y que esta comunicación sea en tiempo y forma según el caso concreto.

Este arte médico, no es una ciencia exacta, sino que está llena de probabilidades, por lo que eventualmente se puede incurrir en error ante interpretaciones equívocas, lo cual en caso alguno exime de responsabilidad al profesional, siendo por ello que habrá que determinar cada circunstancia, para saber si estamos en presencia de una negligencia médica o mala praxis; conducta impropia del galeno ante su paciente, muy alejada de la conducta esperada y propia de la Lex Artis como modelo abstracto de la conducta, debiendo responder de aquella ante el juez.

Para lograr esta convicción, es necesario acreditar, si en las mismas circunstancias de tiempo lugar, medios y elementos de los que disponía el galeno, un médico promedio en su lugar hubiera desplegado esa misma pericia durante todo el iter del procedimiento. Por ello, la prueba es el punto álgido de todo este dilema, puesto que debe demostrar el hecho generador de responsabilidad. Dado que para generar responsabilidad y lograr una indemnización por daño, se debe acreditar la culpa o dolo. Surge así el conflicto de saber si debe probarse la culpa o dolo, cuando la obligación es de resultado, puesto que, en este caso, el acreedor probará que no existe el fin perseguido, independiente de si ello se debió o no a la culpabilidad del deudor.

2.5. Inversión de la Carga de la Prueba

Como ya he señalado, la carga de la prueba ha sido definida como la necesidad de las partes de probar hechos que constituyen el supuesto fáctico de la norma jurídica que aducen a su favor con la intención de obtener una resolución favorable a sus pretensiones. Lo que es un problema en relación con la responsabilidad contractual por culpa (tema sobre el cual me explayaré en su oportunidad) y la carga de la prueba . El Código Civil en el artículo 1698 dispone que al demandante le incumbe la carga de probar las obligaciones o su extinción, que alega.

En cuanto a la validez de la regla general de distribución de la carga de la prueba que cada parte tiene, puede resultar deseable una prueba compartida en perspectiva pragmática, proveyendo al juez de mejor evidencia para aclarar los hechos que darán lugar al proceso. Ahora, cuando nos encontramos frente a contratos de prestación de servicios del médico, le bastará al acreedor acreditar la existencia de la obligación contractual y su incumplimiento para colocar al deudor en situación de aportar la prueba de la ejecución completa y suficiente, bajo amenaza de ser declarado responsable.

No empero, merced a las críticas vertidas por la doctrina a la distribución del gravamen probatorio, se ha realizado una labor de perfeccionamiento de la regla

general de distribución, mediante la introducción de diversas Interpretaciones que fueron recogidas por el legislador, don Andrés Bello, para armonizar el régimen de incumplimiento contractual, que complementan al artículo 1698 ya señalado. Ello es lo que clarifica el artículo 1547 inciso tercero, es decir: *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”*, de la flexibilización de las reglas de distribución ojetiva de la carga de la prueba atendiendo a la parte que le es mas atingente aportarla. Es por lo mismo que la doctrina nacional reconoce la carga probatoria del deudor, como por ejemplo por Hernán Corral, quien con sus aportes y los de otros modernos dogmáticos del derecho han hecho avanzar a nuestra jurisprudencia.

Aunque de manera contrapuesta a estas opiniones y no menos interesante ha planteado el profesor Jorge Larroucau¹³, en esta materia, que la carga de la prueba lo que hace es establecer: “qué parte debe informar al juez, sobre los hechos discutidos” lo cual, no obstante resultar en una regla muy práctica (la de una carga de prueba compartida), estima que, no obstante, la discusión debería centrarse sobre el estándar de la prueba y el error, ya que si los datos aportados no logran convencer al juez, este deberá insertarla en el litigio para obtener un resultado, el cual por cierto siempre fallará en contra de quien tenía la

¹³ Larroucau (2014), pp. 67 y ss.

responsabilidad de esta carga probatoria, por lo cual colapsaría esta carga compartida.

En definitiva, si bien atractiva, esta prueba compartida en perspectiva pragmática provee al juez de mejor evidencia, dejamos olvidadas las normas atinentes a la responsabilidad contractual.

Es claro que en la práctica ambas partes aportan pruebas en razón de lograr convencer al juez, pero no dilucida qué sucede cuándo no se logra acreditar un hecho que afirman las partes. Del mismo modo, resulta imprescindible determinar quien tiene esa carga probatoria, “ya sea por una norma legal que lo disponga, como las ya mencionadas o *el artículo 38 inciso segundo de la ley 19966*, en relación a los órganos públicos de salud, o como se propuso en el proyecto de reforma de ley del código procesal civil, avanzar a un sistema de carga de la prueba dinámica, la que no dejaría espacio para la incertidumbre e inseguridad jurídica, generada por aquellas situaciones de franca indefensión que comprometan seriamente aquel derecho fundamental, recordando que los jueces tiene el deber inexcusable de resolver los asuntos que sean sometidos a su conocimiento, gran dilema si albergan dudas ante un complejo escenario de difusa actividad probatoria legal, para tomar la iniciativa de reconducir la carga de prueba por el carácter garantista y diligente del proceso, o bien abstenerse de

cualquier iniciativa de libre valoración de la prueba, en razón de evitarnos contradicciones por la escasa normativa al respecto.”¹⁴

En conclusión, ventajoso y favorable sería seguir a la corriente doctrinal que considera un desarrollo procesal más dinámico, abocado a un actuar diligente en materia probatoria, para la obtención de autenticidad procesal a través de la colaboración de las partes, cuando pueda percatarse de cierta inconveniencia para evidenciar ciertos hechos, y la situación más favorable para apotar pruebas, en razón de dilucidar por cada una de las partes, una propuesta de Lege Ferenda, en el supuesto de que autorice al juez la distribución de la carga de oficio o a petición de parte, siempre que se cimentara sobre la base de criterios y principios orientadores hacia una nueva concepción de la carga de la prueba, que resulten más eficientes y con mayor control, mejorando la posición e información, en función de mantener la igualdad de las partes y por otra, la lealtad y buena fe procesal, incrementando la convicción en nuestro sistema judicial.

¹⁴ Ídem

III.- RESPONSABILIDAD MÉDICA

La responsabilidad en este ámbito, alude a la obligación que tiene toda persona profesional, médico o técnico, y de manera subsidiaria, un recinto sanitario, destinada a llevar a cabo ciertas acciones con el objeto de conservar o reestablecer la salud de las personas de resarcir daños o perjuicios que por consecuencia directa o indirecta del ejercicio de la profesión de medicina.

Esta responsabilidad abarca tanto los hechos directos o propios, como consecuencia por las actividades realizadas, por los dependientes y por los daños que pudieran causar también la falta de mantención y limpieza de los equipos. Por lo que se entiende incorporado tanto la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que deriven de dicho actuar o por no realizarlas incumpliendo dicha obligación contractual, pudiendo derivar en omisiones de tipo culposas o dolosas.

3.1. Responsabilidad Civil Médica

La responsabilidad civil médica permite a las víctimas obtener una indemnización de perjuicios por los daños causados en el hecho generador de responsabilidad que se puede determinar por la ejecución de un acto médico o su

inejecución. Queda circunscrita, por ende, a las actuaciones ejecutadas por médicos o profesionales de la salud y hoy, en forma más amplia, a las negligencias que ocurran en centros hospitalarios o clínicas privadas de salud, las que responden tanto en forma directa como por el hecho de sus dependientes.

Un primer aspecto importante del estudio lo constituye la calificación de la responsabilidad que deriva de esos actos, “la cual puede generar una responsabilidad de naturaleza contractual o extracontractual. No se pretende abarcar todo el debate sobre esta *summa divisio* entre la responsabilidad contractual y aquella extracontractual. Sin embargo, no evadiremos el necesario estudio de sus diferencias y nuestra posición acerca de la autenticidad e individualidad de la responsabilidad contractual, tal como la entendemos a partir de la teoría de los remedios al incumplimiento contractual, pero con los matices necesarios que importa esa división en el ámbito de la responsabilidad médica, donde se presenta con mayor intensidad el dilema del concurso y quizá la necesaria unificación, al menos moderada, entre ambos estatutos de responsabilidad.”¹⁵

¹⁵ <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v31n2/0718-0950-revider-31-02-00029.pdf>

3.2. Responsabilidad Civil Contractual

En general, la expresión responsabilidad contractual ha sido entendida como un símil de la indemnización de perjuicios por el incumplimiento de la obligación contenida en el contrato. Se refiere a la reparación de los daños ocasionados a resultas del incumplimiento contractual. Si bien esta forma de entenderlo hoy se encuentra en alguna medida cuestionada, por reducida, sobre todo a propósito de la comprensión de lo que se ha denominado "el moderno Derecho de los Contratos", en que se asume la expresión "responsabilidad contractual" en forma más amplia, comprendiendo las diversas alternativas a favor del acreedor frente al incumplimiento contractual, más allá de la indemnización de perjuicios, incluyendo el derecho a exigir el cumplimiento del contrato, como bien ha señalado Carlos Pizarro Wilson al hablar de: —"ejecución *in natura*"—¹⁶, la resolución y aun otros remedios específicos; lo cierto es que, al menos en lo que se refiere a la responsabilidad médica, parece sensato y más claro mantener el lenguaje tradicional, circunscribiendo la voz "responsabilidad contractual" a la indemnización que pueden obtener las víctimas a resultas de un daño ocasionado en la ejecución de un acto médico". Por lo mismo, se reafirma la necesidad de distinguir entre lo contractual y lo extracontractual a propósito de la indemnización de los daños.

¹⁶ <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v31n2/0718-0950-revider-31-02-00029.pdf>

En Chile, quien ha tratado en forma más clara este problema, la relación del incumplimiento con la culpa y la carga de la prueba, es el profesor Daniel Peñailillo¹⁷. Para este autor, respecto a la prueba del incumplimiento deben tenerse en cuenta los artículos 1698¹⁸ y 1547 inciso 3º del *Código Civil*¹⁹.

En conformidad con el artículo 1698, la existencia de la obligación debe ser probada por quien la alega y lo mismo ocurre respecto al incumplimiento: la carga de la prueba está en quien la reclama. La otra premisa que indica el mismo autor, es que el cumplimiento (ejecución de la prestación, pago) constituye una causal de extinción de la obligación:

"Con lo cual, técnicamente, la prueba del cumplimiento cae en la segunda parte de la regla probatoria del art. 1698; el cumplimiento (extinción) de la obligación debe ser probado por el que lo alega" ²⁰

Y concluye:

"En la obligación de medio, si el acreedor alega que el deudor fue negligente (que incumplió) y el deudor alega que fue diligente (que cumplió), es el deudor el que

¹⁷ Peñailillo arévalo, Daniel, Las obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003), pp. 40- 41

¹⁸ Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta.
Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del juez

¹⁹ La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

²⁰ Peñailillo (2003), p. 228.

debe probar que fue diligente, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de comportarse diligentemente (sin importar que un resultado esperado no se haya producido).

En la obligación de resultado, si el acreedor alega que el resultado no se produjo (que el deudor incumplió) y el deudor alega que el resultado se produjo (que cumplió), es el deudor el que debe probar que el resultado se produjo, en los términos en los que se convino, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de obtener el resultado.

En suma, en ambos casos es el deudor quien tiene el peso de la prueba; sólo que el contenido de la prueba es distinto"²¹.

3.3. Responsabilidad Extracontractual

Para determinar cuando nos encontramos frente a este tipo de responsabilidad médica, podemos señalar que ocurre en aquellas situaciones en las cuales no se ha generado esta relación por medio de un contrato, encontrándonos de este modo frente a una responsabilidad extracontractual.

