



UNIVERSIDAD FINIS TERRAE  
FACULTAD DE DERECHO  
ESCUELA DE DERECHO

## **RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS, SU REGULACIÓN EN CHILE Y CONTRASTE CON OTRAS LEGISLACIONES**

ANDRÉS ARAYA ÁVILA  
MAURICIO FUENTES MOYA

Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,  
para optar al grado de Licenciado en Derecho.

Profesor Guía: Bracey Wilson Volochinsky

Santiago, Chile

2015

# ÍNDICE

## INTRODUCCIÓN

## MARCO TEÓRICO

### CAPÍTULO PRIMERO: RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS

1. Antecedentes históricos
2. Responsabilidad contractual y extracontractual
3. Naturaleza jurídica del contrato médico

### CAPÍTULO SEGUNDO: DISTINCIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y LA OBLIGACIÓN DE RESULTADOS EN EL CONTRATO MÉDICO

1. Tratamiento nacional
2. Doctrina internacional
  - 2.1. Derecho colombiano
  - 2.2. Derecho argentino
  - 2.3. Derecho francés
3. Jurisprudencia nacional
  - 3.1. En cuanto a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado
  - 3.2. En cuanto al onus probandi
4. Jurisprudencia internacional
  - 4.1. Derecho argentino

### CAPÍTULO TERCERO: CONSENTIMIENTO INFORMADO

1. Tratamiento nacional
2. Doctrina internacional
  - 2.1. Derecho argentino
  - 2.2. Derecho norteamericano
  - 2.3. Derecho español

### **3. Jurisprudencia internacional**

**3.1. En relación al consentimiento informado**

**3.2. En relación a la historia clínica**

## **CAPÍTULO CUARTO: RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO Y LA CULPA**

**1. Tratamiento nacional**

**2. Jurisprudencia nacional**

## **CAPÍTULO QUINTO: DETERMINACIÓN DE LA CULPA, ERRO MÉDICO Y CASO FORTUITO**

**1. Tratamiento nacional**

**2. Doctrina internacional**

**2.1. Culpa médica (derecho argentino)**

**2.2. Iatrogenia (derecho peruano)**

**3. Jurisprudencia nacional**

**4. Jurisprudencia internacional**

**4.1. Derecho peruano**

## **CAPÍTULO SEXTO: CÓDIGO DE ÉTICA DEL COLEGIO DE MÉDICOS**

**1. Ámbito de aplicación**

**2. Normas relevantes**

## **CAPÍTULO SÉPTIMO: LEX ARTIS**

**1. En relación al diagnóstico**

**2. Elementos de la Lex Artis**

**3. Fundamento legal para la valorización de la Lex Artis**

**4. Ámbito de aplicación**

**5. Lex Artis ad hoc**

## **CAPÍTULO OCTAVO: RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ÉQUIPO MÉDICO Y ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS**

- 1. Equipo médico**
- 2. Auxiliares de enfermería**
- 3. Responsabilidad de los establecimientos hospitalarios y sanitarios**

## **CAPÍTULO NOVENO: SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

- 1. Tratamiento nacional**
- 2. Doctrina internacional**
  - 2.1. Derecho argentino**
  - 2.2. Derecho venezolano**

## **CONCLUSIONES**

## **BIBLIOGRAFÍA**

## **JURISPRUDENCIA**

## INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos más interesantes en el estudio del Derecho, se encuentra en el análisis de la actual normativa, en contraposición a una serie de vacíos legales o la existencia de múltiples tendencias que buscan dar solución a situaciones o actividades que en el mundo jurídico pueden tener muchos efectos, y al no estar lo suficientemente reguladas da lugar a diversas interpretaciones doctrinarias, que si bien constituyen un avance en lo que respecta a la evolución y desarrollo del Derecho, también acarrear imprecisiones, criterios disímiles y teorías que no encuentran justa cabida en nuestra legislación.

Dentro del ámbito civil, más precisamente en materia de responsabilidad civil, encontramos una de las áreas más versátiles de nuestro Derecho, ya sea esto producto de nuevas corrientes en materia de Derecho Internacional o bien por los constantes cambios que sufre nuestra legislación de la mano del desarrollo y evolución de nuestra sociedad. Es ahí entonces, donde podemos decir que encontramos la motivación a nuestro trabajo de investigación.

Ahora bien, enfocaremos nuestro interés en aquellos espacios en que nuestra normativa interna no ha profundizado. Se trata de resquicios legales que no satisfacen en su totalidad las múltiples áreas en que puede intervenir la responsabilidad de los profesionales liberales, y que en la actualidad han sido suplidos o interpretados de acuerdo a diferentes criterios doctrinarios.

Hoy en día, es tan amplia la interpretación que puede hacerse en cada caso donde interviene la responsabilidad profesional, que las soluciones que se dan a cada caso concreto, están sujetas al criterio que adopte cada tribunal, ya que los límites para aplicar tal o cual clase de responsabilidad no están lo suficientemente estudiados o delineados como para buscar las soluciones más idóneas, y resulta

un imperativo de nuestro estudio y del Derecho en general, que frente al incumplimiento de las obligaciones exista mayor certeza jurídica en esta materia.

El presente trabajo, tiene por objetivo evaluar la normativa aplicable y los criterios jurisprudenciales en cuanto a su eficiencia e idoneidad para solucionar conflictos en materia de responsabilidad profesional liberal, centrando nuestra atención en la actividad de los médicos y en general la responsabilidad de los profesionales de la medicina.

## MARCO TEÓRICO

La responsabilidad es *"Todo acto voluntario realizado con o sin la intención de producir efectos jurídicos origina para su autor la consiguiente responsabilidad, de manera que - dándose los otros supuestos para su generación -, las consecuencias del acto son imputables a su autor, ya sea en cuando a la reparación del daño que ese acto haya podido producir por el no cumplimiento de las obligaciones contraídas, ya sea por la ejecución del acto mismo o, incluso, por la omisión de un deber o por el ejercicio de un derecho en la formación del consentimiento que dan origen a un daño."*<sup>1</sup>

En virtud de esta definición, podemos clasificar la responsabilidad en **responsabilidad civil** y **responsabilidad penal**. Ninguna de ambas tiene concepto legal, pero en virtud de sus características, podemos definir la primera como la obligación que tiene toda persona de indemnizar los daños que ha causado, sea por el incumplimiento de un contrato o por la comisión de algún otro hecho ilícito. En cuanto a la responsabilidad penal, podemos decir que es la consecuencia jurídica derivada de la comisión de un hecho tipificado en una ley penal por un sujeto imputable, y siempre que dicho hecho sea contrario al orden público, es decir, sea antijurídico; además de punible.

Nuestro objeto de estudio se enmarcará dentro de lo que respecta a la responsabilidad civil, en la cual podemos identificar diversas clases, entre las cuales, la distinción más importante la encontramos entre la **responsabilidad contractual**, que nace cuando el daño resulta de la violación de un vínculo jurídico preexistente entre las partes, o sea, por el incumplimiento de las obligaciones contraídas, y la **responsabilidad extracontractual**, que corresponde a todo

---

<sup>1</sup> ORREGO, Juan Andres, Responsabilidad Extracontractual, 2013, 51 p.

hecho culpable o doloso que cause daño a otro y del cual no existe un nexo obligatorio previo.

Por otro lado, podemos encontrar otras clases de responsabilidad, que no han sido recogidas en su totalidad por nuestro ordenamiento jurídico, tales como la **responsabilidad cuasicontractual**, la que se produce cuando hay un desequilibrio injusto de patrimonios como consecuencia de un hecho voluntario lícito y no convencional. La **responsabilidad legal**, cuando por infracción de un mandato legal se cause daño a otro. Finalmente, como otros tipos de responsabilidad o teorías de estudio más bien recientes, podemos encontrar la **responsabilidad precontractual**, cuando se causa daño a la persona o bienes de otro en el curso de la formación del consentimiento, así como también la **responsabilidad post contractual**, la cual se refiere a daños acaecidos con posterioridad al cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En virtud de lo que comprende nuestro objeto de estudio. la actividad médica y especialmente la responsabilidad que emana de las labores que desempeñan los profesionales de la medicina, la responsabilidad que por regla general emana de esta relación paciente-médico es aquella que se enmarca dentro de la responsabilidad contractual.

En lo que respecta al contrato médico, no hay una normativa uniforme que defina cuál es su naturaleza jurídica, siendo las teorías predominantes, las que definen esta relación jurídica como un **contrato de mandato**, y por otra parte, las que postula que se trataría de un **contrato de arrendamiento de servicios inmateriales**. La aplicación de uno u otro criterio dependerá de las características o circunstancias de cada caso en particular y también de las perspectivas según los sujetos que intervienen en esta relación. Por ejemplo, podríamos encontrar una diferencia en la relación que se da entre la clínica y el médico, en la cual la doctrina mayoritaria define dicho vínculo como un contrato de mandato, a diferencia de aquél que se genera entre el médico y el paciente, en el cual se



tiende a señalar que estaríamos frente a un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.

De acuerdo al artículo 2116, el Código Civil define mandato como *"un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera..."*<sup>2</sup>

Por otra parte, y tratándose del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, el artículo 2006 se refiere a él como *"Las obras inmateriales, o en que predomina la inteligencia sobre la obra de mano, como una composición literaria, o la corrección tipográfica de un impreso..."*<sup>3</sup>

De acuerdo a estas definiciones y enmarcado en lo que se refiere a la responsabilidad de los profesionales liberales, y en el caso de los médicos en particular, la regla general en la relación médico-paciente es que estemos en presencia de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, sin embargo, podemos contrastar ello con otras profesiones liberales, como es el caso de los abogados, en donde la doctrina mayoritariamente considera esta relación abogado-cliente como un contrato de mandato, inclusive en el Código Civil se hace referencia a ello en el artículo 2118 señalando *"Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato"*<sup>4</sup>.

Independientemente de que se considere esta relación profesional-cliente como un contrato de mandato o uno de prestación de servicios, sabemos que dentro de los contratos hay obligaciones que necesariamente deben cumplirse para que este se perfeccione, y es el incumplimiento de estas obligaciones contractuales uno de los requisitos para que se produzca la responsabilidad. Estas

---

<sup>2</sup> Código Civil, 2013.

<sup>3</sup> Código Civil, 2013.

<sup>4</sup> Código Civil, 2013.

obligaciones pueden clasificarse en obligaciones de medios y obligaciones de resultados.

**Las obligaciones de resultado**, son aquellas en que una norma o un contrato obliga a una persona a alguna cosa determinada, sea ésta una acción o una abstención (hacer o no hacer algo). En el caso de los médicos, una obligación de resultado sería por ejemplo, llevar a cabo una cirugía estética, en la que el paciente evidentemente busca un determinado resultado.

**Las obligaciones de medios**, en cambio, son aquellas, en que una norma o un contrato, sólo obligan a actuar con prudencia y diligencia, sin importar el resultado. Las obligaciones de los médicos son por regla general, obligaciones de medios, puesto que gran parte de sus intervenciones están destinadas a llevar a cabo procedimientos y operaciones en las cuales no pueden asegurar un resultado, y por tanto sólo está dentro de sus posibilidades, realizarlas con el mayor cuidado y diligencia.

En el sistema clásico de responsabilidad civil en la tradición occidental, la responsabilidad civil se define por el resultado, esto es, por el daño causado y las consecuencias que un hecho produce para su autor.

El **daño** es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial. Por otro lado, el daño debe ser cierto, no basta un perjuicio eventual o hipotético, lo que no obsta a poder exigir la indemnización por lucro cesante, es decir, la indemnización del daño futuro por lo que deja de percibir la víctima.

El daño puede ser clasificado en daño material o moral. El **daño material**, consiste en un menoscabo o lesión de carácter patrimonial. El **daño moral** en

tanto, consiste en el dolor, la aflicción, en definitiva corresponde al pesar que causa a la víctima la comisión o resultado del hecho ilícito.

Así las cosas, el autor del daño, estará obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados siempre y cuando los perjuicios causados le sean atribuibles. El daño impetrado por el autor puede atribuírsele ya sea por **culpa** o **error**.

La **culpa** consiste en un comportamiento que se aparta de los cánones o formas de actuar en una determinada actividad o arte, ya sea por ignorancia de la técnica apropiada, por impericia o por imprudencia en el acto.

En tanto, el **error** supone un defecto en la aplicación de métodos, técnicas o procedimientos en las distintas fases de la actuación del profesional. No genera responsabilidad, salvo que el defecto implique culpa.

El dolo y la culpa son lo que doctrinariamente se conocen como factores de imputación de la responsabilidad, con lo que es posible concluir que nuestro sistema se basa en la culpa subjetiva o probada.

El Artículo 44 del Código Civil se refiere a tres especies de culpa o descuido, imponiendo un mayor o menor grado de diligencia según el caso. En primer lugar, se refiere a la *culpa grave, negligencia grave o culpa lata*, en segundo lugar, a la *culpa leve, descuido leve o descuido ligero*, después a la *culpa o descuido levísimo*. Finalmente este artículo define el *dolo*.<sup>5</sup>

De acuerdo a la regulación interna que existe en nuestra legislación actualmente, tratándose de los médicos podemos referirnos en primer lugar, a la **Lex Artis**, que proviene del latín "*Ley del Arte*", cual es un conjunto de reglas y procedimientos que determinan la forma en que debe actuar un médico, lo que nos da un parámetro para juzgar si sus prácticas se ajustan a lo que debe o no

---

<sup>5</sup> Código Civil, 2013.

hacerse. Esta norma es sin duda, la más relevante en esta materia, ya que tiene gran aplicación a nivel internacional, así como también es una de las fuentes más utilizadas en la jurisprudencia dentro de la responsabilidad médica, usando los jueces generalmente los criterios contemplados en ella para determinar si hay o no responsabilidad profesional en un caso particular.

Por otra parte, el **Código de Ética**, elaborado por el Colegio Médico de Chile, consagra normas que constituyen un elemento esencial del ejercicio de la profesión médica, ya que la vulneración de éstas afecta tanto a los que son víctimas como a la sociedad en general, lo que en definitiva deteriora la confianza pública en quienes ejercen la actividad médica, elemento que es considerado elemental para el ejercicio de esta profesión.

Asimismo, otras normas de índole más específico en que también encontramos materia relacionada con la responsabilidad de los médicos y de los centros hospitalarios, y que dicen relación principalmente con sus deberes y obligaciones profesionales, las encontramos en **Código Sanitario**, el **Decreto Ley 261 de 1978** y el **Decálogo de Buenas Prácticas Médicas**.

A todas estas normas, se debe agregar lo contemplado en nuestro Código Civil, teniendo como norma principal la denominada fuente de la responsabilidad, que se encuentra en el artículo 2329, el cual señala *"por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta..."*<sup>6</sup>

Además, el artículo 1546, de acuerdo al principio de la buena fe que debe estar presente en los contratos, señala: *"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a los que en ellos se expresa, sino a todas*

---

<sup>6</sup> Código Civil, 2013.

*las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella".<sup>7</sup>*

En cuanto a todas las normas que señalamos anteriormente, se analizará su sentido y alcance, con el fin de determinar los efectos e implicancias que pueden tener éstas dentro de nuestro ordenamiento en cuanto al objeto de nuestro estudio, así como también el análisis de las sanciones y la fuerza obligatoria que tienen dichas disposiciones.

Otra área importante a considerar, es el análisis jurisprudencial tanto a nivel nacional como en el derecho comparado. En el ámbito nacional, se analizará el tratamiento que se le da a los profesionales liberales dentro del marco de la actividad médica, estudio que comprenderá el análisis de la casuística caso a caso y conforme a ello se determinará los criterios o patrones que adoptan nuestros tribunales, haciendo la distinción entre las decisiones y razonamientos que utilizan las Cortes de Apelaciones y La Corte Suprema.

Dentro del derecho comparado, centraremos nuestro estudio doctrinario y jurisprudencial en diversas legislaciones; algunas más avanzadas en la materia, como la de España, Francia y Estados Unidos, pero también la disímil regulación que existe en los países sudamericanos, como Argentina, Colombia, Perú y Venezuela.

En virtud de todo lo expuesto como marco teórico, es que concluirá nuestro estudio con un análisis valorativo de cada tema presentado, en el cual se contrastará o conciliará según sea el caso, la regulación vigente con los criterios jurisprudenciales (nacionales e internacionales), con la finalidad de detectar las deficiencias que nuestro sistema presenta, proponiendo soluciones con el objeto de completar, complementar y unificar el tratamiento que nuestra ley le da al tema de la responsabilidad de los profesionales liberales.