Este estado se puede suscitar cuando, por ejemplo, una persona en situación de requerir atención médica de urgencia es ingresado en estado tal de gravedad,

²¹ PEÑAILILLO (2003), p. 229

que es improbable se pueda establecer un vínculo previo, ni pueda comunicarse al paciente o familiares, el procedimiento que se le realizará para ponerlos en conocimiento y así determinar que entendió el protocolo a utilizar por el centro hospitalario o clínica. Podría eventualmente darse este caso, además, por haber llegado el paciente auxiliado por terceras personas y en estado de inconciencia. Esta se diferencia así de la responsabilidad contractual, en la cual solo basta con señalar que el contrato fue incumplido, pero en este caso habrá que probar la culpa. Artículos 2284²² y 2314²³ del Código Civil.

3.4 La Causalidad

Para explicar la causalidad en esta tesis, debo referirme primeramente a su concepto. Para ello, la Rae entrega una definición de carácter etimológica.

“Este vocabulario etimológicamente proviene del sustantivo «causa» y del sufijo abstracto «idad» que indica cualidad de.

*Concepto: Sustantivo femenino. La definición de causalidad como la causa, **origen**, fundamento, justificación, razón o motivo de algo o dependiendo*

²² Las obligaciones que se contraen sin convención, nacen o de la ley, o del hecho voluntario de una de las partes. Las que nacen de la ley se expresan en ella.

Si el hecho de que nacen es lícito, constituye un *cuasicontrato*.

Si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un *delito*.

Si el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, constituye un *cuasidelito*.

En este título se trata solamente de los cuasicontratos.

²³ El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

*la circunstancias en que puede ocurrir o suceder. (en filosofía) es una norma, ley y **regla** en virtud en la cual se puede producir algún efecto o resultado.”²⁴*

No resulta fácil entender la causalidad en el derecho. Por ello, para su comprensión, se debe distinguir su centro, el que consiste en seleccionar de un hecho intrincado, la condición específica que mejor explique el fenómeno ocurrido. En otro orden de ideas, su objetivo es atribuir responsabilidad al agente por su impacto y por su contribución, para de esta manera determinar la magnitud de la responsabilidad.

En materia médica, esta idea de establecer la extensión de responsabilidad, en la persona potencialmente responsable en este caso “el médico,” a quien se le atribuye que ha causado un eventual daño, es decir, un perjuicio a un paciente habrá que determinar si ese daño realmente es causado por el médico, por qué sí es a causa del actuar negligente del propio paciente, se reduce la responsabilidad del médico.

Este tema fue muy bien abordado en el “Conversatorio de Negligencia del acto médico y su derivada responsabilidad”, realizado una agrupación de magistrados

²⁴ <https://definiciona.com/causalidad/#etimologia>

civiles, en junio de 2020, en el cual el profesor Álvaro Vidal,²⁵ abordó el problema que presenta la Causalidad en materia sanitaria y su responsabilidad civil en sede contractual y extracontractual, Se refirió también el profesor Vidal a sus causas probables, la vinculación inmediata con la certidumbre del daño, la certidumbre del lucro cesante, la pérdida de una oportunidad o chance y el análisis de algunas sentencias de la Corte Suprema sobre la materia. Citamos a continuación alguna de sus intervenciones más relevantes y relacionadas de modo directo con el objeto de esta tesis:

“Álvaro Vidal, “Tema CAUSALIDAD” el problema de la causalidad generaron otros términos dado el tiempo de que dispongo, no se hace posible tratar la causalidad en materia sanitaria en materia de responsabilidad civil médica, pero sí creo que hemos de prestar atención en hoy día más que nunca a un problema asociado vinculado con la causalidad.

Uno debiese partir indicando, que el daño para que sea indemnizado y esto bueno resultará una obviedad debe ser un daño directo, debe ser consecuencia directa e inmediata del daño aquí así se desprende de la norma del artículo 1558 del Código Civil y también, en materia extracontractual que nos servirá sobre todo tratándose de cuestiones de falta del servicio o de responsabilidad sanitaria

²⁵ Intervención del profesor Álvaro Vidal Olivares en el “Conversatorio de Negligencia del acto médico y su derivada responsabilidad”, organizado por la Agrupación de Magistrados Civiles, en junio de 2020.

del Estado, el artículo 2329 pero también la ley del auge directamente o expresamente establece este requisito de la causalidad.

Pero hablar de causalidad en materia médica, nos lleva a reconocer cómo lo ha hecho la doctrina y la jurisprudencia que más que un problema, o que el problema de causalidad se debe presentar o se debe enfrentar como un problema de causas probables, o sea en materia médica es imposible establecer la causalidad términos exactos, por lo tanto tenemos que estar a causas o a **las causas probables del daño y esto inmediatamente nos hace vincular la causalidad en materia médica y en general en materia de responsabilidad civil con la certidumbre del daño** o sea el daño tiene que ser no solo directo, sino que cierto.

Y en **materia de responsabilidad civil médica** la causalidad por lo menos desde mi opinión **tiende a confundirse con la certidumbre del daño** y desde luego el daño tiene que ser cierto, ahora cómo entendamos la certidumbre o la manera o la forma de comprender la certidumbre, bueno dependerá de cómo nos aproximemos a ella y hoy día quizás en esta materia convenga servirse de las opiniones, por ejemplo del profesor Daniel Peñailillo, en materia de **certidumbre del lucro cesante**, qué bueno lo que hace Daniel Peñailillo es alejarse de una certidumbre exacta, para aproximarse a un alto grado de probabilidad de acuerdo al curso normal de los acontecimientos, dicho esto, que el daño tiene que ser

cierto y que los problemas de causalidad en materia médica se vinculan estrechamente con la certidumbre y que respecto a la certidumbre, hoy día hay distintas maneras de modularla y en materia médica aquello adquiere bastante relevancia hay un **problema vinculado** al que me voy a referir voy a compartir con ustedes **del daño** y de **qué está estrechamente asociado a la causalidad** y también **a la certidumbre** que es, el de **la pérdida de una oportunidad una chance**. Hoy día en materia médica pasa a ser una partida gravitante la pérdida de una oportunidad o una chance y la indemnización de esta pérdida de una oportunidad la requiere no sólo la víctima directa sino que principalmente las víctimas por repercusión o rebote, y creo que como suele ocurrir en materia de responsabilidad civil, aquello que es el resultado de una construcción dogmática, es el resultado de una construcción doctrinaria y que luego recoge tímidamente en una sentencia de la corte de apelaciones de Valparaíso del año 2007 se ha transformado hoy día en una partida recurrente y que corremos el riesgo, o sí ya no estamos insertos en el, de un abuso respecto de esta partida y de confundir un tanto las cosas, y por eso lo primero que habría que hacer notar que cuando hablamos de una pérdida, o cuando hablamos de la pérdida de una oportunidad estamos **aludiendo a la pérdida de la oportunidad de obtener un beneficio** en este caso en materia médica no patrimonial o una ventaja de la misma naturaleza, o evitar un mal o una pérdida.

La Corte Suprema, recogiendo las palabras del profesor Tapia ha dicho que se trata del caso de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien aleatorio que estaba en juego, ganar un proceso recobrar la salud, cerrar un negocio, acceder a la profesión etcétera.

Y el agente al cometer el ilícito destruyó ese potencial de oportunidades, por ejemplo; cuando se olvida de apelar, cuando no se efectúa un examen, cuando se emite un certificado se omite el otorgamiento del certificado, cuando se lesiona al postulante, etc.

La víctima en todos estos casos se encontraba inmersa en un proceso que podía arrojar un beneficio o evitarle una pérdida, dice la corte tratamiento médico operación de una sentencia preparación del examen Excel y el agente destruyó por completo con su negligencia las chances que la víctima tenía para lograr tal ventaja.

Otra sentencia, ya aplicando a un caso concreto la pérdida de una chance de una sentencia del 14 de septiembre del 2016, nos dice que relacionado con lo anterior y ahora en cuanto al perjuicio, si bien no existe certeza de que la atención inmediata hubiese impedido la pérdida de visión del ojo derecho del demandante, si se le privó de la oportunidad de evitar, de que a consecuencia ~~(dicha)~~ pérdida debe ser indemnizada, lo primero que quiero señalar o indicarles es que me

*parece que la pérdida de una chance desde luego es una categoría autónoma de daño, ahora sí puede ser el que sea una categoría autónoma del daño no quiere decir que su naturaleza en algunos casos será patrimonial y en otros casos será su **naturaleza moral** en **materia médica interesa esta última dimensión**, la pérdida de una chance de naturaleza moral o no patrimonial.*

*Y hablamos de **una pérdida una chance de naturaleza no patrimonial o moral** cuando la chance refiere este conjunto de oportunidades refiere a beneficios o pérdidas que inciden directamente en la esfera personal del individuo que se ve privado de ella; será la víctima directa, sea la víctima por repercusión, es el caso de la oportunidad de someterse oportunamente un tratamiento médico a un tratamiento médico de tener una mejor calidad de vida de acompañar a un ser querido, la pérdida de una chance en todos estos casos tendrá el carácter de daño moral esa es por lo menos mi apreciación, ahora la pérdida de una chance debe o no debe confundirse **con el daño eventual**, si bien el origen de la pérdida de una chance se halla en la incertidumbre de causal del daño, lo primero que debemos hacer es distinguirla del daño eventual, mientras el daño eventual implica un riesgo de ocurrencia del daño, la pérdida de una oportunidad es un daño que efectivamente se causa, siendo las cosas de este modo la pérdida de una chance debe satisfacer el requisito necesariamente de guerra satisfacer el requisito de la certidumbre entonces para marcar la diferencia con el daño eventual habrá que acudir a la causalidad, mientras el*

daño eventual el hecho generador podría explicar el perjuicio pero no de manera definitiva en la pérdida una oportunidad, el hecho explica el daño, y éste consiste precisamente en la pérdida de la posibilidad de un beneficio o de evitar un mal o una consecuencia negativa, el interés de la vida.

La Corte Suprema en una sentencia del 2 septiembre 2016, declara que a diferencia del daño eventual en los casos de perdida de una oportunidad, puede concluirse que efectivamente la víctima tenía oportunidades serias de obtener el beneficio esperado, o de evitar el perjuicio, tal como ya se ha mencionado, quiere decir que cuando hablamos de perdida de una oportunidad, lo cierto es la oportunidad o la oportunidad debe ser cierta, lo incierto es el beneficio que se habría obtenido o el mal que se habría evitado, pero como se quiera, ya distinguiendo la perdida de la chance del daño eventual, porque la pérdida de una chance debe ser cierta y repito lo eventual es el beneficio que se habría obtenido, de no haber mediado la culpa o el mal que se habría evitado.

*Digamos que sí es un daño la pérdida de una chance, bueno debe en ella concurrir o deben concurrir los requisitos propios del daño indemnizable; primero que se exista **un interés jurídicamente tutelado** que el ilícito lesiona, debe **ser cierta** ya lo he dicho y **significativo**, me voy a detener en la certidumbre y el carácter significativo del daño ¿por qué? Porque cuando se alude a la certidumbre de la pérdida de una chance bueno en verdad lo que tenemos que*

considerar es qué la pérdida de una chance supone la certidumbre sobre el hecho mismo de la pérdida de una oportunidad, con independencia de la eventualidad de lo ocurrido con posterioridad, es decir yo tengo la oportunidad y respecto de eso no hay duda y ello es independiente a lo eventual como lo he dicho de lo que ocurrirá debido a la pérdida de la chance que puede ser algo presente o algo que se manifiesta en el futuro.

Ahora la certidumbre, según lo ha fallado la jurisprudencia debe apreciarse según el grado de probabilidad de haber obtenido un beneficio o haberse evitado un mal que de no haber mediado el ilícito no habría tenido lugar en este caso, al entender las cosas de este modo no será objeto de reparación por consiguiente la pérdida de una chance que representa una baja probabilidad de haberse concretado o sea, si bien nosotros separamos o hay que separar o distinguir la oportunidad, de aquello que pierdo, el beneficio o de aquello que podría haber evitado de no haber mediado la culpa, hay una concatenación entre la oportunidad y el beneficio o la probabilidad de obtener ese beneficio o evitar ese mal, la Corte Suprema en la sentencia de 26 de diciembre de 2017 nos enseña que la pérdida de una oportunidad exige un grado de probabilidad importante, que las anotadas condiciones resulta evidente que el negligente proceder del equipo médico privó al menor Pérez Palta, sin duda alguna de la oportunidad de luchar por su vida, pérdida cierta y real que obliga al demandado a indemnizar los perjuicios derivados de la misma por lo tanto, lo primero que podemos concluir

es que la pérdida de una **chance tiene que ser cierta** y la **certidumbre tiene que ver con la probabilidad de esa oportunidad**, que a su vez se vincula con el beneficio que se habría obtenido de no haber mediado la culpa o con el mal que se habría evitado en iguales circunstancias, además tiene que **ser significativo** o significativa la pérdida de una chance, y la significancia o no de la pérdida de una chance como daño va a depender nuevamente del grado de probabilidad de la realización de la oportunidad, es decir tenemos que estar dispuestos a que frente a un grado de probabilidad mínimo, estemos dispuestos o tenemos que estar dispuestos a negar lugar o aceptar que no procede la indemnización, por mucho que se haya perdido una oportunidad porque la probabilidad de realización de esta oportunidad era insignificante, ahora dicho esto queda un problema en el que me quiero detener porque creo que aquí es el punto donde tenemos que poner cuidado, prestar atención, qué refiere a la cuantificación de este daño porque está aquí bueno en afirmar que soy titular o que tengo un conjunto de chances vinculadas con un beneficio o con la evitación de un mal, bueno es bastante sencillo ahora quizás hoy día lo que prevalece que quien demanda de indemnización por la pérdida de una chance es un tercero distinto a la víctima, son las víctimas por repercusión o rebote que demandan, pero ya de manera recurrente por ejemplo el caso de un errado diagnóstico: la oportunidad de haber compartido con la víctima directa, y ese interés el compartir el acompañar a ese ser querido bueno es estimado como un interés que merece una tutela jurídica, como un interés legítimo, pero ahora en lo que refiere a la

cuantificación uno diría que, sí estamos de acuerdo que el daño consiste en la pérdida de la oportunidad y no estamos indemnizando que la pérdida del beneficio, ni el mal causado ,sino que estrictamente el haber perdido la oportunidad. desde luego la indemnización no puede ser la misma a la que habría tenido, desde luego cuando nos enfrentamos al problema de la cuantificación o de la evaluación de la perdida de una chance tenemos que asumir que la reparación o la cuantificación o el daño o la cuantía de la indemnización no puede ser idéntica al beneficio que se perdió, o al mal que se causó, por lo tanto, lo primero que hay que aceptar es que para calcular el valor o cuantía de la indemnización de una pérdida de la chance, bueno ésta tiene que ser inferior desde luego al beneficio del mal de que se trate.

Ahora cómo voy a medir esa cuantificación, la voy a medir a partir de la probabilidad de obtener ese beneficio o de evitar ese mal, ahora claro que es complejo sí, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo que aquí la prueba pericial es esencial porque la prueba pericial en materia médica va a permitir fijar un grado de probabilidad, hay maneras de fijar de establecer al menos márgenes de probabilidad, y también llegar a la conclusión desde luego de que algo es o era improbable, y la Corte Suprema en un fallo también del año 2017 de 6 de noviembre 2017 nos dice así lo mas relevantes que la falta de servicio esto es el mal funcionamiento del servicio de salud, privó no sólo al paciente de la posibilidad de un tratamiento oportuno que hubiera eventualmente impedido el

deceso, sino también de las actoras que eran las víctimas por repercusión, pues solo este es el daño que puede atribuirse a los demandados, en esta perspectiva agrega la corte la pérdida de una chance en cuanto aquí determina la rebaja de la indemnización es aplicable en el caso concreto, pues no puede serles indemnizado el daño relacionado con la muerte del paciente porque respecto de aquello no es posible establecer un vínculo causal, o sea no hay causalidad entre la falta del servicio y la muerte si hay causalidad entre la falta de servicio y la pérdida de una oportunidad, pero para cuantificar la indemnización voy a tener que estar al grado de probabilidad, en orden a que de no haber mediado la falta de servicio o la culpa en general, ese resultado no se habría producido si estamos de acuerdo en esto independientemente de las dificultades que ofrezca, pero en materia médica insisto el problema va a ser de cuantificación pero no determinación de la probabilidades porque hay manera de determinar las probabilidades de un paciente o las probabilidades de salvarse, o de mayor sobrevivida según sea oportuno o no el diagnóstico.

En fin, pero dicho esto creo que tenemos que prestar atención a una sentencia del 10 de junio del 2020 muy reciente y a veces, los hechos que motivaron esta causa que se trata de una adolescente de 17 años que producto de una hemorragia cerebral es llevado por sus padres al centro hospitalario las higueras es famoso en materia de responsabilidad médica este centro hospitalario de la ciudad Talcahuano en estado grave, por su condición se ordenó el traslado al

hospital de Concepción, lugar donde es devuelto por falta de camas en la unidad de cuidados intensivos, retornado al hospital de Talcahuano se ordena a la práctica una embolización, la cual finalmente no tiene lugar por carencia de insumos y equipamiento, los padres del menor, bueno el menor fallece demandan los padres al servicio de salud por falta de servicio, invocando la pérdida de una chance por una oportunidad como partido indemnizatoria, toda vez que el menor fallecido habría perdido la oportunidad de salvarse o sobrevivir y ellos habrían perdido la oportunidad o en definitiva se habrían visto privados de la oportunidad de no sufrir como han sufrido por la muerte de su hijo.

En la sentencia se lee lo siguiente, que siguiendo el razonamiento expuesto que a pesar que en la especie la falta del servicio por la cual se continua el demandado consistió en privar al hijo de los actores de la oportunidad de sanarse o de sobrevivir desde que No obstante su delicado estado de salud al padecer de una malformación vascular antiarteriovenosa temporal profunda derecha, el médico a cargo propuso realizar una embolización de la lesión la que no pudo ser realizada de inmediato por falta de insumos quirúrgicos el que demoró cinco días en llegar al hospital, lo cual produjo un retraso indebido y significó para el paciente la pérdida de una oportunidad de sanarse y de sobrevivir, que por tanto lo indemnizado en este caso, no es la muerte si no la pérdida de una oportunidad o de una chance y por lo que toca a la cuantificación, la corte dice: por consiguiente su apreciación se efectúa la del daño de la pérdida de una chance

en concreto considerando la situación particular de la víctima y la probabilidad de beneficio perdida, lo cual obliga al juez a efectuar su cálculo sobre la base de una motivación que explique, los fundamentos de su decisión porque como se dijo no se trata de indemnizar el daño directo ocasionado la pérdida del beneficio sino de resarcir la pérdida de una oportunidad que desapareció por la conducta indebida del demandado, luego la sentencia prosigue aduciendo que en este caso debiesen aplicarse los mismos criterios, que prevé la ley del auge para la evaluación del daño moral y bajo esa argumentación la Corte Suprema, casa la sentencia de segunda instancia, por cuanto, según la sentencia de segunda instancia, junto con declarar que la indemnización debe ser más baja porque, lo que se está indemnizando no es la muerte, sino que una oportunidad, bueno fija un monto bastante menor al demandado por los actores, sin embargo la Corte Suprema.

Luego de toda esta argumentación, en torno a que la indemnización tiene que ser más baja, desde luego no podemos sino que estar de acuerdo, que la indemnización también debe fijarse con cargo a una argumentación a un fundamento, deben considerarse todas las circunstancias que del caso sobre todo, porque se trata de un caso de falta de servicio y si entendemos que en este caso la pérdida de una chance tiene la naturaleza de daño moral o una naturaleza no patrimonial, bueno tenemos que aceptar o tendríamos que aceptar que sería procedente aplicar los criterios de la ley del auge a propósito de la evaluación del

daño moral, pero lo cierto es que la Corte Suprema nos sorprende en su considerando 12 de la sentencia de reemplazo, al decirnos que en estas condiciones y por concurrir además como se dijo la totalidad de los requisitos necesarios para que surja la responsabilidad del demandado, se accederá a la demanda y en consecuencia se regulará prudencialmente el monto de la indemnización por el daño moral que se le otorgará a la actora, adecuando la situación a los elementos de juicio antes descrito, unido a los valores que entrega el baremo jurisprudencial estadísticos, son la indemnización del daño moral por muerte, con especial atención a las decisiones adoptadas en torno a los casos en que se han dado el resarcimiento de perjuicios derivados de semejantes características al de auto, pero no refiere a las características, o en estas características no estaba la corte pensando, o al menos así se extrae de la sentencia, en la pérdida de la oportunidad sino que en el resultado de la muerte, y lo que hace es bueno apreciando todos estos elementos en conjunto la corte, concluí que la indemnización se regulará por concepto de daño moral al demandante, señor Andrade Arena que es el Papá en 10 millones de pesos y a la madre en la cantidad de 30 millones de pesos.

Que nos dice esta sentencia, primero qué utilidad que ver con la cuantificación, pero sí es importante tenerlo presente que aún cuando existe una preexistencia porque este menor tenía un mal y por lo tanto era probable, era altamente probable que este menor pereciera, aún cuando no hubiese mediado la falta de

servicio, de manera que se trata de un caso que si aplicamos el criterio de la probabilidad la indemnización tendría que ir a la baja, con relación a el mal que se habría evitado, de nuevo no media la falta servicio, sin embargo la corte no obstante de justificar o de decirnos que está indemnización, no puede ser la misma que se daría en caso de muerte del menor, luego aplica el baremo de la Corte Suprema elaborado por la Universidad de Concepción para los casos de muerte, cuando reclama la indemnización o cuando reclama su indemnización los padres y, la suma que fija es bastante cercana o se encuentra dentro del baremo que la corte ofrece o establece para este caso, de manera que lo que llama la atención, es que desde la perdida de la oportunidad estamos llegando a un supuesto en que en este caso claramente la Corte Suprema en su sentencia le concede a los demandantes una indemnización como víctima por repercusión o rebote por la muerte de un hijo, qué más que estar pensada en clave perdió una oportunidad está pensada en falta del servicio que causa la muerte del menor cuando en realidad el interés protegido en este caso no es ese, sino que es precisamente la oportunidad de sobrevivir y que en este caso está acreditado que era altamente baja y No obstante ello se aplicó un criterio para fijar la indemnización que prácticamente coincide con el criterio de aquellos casos en que no se pide la ilusión de perder la chance, sino que se pide una indemnización directamente a la indemnización de la mora.

Con esto simplemente he querido compartir con ustedes que desde luego en materia médica la causalidad ofrece una serie de problemas, dificultades que más que causalidad tenemos que atender a las certidumbres este hombre la vamos a comprender desde la probabilidad científica, bueno debido a esto hoy día se ha instalado de la tarde una chance como una partida recurrente y nos encontramos con casos como este último en el que estamos, a pero estamos en el borde de caer en el augusto de esta partida y transformarla directamente en un recurso para acceder a una indemnización que de no mediar la pérdida de la opción se perdió la chance no tendría lugar, porque lo que falta precisamente así lo declara la corte es el requisito fundamental de la causalidad entre la falta de servicio y la muerte del menor.”²⁶

3.5. Obligaciones de Medio

Son aquellas cuya prestación consiste en el despliegue de una actividad del deudor, dirigida a proporcionar cierto objeto, interés o resultado al acreedor. Según el profesor D. Peñailillo, las obligaciones de medio junto a las obligaciones de resultado fueron propuestas por Demogue, enriquecidas posteriormente por Frossard, Tunc, Mazeaud. Y aunque estas obligaciones fueron perdiendo

²⁶ “Conversatorio de Negligencia del acto médico y su derivada responsabilidad”

importancia, en el último tiempo han cobrado nuevamente interés, a propósito del contrato de transporte y del contrato de prestación de servicios médicos. Por ello es que, atendiendo a la sustancia de la prestación y a la naturaleza del objeto es de gran relevancia determinar que es lo debido, según el profesor Daniel Peñailillo.