---

<sup>7</sup> Código Civil, 2013

## **CAPITULO PRIMERO**

### **RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MÉDICOS**

#### **1. Antecedentes históricos**

Etimológicamente, el vocablo "responsabilidad" deriva del latín "respondeo", o "responsum" que significa "la habilidad de responder", y desde un punto de vista jurídico corresponde a la obligación de responder por nuestros actos.

De acuerdo a la evolución histórica del concepto, hoy podemos entender la responsabilidad como la obligación en que se encuentra una persona de resarcir o indemnizar cualquier pérdida, detrimento o perjuicio ocasionado por ella.

En la antigüedad, y desde los inicios de las profesiones médicas y sanitarias la responsabilidad encuentra su origen. El Código Hammurabi, creado en el año 1760 a.C por el emperador de Babilonia, constituye una de las recopilaciones de leyes más antiguas y mejor conservadas de la antigua Mesopotamia, y es éste conjunto de normas el que en gran medida ha sentado las bases de la responsabilidad, no tan sólo médica, si no que la responsabilidad profesional en general. A grandes rasgos, podemos decir que este Código sancionaba en base a la Ley del Talión, que consistía en la imposición de un castigo, el cual estaba determinado por el crimen cometido. El término "Talión" proviene del latín "talis" o "tale" que significa idéntica o semejante, y por ende, no se aplicaban sanciones o penas equivalentes, sino que idénticas, y en ese sentido, es de conocimiento popular la insigne expresión "ojo por ojo, diente por diente" que es un fiel reflejo del paradigma imperante en la época. Así las cosas, un médico cirujano, podía perder una o ambas manos en caso de intervenir erróneamente a un paciente, ello con la única finalidad de evitar que siguiese operando y ejerciendo

imprudentemente su profesión. Un arquitecto, cuya construcción se desplome sobre sus ocupantes también es condenado de acuerdo a este pensamiento. En aquellos casos en que los actos profesionales tenían resultados graves muchas veces la condena era la pena de muerte.

Alejandro III de Macedonia (más conocido como Alejandro Magno - Rey de Macedonia desde 336 a.C), también estableció condenas con pena de muerte, más específicamente la pena de crucifixión para el médico que abandonara libre y voluntariamente a un enfermo.

Posteriormente, en el derecho romano, donde la relación médico - paciente era considerada un arrendamiento de servicios, se establecía que el médico era culpable y responsable de los daños cuando estos derivaban del abandono a un enfermo, aún cuando hubiese procedido bien.

En el Fuero Juzgo, cuerpo de leyes que rigió en la península ibérica durante la dominación visigoda elaborado en 1241 por Fernando III, se establecía una condena en que el médico responsable por los daños era entregado a los familiares del enfermo perjudicado para que hicieran justicia por ellos mismo.

En síntesis, y de acuerdo a los parámetros jurídicos con que se sancionaba la responsabilidad profesional en las antiguas civilizaciones, podemos señalar que en este sentido, la responsabilidad tiene por finalidad cumplir principalmente con dos objetivos: En primer término, la reparación del daño causado por parte de quien origina el perjuicio; y por otra parte, sancionar al autor del daño de tal forma de desincentivar la comisión de ciertos delitos. Si esto lo llevamos a la actualidad, en donde las sociedades son cada vez más garantistas con respecto al desarrollo personal y derechos de las personas, todo daño que se sufra es potencialmente indemnizable, y hoy particularmente lo es tratándose de la imprudencia o actuar negligente en el obrar profesional.

En el ámbito de la profesión médica, la Organización Mundial de la Salud (OMS), es un organismo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) especializado en gestionar políticas de prevención, promoción e intervención en salud a nivel mundial. Este organismo define la "Salud" como un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente como la ausencia de enfermedad o de invalidez. Este bienestar implica la adaptación integral del medio físico, biológico y social en que el individuo vive y realiza sus actividades.

La "Praxis Médica" o "Práctica Médica" consiste en cómo se lleva a cabo el ejercicio de la profesión médica y se fundamenta sobre el adecuado conocimiento de las ciencias médicas. Cuando se violan las normas del adecuado ejercicio profesional se configura la denominada "Mala Praxis", "Malpraxis" o "Negligencia Médica", que podemos definir como el acto u omisión mediante el cual el médico o profesional de la salud causa un perjuicio al paciente en el marco de los servicios que presta y como consecuencia de un obrar negligente.

Los reclamos por mala praxis han aumentado en los últimos años en la mayor parte del mundo. Países como España, Alemania, Francia, Estados Unidos, Argentina, Colombia y Venezuela reflejan dicha realidad en materia de responsabilidad profesional. Es cierto que la profesión médica es la más regulada normativamente, además de contar con importante jurisprudencia, pero cada vez hay mayor tendencia a tratar la responsabilidad dentro de otras profesiones, como lo es la responsabilidad del abogado, del periodista, entre otras.

En nuestro país la regulación cada vez es mayor, sobre todo en lo que respecta a la responsabilidad médica.

Como principales causas de este aumento en los reclamos por mala praxis podemos encontrar:



- Los cambios de mentalidad en la sociedad y específicamente en relación con la medicina, ya que podríamos señalar que históricamente hasta la primera mitad del siglo XX existía por parte de la sociedad una mayor resignación ante las distintas enfermedades. En cambio, en la actualidad se ha incrementado la intolerancia a los malos resultados y las personas presumen que prácticamente cualquier mal resultado proviene de un error profesional.
- Antiguamente, la imagen del médico era socialmente muy protegida, principalmente porque era una profesión técnicamente muy bien catalogada y que ejercían muy pocas personas. Hoy en día, hay mayor cantidad de personas dedicadas a la medicina, la competencia laboral es mayor, y los pacientes no temen acudir a uno u otro médico hasta encontrar a quien más confianza le represente.
- Las personas tienen actualmente mayor tendencia a acudir al médico. Muchas pueden ser las razones: El costo en muchos casos es menor y más accesible; la diversidad de enfermedades, tratamientos y medicamentos para tratarlas también aumenta; existencia de una política tendiente a garantizar a toda persona el acceso a la medicina por parte del Estado y organismos públicos, y por otra parte, quienes cuentan con mayores recursos económicos, pueden entender la actividad médica como un servicio en el cual hay plena libertad para escoger con quien atenderse, en qué clínica, etc., todo esto sobre la base de una confianza para con el profesional o el establecimiento.
- El progreso de la medicina, que permite tratar enfermedades que hace poco eran incurables, ya sea por falta de tratamientos idóneos o de fármacos eficientes.

- Los avances realizados en la tecnología sanitaria y el carácter multidisciplinar de la ciencia sanitaria, que la hacen hoy una actividad mucho más compleja y por ende, más susceptible a riesgos.
- En general, la relación médico - paciente hace algunos años era más cercana y de mayor dedicación y minuciosidad por parte del profesional. Actualmente el sistema es más expedito, inmediato y práctico, pero a la vez también constituye un servicio "en serie" e impersonal en la mayoría de los casos.
- El desarrollo científico y en general de la praxis profesional. Esto significa que una conducta correcta hace algunos años, hoy puede perfectamente no serlo, ya que los procedimientos han cambiado.
- Sin perjuicio de todos los avances en la actividad y tecnología médica, la medicina sigue siendo una ciencia no exacta, por lo que entre la apreciación de un médico y otro, puede haber discrepancias en el diagnóstico y tratamiento adecuado para una determinada situación.
- La constante y creciente divulgación (en muchos casos con carácter populista) por parte de los medios de comunicación, tanto de los problemas médicos como de sus soluciones, lo que da lugar a que el paciente considere su curación como un derecho.

## **2. Responsabilidad contractual y extracontractual**

Como ya fue analizado, la responsabilidad en materia civil se distingue entre responsabilidad contractual y extracontractual. Como veremos más adelante, esta distinción es de gran relevancia a la hora de analizar la responsabilidad profesional, principalmente en lo que respecta al "*onus probandi*" o carga de la prueba.

Entre las principales diferencias que existen entre responsabilidad contractual y extracontractual, y que importan dentro de nuestro estudio, encontramos:

### - En cuanto a su origen:

La responsabilidad contractual deriva del incumplimiento de un contrato y supone por ende, la existencia de un vínculo previo entre las partes que intervienen en él. Un ejemplo; el paciente decide acudir a un establecimiento médico determinado y solicita una consulta con un médico en particular con el que lleva años atendiéndose. En dicha relación, es el paciente quien voluntariamente decide con quien contratar, y el médico a su vez acepta. En cambio, la responsabilidad extracontractual proviene de la ejecución de un hecho ilícito, doloso o culpable, en donde no existe un vínculo jurídico entre el autor del daño y el perjudicado.

### - En cuanto a sus elementos subjetivos (dolo y culpa):

En la responsabilidad contractual, esta distinción es de gran importancia, en primer lugar, en lo que respecta a la extensión de la indemnización según exista o no exista dolo, y en segundo término, los grados de diligencia requeridos dependiendo del contrato que se trate pueden diferir. En cambio, tratándose de la responsabilidad extracontractual la distinción entre dolo y culpa carece de importancia.

- Respecto a la gradación de la culpa:

En materia contractual, y de acuerdo al artículo 1547, la culpa admite gradación. En materia extracontractual esto no ocurre.

- En materia de solidaridad:

En materia contractual, la regla general es la responsabilidad simplemente conjunta. En cambio, en materia extracontractual, los autores de un delito o cuasidelito son solidariamente responsables por el daño causado.

- En cuanto al onus probandi o peso de la prueba:

En la responsabilidad contractual el incumplimiento se presume culpable, y toca al deudor acreditar que se debe a caso fortuito o fuerza mayor. Tratándose de la responsabilidad extracontractual, es el acreedor o demandante quien debe acreditar que el perjuicio ocasionado es imputable a dolo o culpa del demandado.

- En cuanto a la prescripción de las acciones:

En la responsabilidad contractual el plazo es de 5 años, contados desde que la obligación se hizo exigible (Artículo 2515 Código Civil)<sup>8</sup>, en cambio, en la responsabilidad extracontractual, el plazo de prescripción es de 4 años, contados desde la perpetración del acto culpable o doloso (Artículo 2332 Código Civil).

- En cuanto a la reparación del daño:

---

<sup>8</sup> Código Civil. 2013

Tanto en la responsabilidad contractual como extracontractual se ha interpretado que cabe la reparación integral del daño, sea éste moral o material. Sin embargo, encontraremos diferencias en lo relativo a las facultades que se le confieren al juez para determinar la responsabilidad. En el caso de la responsabilidad extracontractual, la ley confiere al juez mayor amplitud para fijar el daño y el monto de la indemnización. Distinto es el caso de la responsabilidad contractual, donde la ley obliga al juez a condicionar dichos factores a la utilidad que hubiere prestado a la víctima el cumplimiento de la obligación o del contrato en su caso.

### **3. Naturaleza jurídica del contrato médico**

En virtud de lo analizado, en este punto podemos señalar que si el Contrato Médico, por regla general, lo situamos dentro de la relación de carácter contractual, y considerando la relación médico-paciente que es el objeto de análisis en este punto, tenemos que señalar que la relación jurídica entre ambos tiene las características de ser un contrato atípico o innominado y consensual, en que el consentimiento se manifiesta habitualmente de manera tácita.

Dadas estas características generales, el contrato que nuestra legislación acoge para regular este vínculo, ya que no existe una regulación directa al “Contrato Médico”, es necesario aplicar las reglas generales del Derecho y aplicar por analogía las normas, en primer orden, del contrato de Mandato, y en forma subsidiaria a este se aplica las reglas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en lo que no tuvieren contrario a ellas.

La aplicación de las normas del contrato de mandato se desprende de la aplicación de los artículos 2118 y 2012 del Código Civil, dado que el primero hace referencia a los *“servicios de las profesiones y carreras que suponen largos*

*estudios (...), se sujetan a las reglas del mandato”,* y el segundo señala la aplicación subsidiaria del contrato de arrendamiento de servicios en lo que no fuera contrario a las reglas del mandato.

Otros autores en el ámbito nacional mencionan que también le sería aplicable algunas de las normas del contrato para la confección de obras materiales, pero esto lo restringen sólo a los casos en que medie una obligación de resultados entre el médico y paciente, distinción que analizaremos más adelante.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **DISTINCIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y LA OBLIGACIÓN DE RESULTADOS EN EL CONTRATO MÉDICO**

#### **1. Tratamiento nacional**

El análisis de la distinción entre obligaciones de medio y de resultados resulta de vital importancia dentro del Derecho Civil y específicamente para la determinación de la responsabilidad civil que pueda surgir por la falta de diligencia de un médico en el ejercicio de su profesión. Ahora bien, este panorama en el derecho chileno no ha tenido gran recepción debido a los escasos estudios e investigaciones del tema, que redundan en una exigua aplicación jurisprudencial de la misma, por lo que se hace necesario realizar un estudio profundo de nuestro sistema para encontrar los matices legales que permitan fundamentar la utilización de esta distinción.

Como señalamos en el marco teórico, la distinción radica en la finalidad de la relación contractual: si esta tiene un fin concreto y deseado por el paciente (obligación de resultado) o si se compromete el médico a actuar con la debida diligencia para sanar al paciente (obligación de medios).

Esta distinción en materia de culpa, sirve para determinar las responsabilidades que puedan recaer sobre el profesional según si la relación médico-paciente se encuentra dentro de uno u otro tipo de obligación.

En el derecho chileno no existe un reconocimiento expreso a esta clasificación, ya que éste aplica de manera estricta las reglas que contemplan los arts. 1547 inc. 3 y el 1698 del Cód. Civil, y en los cuales no se hace referencia alguna a la distinción que señalamos. Estos artículos constituyen una responsabilidad por culpa presunta como regla general en materia contractual, ya

que el primero de estos señala en su inciso tercero que *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.”* En virtud de lo citado, se puede confirmar en primer lugar que el código no hace mención expresa a la distinción que nos convoca, y además señala que en cuanto a la carga de la prueba, el paciente sólo debe probar el incumplimiento de la obligación contractual, dejando al doctor la carga de probar que ha actuado con la debida diligencia debida según los parámetros que fija la Lex Artis, concepto que analizaremos más adelante.

Con este artículo se produce una **inversión de la carga de la prueba en favor del paciente** o acreedor en este caso, ya que sólo le bastaría probar el incumplimiento en que ha caído el médico, a consecuencia de la relación contractual que como definimos anteriormente, es la que rige por regla general esta relación médico-paciente. Entonces se dice que hay una inversión de la carga de la prueba por que la regla general la encontramos en el artículo 1698 del Código Civil, el cual señala que *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*, y por lo tanto en este caso eso no se cumple ya que el paciente es quien alega el incumplimiento pero es finalmente el médico quien debe probar que ha actuado con la debida diligencia a consecuencia de la aplicación del Art 1547 Inc. 3ro.

Sin embargo la doctrina no ha quedado conforme con el tratamiento mencionado anteriormente, y por lo tanto han surgido nuevas visiones modernas en relación al tema, y una de estas es lo que menciona el profesor Hugo A. Cárdenas, quien señala que el Art 1547 del CC *“no contiene un principio general aplicable a todo tipo de obligaciones contractuales”*, y que por lo tanto se está haciendo una aplicación extensiva de ese artículo al caso del contrato médico y por lo cual de esta afirmación se desprende que lo que postula este profesor es que esta inversión de la carga de la prueba no es aplicable a las obligaciones indeterminadas de actividad (obligaciones de medio), pero si sería aplicable a las obligaciones de resultado.



Además otro argumento que se establece por esta doctrina, dice relación con los artículos 2118 y 2158 del Código Civil, y que se encuentran dentro del ámbito de regulación del contrato de mandato, y que como ya señalamos, es la regla general como norma subsidiaria que se utiliza para regular el contrato médico. El primero señala que *“los servicios las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar a otra persona respecto de terceros, deben regirse por las reglas del contrato de mandato”*, además cabe señalar que la doctrina esta conteste en aplicar este artículo a la responsabilidad profesional. El segundo artículo, el 2158 del CC, fija las obligaciones del mandante, ya que dispone:

*“No podrá el mandante dispensarse de cumplir con estas obligaciones alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito o que pudo desempeñarse a menos costos, salvo que pruebe la culpa”*.<sup>9</sup>

De estos dos argumentos presentados se puede inferir que razonan de forma totalmente opuesta al principio de la culpa presunta, que se trata de imponer como general y que señala el Art. 1547, pues presumen que el mandatario obró con diligencia y cuidado, aunque los resultados materiales del mandato no hayan tenido éxito para el mandante. Por lo mismo, aunque el resultado no se haya obtenido, el mandante no puede alegar el incumplimiento culposo del mandatario sino acredita su culpa. Por eso en este caso se entiende que se vuelve a la regla general del artículo 1698 del Código Civil y que por tanto quien alega el incumplimiento tiene que probar que el médico ha obrado con falta de diligencia o cuidado.

Si bien es cierto que el artículo 2158 del CC exige al acreedor paciente que pruebe la culpa del mandatario, el mismo no puede ser aplicado con carácter general a todos los casos de responsabilidad médica, puesto que fue diseñado para ciertas situaciones que tienen como presupuesto que el asunto

---

<sup>9</sup> Código Civil, 2013.

encomendado al mandatario/médico haya sido efectivamente ejecutado. No se podría aplicar a los casos en que el médico no llega a operar, ni cuando interviene tardíamente, ni en general cuando la obligación que se incumple es de resultado.

Ya que todo esto es aplicable a las profesiones que involucran “largos años de estudio” tales como la abogacía, arquitectura y el que nos convoca como la medicina, puede entonces advertirse la relevancia que tiene una interpretación como la que se quiere proponer acerca del artículo 1547.

Se señala que en materia médica, la regla general es que las obligaciones del profesional de la salud sean de medios, esto es: “*que se obligue a proporcionar al enfermo todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia y no a curar al enfermo*”<sup>10</sup>. Esto implica que conforme a lo señalado anteriormente, si aplicamos en nuestro derecho la distinción entre las obligaciones de medio y las obligaciones de resultado, en este caso , al paciente o acreedor entonces le compete probar que el médico no ha actuado con los cuidados y diligencia que exige su profesión, siguiendo con ello la regla general en materia de carga de la prueba que señala el artículo 1698 del Código Civil, no realizándose con ello la inversión de la carga de la prueba que propone el Art. 1547, que de cierta forma resulta más favorable para el paciente, pero profundamente perjudicial para el médico, quien debe afrontar una presunción de culpa en su contra.

Por último cabe recordar, que el hecho de que por regla general la carga de la prueba de la culpa recae sobre el paciente/victima (generalmente el facultativo asumirá una obligación de medios), no debe llevar a pensar que éste se encuentra en una situación muy desfavorable. Como hemos visto, los jueces cuentan con instrumentos como las presunciones judiciales, que les permiten alivianar la aparente dificultad con que se encuentra el paciente de tener que probar la culpa.

---

<sup>10</sup> DE LA MAZA, Gazmuri, Iñigo, Responsabilidad Médica, Ediciones Universidad Diego Portales, 2007. 221 p.

El constante aumento de las condenas en contra de facultativos y de centros hospitalarios es una muestra de ello.

## 2. Doctrina internacional

### 2.1. Derecho colombiano

En la actualidad, la gran cercanía entre los derechos chileno y colombiano transforma en recíprocamente útiles los trabajos de doctrina realizados sobre el Código en estos países, así como los fallos de sus tribunales.

Desde esta perspectiva, y en atención a las controversias comunes que tanto el derecho chileno como el colombiano han enfrentado a la hora de dar cabida a la distinción obligaciones de medio/resultado. Y dentro de esta distinción, la principal dificultad que la recepción de la distinción ha encontrado en ambos derechos es el régimen probatorio de la culpa.

Prueba de esto último es que tanto el ordenamiento jurídico colombiano en su artículo 1604.3 del Código Civil como el chileno en su artículo 1547.3 del mismo cuerpo legal cuentan con una regla que incide sobre la prueba de la culpa. Los artículos citados prescriben que *“La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”*.

Tanto para la doctrina colombiana como para la doctrina chilena, esta norma contiene un principio general de **presunción de culpa** en materia contractual, pero la diferencia se encuentra en que el derecho colombiano, en las normas acerca del contrato del mandato, no hay una similitud en cuanto a la normativa chilena, ya que esta (Colombia) no hace aplicable por similitud el contrato de mandato al contrato médico, y por lo tanto no permite de forma armónica hacer aplicable la doctrina chilena en cuanto al hacer la distinción de obligaciones de

medios/resultados en base a lo señalado en las normas del mandato como contrato subsidiario.

Por cuanto el derecho colombiano ha adoptado como solución introducir dentro de su Código Civil un tratamiento especial al contrato médico, cosa que no sucede dentro de nuestra legislación, y por cuanto no se hace necesario la aplicación subsidiaria de ningún contrato ya que este por si sólo tiene su propia regulación del CC colombiano.

En esta se definen aspectos importante como su ámbito de aplicación, sus efectos y sanciones aplicables, todo esto sumado al artículo 1604.3 que es el símil al artículo 1547.3 chileno, en donde se desprende la culpa presunta como la regla general, pero se determina en el derecho colombiano varias excepciones ante esta regla general, como es el caso de que no se haya llevado a cabo una intervención quirúrgica a tiempo a consecuencia de hechos o circunstancias naturales.

Todo esto sirve para contraponer otras legislaciones que pueden parecer muy similares a la chilena en cuanto a sus artículos y problemáticas generales, pero que han adoptado soluciones diferentes a la que nuestra doctrina y tribunales han ido adoptando a lo largo del tiempo.

## **2.2. Derecho argentino**

En un comienzo la carga de la prueba profesional estaba a cargo del reclamante, quien podía ser el paciente o sus familiares, y al respecto no se admitían excepciones. A posteriori, fines de la década del 80, y por influjo de la doctrina y jurisprudencia extranjera se comenzó a aplicar la doctrina de las **cargas probatorias dinámicas**, encontrándose algunos antecedentes jurisprudenciales

que lisa y llanamente invertían la carga de la prueba de la culpa, poniendo en cabeza de los profesionales la prueba de su obrar diligente como regla general, apareciendo con ello una interpretación similar como ocurre en Chile a causa del Art. 1547.3 y su culpa presunta.

En la actualidad se ha llegado a un punto medio según el cual la regla sigue siendo que la culpa profesional debe ser probada por quien la alega, esto es el paciente o sus herederos. No obstante ello, en situaciones excepcionales se admite la aplicación de la doctrina de las cargas probatorias dinámicas que pone la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejores condiciones para acreditar determinados hechos. Asimismo se suele recurrir a la aplicación de la prueba de presunciones que por lo general están admitidas en los códigos procesales.

En cuanto a la distinción de la obligación de medios/resultado, la jurisprudencia del vecino país es constante en señalar que en el caso de los profesionales del arte de curar, la prestación comprometida es de medios, y la excepción la constituyen las obligaciones de resultado y se emplea para ejemplificarlo el caso de las cirugías estéticas.

### **2.3. Derecho francés**

La comparación con el código francés nace en virtud de que Andrés Bello se basó en éste para redactar nuestro código civil. Nuestro legislador siguió casi al pie de la letra lo redactado por Pothier en el *Code*, pero hizo dos variaciones que son finalmente la raíz de nuestro problema: por un lado introdujo el artículo 1547 del CC, y por otro, suprimió las rúbricas en las que el codificador francés dejaba en claro a qué tipo de obligaciones se estaba refiriendo.

Al realizar la comparación entre las dos fuentes doctrinarias (CC.CH y CC.FR), uno puede inferir que Bello tomo al menos el inciso 1° del artículo 1547 del CC.CH, y con ello se corrobora que el autor francés no daba aplicación general a la regla que contenía la tripartición de las culpas, refiriéndola únicamente a las obligaciones de dar y, que aun dentro de estas obligaciones, el insigne jurista reconocía numerosas excepciones a la aplicación de la regla. Esto lo podemos observar en el Artículo 1136 y 1137 del Código Civil Francés:

*“Artículo 1136<sup>11</sup>: la obligación de dar comportará la de entregar la cosa y la de conservarla hasta la entrega, bajo pena de indemnización por daños y perjuicios hacia el acreedor*

*Artículo 1137<sup>12</sup>: la obligación de velar por la conservación de la cosa, bien que el acuerdo tuviera por objeto sólo la utilidad para una de las partes o bien la utilidad común, someterá a quien esté encargado de ella al deber de aportarle todos los cuidados de un buen padre de familia*

*Esta obligación se extenderá en mayor o menor medida a ciertos contratos, cuyos efectos, a este respecto, se explicarán en los títulos correspondientes a los mismos.”*

Al realizar la comparación del Art. 1137 del código francés con el mencionado Art 1547 del código chileno, se puede observar que la obligación de conservar la cosa existe siempre que se emplee en su custodia el cuidado de una buen padre de familia; pero esta obligación es más o menos estricta según la naturaleza del contrato. El deudor nunca es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa, si hubiese sido entregada al acreedor), o que se haya obligado a ello expresamente, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa) no queda

---

<sup>11</sup> Código Francés, 2013.

<sup>12</sup> Código Francés, 2013.

dudas de que se trata de la misma regla, aunque en el Código chileno se le hayan suprimido los acápites.

### 3. Jurisprudencia nacional

#### 3.1. En cuanto a la distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado

Con el afán de demostrar la acogida que ha tenido esta distinción de forma material en los fallos que se han dictado por los tribunales, es que vamos a citar un fallo emitido por la Corte Suprema el 12 de Septiembre de 2011, Rol 2314-10, entre las partes Cortes Morgado, Jenny c/ García Brito, Fernando .

El caso trata de la presentación de una demanda de indemnización de perjuicios a consecuencia del incumplimiento del contrato de prestación de servicios médicos, ya que se realizó una cirugía estética que no tuvo los resultados esperados por la demandante.

En razón de esto, el tribunal en su Considerando primero señala que:

*“Seguidamente, manifiesta que en **el caso de cirugías** estéticas o plásticas no reconstructivas o reparadoras, **no puede aplicarse el mismo criterio de las obligaciones de medios**, pues la **finalidad** perseguida no es el restablecimiento de la salud, sino que el mejoramiento estético y que, aun cuando en el caso de autos, todo aquello que comprendía obligaciones de medios se encuentra cumplido, el resultado de la operación fue, en palabras de una testigo: "horroroso, traumante, impactante", siendo ese resultado una parte del contenido contractual, constitutivo de la causa que motivó a la actora a contratar.*

*Sobre esto último, agrega que el demandado confesó que publica fotos de un "antes" y un "después", y la razón de ello es que el motivo del negocio para el acreedor es que exista un antes, estéticamente desfavorable y un después, estéticamente favorecido, circunstancia que evidencia que el resultado de la cirugía plástica se encuentra en el contenido de la obligación.*

*Afirma que, precisamente, su parte contrató con el demandado porque se le ofreció un mejoramiento y, en ese contexto, era carga de la paciente probar que el médico cumplió con el encargo en forma negligente. Sin embargo - prosigue la recurrente -, al tribunal de alzada no le importa el resultado, aunque en rigor, en este tipo de contratos, el resultado es lo más relevante, dado que es el motivo de la contratación y, es por ello, que asigna a la actora que no probó la insuficiencia de los medios o las infracciones a la técnica o las reglas de la profesión.”<sup>13</sup>*

Con esto se demuestra que nuestros tribunales han ido aceptando con el tiempo esta distinción entre ambas obligaciones, razón por la cual habrá que distinguir siempre si estamos frente a una obligación de medios/resultado para determinar la culpa y responsabilidad que le compete un médico y para ver finalmente a quien le corresponde probar la culpa: si a quien la alega (obligaciones de medios) o a quien tenía la obligación de actuar con la debida diligencia (obligaciones de resultados).

### **3.2. En cuanto al onus probandi**

Haremos mención del fallo dictado por la Corte Suprema, el 30 de marzo de 2009, dictado en la causa “Vega Lizana, Patricia A. c/ Castillo Cádiz, Octavio A.” | con respecto a un recurso de casación en el fondo.

---

<sup>13</sup> Corte Suprema, 12 de Septiembre de 2011, Rol 2314-10, Caratulados Cortes Morgado, Jenny c/ García Brito, Fernando.



Se presenta una demanda por indemnización de perjuicios en contra del profesional de la salud. La acción se sustenta en la responsabilidad contractual del profesional médico quien no se ajustó a los procedimientos de la Lex Artis, ya que debió practicar una intervención quirúrgica para tratar una incontinencia urinaria y le produjo una perforación de la vejiga y alegó caso fortuito en la complicación de la evolución de la instalación de la malla de TVT surgida a la actora, lo que no fue probado y además el médico tratante no informó a la paciente de los riesgos de la cirugía, como tampoco utilizó las herramientas que la técnica le ofrecía, ni requirió la opinión de otros facultativos, por lo que se encuentra justificado el acto de imputación de responsabilidad.

En primera instancia la demanda se rechaza, se apela sobre la sentencia y se confirma lo señalado por el tribunal de primera instancia, por lo que se recurre finalmente a interponer un recurso de casación en el fondo por la vulneración de los artículos 1698 y 1547 en relación con el artículo 2129 del Código Civil.

En este caso se entiende vulnerado el Onus Probandi, cuando, tal como aconteció en el caso, se impone la carga de la prueba a quien no corresponde que efectuó dicha actividad. Dicho falta se puede evidenciar en el Considerando Primero, en su inciso 3ro, en el cual la actora señala su fundamento:

*“De conformidad al inciso 1° del artículo 1698 del Código Civil, continúa la recurrente, correspondía al demandado probar la diligencia o cuidado empleado, como, asimismo, el caso fortuito por él alegado. Sin embargo, agrega, el fallo impugnado, habiendo dejado sin efecto la prueba en virtud de la cual el sentenciador de primera instancia logró su convencimiento, procedió sin explicación alguna a confirmar la sentencia apelada, lo que se opone a la regla básica del onus probando establecida en la norma antes citada”*

La actora basa su argumento en que el artículo 1698 entrega la carga de probar el caso fortuito a quien lo alega, en este caso el médico, pero éste no lo hace ya que

sólo presenta prueba de testigos, los cuales no tienen el valor probatorio suficiente para acreditar un hecho o situación determinada en este caso, que sería la diligencia o debido cuidado del médico al ejecutar el procedimiento en cuestión.

A pesar de lo antes mencionado, el tribunal considera que sí se da pleno cumplimiento a lo señalado en el artículo 1698, como señala en el Considerando tercero:

*“Tercero: Que en tanto se trata el presente de un caso de responsabilidad contractual, por incumplimiento de una de las partes de las obligaciones que le impone la convención, correspondía a la parte demandante, de conformidad a la regla que al efecto prescribe el inciso 1° del artículo 1698 del Código Civil, probar la existencia de la fuente de la obligación, esto es, del contrato del que emana la prestación que denuncia incumplida y, en cuanto el mandato reviste, por naturaleza, el carácter de contrato bilateral, que ha solucionado a su vez las obligaciones que a ella le impone este acto jurídico, o estar llana a cumplirlas. Satisfechas las exigencias anteriores, el peso de la prueba, de acuerdo al mismo precepto citado en el párrafo precedente, se traslada al deudor, quien debe acreditar que esa obligación que se le imputa incumplida se encuentra pagada o extinguida por alguno de los otros modos que prevé el artículo 1567 del aludido cuerpo legal.”*

Y sobre esta misma base, en el Considerando quinto se pronuncie directamente sobre el onus probandi, al señalar que:

*“Quinto: que, en efecto, de conformidad a la norma citada en el párrafo precedente, incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta. Reiteradamente esta Corte Suprema ha sostenido que la regla anterior se infringe en tanto el fallo imponga la carga de demostrar la existencia de la obligación a parte distinta de aquélla que la alega o, por la inversa, cuando exige al acreedor demostrar que la prestación no ha sido satisfecha.*

*Pues bien, en el caso de autos la regla sobre el onus probandi habría sido efectivamente transgredida si los sentenciadores hubieran requerido de la demandante que acreditara que el médico demandado no satisfizo debidamente las obligaciones que le imponía el contrato de prestación de servicios médicos. Sin embargo, como ha resultado patente de la transcripción del razonamiento respectivo, los jueces en todo momento mantuvieron el peso de la prueba en el deudor, dando con ello correcta aplicación al precepto que se alega infringiendo”<sup>14</sup>*

En base a este pronunciamiento, se demuestra claramente la posición de la corte, ya que reafirma su convicción de que la carga de la prueba debe recaer en el demandado, quien debe probar la existencia de caso fortuito que lo exime finalmente de toda responsabilidad. Al demandante solo le compete la prueba de la obligación y los daños, pero eso no es suficiente para acreditar la falta de diligencia del médico.