Es por ello qué se critica este concepto, si consideramos que las obligaciones pueden llegar a revestir o encuadrar las categorías de medio y de resultado, por ejemplo, el que concurre en una obligación de medio seguramente lo hace con un fin determinado, fin que es conocido por el deudor de manera que este despliegue de medio no es carente de fin.

A su vez, aquel que concurre en una obligación de resultado no necesariamente es indiferente al despliegue de los medios que se utilicen para obtenerlo. En el fondo esta crítica apunta a que ambas categorías no son puras. En el extremo opuesto, están aquellas que estiman que en todas las obligaciones hay un despliegue de medios lo que implica decir que el resultado es sólo una consecuencia de ello y por ende no se justifica la existencia de la segunda categoría (obligación de resultado).

Al respecto, el profesor Christian Larroulet ha dicho que en la obligación de resultado habría responsabilidad objetiva o sin culpa. Concuera profundamente con esta idea el profesor Carlos Pizarro Wilson²⁷, quien postula que:

“La regla general es la obligación de medios, ya que, dan lugar a los deberes de prudencia y diligencia, lo que se exige al experto es el empleo del cuidado debido, para conseguir el fin que se persigue, pero el hecho de no obtenerse el beneficio no se infiere que haya incumplido con su obligación” y quién además las define explicando que *“Son obligaciones de medios: cuando el deber del profesional es aplicar procedimiento y capacidades en servicio de la contra parte, pero no asumen el deber de proporcionar el beneficio o resultado”*. Mas no puedo dejar de considerar, la definición que se ajusta en el caso médico sería aquella destinada a restablecer la salud del paciente.

3.6. Obligaciones de Resultado

En el caso de las obligaciones de resultado, don Daniel Peñaillo²⁸ señala que *“se entiende por obligación de resultado aquella en la cual el deudor se obliga a proporcionar, en forma directa e inmediata, la satisfacción de un interés del acreedor, mediante la obtención de un resultado, el cual integra la prestación”*,

²⁷ Pizarro Wilson, Carlos, “La Responsabilidad Civil Médica”, Thomson Reuters, Santiago, 2017

²⁸ Peñaillo Arévalo, Daniel, “Las Obligaciones”, Ed Jurídica de Chile, Santiago, 2003

frente a la obligación de resultado en el caso de la medicina, cuando el profesional se obliga a proporcionar el resultado o lo pactado, podría configurarse una obligación de resultado que estuviere delineada por una exigencia de conducta diligente.

IV.- CONTRATO

El contrato es el acto jurídico, bilateral destinado a producir obligaciones, según nuestro código civil, en su artículo 1438, el cual dice: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. No nos detendremos en las válidas críticas que ha suscitado esta definición. Más bien nos centraremos en aquella parte de esta que señala: “es un acto por el cual una parte se obliga...” De esta frase, se puede ver como la generalidad de este acto constituye la forma más representativa de la autonomía de la voluntad, destinada a crear derechos personales. Mas esta autonomía de la voluntad de las partes, una vez plasmada en el contrato, dichas voluntades se ligan en el verdadero fundamento de obligatoriedad, cobrando ahora mayor preponderancia la unidad del acuerdo contractual, como así también es de suma importancia para que este contrato sea válido legalmente concorra como un elemento fundamental de dicho acuerdo, el de la voluntad de las partes, más conocido como el consentimiento. Sin el consentimiento no habría contrato legalmente celebrado, como se espera en el el artículo 1545 del código civil.

4.1. Contrato entre las Partes

Aunque el contrato médico no está manifiestamente reglamentado en nuestro ordenamiento jurídico, se deduce como tal, su carácter principal de innominado. Para que exista este tipo de contrato entre médico y paciente, no basta el acuerdo de voluntades, como recién he mencionado, además requiere del consentimiento de las partes, del objeto, de la causa y solemnidades, es decir, debe cumplir con los requisitos de existencia del artículo 1445 del código civil. Siguiendo el orden establecido en el mencionado artículo, me referiré al consentimiento de las partes. En una prestación médica indistintamente de la naturaleza, nos encontramos con una parte constituida por el médico, el cual se ha definido por el diccionario de la RAE, como;

1. *adj. Perteneiente o relativo a la medicina.*
2. *m. y f. Persona legalmente autorizada para ejercer la medicina.*

Por su parte la RAE define al paciente como:

1. *adj. Que tiene paciencia.*
2. *adj. Que manifiesta o implica paciencia.*
3. *adj. Fil. Dicho de un sujeto: Que recibe o padece la acción del agente. U. t. c. s. m.*
4. *m. y f. Persona que padece física y corporalmente, y especialmente quien se halla bajo atención médica.*
5. *m. y f. Persona que es o va a ser reconocida médicamente.*

*En términos sociológicos y administrativos, paciente es el sujeto que recibe los servicios de un médico u otro profesional de la salud y se somete a un examen, a un tratamiento o a una intervención”.*²⁹

Volviendo al tema del consentimiento, este debe estar exento de vicio por ambas partes, a pesar que las exigencias por parte del médico o galeno, son mayores, ya que como bien se ha definido, es un profesional que entiende rotundamente cual es la prestación que deberá llevar a cabo y por lo cual deberá expresar de manera clara, para que el paciente pueda tomar una decisión respecto de la información que se le ha entregado por su médico, quien debe cumplir con el, “código del colegio médico de Chile, en su *Título III “De las Relaciones del Médico con su Paciente” considerando la primera parte “reglas generales de comportamiento” y la segunda “información y consentimiento”.*”

Me detengo en el consentimiento por parte del paciente, el cual debe ser libre y espontáneo, ya que si este no comprendió los dichos del tratante, estaríamos frente a un caso de error, o también podría estar motivado por fuerza o dolo y podría estar viciado su consentimiento, o se encuentra en imposibilidad de manifestarlo por causa de un hecho que lo haya dejado en estado de inconciencia o por una causa legal, como incapacidad, debiendo actuar en su

²⁹ <https://es.wikipedia.org/wiki/Paciente>

nombre un representante legal, en conformidad lo establece el artículo 1437³⁰ de nuestro código civil.

Y en cuanto al consentimiento, por parte del médico también debe ser en el escenario de la libertad de atender y sin vicios, pero si dada una eventual circunstancia en que sea vea viciado su consentimiento. Siguiendo el estándar del código de ética del colegio médico, su artículo 18 establece que; *“El médico deberá prestar atención profesional a toda persona enferma que lo requiera y no podrá eludir dicha atención cuando no exista otro colega que se haga cargo del enfermo”*.

En cuanto al objeto del contrato médico, este consiste en la prestación que es el objeto del acto jurídico, y ésta puede ser según lo que señalan los artículos 1445 inciso 3^o³¹ y 1460³² del Código Civil, algo que debe darse, hacerse o no ejecutarse. En cuanto al médico, dicha prestación es el acto médico donde el profesional se obliga a desarrollar de manera diligente, y en cuanto al paciente consiste en el pago de la prestación debida y en los cuidados o las instrucciones

³⁰ Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos sujetos a patria potestad

³¹ que recaiga sobre un objeto lícito

³² Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración.

que debe cumplir y seguir podríamos decir al pie de la letra de las otorgadas por su médico.

Ahora bien, la causa que podría existir para la celebración de un contrato médico puede ser de diferente naturaleza, pero siempre destinadas al restablecimiento de la salud. O puede ser también de manera preventiva, con la finalidad de obtener algún diagnóstico respecto del paciente. La causa de la atención por parte del médico, primeramente, puede ser motivada a fin de resolver la consulta del paciente, acto seguido llevar a cabo la obligación contraída por la celebración de un contrato, para de este modo recibir la prestación del servicio. Además, podría estar motivado por otros intereses conforme el compromiso al juramento hipocrático.

Por último, en cuanto a las solemnidades de este tipo de contrato, la regla general es que ópera el principio de carácter consensual, pero siempre existen excepciones, en qué la ley requiere o establezca que se realice de manera escrita o con ciertas exigencias por los riesgos que conllevan, sobre todo cuando el paciente debe someterse a procedimientos cuyo riesgo es una posibilidad, por la naturaleza de estos mismos exige el deber de ser firmado, como lo es, en el caso de intervenciones quirúrgicas.

Las características de este tipo de contrato, como ya he podido señalar y conforme al artículo 1439 de nuestro código civil, cuando señala que las partes contratantes se obligan recíprocamente, nos damos cuenta que estamos en

presencia de un contrato bilateral, ya que las obligaciones se generan para ambas partes, en cuanto a la posición del médico, es responsable de asistir y tratar al paciente, y en relación al paciente, este tiene la responsabilidad de cumplir con el plan rehabilitador y satisfacer los emolumentos médicos.

También podemos inferir del artículo 1443 del Código Civil que señala, que sorprende cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento, por lo que se cumple con una regla general. Como ya bien había señalado no es un requisito la formalidad de la escrituración, basta el consentimiento de los manifestantes de cualquier manera, salvo las excepciones ya señaladas.

También, encontramos otro tipo de clasificaciones que establece nuestro ordenamiento jurídico, del cual se puede desprender del artículo 1440, cuando indica: *“que el contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, grabándose cada uno a beneficio del otro”*. Es importante señalar esta clasificación, cuando nos encontramos en presencia de que el médico se encuentre en la responsabilidad ya sea por culpa negligencia u otra causa.

Desde siempre se ha estimado este contrato conforme a uno de confianza, en otras palabras, Intuito Personae, antiguamente era común hablar del médico de la familia. Por lo que comúnmente se le pagaba de manera parcializada, generando una prestación de Tracto Sucesivo, o sea de aquellas que generaban un pago durante un largo tiempo.

4.2 Deber de Información

Este deber de información, también conocido como obligación de informar, se encuentra establecido en algunas normas tales como el DS N° 140, del 24 de septiembre de 2004, "Reglamento Orgánico de los servicios de Salud", Capítulo V "De los Establecimientos de Salud" en su artículo 34 inciso 3° cita: *"Los profesionales tratantes deberán informar, en lo posible y cuando proceda, a los pacientes, a sus representantes legales o a los familiares de aquellos, sobre el diagnóstico y pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médico – quirúrgicas que se les aplicarán y los riesgos que éstas o su omisión conllevan, para permitir su decisión informada, así como las acciones preventivas que correspondan al paciente o a su grupo familiar. En caso de negativa o rechazo a procedimientos diagnósticos o terapéuticos por parte del paciente o sus representantes, deberá dejarse debida constancia escrita en un documento oficial del Servicio."*

El Código de Ética del Colegio Médico de Chile, en el “TÍTULO III DE LAS RELACIONES DEL MÉDICO CON SUS PACIENTES” en su apartado 2. “Información y consentimiento”, artículo 24 señala: *“El médico tratante deberá informar a su paciente de manera veraz y en lenguaje comprensible acerca de: Su identidad, el área de su competencia profesional y sus límites, y el diagnóstico, alternativas de tratamiento, sus riesgos y beneficios, y el pronóstico de su enfermedad.”*

Cuando la atención sea realizada en equipo, uno de sus integrantes será responsable de establecer la interlocución principal con el paciente. Toda información que a juicio del médico pudiere causar sufrimiento grave al paciente, deberá ser proporcionada con prudencia, utilizando expresiones mesuradas.

La voluntad del paciente de no ser informado, o la de delegar en otra persona la información, deberá ser respetada”.