Con esta convicción, la Corte hace una aplicación apegada a texto legal, dejando sin mayores opciones al paciente de poder accionar frente al médico, quien siempre tiene las mejores opciones de recabar prueba a su favor, a pesar de eso, consideramos que se hizo una incorrecta defensa al acreditar la debida diligencia y el caso fortuito sólo por los meros testigos, cuestión que resulta profundamente injusta para el paciente ya que los profesionales que deben haber atestiguado deben tener alguna relación con el médico de la institución, ya que deben haber sido participes en el procedimiento médico que debe haber llevado a cabo.

Finalmente el tribunal desestima el recurso de casación en el fondo y confirma por tanto la sentencia de primera instancia. Lo interesante es que hubo un voto disidente del Ministro señor Muñoz, quien sí está de acuerdo con que hubo una clara vulneración a la Lex Artis por parte del médico tratante, quien no previó los riesgos que involucraba esta intervención quirúrgica, además de no informar oportunamente al paciente de éstos.

---

<sup>14</sup> Corte Suprema, 30 de marzo de 2009, Caratulados “Vega Lizana, Patricia A. c/ Castillo Cádiz, Octavio A.

El fundamento de la inversión de la carga de la prueba es favorecer a la parte más débil de la relación contractual, en este caso el paciente, pero sin duda en este caso en particular el daño no fue suficiente por parte del paciente para acreditar la negligencia o falta de cuidado del galeno, habiendo una clara vulneración de la Lex Artis, que el tribunal no estimó como tal producto de las declaraciones prestada por los testigos.

#### 4. Jurisprudencia internacional

##### 4.1. Derecho argentino

**En cuanto al Onus Probandi**, puede citarse un valioso precedente de la Sala D de la Cámara Nacional Civil de fecha 16 de Julio de 1998 dictado en la causa “Contreras, Juan c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, en el fallo citado, entre otras consideraciones se expresa:

*“En materia de responsabilidad médica y a consecuencia de que el deber jurídico central asumido por el facultativo es por lo general de actividad, en principio incumbe al paciente (pretensor) la carga de demostrar la culpa de aquel (demandado). No basta pues, con revelar la mera infracción estructural, o sea , la causación del daño médico para deducir **sic et simpliciter**, el elemento subjetivo (culpa), aunque tal transgresión al **alterum non leadere** provoque antijuridicidad, que es asunto diverso.... Cuando la responsabilidad profesional se funda en la culpa, ésta debe ser en principio probada por el autor, sin perjuicio de que el juez tenga en cuenta la importancia de las presunciones judiciales, y del concepto de carga probatoria dinámica, cuyo funcionamiento es excepcional, que hace recaer*

*la carga de la prueba en cabeza de aquel que se encuentra en mejor situación para probar”* <sup>15</sup>

En base a lo citado podemos señalar que en Argentina se aplica finalmente un carácter mixto, en donde en un comienzo se rige por la regla general y la carga de la prueba recae en quien alega la culpa del médico. Pero a diferencia de Chile, en el vecino país se ha implementado un concepto de **carga probatoria dinámica**, que lo que hace es finalmente invertir la carga de la prueba en quien se esté en una mejor posición para probar un determinado hecho. Eso hace asemejar un poco a la interpretación inicial que se aplica en Chile en el Art 1547, y que por el cual los médicos debían probar que actuaron con la debida diligencia. Criterio que con la nueva reinterpretación del Art 1547 que se pretende implementar, y con la integración de la distinción entre las obligaciones de medios/resultado, se busca finalmente diferenciar en qué casos se va aplicar la regla general de la carga de la prueba y en cuales se va invertir.

---

<sup>15</sup> Cámara Nacional Civil, 16 de Julio de 1998, Caratulados “Contreras, Juan c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

## CAPÍTULO TERCERO

### CONSENTIMIENTO INFORMADO

#### 1. Tratamiento nacional

En la antigüedad, y hasta hace no muchos años atrás, la figura del médico era muy enaltecida y respetada socialmente. La relación entre médico y paciente era extremadamente paternalista, en el sentido de que el médico ejercía su profesión actuando de acuerdo a lo que él estimaba más conveniente, prescindiendo en muchos casos de la voluntad de sus pacientes, quienes se sometían completamente a las indicaciones y tratamientos determinados por el médico, sin mediar cuestionamientos ni mucho menos acusaciones de responsabilidad.

Hoy en día, y como consecuencia de los avances en la tecnología médica, el desarrollo de la sociedad, y el más expedito y completo acceso a la información, esta tradicional visión del vínculo médico - paciente ha cambiado, y es que en la actualidad, ante una intervención médica, el paciente exige mejores resultados, la debida diligencia y los procedimientos más idóneos que lo lleven a restablecer su salud. Los pacientes tienen cada vez menos tolerancia a los fracasos, errores, opiniones o indicaciones del médico tratante, y evidentemente, aunque el paciente no tenga los conocimientos ni la erudición de un profesional de la medicina, se justifica esta exigente actitud por distintas consideraciones.

En primer lugar, las personas hoy cuentan con un importante acceso a la información, ya sea sobre enfermedades, síntomas, posibles tratamientos, entre otras. Por otra parte, los importantes avances en la medicina y el acceso a nuevas tecnologías (principalmente desde la Segunda Guerra Mundial) han influido positivamente en esta profesión, de manera tal que cada vez son mejores los

diagnósticos, recetas y procesos para la cura de enfermedades de las personas. Por último, producto de la globalización y existencia de múltiples métodos y progresivos estudios médicos, las formas de actuar ante determinadas circunstancias cada vez son mayores y muchas veces se ofrecen al paciente una gran variedad de opciones para tratar o sanar una molestia o una enfermedad.

La asimetría de este vínculo ya no es la misma de antaño, y los pacientes hoy pueden acceder a una serie de artículos médicos e información sobre los problemas que los aquejan, y aún cuando muchas veces no tienen el conocimiento ni estudios necesarios para entender la medicina, estos avances sin duda que les permiten conocer y entender en forma más detallada sobre su situación, lo que los deja en una mejor posición para exigir mejores resultados y la debida diligencia empleada en los distintos procesos o etapas de intervención médica.

Podemos definir el **consentimiento informado** como aquel derecho que tiene el paciente a aceptar o rechazar una indicación, tratamiento o intervención médica, en la medida en que la información le haya sido entregada en forma adecuada, necesaria y oportuna.

Al respecto, encontramos el artículo 105 del Decreto 42 de 1986 del Ministerio de Salud, que indica:

*"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 el pronóstico probable de su enfermedad, las medidas terapéuticas o médico-quirúrgicas que se les aplicarían 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".*<sup>16</sup>

El consentimiento informado entonces, debe traducirse en un diálogo entre el profesional de la salud y su paciente (o el representante legal de éste), en el cual el primero debe informar y explicar al paciente en un lenguaje comprensible acerca de los procedimientos a realizar, considerando en su caso los potenciales beneficios y resultados, los riesgos de una intervención, y así también de las consecuencias de no someterse al tratamiento. Sólo una vez desarrollado este diálogo, y luego de haber sido satisfechas las interrogantes del paciente, éste último se encontrará en condiciones de manifestar su consentimiento en forma libre y espontánea.

Este consentimiento se puede dar en forma tácita, verbal o escrita, y salvo determinadas excepciones, el médico no podrá realizar una intervención sin el consentimiento del paciente o de su representante. Por ende, si el profesional de la salud no cuenta con el consentimiento del paciente, deberá abstenerse de actuar, salvo que se den las siguientes situaciones de excepción:

- Cuando suponga un riesgo para la salud pública, debiendo dejarse constancia de ello en la ficha o historia clínica de la persona.
- En aquellos casos en que la condición de salud del paciente es de riesgo vital o de tal gravedad, que la atención médica resulte impostergable y requiera llevarse a efecto en forma inmediata, no pudiendo el paciente manifestar su consentimiento para aceptar la intervención.
- Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal, por no existir o por no ser habido.

---

<sup>16</sup> Decreto 42 de 1986 del Ministerio de Salud, Art. 105.



En cuanto al titular de este consentimiento, nos hemos referido sobre el supuesto de que se trata de personas mayores de edad. En el caso de los pacientes menores de edad (entendiéndose por tales los impúberes, es decir, mujeres menores de 12 años de edad y varones menores de 14 años), serán siempre sus padres, adoptante o representante legal quienes deberán manifestar su consentimiento. En el caso de las mujeres mayores de 12 y de los varones mayores de 14 años de edad, la legislación vigente les reconoce un margen de capacidad a través de la ratificación por Chile de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la cual señala que todo niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio tiene el derecho de expresar su opinión y ser oído en todos los asuntos que le afecten.

En la actualidad, la dignidad de una persona es un derecho indiscutible que tiene resguardo dentro de los tratados más importantes sobre derechos humanos, y dentro de ellos, está el consentimiento informado. En nuestro país, todo lo relacionado con la información médica recibe un tratamiento poco específico y las normas que resguardan los derechos derivados de la relación médica lo hacen de manera más bien indirecta y no se encuentran amoldados precisamente para asegurar la satisfacción de estos derechos.

Dentro de las pocas materias que se encuentran mayormente reguladas en nuestra legislación encontramos el **principio de la confidencialidad de la información médica**. Este principio tiene su fundamento, en primer lugar, en la Constitución Política de la República en el artículo 19 n°4 que consagra 4° el respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia. Para afirmar que la confidencialidad de la información médica se encuentra resguardada dentro de este artículo, debemos entender la vida privada como el conjunto de asuntos, conductas, documentos, comunicaciones, imágenes o recintos que el titular del bien jurídico protegido no desea que sean conocidos por terceros sin su consentimiento previo.

Nuestra legislación protege la confidencialidad de la información médica en diversas normas de distinta naturaleza (civil, penal, administrativa), dentro de las cuales encontramos entre otras:

- El derecho a solicitar entrega de información por parte del titular de la información médica.<sup>17</sup>
- Carácter de reservado de la información médica confidencial, registros, libros, fichas clínicas y documentos en poder de clínicas y hospitales.<sup>18</sup>
- Carácter de reservado de las recetas médicas y análisis o exámenes de laboratorios clínicos<sup>19</sup>.
- Delito del médico que revela información médica confidencial sancionado con reclusión<sup>20</sup>.
- Facultad de los fiscales de realizar diligencias tendientes a la obtención de información para investigar posibles delitos<sup>21</sup>.
- No están obligados los médicos a declarar como testigos respecto de información médica confidencial en procesos penales.<sup>22</sup>

Sin perjuicio de la existencia de toda esta normativa tendiente a resguardar el principio de confidencialidad de la información médica, existen situaciones en las que el médico podrá revelar la información médica e incluso encontrarse obligado a hacerlo.

---

<sup>17</sup> Ley 19.628 sobre protección de la Vida Privada, Art. 2 Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, DS 161, Art. 17).

<sup>18</sup> Reglamento de Hospitales y Clínicas Privadas, DS 161, Art. 22 y 134.

<sup>19</sup> Código Sanitario, 2013, Art. 127.

<sup>20</sup> Código Penal, 2013, Art. 247.

<sup>21</sup> Nuevo Código Procesal Penal, 2013, Art. 9.

<sup>22</sup> Nuevo Código Procesal Penal, 2013, Art. 303.

### Estarán facultados para revelar la información:

- Cuando en ello consienta el titular de los datos, pudiendo emplearlos el receptor únicamente para los fines solicitados.<sup>23</sup>
- Cuando se justifique la utilización de la información médica para consultar a otros médicos y cuando la enfermedad o tratamiento así lo requiera.<sup>24</sup>
- Para defenderse de una acusación por parte de su cliente, siempre que diga directa relación con su defensa.<sup>25</sup>
- Para informar a su abogado bajo secreto profesional.<sup>26</sup>

### Estarán obligados a revelar información

- Cuando exista orden de un tribunal, en cuyo caso los fiscales sólo podrán solicitar información confidencial al médico con la respectiva autorización judicial.<sup>27</sup>
- Cuando el médico perciba en una persona o cadáver señales de envenenamiento o de otro delito.<sup>28</sup>
- Cuando ha ingresado a las dependencias del hospital o clínica un paciente lesionado de significación.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Ley 19.628 sobre Protección de la Vida Privada, Art. 4, 5 y 8.

<sup>24</sup> Código de Ética del Colegio Médico de Chile, 2011, Art. 44.

<sup>25</sup> Código de Ética del Colegio Médico de Chile, 2011, Art. 11.

<sup>26</sup> Código Penal, 2013, Art. 231.

<sup>27</sup> Nuevo Código Procesal Penal, 2013, Art. 9.

<sup>28</sup> Nuevo Código Procesal Penal, 2013, Art. 175.

- Cuando el médico asista a personas que padezcan de una enfermedad transmisible sujeta a declaración obligatoria.<sup>30</sup>
- Cuando el médico asista a enfermos venéreos.<sup>31</sup>
- Cuando el médico asista a enfermos venéreos contagiosos que se nieguen a seguir el tratamiento necesario.<sup>32</sup>
- Cuando el médico asista a pacientes intoxicados con pesticidas.<sup>33</sup>

## 2. Doctrina internacional

### 2.1. Derecho argentino

Actualmente, y a pesar de que cada vez es más común encontrar pronunciamientos judiciales y de la doctrina sobre el consentimiento informado dentro del marco de la responsabilidad profesional, aún no existe claridad o un criterio uniforme respecto a dentro de qué márgenes el profesional de la salud debe informar al paciente, lo que evidentemente hace más compleja la relación, principalmente porque se está tratando con la salud de una persona y con todos los riesgos que ello conlleva.

La dignidad de las personas, y su integridad física e intelectual hoy en día, es respetada y protegida por la gran mayoría de los países, principalmente a través

---

<sup>29</sup> Nuevo Código Procesal Penal, 2013, Art. 200.

<sup>30</sup> Código Sanitario, 2013, Art. 20.

<sup>31</sup> Código Sanitario, 2013, Art. 40. Reglamento sobre enfermedades de transmisión sexual; DTO. 362 de 1983, modificado por Dto. N° 294/84, Minsal, D. OF. 10.11.84.

<sup>32</sup> Código Sanitario, 2013, Art. 39. Reglamento sobre Notificación de Enfermedades Transmisibles de Declaración Obligatoria; DTO: N° 158/04; Publicado en el Diario Oficial de 10.05.05.

<sup>33</sup> Dto. N° 88 de 2004, Publicado en el Diario Oficial de 05.10.2004.

de sus leyes supremas, y dentro de esos derechos humanos, encontramos al consentimiento informado.

La edición de 1984 del Manual de Ética del Colegio de Médicos Americanos se refiere al consentimiento informado como *"la explicación a un paciente atento y normalmente competente de la naturaleza de su enfermedad, así como del balance entre los efectos de la misma y los riesgos y beneficios de los procedimientos terapéuticos recomendados, para a continuación solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos. La presentación de la información al paciente debe ser comprensible y no sesgada; la colaboración del paciente debe ser conseguida sin coerción; el médico no debe sacar partido de su potencial dominancia psicológica del paciente"*.<sup>34</sup>

Por su parte, la Ley Gallega reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los pacientes aprobada el 8 de mayo de 2001 en su artículo 3 define al consentimiento informado como: *"La conformidad expresada por el paciente, manifestada por escrito, y tras la obtención de una información adecuada, para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte a su persona y que comporte riesgos importantes, notorios o considerables"*.<sup>35</sup>

De acuerdo a la jurisprudencia Argentina, los tribunales han ido uniformando su criterio en cuanto a exigir el cumplimiento del consentimiento informado. Han señalado además, que en cuanto a la relación médico-paciente, y en atención a la experiencia y conocimientos del médico, hay que partir de la base de la ignorancia del paciente, y el médico debe informar oportunamente sobre los diagnósticos, posibles tratamientos, consecuencias y efectos adversos que puede experimentar el paciente, y no esperar a ser interrogado por el propio paciente. Debe ser además tan meticulosa la información del médico, que no sólo debe

---

<sup>34</sup> Manual De Ética, Colegio de Médicos Americanos, 1984.

<sup>35</sup> Ley Gallega Reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes, Art. 3, 08/05/2001.

preocuparse de otorgar la información oportuna, sino que también debe abstenerse de manipular al paciente, en consideración de la posición de superioridad que viene dada por sus conocimientos.