Tan relevante ha sido este tema, que fue tratado en un conversatorio y posteriormente expuesto por el canal del poder judicial, fue organizado por Capítulo Chileno de jueces civiles bajo el título de “Conversatorio de Negligencia del acto médico y su derivada responsabilidad”, dentro de los expositores se

encuentra Claudia Lazen Manzur³³, Ministra de la Corte de Apelaciones de San Miguel ex juez del 15 juzgado civil de Santiago, destacable trayectoria quién desde la óptica de la judicatura abarcó los siguientes temas:

- Estándar judicial del consentimiento informado.
- Su fundamento, contenido, la forma de acreditarlo y
- Un comentario sobre una sentencia de la excelentísima Corte Suprema.

“Para los médicos no solo existe el deber de apegar su actuar a la Lex Artis, sino también el deber de suministrar a los pacientes la información necesaria para que ellos puedan decidir libremente si se someten o no a una intervención quirúrgica.

En este sentido cobra relevancia la ley 20584 que consagra el deber de informar, esta ley dice relación con los derechos y deberes de los pacientes en las acciones vinculadas a las atenciones de salud, y este deber de informar de los médicos se encuentra precisamente recogido en el artículo octavo de dicha ley que señala que, toda persona tiene derecho a que el prestador institucional le proporcione información suficiente, oportuna, veraz y comprensible el fundamento de este deber de informar conforme lo señalado la doctrina y ya buena parte de los fallos es la del principio de la autodeterminación de los pacientes toda vez que son

³³ Intervención de la Magistrada Claudia Lazen Manzur en el “Conversatorio de Negligencia del acto médico y su derivada responsabilidad”, organizado por la Agrupación de Magistrados Civiles, en junio de 2020.

éstos quienes exponen su integridad física y psíquica en una intervención quirúrgica o en un tratamiento y por lo tanto, ellos son los llamados a decidir si se someten o no a una intervención.

Este deber también se ha dicho que se afianza en la necesidad de compensar el desequilibrio de que existe entre el médico y el paciente toda vez que el médico es un experto y el paciente en realidad se podría decir su no tienen los conocimientos necesarios ahí tengo una ignorancia en el tema y hay una asimetría en la información y una relación de dependencia entre médico paciente todo es que este último deposita toda la confianza en él, y así como existe el deber de la información también está consagrado el derecho de los pacientes a la información y este derecho está consagrado en el artículo 10 de la misma ley que señala que toda persona tiene derecho a ser informado, en forma oportuna y comprensible por parte del médico u otro profesional tratante acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad de las alternativas de tratamiento de los riesgos en fin, y del pronóstico cuando procediere de acuerdo con su edad y condición personal y emocional.

Entonces el paciente es titular del derecho a la información, lo que permite un consentimiento informado, que habilita al médico para llevar a cabo esta intervención médica.

*Su consentimiento informado importa, por una parte, que el paciente tiene conocimiento de las implicancias y riesgos de la intervención y una vez que tiene conocimiento de esto, **decide libremente** si se somete o no a una intervención o tratamiento. Ahora bien, cuál es el contenido de este deber de información el legislador si bien reconoce este deber, el contenido fue fijado de manera general, la idea es que el médico entrega información conforme a los avances de la medicina durante todo el tratamiento y que esta información sea entendida por el paciente considerando su edad, su condición de salud, su nivel de comprensión, es importante recalcar aquí que el artículo 10 de la ley **incorporó un aspecto subjetivo**, porque considera el paciente en particular al indicar que esta información es de acuerdo a la edad y condición personal y emocional del paciente, puesto entonces ante una demanda por incumplimiento del deber de informar, para resolver acerca de si el médico demandado cumplió con la obligación de informar en forma suficiente.*

*Corresponde determinar, cuál es la información que se requiere para satisfacer este deber, el artículo octavo señala que, toda persona tiene derecho que el prestador institucional le proporcione; **información suficiente, oportuna, veraz y comprensible**, pero qué es lo que se entiende por suficiente como nos señala la ley la ley no se pronuncia sobre los riesgos de informar, limitándose a indicar entonces que el paciente tiene derecho a recibir información de los riesgos que de la intervención del tratamiento pueda derivar, puede representar en una*

primera aproximación al tema que no se trata de informar todos los riesgos al paciente, el médico no debería informar los riesgos atípicos, los inusuales, los raros, al punto que al paciente le genere tal temor que se inhiba de realizar esta intervención quirúrgica o este tratamiento, o por bien que sea tal la cantidad de información que recibe el paciente, que en realidad no sepa o no pueda representarse cuáles riesgos efectivamente pueden acaecer y cual es muy remoto que suceda.

La obligación de informar al paciente entonces sobre todo cuando estamos antes la medicina curativa, tienes ciertos límites y debiera quedar fuera de esta obligación, los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes frente a los riesgos típicos que son aquellas que puedan producirse con más frecuencia conforme a la experiencia y el estado de la ciencia.

*Como Tribunal me atrevería a decir, que lo exigible es, que el médico limite la información a aquellos riesgos de frecuente ocurrencia y los más graves, eso en el ámbito de la medicina curativa, porque en cambio, parece que en el ámbito de la medicina estética el deber de información médica **es mayor**, debiendo advertirse al paciente de, cualquier riesgo, secuela, complicación o resultados adversos, que pueda suceder sea este de carácter temporal o permanente, ellos por cuanto la libertad de opción en el caso de este tipo de tratamiento o intervenciones es muy superior, a la que se tiene en el caso de la medicina*

curativa, para rechazar la intervención quirúrgica porque ésta no tiene el carácter de urgente ni necesaria, no se trata aquí de mejorar la salud de las personas, sino mejorar un aspecto físico, entonces cuanto menos necesaria es desde el punto de vista de la indicación médica, parece que las exigencias son mayores.

Y en ese sentido se ha pronunciado también en Alemania el tribunal federal Supremo, al exigir a los pacientes una información extensa, ellos señalen que incluso en caso de una operación laser experimental, que por su finalidad es comparable con una intervención más bien cosmética, hay que decirle sin rodeos a la paciente que sí tiene mala suerte podría perder la vista por completo, también en otro tipo de operaciones o intervenciones estéticas, se debería incluir según la jurisprudencia ese mismo Tribunal la presentación de fotografías por ejemplo de deformaciones resultado de intervenciones fracasadas.

Bueno pero volviendo a nuestro ámbito nacional la ley también dispone que la información debe ser oportuna y comprensible oportuno no tiene mayor complejidad se trata que se facilita al paciente con una antelación suficiente para que le permita reflexionar sobre si someterse o no a una intervención quirúrgica comprensible implica que el paciente entienda razonablemente la información que se le suministra, el diagnóstico, el tratamiento de las posibles consecuencias y de esta forma entregar la información por parte del médico, debe medirse en relación a una persona promedio y tenemos que tener en cuenta también que

esta clasificación no se refiere exclusivamente al procedimiento o tratamiento, sino que también hay que tener en cuenta las condiciones particulares de la persona que está al frente del paciente como lo indica el artículo 10 de la ley.

Ahora bien cómo se suministra esta información esta información no hay formalidad ninguna es consensual, pero debe dejarse constancia por escrito, no es que deba, generalmente se deja constancia en un instrumento privado que contiene el consentimiento que se firma por el paciente, pero no debemos olvidar también que es parte de la lex Artis médica, la existencia de una ficha clínica, donde debe dejarse constancia de la información suministrada al paciente, de los posibles tratamientos, de los riesgos informados, si se entendió la información entregada, y está obviamente de ser concordantes con el documento de consentimiento informado, pareciera ser que en la entrega de la información por parte del médico podemos vislumbrar 3 etapas; la información verbal y es de gran importancia porque aquí se produce la interacción entre médico y paciente, el médico se interioriza de las características quizá del paciente, el paciente a su vez puede plantear las inquietudes al médico, tenemos el consentimiento informado que es; un instrumento privado que más bien podría hacer una pre-constitución, de prueba, en caso de que se judicialice el caso.

Y la ficha clínica que es el documento más importante, como dije la regla general, es que esta información se entrega en forma verbal, pero la misma ley se encargó

de establecer ciertas excepciones, y dice que debe constar por escrito esta información, la entrega en el caso de intervenciones quirúrgicas, procedimiento y diagnósticos terapéuticos invasivos, y en general para la aplicación de procedimientos que conllevan un riesgo relevante conocido para la salud del afectado, en esos casos la información misma el hecho de su entrega la aceptación y el rechazo debe constar por escrito en la ficha clínica del paciente.

La ley, también establece una presunción simplemente legal en favor del médico, se presume que la persona que ha recibido la información pertinente para la manifestación de su consentimiento, cuando hay constancia de su firma en el documento explicativo, el procedimiento o tratamiento del cual debe someterse, aquí el legislador optó por alterar la carga de la prueba del 1698 del Código Civil, porque si estamos ante un contrato prestación de servicios médicos es al paciente demandante en quién recae la obligación de acreditar la existencia del contrato, y del médico demandado acreditar su cumplimiento, pero aquí la ley curso de cargo del demandante justificar el incumplimiento de la obligación y entonces el médico sólo debe aparejar los documentos que acrediten la presunción.

Hay que señalar que el incumplimiento del deber de informar por parte del médico, puede ser fuente de responsabilidad médica y este deber de información es una obligación distinta y distinguible de la obligación principal del médico

relativa a la prestación del servicio respecto del cual debe informar pues independientemente de si existe o no error en la Lex Artis, los médicos pueden resultar responsables por los daños y perjuicios de los pacientes, a quienes se les brinda insuficiente o ninguna información, ello por cuanto la ausencia información respecto a un riesgo que debe informarse al paciente involucra un daño, al menos la pérdida de la posibilidad del paciente de elegir entre aceptar o no estos riesgos, y que puedan reclamarse por la vía de la indemnización de perjuicios, tenemos la hipótesis de que si el médico no informa el riesgo, no implica que vaya a ocurrir, si no lo informó y no ocurre no hay ninguna indemnización que reclamar, si el riesgo es informado por el médico y éste se verifica tampoco indemnización alguna si es que no hay infracción a la Lex Artis, porque es algo que podía ocurrir, se le informó y el paciente lo aceptó, pero diversa es la situación en que, el riesgo no se informa y este si se verifica, por cuando el paciente nunca asumió el riesgo quedando sin la alternativa de reflexionar ponderar, analizar en definitiva si decidía asumir o no el riesgo involucrado en el acto médico específico, y en este caso procedería la indemnización por la pérdida de la chance de la oportunidad.

Ahora me voy a referir a una sentencia de la excelentísima Corte Suprema que de 1 de junio pasado que desestimó un recurso de nulidad sustancial deducido por el médico demandado en contra de la sentencia de la corte de apelaciones de Santiago, que a su vez confirmó la sentencia de primer grado que condenó al

hospital Clínico de la Fuerza Aérea de Chile y al médico tratante a pagar a la actora, una indemnización de perjuicio que ascendió a 4 millones de pesos a título de daño moral, es una demanda por responsabilidad extracontractual que se cimienta en las reglas de los artículos 2314 y siguientes del Código Civil, la actora fue operada en el hospital clínico como ya dije por un médico, y la intervención consistía en una cirugía de hipertrofia mamaria de tipo reconstructivo, por las complicaciones en el posoperatorio que correspondían a una necrosis, fue sometido a una nueva intervención y en esta segunda internación sufrió la pérdida de la areola y pezón de una de las mamas como también la pérdida de tejido y herida en esa zona, no puedo quedar establecido en la sentencia la existencia de negligencia una infracción a la lex Artis médica, ni en el acto operatorio, ni en el posoperatorio, también quedó asentado en el fallo que el demandado no informó al actora en forma oportuna y comprensible el riesgo de sufrir necrosis y la pérdida de la areola y pezón de alguna de sus mamas, no apareciendo en el consentimiento informado que se le hizo firmar, que podría sufrir estas consecuencias la sentencia por estableció la existencia del daño, y que este daño provenía de la falta de información completa de las posibles consecuencias de la operación, que en definitiva padeció y sobre la base de estos hechos entonces se asentó con el fallo que se infringió la ley 20584, ya que atendida las circunstancias particulares de la paciente que padecía en este caso de obesidad mórbida, con peso por mamá de gran consideración y al

parecer fumadora, y no se le detallaron los riesgos que podría conllevar esta intervención.