En cuanto a las características de la información que debe entregar el médico previa al consentimiento esbozado por el paciente, se ha señalado que debe incluir tanto las ventajas como los riesgos de la práctica médica. Referido a la información misma, la propia Ley Gallega de Consentimiento Informado en su artículo 5 señala que:

*"1) La información será habitualmente verbal y constará por escrito en aquellos actos diagnósticos y terapéuticos que entrañen un riesgo considerable para el paciente.*

*2) La información será comprensible, continuada, razonable y suficiente.*

*3) La información se facilitará con antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente.*

*4) La información será objetiva, específica y adecuada al procedimiento, evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente.*

*5) La información deberá incluir: Identificación y descripción del procedimiento, objetivo de éste, beneficios que se esperan alcanzar, alternativas razonables a dicho procedimiento, consecuencias previsibles de su realización, consecuencias de la no realización del procedimiento, riesgos frecuentes, riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia." <sup>36</sup>*

---

<sup>36</sup> Ley Gallega Reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes, Art. 5, 08/05/2001.

Por otra parte, María Patricia Castaño de Restrepo, ha señalado la necesidad de clasificar los riesgos de un tratamiento u operación médica en razón de su necesidad de ser informados al paciente, señalando que:

- Los riesgos insignificantes pero de común ocurrencia deben ser informados.
- Los riesgos insignificantes y de escasa ocurrencia, no es necesario que sean informados.
- Los riesgos de gravedad y común ocurrencia, deben ser detalladamente informados.
- Los riesgos graves de escasa ocurrencia, deben ser informados.<sup>37</sup>

Si bien, hemos analizado los supuestos y contenido que debe tener la información que otorgará el médico al paciente, también corresponde analizar aquellas situaciones en que el profesional de la salud quedará eximido de requerir el consentimiento informado, las que deben interpretarse de la forma más restrictiva posible pensando en el debido resguardo de los derechos del paciente, y de esta forma se han señalado, que constituirían excepciones a la obligación de requerir el consentimiento del paciente:

- Cuando el tratamiento o intervención signifique grave peligro para la salud pública
- En presencia de una situación de urgencia
- Por incompetencia del enfermo (en cuyo caso se deberá recurrir a un familiar cercano o a quien esté a cargo del paciente)

---

<sup>37</sup> CASTAÑO De Restrepo, María Patricia, Blog Derecho Médico–Sanitario: Consentimiento Informado, 22 de Mayo de 2013.

- En caso de privilegio terapéutico
- Por un imperativo legal que ordene no hacerlo
- Por rechazo voluntario expreso del paciente a toda información que pueda ser proporcionada por el médico o profesional

Como producto del desarrollo tecnológico y la mayor información a la que tienen acceso las personas, es que los médicos en la actualidad, se esmeran en llevar registros de todo lo que constituya consentimiento del paciente, como forma de responder ante futuras demandas y reclamos en su actuar profesional. Como hoy en día existe un mayor reproche social ante el fracaso médico y hay un mayor empoderamiento en el sentido de exigir mejores y satisfactorios resultados, el médico busca resguardarse así mismo en el ejercicio de su profesión y llevar al día todo lo que eventualmente puede ser utilizado a su favor para probar su adecuado y diligente proceder. En el mismo sentido se han referido a ello los autores Antonio Fraga Mandián y Manuel María Lamas Meilán, señalando que: *"En la actualidad existe una cierta psicosis en la clase médica por dejar documentado el consentimiento de todo paciente que va a ser sometido a una intervención quirúrgica, por lo que desde ciertos sectores se preconiza el uso de protocolos específicos de información y consentimiento, estimando que les protegerán, a modo de paraguas, contra futuras reclamaciones".*<sup>38</sup>

Es más, se ha dado la tendencia en la gran mayoría de las legislaciones en las que el consentimiento informado tiene mayor regulación, que la proporción de las demandas y requerimientos judiciales aumenta cuando el riesgo del tratamiento u operación es bajo, y ello se debe precisamente, a que en las intervenciones que llevan aparejado un alto riesgo, el médico se mostrará mucho más exhaustivo en

---

<sup>38</sup> CASTAÑO De Restrepo, María Patricia, Blog Derecho Médico–Sanitario: Consentimiento Informado, 22 de Mayo de 2013.



la información que revelará al paciente y en el cuidado y diligencia que tomará en su desempeño profesional.

A pesar de que en cuanto a la instrumentalización del consentimiento informado, en principio, y salvo casos excepcionales, no existe la obligación de dejar constancia por escrito el consentimiento informado, de acuerdo a lo ya expresado en el párrafo anterior, ante la eventual necesidad de acreditar el cumplimiento del mismo en tribunales, es aconsejable llevar un registro por escrito, que es lo que se conoce como **Historia Clínica**. A esta última la podemos definir como la información realizada por escrito de todo el proceso médico del paciente.

En lo que respecta al contenido de la historia clínica, se dice que está integrada por análisis clínicos, radiografías, resultados de laboratorio y todos los demás procedimientos tanto de diagnóstico como de terapéutica clínica.

En cuanto a la validez probatoria de la historia clínica, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires se ha manifestado tendiente a considerar que esta documentación no son informes periciales, ni por su forma ni por su contenido.

En síntesis, respecto al alcance de la historia clínica y su trascendencia a la hora de determinar responsabilidad profesional, la jurisprudencia a rasgos generales ha interpretado que la inexistencia de historia clínica o una mediocre confección de ésta importa un grave indicio tendiente a tener por acreditada la negligencia profesional, pero claro está, no podemos considerar como prueba suficiente para acreditar la culpa médica una simple falta u omisión en la documentación, y mucho menos si antes no se ha establecido la relación de causalidad entre la falta o incorrecta información y el daño efectivamente ocasionado en un paciente.

## 2.2. Derecho Norteamericano

En Estados Unidos, los criterios que se han utilizado para determinar el grado de información al paciente son:

- El criterio del médico razonable, que fue usado en 1960 en la causa "Natanson c/ Kline", criterio que tiene una marcada influencia paternalista, muy acorde a lo que se vivía en esa época y que en definitiva atiende a los criterios aceptados por la comunidad médica.
- El criterio de la persona razonable, que fue utilizado en 1969 en la causa "Berkey vs Anderson", en virtud del cual el médico está obligado a informar al paciente sobre aquello que una persona razonable desearía conocer en esas mismas circunstancias.
- El criterio subjetivo, el cual evidentemente se aparta de la tendencia paternalista y corresponde al enfoque pro paciente que hoy en día impera en la actualidad y en virtud del cual el juez pregunta al paciente sobre cuáles son los riesgos y complicaciones que el desearía o habría exigido haber conocido en su momento.

En atención a las eximentes de obligación de informar al paciente por parte del médico, hay jurisprudencia norteamericana que se refiere específicamente al privilegio terapéutico, y data desde la causa "Canterbury vs Spence" de 1972. Es a partir de los criterios adaptados en esa insigne causa, que se ha considerado que el médico tiene un privilegio terapéutico que lo exime de la obligación de brindar información e incluso ocultarla al paciente, cuando ésta suponga una grave amenaza para su integridad psicológica. En estos casos, y conforme a la tendencia predominante en la actualidad, se ha vuelto un imperativo el dejar constancia de este tipo de situaciones en la historia clínica del paciente y que la información que en estricto rigor se debiese haber puesto en conocimiento de él, se realice a sus familiares.

### **2.3. Derecho español**

En lo que se refiere a las consecuencias de la omisión del consentimiento informado por parte del médico, se ha entendido que si bien corresponde a una lesión a los derechos del paciente, el daño que eventualmente puede producirse no es en estricto rigor culpa del profesional, ya que estaríamos más bien ante caso fortuito, ya que no existe una relación de causalidad adecuada entre la no obtención del consentimiento informado y el resultado final que obedece al riesgo propio del tratamiento o intervención. Inclusive, ha ocurrido que los médicos mediante pruebas periciales psicológicas, han logrado acreditar que el paciente, a pesar de haber sido correctamente informado, igualmente se hubiera sometido a dicha práctica.

El Tribunal Supremo Español, en una sentencia de 23 de abril de 1992, tiene establecido que "la no advertencia al paciente de los riesgos de la intervención y sus alternativas hace que sea el cirujano quien asuma los riesgos por sí solo, en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información apropiada". De esta jurisprudencia podemos deducir entonces que al no haberse entregado adecuadamente la información, igualmente corresponderá a los profesionales cubrir las responsabilidades que la intervención conlleve.

Este último criterio, no nos parece apropiado, ya que busca dar solución a un problema sobre el cual no hay un fundamento jurídico que lo justifique. De hecho, se estaría haciendo responsable al profesional por un hecho que no le es imputable y que no cumple con los requisitos básicos para que estemos en presencia de la responsabilidad profesional, en donde bien sabemos se exige la producción de un daño, y que ese daño sea consecuencia del actuar culpable del autor. Esta alternativa a nuestro juicio no es la adecuada porque lo primero en respetarse debiese ser la teoría de la causalidad, ya que sin ella, al médico no debería atribuírsele responsabilidad sobre un daño no ocasionado directamente

por él. Concluimos que tampoco el criterio debiese ser el de eximir la responsabilidad del profesional, ya que efectivamente ha incumplido un deber de información, pero la eventual sanción por su actuar debiese tener una entidad propia y tratarse separadamente de la responsabilidad que se deriva del daño ocasionado por un procedimiento médico.

### **3. Jurisprudencia internacional**

#### **3.1. En relación al consentimiento informado**

##### **I. Dezeo, José c/ Guido, Oscar y otros**

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, conoció de la causa "Dezeo, José c/ Guido, Oscar y Otros", en la cual el Sr. Dezeo, inició una demanda después de haber sufrido una fractura expuesta en su pierna a producto de un accidente callejero.

En primer término, el Sr. Dezeo acudió a una clínica privada en la cual no tenía convenio, informándole los médicos intervinientes que no contaba con cobertura y que por ende tenía que pagar la totalidad de la atención médica, ante lo cual el Sr. Dezeo optó por trasladarse a un hospital público pero demasiado tarde como para que las heridas fueran adecuadamente tratadas ya que presentaban infecciones que tenían como única opción de cura, la de ser amputada la pierna.

Dezeo demandó a la clínica privada y a los médicos de ésta que lo atendieron en un primer momento, los que en su defensa alegaron la negativa del paciente a ser atendido en dicho establecimiento. Ante esto, el tribunal de primera instancia hizo caso omiso de estas defensas, tomando en consideración que el actor no fue debidamente informado del riesgo que implicaba la demora en la realización de la intervención quirúrgica, es más, todo lo contrario, sólo se limitaron a señalarle la inexistencia de cobertura con la clínica, y que en definitiva,

la imposibilidad de afrontar el costo de dicha intervención, fue lo que motivó el traslado a un hospital público.

Posteriormente, el tribunal de segunda instancia, concluyó al igual que el tribunal a quo, que de acuerdo a las condiciones señaladas, la excusa de los médicos basada en la falta de consentimiento del paciente no podía ser acogida, en términos de que no constituyó una expresión de libre voluntad del Sr. Dezeo, es decir, tal decisión del paciente de no ser atendido en la clínica no configura la existencia de un consentimiento informado, ya que sólo se le puso al tanto respecto del costo económico de la intervención, pero en ningún caso del riesgo en la demora para llevar a cabo la desinfección y tratamiento de su pierna.

Una vez ya en la Corte Bonaerense, este tribunal consideró que la excusa dada por la clínica resultaba inatendible, entendiéndose además que si el paciente hubiera sido atendido de urgencia y se hubiera efectuado una limpieza quirúrgica de la herida, es muy probable que la infección no hubiera avanzado y de esta manera no hubiera sido necesaria la amputación del miembro, urgencia y riesgo que no se le informó.

A juicio de este máximo tribunal y según los antecedentes presentados, se constituiría por tanto una conducta antijurídica por parte del médico a brindar asistencia en este caso, ya que estaríamos ante una notoria falta ética y a un comportamiento pasivo abusivo sancionado por el artículo 1071 del Código Civil Argentino, el que señala: *"El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto."*, además de ser un hecho particularmente grave en los términos a que se refiere el artículo 902 del mismo texto legal: *"Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos."*, en el cual se genera responsabilidad civil fuera de un contrato, y precisamente por tratarse de una negativa injustificada de contratar con el paciente.

Finalmente, y bajo el amparo de estas consideraciones, es que el Tribunal Bonaerense señala que estaríamos en presencia de responsabilidad por acto ilícito por abuso del derecho de no contratar, en donde el resarcimiento del daño por parte del médico se sustentaría en virtud del artículo 1109 del Código Civil argentino, que dispone: *"Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio."*

II. P., R.H. c/ Estado Nacional, Ministerio de Defensa, Ejército Argentino s/ responsabilidad médica

Esta causa es bastante particular, en el sentido de que es un precedente judicial en el que si bien, se determinó que no existió culpa en el accionar de los profesionales, igualmente se condenó a la institución sanitaria por no contar con un sistema que asegure la debida obtención del consentimiento informado de los pacientes en forma previa a una determinada intervención médica.

El actor, un Coronel del Ejército, presentaba una enfermedad arterial en varios sectores del organismo cuyas principales expresiones clínicas eran su claudicación arterial intermitente de miembros inferiores, su enfermedad coronaria y la presencia de soplo carotideo que hace presumir lesión cerebral por alteraciones anatómicas, arteriales de los vasos del cuello. Frente a este cuadro y a criterio de los cardiólogos tratantes, era necesaria la realización de la pan arteriografía.

El actor, estaba siendo atendido por el servicio de cardiología del Hospital demandado, mismo lugar en donde fue practicada la arteriografía. Esta arteriografía cerebral, según el informe concordante de todos los peritos presentaba un riesgo de 0,5 % de dejar serias secuelas incapacitantes y hasta incluso producir la muerte del paciente, aún cuando fuere realizada conforme a la Lex Artis, y que en definitiva fue lo que finalmente ocurrió, dejando al paciente

incapacitado en forma total. Sin perjuicio de ello, todos los peritos que intervinieron fueron concluyentes en señalar que el estudio hemodinámico era necesario y debía ser practicado en el paciente, y una mala conducta médica hubiera consistido precisamente en no ordenarlo. Asimismo, concluyó el tribunal, que con fundamento en los dictámenes periciales, no hubo mala praxis por parte de los profesionales intervinientes.

Una vez determinado lo anterior, el tribunal señaló:

*"No cabe duda de que el servicio de cardiología o el de hemodinamia debían advertir de ese riesgo al paciente, y la prueba de que el aviso fue practicado incumbe al hospital (...) un adulto tiene derecho de tomar por su propia cuenta aquellas decisiones que signifiquen adoptar un determinado plan de vida. Entre ellas figura la de elegir entre detectar una enfermedad a costa de un gran riesgo, o la de evitar ese riesgo y permanecer en la ignorancia. En este caso, ante la ausencia de prueba, concluyó en que los médicos - no sé con precisión cuál de ellos - eligieron por el paciente. Como señaló el Dr. Pérez Delgado en la causa que he citado, es un deber elemental del prestador del servicio médico el advertir al paciente de los riesgos, pues éste es en definitiva quien debe decidir si vale la pena afrontarlos. Puesto que algún médico - todos de ellos dependientes del hospital - debía cumplir con esa obligación y ninguno lo hizo, el hospital debe responder (...) de modo que no puede decirse con precisión quien era el médico encargado de advertir al paciente del riesgo que corría. Sin duda algún médico del hospital tenía tal responsabilidad, pero no puedo decir que fuera el cardiólogo que ordenó el estudio ni que fuera quien lo practicó. El hospital - como entidad - responde por la omisión de advertir ese riesgo, pero es imposible determinar con qué médico debe compartirla en especial. Durante los ocho días que transcurrieron entre que el examen fue ordenado y el mismo fue practicado el paciente permaneció internado en el hospital. Alguno de los médicos durante ese lapso, debió advertirle el riesgo que correría - y, como luego veremos - omitió hacerlo".*

En virtud de lo anteriormente analizado por el tribunal, es que finalmente, la falta de individualización del profesional que debía informar al paciente de los riesgos a que iba a ser sometido en el estudio indicado, hizo que la demanda fuese rechazada contra los profesionales en forma individual. Entonces, aún cuando se rechazó la demanda en contra de los médicos, el hospital fue condenado por no tener organizados sus servicios de manera tal que se asegure la obtención del consentimiento informado a todo paciente que va a ser sometido a una práctica médica.

### **3.2. En relación a la historia clínica**

#### **I. C.N. Civ., sala E, 26/8/87, del voto del doctor Dupuis, ED, 126-449**

Referido a la historia clínica como medio probatorio y su valor o suficiencia para la adecuada práctica de las diligencias médicas necesarias y la correcta documentación que puede llegar a ser requerida ante eventuales conflictos, la Corte señaló:

*"Si la historia clínica elaborada por el médico accionado es sumamente deficiente, al no reflejar la totalidad de las circunstancias que hubiesen permitido reconstruir con exactitud el cuadro clínico de la paciente, esa falencia, si bien podría constituir una presunción en contra del citado profesional, que aunada a otros elementos puede llevar a la convicción de negligencia profesional, por sí sólo es insuficiente para establecer que no se practicaron las diligencias que el arte exigía, más aún si, como en el caso, el médico tratante tuvo consultas con otros del elenco estable de la clínica y el propio accionante reconoce la realización de análisis que estarían en su poder y que no se presentó a juicio".*

De tal manera, que podemos concluir que una historia clínica deficiente, o irregularmente confeccionada resulta en cuanto a medio de prueba, de escasa eficacia, más aún cuando hay antecedentes para presumir conductas omisivas e



imprudentes por parte del servicio de salud o de los profesionales del establecimiento.

II. - C. Civil y Com. Junin, "González, Julián c. Centro Médico de Chacabuco", 15/12/94, Zeus, Boletín del 9/8/95

Los fallos mayoritarios dentro de la jurisprudencia argentina, se han mantenido tendientes a juzgar en contra del profesional ante la inexistencia de la historia clínica, o también cuando hay importantes deficiencias o irregularidades en la misma. En tal sentido, se señaló en este caso:

*"Constituye una presunción en contra del profesional la inexistencia de historia clínica o la existencia de irregularidades en la misma. En el caso, aquella no consigna el diagnóstico, habiéndose dejado constancia de que el estudio arteriográfico no muestra malformaciones, lo que fue contradicho por el propio facultativo al declarar que aquel revelaba la trombosis."*

III. - CNFed. Civil y Com., sala 2, 30/8/91, JA semanario del 29/4/92

En este fallo no se pudo determinar concretamente cuál fue la causa de la muerte de una paciente, incertidumbre que finalmente fue imputable al hospital en razón de no haber conservado el correspondiente parte anestésico, sin el cual fue imposible para los peritos emitir una opinión científica. En concreto y sumado a todos los antecedentes, el tribunal indicó en lo referido a la responsabilidad del sanatorio por la falta del parte anestésico que:

*"Entrando ya a definir la situación del estado - Hospital Aeronáutico - cabe señalar primeramente que por expresa disposición legal estaba obligado a custodiar el*

*parte anestésico (art. 22, ley 17.132), y tenía la carga de aportarlo al expediente a fin de dilucidar la verdad de los hechos (art. 388, Código Procesal), resultando pertinente extraer de su omisión presunciones en su contra."*

En consecuencia, si bien no se pudo establecer la responsabilidad de los médicos intervinientes por resultar imposible practicar una pericia médica en razón del extravío de la historia clínica, el sanatorio que tenía la responsabilidad de conservar la historia clínica fue condenado a pagar el 100% de la indemnización, y no la mera pérdida de la chance.

## **CAPÍTULO CUARTO**

### **RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL DAÑO Y LA CULPA**

#### **1. Tratamiento nacional**

En base a todo lo analizado, se puede concluir que no basta entonces con comprobar la posible existencia de un simple error en el diagnóstico o en la prescripción de una terapia, sino que habrá que acreditarse la existencia de un

caso de culpa, es decir, de una negligencia, de una falta de prudencia imputable; de un alejamiento de la Lex Artis.

En general dentro de la Medicina, a pesar de ser exigible un correcto proceder de la misma, muchas veces es imposible evitar las complicaciones o resultados lesivos o dañosos. Aunque el médico ponga toda su capacidad y sapiencia a la orden de la medicina, aun en el siglo XXI es mucha la incertidumbre que rodea las decisiones médicas, por lo que los avances de la ciencia en esta materia no han podido dar una certeza absoluta en cuanto a la efectividad y control de riesgos que pueda llevar un tratamiento.

Nuestra jurisprudencia ha recogido las opiniones de diferentes autores en la materia, estableciendo los requisitos necesarios para que estemos en presencia de responsabilidad médica:

a) Imputabilidad

Que parte del supuesto que el causante del daño sea legalmente médico para que le sea aplicable toda la normativa a la cual están afectos.

b) Existencia de una falta

Esto es, que el hecho se haya ejecutado intencionalmente o con imprudencia o negligencia, es decir, con infracción a la Lex Artis.

c) Daño

Debiéndose precisar, al respecto, que no todo menoscabo debe presumirse causado por el hecho médico, lo que se imputa al facultativo es un daño agregado, esto es, una agravación, mantenimiento en la enfermedad, lesiones, muerte, etc.

d) Relación de Causalidad

Es decir, que entre el hecho médico y el daño sufrido por la víctima, se precisa una relación de causa a efecto; que el daño se haya producido u ocasionado, por el hecho ilícito de esa persona.

Dentro de este punto, con el objeto de esclarecer su entendimiento, analizaremos los conceptos de negligencia, daño y causalidad:

i. Negligencia

La negligencia médica va íntimamente relacionada con concepto de Lex Artis, de ese modo nuestros tribunales, para determinar si un médico en el caso concreto debe responder por los daños que ha ocasionados al paciente, debe determinar si ha existido infracción a la Lex Artis, puesto que es de esperar que el médico haya actuado como lo habría hecho cualquiera de sus pares en la misma situación, siguiendo los principios y protocolos generalmente aceptados.

En definitiva al médico, como a cualquier otra persona, no se le puede exigir la infalibilidad. Sólo se puede exigir que la conducta se ajuste a un estándar promedio aceptable; nada por debajo ni por encima de ese estándar.

ii. Daño

El daño, para generar responsabilidad, debe ser una consecuencia inmediata y necesaria del hecho generador del mismo. Sin daño sencillamente no podrá haber normalmente responsabilidad de ninguna especie.

Así por ejemplo un médico que administra suero salino equivocadamente por no corroborar su identidad a un paciente, sin provocarle ningún perjuicio no podría ser declarado responsable por esa equivocación, precisamente porque la misma es inocua.

El concepto de daño es amplio y no está limitado al daño corporal propiamente tal. Violentar la autonomía, el honor, la dignidad y la integridad psicológica de una persona califica como daño y su comisión puede comprometer la responsabilidad del médico.

### iii. Causalidad

La jurisprudencia y la doctrina han sostenido que la causalidad exige que entre el hecho negligente y el daño exista una relación necesaria y directa.

Se puede concluir que el médico se obliga a poner sus buenos oficios y conocimientos a favor de la recuperación del paciente, pero no se obligan por regla general a obtener un resultado ya que los mismos no dependen enteramente de él. Es decir estamos frente a una obligación de medios.

## **2. Jurisprudencia nacional**

Nos remitimos a lo señalado en un fallo de la Corte Suprema el 26 de Junio de 2009, Causa Rol N° 5667-06, que se pronuncia acerca de un recurso de casación en la forma.

El caso trata acerca de una demanda de indemnización de perjuicios intentada por familiares de quien falleció en una sala de un hospital en contra del cuerpo médico del mismo.

La parte demandante fundamentó su acción en el siguiente punto:

*“Segundo: Que, en lo relativo a la relación de causalidad entre la falta de servicio denunciada y el daño irrogado, los actores entregan la siguiente razón para afirmarla: “Y porque además el tipo de lesiones sufridas por el señor Ahuile, eran*

*tratables, abordables, mejorables, muy presentes en la praxis de los Servicios de Urgencias de los Hospitales de nuestro país. Dicho de otro modo, si hubiese sido tratado como debió haber ocurrido, no tendríamos que lamentar la muerte del señor Ahuile*<sup>39</sup>

Para la parte demandante la relación de causalidad entre la muerte del paciente y el cuerpo médico a cargo si existe, producto que buscan demostrar que si el afectado hubiera recibido un tratamiento a tiempo se podría haber salvado, pero que ante la demora del servicio asistencia, no tuvo tal posibilidad y lo que finalmente sería la causa de su deceso.

Si bien esos fueron los argumentos principales que presentó la parte demandante en relación a la causalidad, el tribunal finalmente desestimo estos debido a que, a través de las diferentes pericias que se practicaron y los testigos presentados, se logró demostrar que la causa principal de la muerte del paciente fue sus heridas, de carácter mortales, que presentaba y no la demora que haya podido presentar el equipo médico del centro de salud. Esto se refleja en los siguientes puntos del fallo dictado:

*“Décimo: Que la prueba testimonial reafirma las conclusiones a las que arribaron las pericias antes citadas. En efecto, el testigo don Alfonso Sánchez Hernández, médico cirujano, depone que **el paciente presentaba una lesión necesariamente mortal** de proporciones inusuales, ya que entra en el hemotórax izquierdo, lo atraviesa, pasa entre la aorta y la columna y produce una lesión vital de la vena cava que se encuentra en el hemotórax derecho;*

*A su vez, el testigo Luis Julio Jiménez Valderrama, médico cirujano, indica que **la lesión causante de la muerte era necesariamente mortal por comprometer la vena cava interior, independiente del tratamiento que se hubiese realizado;***

---

<sup>39</sup> Corte Suprema, 26 de Junio de 2009, Causa Rol N° 5667-06.

*Undécimo: Que del mérito de las pruebas rendidas en estos autos **debe tenerse como causa de la muerte de Carlos Ahuile Hadler, la herida que lesionó su vena cava** y que le fue inferida por un tercero ajeno a este pleito y, por ende, no procede ordenar reparar aquel daño a quien no lo ha provocado;*

*Duodécimo: **Que al descartarse la relación de causalidad entre la muerte de Carlos Ahuile y la supuesta falta de servicio del Servicio de Salud de Valdivia, carece de relevancia la apreciación de si se verificó o no la insuficiencia en la prestación requerida al Servicio emplazado en estos autos**, puesto que, como se dijo, no existió relación de causalidad entre la actuación del personal médico del Hospital de Valdivia y el fallecimiento de Carlos Ahuile;*

*Decimotercero: Que, así las cosas, falta uno de los presupuestos para hacer exigible la responsabilidad indemnizatoria del organismo público demandado y, por tanto, deberá revocarse la sentencia de primera instancia y rechazar en todas sus partes la acción indemnizatoria intentada”*

Aquí queda demostrado que al quedar descartado la relación de causalidad, el razonamiento del tribunal se inclina por desechar la acción, y en definitiva rechaza la acción indemnizatoria en contra del establecimiento de salud.

## **CAPÍTULO QUINTO**

### **DETERMINACIÓN DE LA CULPA, ERROR MÉDICO Y CASO FORTUITO**

#### **1. Tratamiento nacional**

De acuerdo a lo señalado anteriormente, el Código Civil en el artículo 44 se distingue tres especies de culpa:

a) **Culpa grave, negligencia grave o culpa lata:** Consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus propios negocios.

b) **Culpa leve, descuido leve, descuido ligero:** Corresponde a la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Cuando la ley emplea el término culpa, sin otra calificación, hace referencia a este tipo de culpa.

c) **Culpa o descuido levísimo:** Es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes.

Entendiendo esto, sabemos que los presupuestos comunes de responsabilidad son la culpa, un nexo causal y el daño. Esto implica que en un determinado procedimiento médico, el profesional de la medicina actúa sin la debida diligencia y causa o provoca un daño en el paciente, daño que debe producirse como consecuencia del actuar negligente o culposo del médico.

Ahora, separadamente de los criterios o discusiones que pueden surgir a partir del onus probandi o carga de la prueba en cuanto a analizar a qué sujeto de esta relación le corresponde probar la culpa o negligencia, debemos entender que a rasgos generales la culpa, sea quien sea sobre quien recae la carga de probarla, exige la demostración de:

a) **Impericia:** Corresponde a la falta total o parcial de conocimientos técnicos, experiencia o habilidad en el ejercicio de la medicina.

La adecuada preparación del profesional es un factor que puede repercutir en forma trascendental en lo que se refiere a terapéuticas peligrosas, a cirugías y a sus diagnósticos y cuidados pre y post operatorios. Es por ello, que la impericia



se tendrá que analizar en cada caso concreto, ya que la correcta determinación de ésta, dependerá del procedimiento de que se trate y de la experticia del médico en particular.

b) **Imprudencia:** Consiste en una acción temeraria que se efectúa a pesar de haberse previsto el resultado adverso que se ocasionará en el paciente. Evidentemente, que en consideración de la experiencia y al buen sentido que se exigiría de un especialista en determinado aspecto de la medicina, se exige en contraposición a este punto, una debida precaución respecto del acto que va a llevar a cabo, en la cual no puede tomar riesgos que puedan causar un daño al paciente.

A modo de ejemplo, podemos mencionar como actos imprudentes en el actuar médico, el transfundir sangre sin establecer el grupo sanguíneo, dejar gasa o instrumental en la cavidad abdominal, o también lo que respecta a la transmisión de enfermedades contagiosas, ya sea directamente por el médico o a través del instrumental empleado.

c) **Negligencia:** Tendrá lugar cuando a pesar de tener el conocimiento de lo que debe hacerse, esto no se aplica y por lo tanto se produce un daño. Dentro de la profesión médica, consistiría en el descuido, omisión o falta de aplicación o diligencia en la ejecución de un acto médico. Es generalmente sobre este aspecto que se genera la culpa profesional.

Situaciones de negligencia que se producen a menudo por parte del médico serían: No controlar al paciente en el post-operatorio, no advertir efectos colaterales de un tratamiento determinado, no informar al paciente o a sus familiares sobre su pronóstico o enfermedad, y por último lo relativo a la no aplicación del procedimiento esperado, como por ejemplo, no aplicar sueros o vacunas previas cuando corresponda, no ordenar una biopsia ante una sospecha de cáncer o atender un parto sin control del estado del feto.

d) **Inobservancia de normas y procedimientos:** Se configura cuando existiendo una exigencia u orden verbal o escrita, dispuesta con fines de prevención de un daño y ordenado por un superior responsable, el subalterno no le da cumplimiento, generando un daño al paciente.

Una omisión o defecto en lo que respecta a la confección de la Historia Clínica es un ejemplo de inobservancia, así como también lo sería recetar productos o fármacos no autorizados. Todo lo que respecta al abandono del centro laboral, abandono de guardia o el abandono sin dejar sustituto, constituiría un acto de inobservancia de normas o deberes profesionales a cargo.

En cuanto al **error médico**, es menester insistir en el hecho de que la medicina no es una ciencia exacta, y de hecho, para estos efectos es preferible considerarla como una actividad profesional más relacionada a la aplicación y práctica de determinados procedimientos basados en probabilidades. Si bien, hoy en día con el desarrollo de las tecnologías y la medicina en particular, existen padecimientos y/o enfermedades que no presentan mayores riesgos ya que tienen una cura o son absolutamente tratables, siguen existiendo otras que no gozan de la misma situación y ello puede incidir en diagnósticos y terapéuticas equivocadas. Como consecuencia de que hablamos de una ciencia no exacta, el sólo error no generará responsabilidad médica, y sólo lo hará en la medida en que ese error derive de una conducta negligente.

El Artículo "Confidencialidad Médica y Protección Social" de 18 de diciembre de 2008 del Colegio Médico de Chile se refiere a esta materia, señalando:

*"El error en Medicina puede producirse por una interpretación errada de los hechos clínicos por parte del médico lo que lleva a diagnósticos y terapias equivocadas. Hay aquí un juicio equivocado de la realidad, que lo lleva a decisiones erradas. Este tipo de error, aunque no exime de responsabilidad al*

*médico que lo comete, no reviste la gravedad de la negligencia médica. Se habla entonces de un error excusable.*

*Lo que se le pide al buen médico es aplicar sus conocimientos, habilidades y destrezas con diligencia, compasión, compartiendo con el paciente autónomo la información pertinente, haciéndole presente sus dudas y certezas, tomando en cuenta los valores y creencias del paciente en la toma de decisiones y actuando con responsabilidad y prudencia." <sup>40</sup>*

Finalmente, podemos referirnos al **caso fortuito** o **fuerza mayor**, el que nuestro Código Civil define en el artículo 45 como *"el imprevisto a que no es posible resistir"*.

Al ser el caso fortuito una situación imprevisible, en ningún caso podrá afectar la relación médico-paciente, ya que el daño experimentado al paciente no será imputable a culpa o negligencia del médico o tratante, por lo que no presenta un mayor interés para efectos de nuestro estudio.