El médico su oportunidad cuando se defendió y cuando recurre de casación esgrimió que la necrosis y la pérdida de la areola y del pezón de una de las mamas, no podía constituir una infracción al deber de informar, porque esa consecuencia no era ni grave ni frecuentes ni era usual o esperada y carecía entonces de la entidad suficiente como para ser incorporado en el consentimiento informado, la corte sobre ese punto señala que, aun cuando se asumiera que no es deber del médico informar de todo riesgo sino sólo de aquellos de mayor frecuencia, y mayor gravedad, indica que la frecuencia o falta de gravedad de dicho riesgo era una cuestión que debió ser acreditada por el médico, entonces me traslada esa carga al médico y señala entonces que en definitiva, se infringió como ya dije la ley 20584, que le imponía la obligación de informar a no haber demostrado, que ese riesgo carecía de gravedad, o no era frecuente, privó a la paciente de la información necesaria para poder ponderar y decidir someterse o no a la intervención, y finalmente señala que también reconoce que aquí no hubo infracción a la Lex Artis, pero que al no haberse informado a la paciente perdió la oportunidad posibilidad de optar o no someterse a la intervención o por buscar otro tratamiento.

A mí me parece que el fallo es destacable, porque es el caso por antonomasia en que el caso de infracción al deber de informar habilita al paciente para reclamar una indemnización consistente nada más en la pérdida de la posibilidad de haber elegido a que el paciente no estuvo en condiciones de representarse los efectos colaterales de la intervención quirúrgica a pesar de la destreza en el cumplimiento de la Lex Artis médica lo que subyace que la sentencia lo deja sentado también es que el médico no podía excusarse por los daños, por qué se vulneró la autonomía del paciente al no informar de los efectos, de los posibles riesgos que podría padecer es un caso de incumplimiento imperfecto del deber de informar, por qué hubo una información hubo un consentimiento informado, pero no de estos riesgos que sí debió haber informado el médico.

*Queda plasmado también en esta sentencia que el deber de informar constituye una obligación distinta a la obligación principal del médico relativa a la prestación del servicio, además en esta sentencia responde a la pregunta de ¿qué daño es el que se indemniza con la omisión del deber de informar? si es todo el daño derivado de la intervención proveniente del riesgo no informado o el daño moral que se le produjo a la actora, **por no haber tenido la posibilidad de elegir someterse o no a esta intervención** y parece que la sentencia entonces opta, por esta segunda postura. Como conclusión podemos señalar que el consentimiento informado un mecanismo de la autodeterminación del paciente.*

Cuando hablamos de consentimiento informado nos referimos a que el paciente conozca las implicancias y riesgo y consecuencias de la intervención o tratamiento. Esta forma de entregar la información es consensual se acredita por cualquier medio de prueba salvo en casos en que la ley expresamente indica que debe constar por escrito tratándose de tratamiento intervenciones invasivas o que conllevan un riesgo relevante se estableció por la ley una presunción simplemente legal en favor del médico en caso que haya constancia escrita, constancia de la firma del paciente en el documento explicativo del procedimiento, y la infracción del deber de informar puede generar responsabilidad de verificarse el riesgo no informado.”³⁴

4.3. Incumplimiento de Contrato

El incumplimiento del contrato medico, deriva de aquellas obligaciones y deberes, que surgen de la relación medico paciente y estas a su vez provienen de la intención que tuvo el legislador y la Lex Artis. Aquí hay una gran controversia axiomática en cuanto a, que es lo esencial para determinar el régimen de responsabilidad aplicable, según los efectos que originen, según una construcción interpretativa de la norma, la que se encuentra presente en el

³⁴ Ídem

derecho común, así nos encontramos con gran variedad de artículos del código civil.

Primero debemos considerar si realmente estamos frente a un incumplimiento de contrato, para determinar si el efecto emana de una responsabilidad contractual o extracontractual. Segundo el recinto si es particular o público, en la esfera pública se establece un procedimiento especial regulado a través, de la ley del AUGE N°19966, en cuyo caso procede la indemnización por falta de servicio, excluyendo recintos hospitalarios tales como militar.

Otras circunstancias emanan del derecho ajeno, en este caso se pueden dar 2 tipos de situaciones, que el médico principal deje a cargo a otro en su lugar o bien puede ser otra situación una infección intrahospitalaria.

Si nos vemos enfrentados a un contrato, en esta conjetura determinar si es de una obligación de medios o de resultado, la responsabilidad que se aplicará será culpa o será objetiva.

En conclusión de esta idea, de relación contractual considerándola una obligación de medios, basta que el acreedor acredite dicha relación y alegue su incumplimiento por medio de la prueba que de cuenta del contrato, del pago, y el motivo, es decir, la obligación del galeno, cual fue la prestación a la que se halla forzado a cumplir el profesional, quien deberá comprobar por medios idóneos

que ejecutó la conducta que le era exigible y demuestra la debida diligencia, de ser así cumple con el pago de su obligación. Cuyo fundamento legal se encuentra en el artículo 1547 del código civil.

En cambio, la misma idea de relación contractual considerada como obligación de resultado, la responsabilidad se considera como objetiva, aquí el acreedor también demuestra la presencia de un contrato por los medios probatorios necesarios, no siendo necesario demostrar la mala praxis, sino que el punto álgido en cuestión se restringe al resultado esperado, muy característico de las cirugías estéticas.

En este caso se procede al artículo 1556 como fundamento legal, ya que no se refiere a la culpa.

Solo podría exculparse demostrando la fuerza mayor o el caso fortuito, para liberarse de la sanción del incumplimiento. Lo que ha quedado reflejado en el nuevo modo de calificar por parte de la Corte Suprema, sumándose a la jurisprudencia internacional que ya la tiene mas internalizada.

V. RESPONSABILIDAD PENAL MÉDICA

La responsabilidad penal médica, opera cuando se busca su exigibilidad mediante el delito o cuasi delito de negligencia culpable, con resultado de muerte o lesiones, con motivo de responsabilizar criminalmente al médico por el acto cometido. También y entendida como acción penal, ella es utilizada como una estrategia procesal, por su facilidad en la obtención de pruebas, asimismo es facilitadora de un acuerdo reparatorio que permite la indemnización anhelada por parte de la víctima.

En nuestro país, esta sede, según la jurisprudencia desde el año 1990, a raíz del artículo 491 del Código Penal ,se ha buscado exigirla, por medio del cuasi delito de negligencia culpable.

Lamentablemente la responsabilidad penal médica, fue tempranamente ignorada, y autores como Garrido Montt así lo han ejemplificado.

Estos juicios son limitados, además se les excluye la legitimación pasiva de los servicios de salud, clínicas y personas jurídicas, según lo establece el artículo 59 del código procesal penal.

“El tratamiento de la imprudencia o negligencia a causa del delito culposos se encuentra presente en algunas escuelas, la teoría causalista postula que no hay

diferencia entre la teoría del delito doloso o culposo, la versión naturalista o valorativa, se inclina por lo relevante que es el proceso causal.

Con los aportes de Exner y English, se intentó construir una teoría particular del delito culposo, siendo relevante la exigencia del deber de cuidado para impedir la afectación del bien jurídico protegido.”³⁵

Aquí la culpa, es determinada por el desprecio del bien jurídico protegido, siendo un elemento objetivo que reúnen la antijuridicidad y la culpabilidad.³⁶

Actualmente se debate la estructura del delito por imprudencia, para que se verifique un genuino cuasidelito, se condiciona la ausencia de dolo, por lo que debe analizarse, la infracción al deber de cuidados lo que constituye culpa penal. La estructura del cuasidelito por imprudencia requiere, en primer lugar, la no concurrencia del dolo como elemento negativo, y en segundo lugar la existencia de culpa como elemento positivo.

La tesis de Mañalich, comprende el dolo como *“un criterio de evitabilidad individual actual de la realización del tipo”*.

³⁵ Pizarro Wilson, Carlos, “La Responsabilidad Civil Médica”, Thomson Reuters, Santiago, 2017

³⁶ Bustos (1995) p. 24

El sujeto se encuentra en condiciones de evitar la realización del tipo en forma voluntaria, conducta que se califica como dolosa.

La imprudencia se configura en el elemento del tipo objetivo cuando falta la capacidad de evitabilidad intencional, voluntaria o consciente, al contrario del dolo es la capacidad de evitar el momento preciso.

No confundir con la imputabilidad esta requiere la debida infracción al deber de cuidado.

Al hablar de la infracción del deber de cuidado, la culpa constituye un elemento típico, el cual debe apreciarse en forma objetiva.

El deber de cuidado se manifiesta en los aspectos internos y externos, también se puede entender como una característica subjetiva; es decir, la capacidad de prever el resultado; y una característica objetiva, la posibilidad de tomar medidas que eviten el mismo resultado.

Trasladando las características del deber de cuidado recién señalabas al deber médico en cumplimiento que dio en la víctima debió advertirle y lo hizo o no de manera consciente determinamos el tipo de culpa sí este debía proceder. En

alguna situación y no lo hizo se determina la omisión culposa puesto que por sus conocimientos podría evitar un resultado de daño en la víctima.

5.1. Construcción de la Lex Artis

La Lex Artis ad hoc, es el criterio valorativo para ponderar la diligencia exigible en todo procedimiento o tratamiento médico.

No cabe duda al respecto de la relevancia y del debate que surge a consecuencia de la falta de objetividad y de norma explícita, en cuanto a materia sanitaria se refiere. Es por ello que me centraré, una vez más, en las intervenciones efectuadas en el “Conversatorio de Negligencia del acto médico y su derivada responsabilidad”, organizado por la Agrupación de Magistrados Civiles, en junio de 2020, esta vez, realizadas por el profesor Carlos Pizarro Wilson³⁷, quién se desempeña actualmente como investigador en la Universidad Diego portales y abogado integrante de la Corte Suprema entre los años 2015 y 2018, el cual aportó sus conocimientos en el referido conversatorio:

“Me voy a referir a un clásico de la responsabilidad médica y se trata de la construcción de la Lex Artis, tras lo cual está como es evidente un elemento fundamental de la responsabilidad de los médicos y también un elemento

³⁷ Intervención del profesor Carlos Pizarro Wilson en el “Conversatorio de Negligencia del acto médico y su derivada responsabilidad”, organizado por la Agrupación de Magistrados Civiles, en junio de 2020.

fundamental de la responsabilidad civil a saber **en la culpa**. desde el momento que nosotros abordamos una hipótesis de responsabilidad civil sabemos que la regla general en el Código Civil es tratar las hipótesis de responsabilidad, como hipótesis que requieren el elemento de la culpa, ocurre en la responsabilidad médica que existe una diversidad de reglas que conviven para resolver los problemas de negligencias médicas que denuncian los pacientes y eso convoca entonces en primer lugar referirse a al **estándar de diligencia**; que requeriría emplear el médico para efecto de **excluir la responsabilidad**. Utilizó acá una nomenclatura y que ha propuesto el profesor Papayannis, y me referiré en consecuencia en primer lugar, a lo que se denomina estándares de **diligencia generales o genérico**, y digo esto he puesto que en el ámbito de la responsabilidad de los médicos existen 3 principales reglas de culpa y que están basadas en un estándar de diligencia genérico la primera es la responsabilidad contractual que conforme al artículo 1547 establece como un requisito de ese ámbito de la indemnización la necesidad de una culpa y reconduce al patrón del buen padre de familia lo el 44 es decir lo que denominaríamos la culpa leve, con toda la crítica que merece hoy en día como es evidente hablar del buen padre de familia y en los intentos que se han planteado, es sustituirlo por una expresión más neutra cómo puede ser **una persona razonable**, buscando la razonabilidad que es un patrón es más propio del sistema del common law, pero en definitiva la responsabilidad contractual se va a hacer la culpa y un estándar en materia médica hay un contrato y en varias oportunidades y por ende quedaría sometido

a ese régimen que sería una **culpa ordinaria común**, no es tan distinto en el caso de la responsabilidad extracontractual que también puede estar invitada a los casos de negligencia médica cuando por ejemplo demandan las víctimas por rebote su daño propio y en consecuencia en ese caso habrá que reconducir el problema nuevamente a un estándar de **conducta genérico** que es **la culpa prevista** en el artículo 1314 y siguientes, sin embargo el **tercer lugar** nuevamente ahí hay otro estándar general o genérico de diligencia, está **la ley del auge** que en el artículo 38 invoca o establece como el elemento de imputación subjetiva a los médicos o, a los órganos de salud la verdad para ser más preciso **la falta de servicio** es consecuencia, no se dice mucho porque en realidad hay que comenzar a entender cuál es el comportamiento que es exigible al médico a la luz de estos estándares de diligencia de carácter genérico, sin dejar de mencionar además otro estándar de comportamiento que a mí me parece que es genérico a pesar de que este en el ámbito penal que el artículo 491 del código del ramo que establece nuevamente una expresión que requiere dotarla de contenido **cuál es la negligencia culpable**.