## **2. Doctrina internacional**

### **2.1. Culpa médica (derecho argentino)**

Durante algún tiempo, se sostuvo que los médicos sólo eran responsables frente a una falta grave y como reacción a ello, otros autores postulaban que estos profesionales debían responder por la más mínima negligencia.

---

<sup>40</sup> Artículo "Confidencialidad Médica y Protección Social", Colegio Médico de Chile, 18 de diciembre de 2008.

En la actualidad, de acuerdo a la jurisprudencia y a la doctrina no se habla de la culpa profesional, como una entidad distinta a la culpa en general, y como consecuencia de ello, se ha señalado que su actuar deberá ser analizado en base a la efectiva constatación de su culpa, cualquiera sea la entidad de ésta, aunque descartando lo que sería una culpa intrascendente, ya que entendemos que esta no tiene como resultado un daño al paciente.

La jurisprudencia argentina, ha sostenido que no cabe distinguir la culpa profesional de la culpa común, y siguiendo esta tendencia, el juez deberá apreciar cada caso concreto siguiendo lo dispuesto en el artículo 512 del Código Civil Argentino, que señala:

*"La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar."* <sup>41</sup>

Asimismo, corresponderá al juez analizar el obrar del profesional, en base al artículo 902:

*"Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos."* <sup>42</sup>

Desde otro punto de vista, la jurisprudencia argentina ha mencionado que al profesional médico le es exigible todo el conjunto de curas y atenciones que un buen profesional debiese prestar con arreglo al nivel actual de investigación en la materia. En el mismo sentido, la doctrina Belga ha indicado que el médico deberá emplear los medios y aplicar los procedimientos que la ciencia le pone a disposición en el día de la prestación, o los que un médico de su categoría o especialización debe normalmente conocer. Siendo este el criterio empleado, la

---

<sup>41</sup> Código Civil, Argentina, 2013, Art. 512.

<sup>42</sup> Código Civil, Argentina, 2013, Art 902.

Corte de Apelación de Bruselas ha resuelto que si el médico tiene la obligación de estar al tanto de los nuevos tratamientos referidos a su especialidad, se entiende que estará obligado cuando dichos tratamientos han sido debidamente experimentados y no cuando aún no hay pruebas suficientes para imponer su aplicación.

## **2.2. Iatrogenia (derecho peruano)**

Tratándose de las situaciones en que no se generará responsabilidad para el profesional de la salud, encontramos la figura de la **iatrogenia**, la que podemos definir desde el punto de jurídico como el acto médico dañino que a pesar de haber sido realizado debidamente no ha conseguido la recuperación de la salud del paciente, debido al desarrollo lógico e inevitable de una determinada patología terminal.

La doctrina peruana, se ha referido a la iatrogenia como el daño en el cuerpo o en la salud del paciente causado por el médico a través de sus acciones profesionales, conductas o medios terapéuticos, y que no le es imputable jurídicamente. De acuerdo a este criterio, la iatrogenia sería el resultado nocivo producto de un hecho imprevisto que escapa a toda posibilidad de ser evitado por los medios habituales o normales de cuidado individual o colectivo.

Esta noción no nos parece del todo acertada, ya que a nuestro juicio confunde lo que es el caso fortuito o fuerza mayor, con una figura especial y característica de la medicina como es la iatrogenia, la cual debe entenderse desde el punto de vista médico como un estado o enfermedad causado o provocado por el profesional de la salud a través de medicamentos o tratamientos.

En efecto, etimológicamente la expresión **latrogénesis**, proviene de las expresiones griegas "*iatros*" que significa médico, y "*génesis*" que corresponde a crear, lo que podemos interpretar como "provocado por el médico o sanador", y que en definitiva, es la gran diferencia que hace característico al concepto de latrogenia con el de caso fortuito o fuerza mayor, el que en ningún caso es provocado por el médico, sino que corresponde a un hecho imposible de prever.

### **3. Jurisprudencia nacional**

Este es un fallo dictado por la propia Corte Suprema, con fecha 14 de Octubre de 2013, Causa Rol 5827-13 , entre las partes Tagle Muñoz, Teresa c/ Municipalidad de Puerto Varas, a raíz de la interposición de un recurso de casación en el fondo en contra la sentencia de segundo grado que confirmando la de primera instancia no dio lugar a la demanda por indemnización de perjuicios.

En este caso se alega por parte de la demandante un error en el diagnóstico médico entregado en el Servicio de Urgencia del Centro de Salud de Puerto Varas, ya que se señaló que la paciente presentaba un cuadro de fiebre y dolor estomacal, por lo cual le recetó remedios para aliviar tales síntomas.

Al día siguiente la paciente es derivada desde la Clínica Alemana de Puerto Varas al Hospital Base de Puerto Montt, ingresando con el diagnóstico de peritonitis apendicular e intervenida quirúrgicamente a las 21:00 horas, con un post operatorio lento de 16 días.

En base a esto la demandante alega error en el diagnóstico entregado por el galeno en el Centro de Salud de Puerto Varas, lo que pudo haber traído consigo consecuencias fatales para la afectada.

Sin embargo, ante la confesión de la parte demandante, quien afirma que con anterioridad a la visita del Centro de Salud de Puerto Varas, asistió al Consultorio N° 1 de Salud Municipal de Puerto Varas, en donde se le receto medicamentos que fueron ingeridos con anterioridad al ingreso de salud en cuestión. Esto sirve de base para que el juez se pronunciara de la siguiente forma:

*“Quinto: Que sobre la base de tales antecedentes fácticos se concluye por el juez a quo que las probanzas rendidas en el presente juicio son insuficientes para dar por acreditado un hecho generador de responsabilidad en la atención brindada por el médico Eduardo Vásquez de las Heras a la menor Francisca Fernanda Ruiz Tagle el día 20 de junio de 2005. Ello por cuanto la actora reconoció que el mismo día de la atención médica supuestamente negligente, en forma previa, llevó a su hija a otro centro asistencial en el cual le recetaron medicamentos para la fiebre y para el dolor estomacal, **presentando la menor en la consulta del médico del Centro de Salud una sintomatología diversa, por lo que en la especie existieron factores externos, a saber la intervención previa del enfermo, que impiden calificar la atención reprochada como negligente**”<sup>43</sup>*

En base a esto último, el juez finalmente desestima el recurso de casación en el fondo por considerar que adolece de forma manifiesta de falta de fundamento legal.

## **4. Jurisprudencia internacional**

### **4.1. Derecho peruano**

---

<sup>43</sup> Corte Suprema, fecha 14 de Octubre de 2013, Causa Rol 5827-13 , Caratulados: Tagle Muñoz, Teresa c/ Municipalidad de Puerto Varas.

Analizaremos lo señalado en la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Republica, en su Sala Civil Transitoria, CAS 902-2008, con fecha 2 de Junio de 2008.

El caso se refiere al recurso de casación interpuesto por el demandante Víctor Hugo Jáuregui Zavaleta. El actor fue intervenido quirúrgicamente en el hospital Daniel Alcides Carrión el 20 de diciembre de 1999, como resultado de un accidente, empero, luego de esta operación no experimentó ninguna mejora, por el contrario, los padecimientos póstumos obligaron al actor a practicarse nuevas placas radiográficas de pelvis y rodilla por su propia cuenta, diagnosticándosele Necrosis Seudo Artrosis y Desplazamiento del implante; lo que obligó a una segunda operación en el mismo Hospital el 30 de enero del 2001; probándose que el médico demandado en la primera operación cambió indebidamente la prótesis que hizo adquirir al actor para instalar otra defectuosa e incluso instalándola mal.

Sin embargo, a pesar de quedar acreditada la acción indebida que hizo el médico al cambiar las prótesis, el tribunal señalo lo siguiente:

“CUARTO.-

*Que, del análisis de la sentencia de vista fluye que además de la aplicación que la Sala Revisora hace del artículo mil setecientos sesentidós del Código Civil, expone fundamentación clara en la que vierte el sentido en la que valora los medios probatorios, concluyendo que **no se encuentra acreditado que los daños que ha sufrido el actor sea como consecuencia de una negligencia médica** pues ha quedado acreditado que el demandado en su actuación como **médico obró con una diligencia ordinaria o adecuada**; ya que luego de la operación y según los controles mensuales y bimensuales no se detectaron daños mayores sino los propios derivados de una fractura de cadera y de la intervención quirúrgica; consideración que guarda concordancia con lo estimado por el A Quo en su sentencia quien expone una más amplia argumentación fáctica con la que*



*desvirtúa las imputaciones del actor; todo lo cual permite apreciar a esta Sala de Casación que pese a la aparente argumentación sustantiva esgrimida por el actor vinculada al artículo mil setecientos sesentidós del Código Civil, se pretende que la Sala de Casación desconozca las conclusiones fácticas expuestas por la Sala Revisora o las valore de modo diferente; punto fáctico que no es materia de este especial medio impugnatorio dado los fines asignados al recurso de casación por el artículo trescientos ochenticuatro del Código Procesal Civil;”<sup>44</sup>*

Por lo tanto en este caso el daño no fue argumento suficiente para acreditar la responsabilidad del galeno, ya que éste pudo demostrar que actuó con la debida diligencia y mantuvo los cuidados posteriores del paciente que se exigen de acuerdo a la Lex Artis.

Finalmente la acción se declara improcedente por debatir sobre hechos sobre los cuales ya se había pronunciado el tribunal a quo, no habiéndose aportado nuevos antecedentes sustanciales por la parte demandante de justifiquen la intervención del tribunal superior jerárquico.

---

<sup>44</sup> Corte Suprema de Justicia de la Republica, Sala Civil Transitoria, fecha 2 de Junio de 2008, CAS 902-2008.

## CAPÍTULO SEXTO

### CÓDIGO DE ÉTICA DEL COLEGIO DE MÉDICOS

En este punto analizaremos las implicancias que tiene la aplicación del código de ética del colegio de médicos, analizando en un comienzo a quienes finalmente se aplica esta normativa y pasando a continuación a revisar las normas más importantes que se incluyen en éste:

#### **1. Ámbito de aplicación**

En primer lugar analizaremos lo que señala nuestra carta fundamental en relación a la afiliación a entidades de profesionales. La Constitución se refiere a este punto en su artículo 19 N°16, que se enmarca dentro de las garantías y derechos fundamentales de toda persona, y la cual señala que la libertad de trabajo conlleva necesariamente la libertad de afiliación o desafiliación a cualquier clase de asociación de modo que ellas no pueden establecerse como requisito para ejercer una actividad laboral.

Esto se refleja en la Constitución en su Art. 19 N°16 Inciso tercero, el cual señala:

*“(…) Ninguna ley o disposición de autoridad pública podrá exigir la afiliación a organización o entidad alguna como requisito para desarrollar una determinada actividad o trabajo, ni la desafiliación para mantenerse en éstos”*

En el mismo artículo se hace mención de las facultades jurisdiccionales tanto para dirimir conflictos entre los profesionales o entre éstos y sus clientes como para velar por el cumplimiento de la ética profesional, otorgadas a los Colegios, pueden ser idóneamente ejercidas por los Tribunales de Justicia, estableciendo con este

fin procedimientos adecuados, lo que evitará el contrasentido que la misma entidad encargada de la defensa y desarrollo de los intereses profesionales de sus miembros, conozca y resuelva sobre las faltas a la ética profesional cometidas por éstos en el ejercicio de su profesión.

*“(...) Los colegios profesionales constituidos en conformidad a la ley y que digan relación con tales profesiones, estarán facultados para conocer de las reclamaciones que se interpongan sobre la conducta ética de sus miembros. Contra sus resoluciones podrá apelarse ante la Corte de Apelaciones respectiva. Los profesionales no asociados serán juzgados por los únicos tribunales especiales establecidos en la ley.”*

Otra norma importante de analizar es el Decreto Ley N° 3621 del año 1981, el cual fija las normas sobre Colegios Profesionales. Esta norma en su artículo 2° reafirma lo señalado en la Constitución al reiterar que no se podrá exigir como obligación estar suscrito o afiliado a una asociación de profesionales para poder ejercer la profesión que se pretende practicar. Este artículo señala textualmente:

*“Artículo 2°- No podrá ser requisito para el ejercicio de una profesión u oficio, ni para el desempeño de un cargo de cualquier naturaleza que éste sea, como para ningún otro efecto, el estar afiliado o pertenecer a un Colegio Profesional o Asociación o figurar inscrito en los registros que éstos mantengan.*

*En consecuencia, ni las autoridades ni persona alguna podrán hacer exigencias para ningún efecto, que se refieran a la condición de colegiado de un profesional. Tampoco podrán discriminar a favor o en contra de aquellos que tengan dicha condición.”*

Dentro del mismo Decreto Ley 3621 se vuelve a hacer reiteración de otro punto que aborda la Constitución, ya que en su artículo 3° se señala que:

---

<sup>45</sup> Decreto Ley N° 3621, Colegios Profesionales, 1981.

*“Deróganse todas las disposiciones legales que facultan a los Colegios Profesionales para conocer y resolver los conflictos que se promuevan entre profesionales, o entre éstos y sus clientes, como consecuencia del ejercicio de la profesión, como asimismo aquéllas que les permiten conocer y sancionar las infracciones a la ética profesional.”*

Por lo tanto se le quita la jurisdicción que puedan tener los Colegios Profesionales para resolver los conflictos entre sus afiliados o entre éstos y sus clientes. Con ello se busca dar mayor independencia al escoger a los tribunales ordinarios de justicia para que puedan resolver con absoluta libertad las cuestiones que se promuevan por las partes interesadas, no habiendo potenciales conflictos de interés, como podría ocurrir en el caso de que los mismos Colegios Profesionales fueran entes jurisdiccionales que resolvieran contiendas que se presenten ante ellos.

Y para finalizar, revisaremos lo que señala al respecto el propio Código de Ética del Colegio de Médicos, en cuanto al ámbito de aplicación que tiene este mismo instrumento, y donde se menciona en su Título I, Artículo 2° que:

*“El presente Código se aplicará a todos los médicos cirujanos que tengan la calidad de asociados al Colegio Médico de Chile (A.G.), de conformidad con sus estatutos, reglamentos y acuerdos aprobados por los organismos competentes.”*

Con lo cual a modo de síntesis se puede señalar que hay absoluta concordancia tanto a nivel Constitucional como legal, en cuanto a que no hay una obligación de afiliarse a los Colegios Profesionales, específicamente al Colegio de Médicos, y por cuanto el Código de Ética sólo sería aplicable a los que se hayan afiliado a esta institución. Otro punto a destacar es que a pesar de que no es obligatorio su afiliación, y por consiguiente no se sujetan a lo que señale este Código de Ética, toda infracción o vulneración que se produzca en el ejercicio de su profesión se someterá a los Tribunales Ordinarios de Justicia, por lo cual le quita la jurisdicción

a los Colegios Profesionales para que puedan resolver las contiendas que se produzcan entre sus afiliados o entre estos y sus clientes, con lo cual le da un mayor grado de seguridad a los clientes afectados de que se les pueda resarcir efectivamente el perjuicio ocasionado a causa de la atención de un Médico.

## **2. Normas relevantes**

- **Acerca de la Información y Consentimiento que debe prestar el Médico al paciente**

- i. Artículo 24: se hace referencia a la obligación del Médico de informar al paciente de manera “veraz” y en un lenguaje comprensible acerca de diferentes aspectos que se dan dentro de una atención médica, como lo son la identidad del médico, el diagnóstico y su tratamiento, y en general toda información relevante sobre la salud del paciente.

- ii. Artículo 25: se refiere a que toda atención médica deberá contar con el consentimiento del paciente.

- **De las relaciones del médico con el Colegio Médico de Chile (Título XIX)**

- i. Del Art 72 al 75, se establecen las siguientes obligaciones a los médicos

- 1. Acatar los acuerdos y resoluciones que emitan los diferentes organismo dentro de la institución

- 2. Cumplir las resoluciones del Tribunal de Ética de la institución y comparecer ante esta instancia toda vez que su presencia y colaboración sea requerida

- 3. Constituyen faltas a la ética todas aquellas conductas que vulneran las normas que rigen las relaciones del médico con el Colegio Médico de Chile

- **De las Sanciones y de su Ejecución (Título X)**

- i. Art 77: Sanciones aplicables por contravención a las normas de ética profesional:

1. Amonestación
2. Censura
3. Multa
4. Suspensión de la calidad de asociado
5. Inhabilitación para desempeñar cargos gremiales y,
6. Expulsión del Colegio Médico de Chile

- ii. Análisis: se puede desprender de este punto, que el Colegio Médico no tiene facultades mayores para sancionar a los médicos infractores de sus normas, en cuanto a que no lo pueden suspender de ejercer la profesión o de sancionarlo con la cancelación definitiva del título, por lo cual no se puede hacer un control efectivo de los médicos que ejercen la profesión en el país por cuanto no hay un órgano que esté pendiente de su fiscalización. Hay cierta potestad que tiene el propio Ministerio de Salud en razón de este tema y quien es el encargado de supervigilar el ejercicio de esta profesión y quienes tienen finalmente la facultad para suspender el ejercicio de la profesión por cometer infracciones graves a la normativa vigente, que en este caso se encuentra en Decretos y reglamentos emanados del mismo organismo.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### LEX ARTIS

Uno de los aspectos más importantes de tener en cuenta cuando se realiza un peritaje en el ámbito de la responsabilidad médica, es la denominada LEX ARTIS.