Entonces ese estándar no general de diligencia o genérico no nos permite de manera muy clara avanzar para determinar cómo tiene que comportarse el médico lo que deriva en la necesidad de hablar de una culpa profesional, no el gran avance en definitiva de las hipótesis de responsabilidad que convocan un servicio que requiere estudios o conocimiento técnico es pasar a la expresión **de**

*la culpa profesional, y esa culpa profesional va a determinar la necesidad de recurrir esta vez a lo que se denomina la **Lex Artis**, y la Lex Artis va a ser; el conocimiento técnico que le es requerido a un médico y de acuerdo al avance de la ciencia de la medicina. pero necesariamente considerando las circunstancias en las cuales el médico ejecuta el acto médico, que se está evaluando si fue diligente o no.*

Y esa cuestión fundamental puesto que al momento de resolver si el médico incurrió en culpa no, no será lo mismo si el acto médico ha sido realizado en determinadas circunstancias cómo puede ser la urgencia, que si se trata como es evidente de una intervención programada y con instalaciones donde se le provea de todo lo necesario.

*De hecho, hay un caso célebre novela ya algo antiguo de un médico que tenía nada más 20 horas de estudio o de preparación en anestesiología y que él llevó a cabo esa intervención, pero bueno no había nadie más que lo hiciera y él con su conocimiento, en Chiloé ejecutó este acto lo que significó un daño importante para la paciente, no entonces hay que evaluar y la conducta del médico de acuerdo a las circunstancias en que se lleva a cabo el acto médico, y esa culpa profesional entonces va a requerir de la Lex Artis que tiene este elemento **del avance de la ciencia asentado** y no excepcional, puede que la revista Nature, o en una revista reciente aparezca un conocimiento más adecuado para llevar a*

cabo el acto médico, pero no vamos a exigirle al médico que esté al 100% al día de cualquier publicación que se halla emitido a nivel mundial.

*No tiene que estar ya ha compartido de ahí que se hable, para efectos de pensar en la exigencia al médico de conductas que son comúnmente aceptadas, no lo que requiere una cierta convención dentro del ejercicio de la medicina, es decir, es usual es recurrente es común, que los médicos frente a esta situación se comporten de esa manera determinada y eso significará que se ajustan a la Lex Artis considerando las circunstancias. Pero además de eso, un esfuerzo importante para poder determinar si la **conducta es diligente o culpable** tiene que ver ya no con un estándar de diligencia genéricos sino con **un estándar de diligencia específico**, reiteró en esa nomenclatura que propone el profesor Papayannis, en donde discutía no la semana pasada discutimos sobre esto, si era mejor en definitiva tener estándares de conducta específicos que le daba más predictibilidad a la gente y en este caso al médico para comportarse o en realidad debíamos continuar con un estándar de diligencia genérico, y en ese caso entonces hay menos predictibilidad y por ende hay menos libertad de acción, porque el sujeto no en definitiva para tener más cuidado con lo que hace para efectos de no incurrir en la infracción el estándar genérico lo que se contrapone al estándar de diligencia específico que le da más claridad y con este le da más libertad de acción, porque en definitiva sabe de manera concreta y qué es lo que tiene que hacer y qué es lo que no debería hacer, y esos estándares*

de diligencia específico me parece que se han ido acrecentando en el ámbito de la medicina por dos vías.

Una normativa que se origina me parece, en el artículo cuarto de la ley de derechos y deberes de los pacientes, que facultan al Ministerio de Salud para que dicte protocolos, de cómo debe llevarse a cabo una conducta, para evitar determinados eventos adversos o eventos centinelas y hay entiendo 9 protocolo la verdad que nadie más ha preocupado ni actualizarlo, ni de pensar en otros protocolos se dictaron 9 nunca mas nadie toco este tema.

*Bueno, sabemos que el Ministerio de salud tiene otras preocupaciones más urgentes hoy, pero esto ya tiene bastantes años y no se ha modificado, y como no sea modificado entonces se produce ahí en esos protocolos un estándar de conducta específico no en el caso que tenga que **operarse un órgano** entonces **hay un protocolo** para que el médico **haga tal o cual cosa** y no se equivoque de órgano, para que el paciente no se caiga de la camilla, entonces tiene que hacer tal y tal otra cosa, para que no quede una gaza u otro objeto en el cuerpo del paciente se llevan a cabo tal y tales conductas, lo cual nos conduce bajo la nomenclatura del estándar de diligencia específico a lo que conocemos en la nomenclatura más local de la **responsabilidad civil a la culpa infraccional**, desde el momento que el médico no se comporta como se lo indica la normativa incurre en una infracción a esa conducta que se le exige y por ende habrá culpa*

civil, en la infracción deriva necesariamente en una culpa, ahora es más relevante como es evidente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual que en la responsabilidad contractual puesto que en la contractual como aseveramos algunos, un tema discutido que tiene que probar no la diligencia es el médico y no el paciente conforme a la carga de la prueba que establece el artículo 1547 inciso tercero al señalar que será el deudor en este caso el médico quien tiene que probar la diligencia debida, en consecuencia ahí hay un ámbito de el comportamiento de los médicos que está normado en estos protocolos pero desde el punto de vista de la autoridad administrativa lo cual origina una culpa infraccional, más allá de eso y a mí me parece que este es el meollo no para poder ir avanzando en descubrir la Lex Artis que le es exigible a los médicos, o determinar si estas convenciones técnicas de cómo tienen que comportarse los facultativos médicos refiere a los protocolos que ya no estén previstos en ninguna norma, sino que **sean protocolos que se originen en los mismos especialistas de la medicina**, y así vemos, si uno se mete en ciertas páginas de determinadas clínica o de centros hospitalarios, donde empiezan a originarse una serie de protocolos de cómo tienen que llevarse a cabo determinados actos médicos, no es tan fácil acceder a ellos, yo creo que hay un problema de acceso, para poder determinar pero tengo la impresión no que la medicina cada vez más tiene un patrón de conducta específico para llevar a cabo un acto médico en relación al paciente. y me parece que ahí entonces se va a dotar de el núcleo tan esencial de la Lex Artis para determinar si aquel médico ha actuado, conforme a

la Lex Artis qué le es exigible, sin olvidar insisto, las circunstancias donde lleva a cabo ese acto.

Luego entonces de alguna manera no el contrato médico que es una cuestión que hace un tiempo indiqué, que **el contrato médico se va transformando en una especie de contrato dirigido puesto que el contenido, de los deberes de conducta del médico** no sólo están determinados por esta Lex Artis que se supone que el juez tiene la tarea ingrata, de construir de cómo ese médico tiene que comportarse en relación a ese acto médico preciso que se le imputa, causó una lesión **sino que hay estos protocolos que pueden auxiliar es definitiva y determinar si existe o no existe un alejamiento al comportamiento que le era exigible al médico**, y si ese alejamiento existe, **entonces habrá necesariamente culpa del médico** distinto es quizás y es una cuestión también que se discute, sí la culpa del médico que trabaja en el ámbito público es relevante o no para su responsabilidad personal.

En Chile yo creo que esta cuestión **no está tan clara**, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones y jurisprudencia todos destacaron en el ámbito público el médico público en cuanto funcionario sólo va a responder si es que ha tenido una conducta grosera, es decir, que pueda calificarse como una conducta de culpa grave o dolosa en caso contrario y su conducta culposa, estándar por

así decirlo, queda soportada por el estado, dado que llevaba a cabo una función pública en relación al interés general de las personas.

Como lo mantiene desde antiguo por ejemplo el Consejo de Estado francés, donde se manifiesta una diferencia radical entre lo que es la responsabilidad del médico en la medicina pública, que el médico en la medicina privada.

Digo que no es tan claro porque la ley del auge y sólo para los casos que quedan supeditados a esa ley evidentemente indica que como que como es lógico no la culpa del médico va a ser necesaria para exigir la responsabilidad del órgano público de salud, pero luego no el derecho a repetir en contra el médico requiere una culpa agravada, aparte de tener que hacerle un sumario necesariamente para que pueda proceder la repetición encontrar el médico tiene que haber una eh culpa agrava qué es lo que regula el artículo 40 de la ley del auge.

El último aspecto, luego que uno tiene claridad (si es que se puede lograr claridad) a la dispersión normativa, que existe en materia médica, sí es que el paciente entro a un recinto hospitalario militar, o un recinto hospitalario publicó, un órgano de salud municipal o en cambio una clínica Y todo estos regímenes no especiales que convocan, aparte del derecho común contractual extracontractual, ley del auge o el reenvío si se trata de un hospital militar a la ley común extracontractual, si es que podemos ubicarnos en todo ese enjambre

normativo y recurrir a la Lex Artis como la he explicitado, todavía queda el problema más grueso no es que quizás **el más difícil** de afrontar que es **el tema probatorio** y digo que es difícil afrontarlo porque, **en primer lugar**, por qué en la práctica los abogados y demandantes siempre tienen la duda si recurrir o no a un peritaje, y la duda del peritaje es que uno, se va auxiliar en otro médico y que va a ser designado por el Tribunal, porque las partes no se van a poner de acuerdo, va a emitir efectivamente un dictamen, pero es un dictamen que nadie contrasta, ni siquiera a veces, se trata de un especialista en la materia que se está tratando en el juicio, pero la prueba alta que tiene el peritaje lleva a inclinarse normalmente un juez respecto del peritaje, sin que eso puede ser contrastado con quién lo emitió, por qué dijo esto, qué conocimiento tiene usted respecto a esta materia?, todo esto está en la nebulosa me parece a mí en razón de un sistema probatorio anquilosado procesal.

Entonces, es una lotería en definitiva el peritaje, puesto que sí dice que hay culpa, el juicio está más o menos claro, si dice que no hay culpa, en cambio, lo más probable es que se deseche no la responsabilidad del médico, puesto que queda bien blindada la sentencia, si es que se apoya en ese peritaje.

Y por otro lado tampoco es tan claro y esta es la segunda cuestión y con esto termino. La **jurisprudencia en torno a cómo asume la culpa, frente al recurso de casación en el fondo**, yo diría que la primera sala, la que le tocan los

problemas de responsabilidad médica en el terreno privado, puesto que la otra es la tercera sala, es cierto que existe una mayoría de jurisprudencia que plantea que la culpa es una cuestión de derecho, que requiere en definitiva o que es susceptible de la casación en el fondo, a mí me parece que eso hoy día no es discutible, es un punto de vista teórico puesto que el juez va a observar los hechos que ocurrieron y él va a determinar, si es que corresponde o no calificar esa situación de hecho, como un acto culpable o no del médico y por ende, debiera ser susceptible de casación en el fondo, pero la barrera que a veces se instala, y depende mucho me parece a mí, de la admisibilidad y de la relación de la admisibilidad sobre todo depende, si se invoca o no se invocan las famosas célebre a esta altura **leyes reguladoras de la prueba**, uno debiera plantear que no, si se trata de una cuestión de derecho en la calificación de la culpa el abogado la abogada no podría ir y decir simplemente miren yo dejo los hechos intactos pero a mí me parece que aquí el juez razona mal para efectos de determinar que existe culpa o no existe culpa sin tocar los hechos, distintos es que uno quiero tocarlo y ahí bueno entrará en lo que **es la ley reguladora de la prueba**, sin embargo me parece que existe poca claridad en la jurisprudencia respecto a eso, a veces pasa a veces no pasa, con lo cual pareciera ser como indicación que sería necesario siempre arrastrarlo y regularlo, para efectos de reforzar la admisibilidad en el ámbito de la infracción de culpa ya sea del 44 en relación con el 1547, 2014 o si siguen en el artículo 38 de la ley del auge en consecuencia y para terminar no me parece que efectivamente la Lex Artis, es un modelo de

comportamiento el cual debemos recurrir para poder calificar o no la conducta del médico como culpable.

Que debemos considerar las circunstancias en las cuales se lleva a cabo y el acto médico Y además debemos tener en cuenta todo este andamiaje normativo, pero también en la práctica que determina ciertas convenciones técnicas, de cómo debe comportarse el médico en un caso específico y entonces la tarea la verdad más bien de los abogados y no de los jueces es buscar el protocolo correcto para ese acto médico, que se pretende, se aplicó o no se aplicó para el caso específico del paciente.

Pregunta: ¿El texto dice que pasa? y ¿como se podría probar que la paciente firmó su consentimiento informado, sí se encontraba bajo los efectos del medicamento y por ende no pudo saber los riesgos de la operación?

Respuesta: En ese caso habría creo yo sin ser ningún abogado litigante que pueda preocuparse de ver si la entrega de la información fue oportuna o si fue con la anticipación debida, y no cuando estaba entrando al quirófano si ya está bajo el efecto de alguna medicación, ver si ese consentimiento fue libre y espontáneo atendida las condiciones en las que se encontraba por ahí tendría que ir la prueba.”

VI. MEDIACIÓN

La mediación es un procedimiento obligatorio, sin ella es imposible iniciar un juicio de responsabilidad civil.

En el caso de prestadores privados, se deben someter al procedimiento de mediación ante la Superintendencia de Salud, según lo establece la ley N° 19966, cuyo procedimiento será a cargo de las partes, debiendo designar de común acuerdo a un mediador, y de no mediar acuerdo, se entenderá fallida la mediación.

Si el caso es en contra de prestadores de salud pública, señaladas en el DL N° 2.763 del 1979, el procedimiento se encuentra establecido en el artículo 43 de la ley N° 19966, cuyo reclamo se debe formular ante el Consejo de Defensa del Estado.

El objetivo de la mediación es no judicializar todos los procedimientos. En la práctica, esto se ve como un desmedro y una complicación que lleva a desechar esta opción, porque encarece el costo para el primer caso, ya que son las partes las que deben costearlo.

Sumado a esto los abogados son reacios a estos acuerdos extrajudiciales, y los servicios públicos reacios a esta forma de solución.

6.1. Procedimiento

El procedimiento de mediación se encuentra establecido en la ley N° 19.966, el que es de carácter obligatorio. Esta etapa debe cumplirse antes de ejercer la acción judicial en contra de un organismo público o privado, según señala el artículo 43 de esta ley.

El reclamo que se realice en contra el servicio público o de un funcionario, lo debe realizar la parte interesada, por escrito, ante el Consejo de Defensa del Estado, institución que designará un mediador que generalmente es funcionario del mismo Consejo. También puede ser un tercero que cumpla con los requisitos señalados en el artículo 54. Además el mediador debe encontrarse inscrito en el registro de mediadores, debe contar con un título profesional de una carrera de a lo menos 10 semestres en una institución reconocida por el estado, debe contar con 5 años de experiencia laboral y no haber sido condenado a penas aflictivas.

Si el reclamo se dirige en contra de un prestador privado, el interesado deberá dirigirse a la Superintendencia de Salud, donde se le entregará un formulario para que en el describa ordenadamente los hechos de su reclamo. Luego debe elegir dentro del registro de mediadores a cinco de estos. Tras ello, presenta su reclamo ante la oficina de partes, quedando ingresado el reclamo del cual se le dará copia, fijando día y hora para el plazo de respuesta de la Superintendencia, el cual es de 2 meses contados desde el ingreso. En este periodo, se notificará

al médico entregándole copia íntegra de dicho reclamo, quién dentro del periodo de tiempo señalado, deberá la respuesta o en su defecto presentarse a dicha mediación. De no realizarse la mediación, esta se entenderá fallida y si se logra concretar la audiencia, el mediador deberá señalar a las partes cuál es la naturaleza y objetivo de esta, la duración y etapas y que los acuerdos que se suscriban son voluntarios.

La característica de este procedimiento es, privado pero la documentación y pruebas no tienen ese carácter, por lo que pueden ser devueltas en caso de ser requerido, con el fin de ser utilizados en futuras acciones.

Ya sea que se concrete o no la mediación, se levantará un acta, la cuál debe ser firmada por los intervinientes, el que asista, o solo el mediador, en la cual se dará cuenta del resultado.

Si el resultado fue favorable para ambas partes, y en caso de compensación económica, el mismo reglamento de mediación establece que esta no podrá ser superior a las 3500 UTM, esto en caso de fallecimiento del paciente. Las compensaciones pueden ser en dinero o en compensación como prestaciones o servicios, también aceptándose compensaciones de carácter mixto.

VII. CONCLUSIÓN

Como vimos a lo largo de esta tesis, para presentar la carga de la prueba y en miras a una sentencia favorable frente una negligencia médica, se requiere sortear una serie de etapas, como son la mediación, la acción civil y en algunos casos particulares la acción penal.

La mediación es una etapa de carácter obligatorio, anterior a la recurrencia a tribunales, la cual se debe solicitar ante la Superintendencia de Salud, pudiendo tener como resultado un acuerdo entre las partes, lo que evitaría tener que incurrir en la ardua labor de la carga de la prueba, o bien frustrarse, cuando el médico en cuestión, citado, no se presenta a dicha audiencia o desestima las pretensiones del afectado, no logrando conciliar sus peticiones mutuas.

Posterior a la mediación y una vez que se obtiene el certificado de mediación frustrada ante el órgano correspondiente, se puede recurrir a tribunales, presentando en el caso de la acción civil una demanda, sin embargo, antes de interponerla, debemos determinar si esta corresponde a una demanda por causa de un contrato o bien corresponde a responsabilidad extra contractual, ya que dependiendo de aquella determinación, son los requisitos que se deben cumplir ,como por ejemplo, demostrar la existencia un contrato de prestación de servicios e incluso determinar sobre qué parte corresponde la carga de la prueba o el

tiempo de prescripción para la acción. Este tiempo se inicia desde que ha ocurrido el hecho que causa perjuicio, si se interpone la demanda por sede extracontractual el plazo es hasta 4 años, como señala el artículo 2334 del código civil, pero en cambio, si hay contrato de por medio, la sede será contractual, y se computa, al igual que en el caso anterior, desde ocasionado que sea el daño, pero aquí se tendrá un plazo de 5 años. En este caso se funda la demanda por el incumplimiento de dicho contrato.

Finalmente, una vez frustrada la mediación, se puede también recurrir al tribunal de garantía, ante el cual se interpone una querrela, ya sea por haber resultado de lesiones o de muerte del paciente, estimando que la responsabilidad corresponde al médico, en razón de su actuar culpable, ya sea por imprudencia, negligencia, inoperancia o inclusive inobservancia de las normas de su profesión. Si bien la querrela es presentada por la víctima, el proceso siguiente y la acusación dependen en primera instancia de lo que resuelva el fiscal, quien es el llamado a presentar cargos en contra el profesional de la salud. Una vez presentado los cargos es el tribunal quien determina la culpabilidad o no del profesional. Sin embargo, actualmente la ley ofrece soluciones alternativas en favor de la víctima, existiendo entre otras, el acuerdo reparatorio.

Es de suma importancia determinar en qué casos corresponde la carga de la prueba a la parte demandante, dado que esta posee además el estatus de

víctima, encontrarse considerablemente desprovista de información, dado que no cuenta con los años de estudios y experiencia del médico demandado, lo que la hace estar completamente desfavorecida y en un estado de indefensión, frente al cual es indispensable que opere la destreza, astucia y diligencia por parte del abogado demandante, principalmente en cuanto a la presentación de la prueba.

Es además fundamental, la existencia y coherencia en la presentación de la prueba, la cual será la estrategia para lograr la debida convicción del tribunal.

Esto último también será determinado por la sede en la cual se ventile el litigio, puesto que en sede civil, la regla de la prueba tasada limitará las posibilidades probatorias del demandante, equilibrio procesal que solo se verá reestablecido en virtud de una inversión de las reglas del onus probandi, que permite la persecución de una responsabilidad objetiva contractual.

En cambio en sede penal, la amplia libertad probatoria pareciera estar del lado del demandado, dada la presunción de inocencia que le ampara, y que deberá ser desvirtuada por la víctima, con todas las limitaciones antes expuestas.

Finalmente, y acerca del criterio de distribución de la carga de la prueba hoy adoptado en Chile, sus fundamentos y críticas, estarían mas bien respondiendo a la jurisprudencia que a cambios normativos fundamentales.

En este sentido es que proponemos una modificación sustancial en materia probatoria, adoptando las nuevas tendencias doctrinarias existentes al respecto, que se centran en la distribución de la carga de la prueba, como una manifestación elevada al rango de derecho fundamental, que ha de ser tutelada a todo evento, poniendo el derecho al servicio de los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso del equilibrio procesal, el derecho a la acción y la reparación integral del daño.

En ese sentido, al estudiar las diferentes categorías de responsabilidad, hemos podido visualizar sus disímiles consecuencias, según se trate de una obligación de medio o de resultado. En la obligación de medios se presumirá la culpa, permitiendo al deudor exonerarse probando que el incumplimiento se produjo pese haber actuado con la debida diligencia (artículo 1547 inciso tercero del Código Civil); en cambio en la obligación de resultado, basta la verificación del incumplimiento para que se impute el daño causado al deudor, el que no puede alegar que actuó sin culpa y sólo podría exonerarse de responsabilidad cuando acredite que el nexo causal en realidad es debido a caso fortuito, culpa del acreedor o de un tercero.

BIBLIOGRAFÍA

1. <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/03/24/Implantes-mamarios-y-obligacion-de-resultado.aspx>
2. <http://static.elmercurio.com/Documentos/Legal/2016/03/24/20160324113710.pdf>
3. <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/535-solicitud-de-mediacion-por-danos-en-salud-ocurridos-en-establecimientos-publicos-de-salud>
4. <http://www.supersalud.gob.cl/portal/w3-propertyvalue-3340.html>
5. Ley N° 19.966
6. Rodrigo - Agüero, Claudio, Lógica, ciencia y experiencia en la valoración de la prueba, en Revista Chilena de Derecho, 41 (2014)
7. Código Civil
8. Código de Procedimiento Civil

9. Constitución Política de la República

10. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, Obligaciones. Teoría general y clasificaciones, reimpresión primera edición, Ed jurídica de Chile, Santiago, 2006

11. Couture, Eduardo, Fundamentos del derecho procesal civil (3a edición, Buenos Aires, Roque de Palma Editor, 1958), p. 270.

12. Larroucau (2014), pp. 67 y ss.

13. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v31n2/0718-0950-revider-31-02-00029.pdf>

14. <https://definiciona.com/causalidad/#etimologia>