La Lex Artis corresponde a un concepto un tanto parcial, por lo amplio que puede llegar a ser al momento de aplicarlo en un caso concreto, y difícil de valorar, pero en términos generales se define como:

“La forma de proceder de un profesional idóneo, profesional que está con su título reconocido legalmente por los organismos universitarios acreditados y que tiene la formación y los conocimientos necesarios para estar ejerciendo. Dicho profesional se encuentra enfrentado a un enfermo que precisa atención médica oportuna y eficaz, basada en la aplicación de medidas terapéuticas que en términos estadísticos corresponde al actuar médico normalmente aceptado, este actuar se circunscribe a lo que es comúnmente aceptado en la comunidad médica nacional e internacional, lo que habitualmente se recomienda hacer en casos similares. Tomando en cuenta el lugar geográfico en la cual se realiza la prestación, los apoyos tecnológicos que se tenga y la oportunidad en que se prestó la atención”.

Para analizar este concepto uno parte señalando que, como siempre, esta definición está incompleta, pero por lo general, cubre los aspectos más importantes que sirven para describir la conducta requerida por un profesional de la salud, en este caso, de un médico. Además se parte de la base de que el profesional cumple con todos los requisitos legales y académicos para ejercer la profesión

Cabe hacer la distinción relativa a que la Lex Artis que se aplica a un médico no va a ser la misma que se tenga que aplicar respecto a un odontólogo por ejemplo, ya que cada profesión en si conlleva una serie de procedimientos y protocolos que deben cumplir los profesionales de acuerdo al diagnóstico que presente el paciente y el tratamiento o solución que se decida implementar. También además de la profesión, uno puede distinguir dentro de la misma profesión, aquellos que cuentan con una mayor cantidad de recursos para realizar las atenciones a sus pacientes, como lo podría ser aquel que trabaje en alguna clínica privada, versus a uno que trabaja en un hospital público y que tiene una mayor cantidad de pacientes y un espacio y recursos más reducidos para realizar su labor.

Es en virtud de estas circunstancias y distinciones, que uno debe hacer al momento de realizar un peritaje o evaluar el actuar de un médico, que se dice que la definición de Lex Artis es relativa y que carece de precisión en cuanto a la conducta exigida, ya que se entiende que hay una multiplicidad de reglas técnicas, y que el legislador tendrá que ponderar estas diferentes circunstancias al momento de juzgar para poder determinar finalmente cual es la diligencia esperada por parte del profesional en un momento determinado.

La Lex Artis determina la forma en que cualquier profesional promedio habría actuado enfrentado a las mismas circunstancias, evaluando el denominado “riesgo permitido”. Enfrentado a una situación de enfermedad el profesional utiliza técnicas quirúrgicas, terapias farmacológicas, no exentas de riesgo, pero que propenden hacia un bien superior, tenemos la facultad de someter al paciente a este “riesgo permitido” si está en juego su salud y vida, eso será en definitiva lo que el peritaje terminará evaluando.



## **1. En relación al diagnóstico**

Los profesionales deben renovar y actualizar sus conocimientos constantemente, y utilizar todos los medios a su alcance, especialmente los diagnósticos, que crean adecuados para de una manera objetiva y profesional poder determinar las causas y el mejor tratamiento, siempre en beneficio del paciente y su salud, sin caer en la medicina defensiva y prevaleciendo siempre el criterio científico por sobre el economicista.

Se debe siempre esmerar por utilizar el tratamiento adecuado, y nunca el que se haya prescrito como contraindicado, siempre con conocimiento de los efectos del mismo y procurando mantener una adecuada vigilancia del enfermo y sus reacciones o efectos desde su aplicación. También existe una exigencia de que sean procedimientos lo suficientemente experimentados, internacionalizados y propios del ejercicio, sin olvidar el criterio personal que pueda influir en la elección de éste

Los profesionales deberán seguir su máxima hipocrática donde se resume la Lex Artis, es decir, deberán tratar al enfermo como quisieran ser tratados ellos.

## **2. Elementos de la lex artis**

La Lex Artis, de acuerdo con la doctrina internacional, presupone la existencia de una serie de elementos que deben coincidir para que el actuar del médico se ajuste a los parámetros que en su actuar debe constar, estos elementos son:

### **1) Un profesional idóneo**

Entendida la idoneidad como una cualidad de aplicación, y que por lo tanto se tienen las condiciones necesarias para un cierto servicio, y en este caso la

persona con las cualidades específicas para ejercer un arte o una actividad. Esta idoneidad, en principio, podría evidenciarse con los respectivos títulos que acrediten los estudios y por lo tanto, la calidad del profesional, además de verificar el cumplimiento de los requisitos legales para su otorgamiento.

## **2) Un estudio y análisis previo del paciente**

El médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente.

El diagnóstico es un acto médico complejo, resultado de un examen pormenorizado y su posterior evaluación, que conforme al nivel profesional del médico emite un resultado que es la base de una actuación médica individual o en equipo.

El diagnóstico es una pieza fundamental en la posterior evaluación jurídica de la responsabilidad, un error en el diagnóstico produce, inevitablemente, una actuación también errónea en cascada que, en ocasiones, puede desvirtuar la verdadera responsabilidad de acciones las cuales ajustándose a la Lex Artis devienen en procesos judiciales.

La prescripción de la terapia correspondiente o adecuada, será dada libremente por el profesional, de acuerdo a lo que dicte su ciencia y conciencia

## **3) Empleo de técnicas o medios convenientes con aceptación**

Se señala en este punto que el médico sólo empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas.

En algunas legislaciones se regula la excepción de que si en circunstancias excepcionalmente graves un procedimiento experimental se ofrece como la única

oportunidad de salvación, éste podrá utilizarse con el consentimiento del paciente, o en su defecto, de sus familiares responsables, y si fuera posible, por acuerdo de la junta médica.

#### **4) El consentimiento del paciente**

Consiste en la autorización que da el paciente al médico para que efectúe el acto médico propuesto, teniendo como base la información veraz recibida del galeno sobre la enfermedad y sus opciones de diagnóstico y tratamiento, con sus riesgos y beneficios.

Esta manifestación de voluntad puede ser emitida directamente por el paciente y ante su imposibilidad de llevar a cabo dicho acto, puede ser realizada por sus familiares o aquellas personas que legalmente sean responsables de éste. En casos de emergencia y ante la ausencia de cualquiera de las personas anteriormente mencionadas, el propio médico puede intervenir unilateralmente.

A modo conclusión, es el paciente quien en definitiva tiene la última palabra en cuanto a decidir si someterse o no a un tratamiento médico, pero es finalmente el médico quien decide cual tratamiento es el indicado para aplicar al caso concreto, por lo tanto el paciente no puede decidir acerca de cuál tratamiento es el más adecuado para él.

### **3. Fundamento legal para la valoración de la lex artis**

Esto se obtiene a través de los peritajes médicos. El juez ha de valerse, para formar una opinión, de quienes tengan conocimientos técnicos y científicos sobre el particular para establecer si el médico actuó en conformidad a lo que su profesión exige o no, o dicho de otra forma, si faltó o no al deber objetivo de cuidado.

#### **4. Ámbito de aplicación**

Dada las características de la Lex Artis, y su sentido amplio que tiene su definición, y el relativismo que la envuelve, es que se entiende que se puede aplicar a casi todas las situaciones y casos que se puedan dar dentro de la relación médico-paciente. Esto se da debido a la condición que presenta la Lex Artis ya que menciona la correcta forma de actuar de un médico cuando se dan ciertas condiciones. Ahora bien la excepción a esto es la libertad profesional que se puede aplicar en el caso de que como fruto del avance de la ciencia médica se pueda experimentar con nuevas fórmulas y siempre bajo el concepto de “riesgo permitido” dentro del criterio del actuar como buen padre de familia.

#### **5. Lex Artis ad hoc**

Es lo que tradicionalmente se ha conocido como técnicas, procedimientos y saberes de la profesión. Pero más específicamente, se puede entender que es *aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina –ciencia o arte médico– que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente, y en su caso, la influencia de factores endógenos –estado o intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria– para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada.*

De lo expuesto se deduce que, como tal Lex, implica una regla de medición de una conducta a tenor de unos parámetros; tiene como objetivo valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta; como cuestión técnica los principios o normas de la profesión Fisioterapéutica se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor; el autor o afectado por

la Lex es un profesional de la Fisioterapia; y, por último, cada acto ha de concretarse.

Esta regla aplicable a los profesionales de la Sanidad, especialmente a los Médicos, constituye el parámetro o Norma a la que han de ajustarse todos los actos profesionales, los que servirán para determinar si esa conducta ha sido correcta o incorrecta.

En los múltiples casos de enjuiciamiento que casi a diario se divulgan contra supuestas negligencias médicas, siempre surge como parámetro o medida de aplicación la aludida “Lex artis ad hoc”, la cual es la que determinará la responsabilidad o inocencia del Médico o Fisioterapeuta acusado.

La obligación que contrae un profesional de la sanidad frente al paciente, por regla general, es una obligación de medios y no de resultados. El Médico, Fisioterapeuta, Enfermero o cualquier otro profesional sanitario está obligado a poner todos sus conocimientos y todos los medios que hasta ese momento se conocen de la ciencia médica, a disposición del paciente y a realizar una actuación de acuerdo con los postulados de la Lex Artis ad hoc, no está obligado a conseguir un resultado que, en muchas ocasiones, dependerá de factores ajenos a su quehacer.

## CAPÍTULO OCTAVO

### RESPONSABILIDAD CIVIL DEL EQUIPO MÉDICO Y ESTABLECIMIENTOS SANITARIOS

Bien sabemos que en el ejercicio de la medicina, participan no sólo los médicos, sino también el personal auxiliar de la clínica, hospital o establecimiento sanitario de que se trate. Los auxiliares médicos pueden encontrarse bajo una doble dependencia: (1) puede ocurrir que el paciente contrate con un médico determinado y que éste elija el personal auxiliar que participará en el acto médico, (2) como también puede ocurrir que el paciente contrate directamente con la clínica sin especificación de médico jefe ni personal auxiliar.

#### 1. Equipo médico

El **Equipo Médico** es aquel grupo de profesionales que participan en la atención de un paciente. En estos casos, el acto médico es ejecutado por un grupo formado por uno o varios médicos especialistas y por personal auxiliar.

En cuanto a los deberes del personal de salud, el Código Sanitario en su artículo 113 inciso 3° señala:

*"(...) Quienes cumplan funciones de colaboración médica, podrán realizar algunas de las actividades señaladas, siempre que medie indicación y supervigilancia médica.*

*Asimismo podrán atender enfermos en caso de accidentes súbitos o en situaciones de extrema urgencia cuando no hay médico alguno en la localidad o habiéndolo, no sea posible su asistencia profesional.*

*Los servicios profesionales de la enfermera comprenden la gestión del cuidado en aquello que dice relación con la promoción, mantención, restauración de la salud y prevención de las enfermedades y lesiones. Asimismo, incluye la ejecución de acciones derivadas del diagnóstico y tratamiento médico y el deber de velar por la mejor administración de los recursos de asistencia para el paciente."*

De estas funciones se puede desprender entonces, lo que son las obligaciones del personal de la salud o equipo médico, que a rasgos generales podríamos decir que son:

- Gestión de cuidado
- Ejecutar las acciones derivadas del diagnóstico y tratamiento médico.
- Deber de velar por la mejor administración de los recursos de asistencia para el paciente.
- Atender enfermos en accidentes o situaciones de extrema urgencia, cuando no se cuenta con recurso médico.

## **2. Auxiliares de enfermería**

En cuanto a los **auxiliares de enfermería**, los define el artículo 1 del Decreto N°261 de 1978 como *"la persona que haya aprobado el Curso de Auxiliares de enfermería realizado en algún Establecimiento del Servicio Nacional de Salud, de las Fuerzas Armadas o de Carabineros de Chile, o en instituciones públicas o privadas que cuenten con autorización especial del Ministerio de Salud para este efecto; esté en posesión del Certificado correspondiente y se encuentre inscrita en el Rol de Auxiliar de Enfermería que mantiene la autoridad sanitaria correspondiente."*<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> Decreto N°261, 1978, Art 1.

Adicionalmente, el artículo 2 del mismo decreto señala que son funciones del auxiliar de enfermería en las instituciones asistenciales privadas las siguientes:

*"a) Ejercer las actividades que se le asignen dentro del marco de su preparación general y específica y en el sistema de turnos rotativos, de acuerdo a los reglamentos y normas aprobadas en las respectivas instituciones. Para ello quedarán bajo la dependencia y supervisión de los profesionales universitarios correspondientes.*

*b) Desempeñar, previa capacitación especializada, labores de auxiliares de Gabinete de Rayos X y Laboratorio Clínico, bajo control del profesional universitario correspondiente.*

*c) Colaborar con el equipo de salud en la educación de los pacientes y de la comunidad, conforme a las normas que se establezcan sobre la materia. "<sup>47</sup>*

### **3. Responsabilidad de los establecimientos hospitalarios y sanitarios**

En cuanto a los **hospitales y clínicas privadas**, se ha llegado a la conclusión en nuestra legislación que la responsabilidad además de ser considerada contractual o extracontractual según corresponda, se configurará:

- Por hechos propios del establecimiento (como lo serían por ejemplo, infecciones intrahospitalarias)

- Por hecho del dependiente (esto se desprende de la denominada responsabilidad civil indirecta o por hecho ajeno y responderá por los hechos de su personal dependiente, de acuerdo al artículo 2320 del Código Civil Chileno, el

---

<sup>47</sup> Decreto N°261, 1978, Art 2.



que prescribe: *"Toda persona es responsable no sólo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado."*<sup>48</sup>

- Por el hecho de las cosas (ya sea por infraestructura defectuosa, alimentos en mal estado, etc)

- Por servicios prestados por terceros al establecimiento

Hace algunos años en nuestro país, los tribunales hacían responsable extracontractualmente al Estado por daños ocasionados en centro hospitalarios estatales, haciéndole aplicables al Fisco las reglas del título XXXV de Los Delitos y Cuasidelitos del Libro IV del Código Civil. Para esos efectos, la jurisprudencia solía hacer la distinción entre los "actos de gestión", respecto de los cuales el Estado respondía extracontractualmente conforme a las normas del título XXXV, y entre los "actos de autoridad", de los cuales el Estado no era responsable.

En lo particular, consideramos que este criterio era cuestionable, ya que buscaba la aplicación al Estado de reglas que sabemos son propias de derecho privado, en términos que la responsabilidad estatal debiese hacerse efectiva en virtud de normativas de derecho público, y básicamente, encontramos estas normas tanto en la Constitución Política de la República de 1980, como en la Ley Orgánica Constitucional de la Administración del Estado, N° 18.575 de 1986, sin perjuicio de otras contenidas en leyes especiales.

Actualmente, y en base a estas disposiciones constitucionales y legales, la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de hacer responsable al Estado por

---

<sup>48</sup> Código Civil, 2013.

daños causados a los particulares en los centros hospitalarios estatales a través de las siguientes vías:

- Artículo 38 inciso 2° de la Constitución Política de la República: *"Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determina la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiera causado el daño".*
- Artículo 4 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575: *"El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiera ocasionado".*

Adicionalmente, también se recurrió en su momento al antiguo artículo 44 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, que señalaba: *"Los órganos de la administración serán responsables del daño que causen por falta de servicio. No obstante, el Estado tendrá derecho a repetir en contra del funcionario que hubiese incurrido en falta personal"*. Ese texto legal fue refundido, y hoy en día tal artículo no existe, pero en cuanto a la historia de la ley es importante mencionarlo, ya que en materia de responsabilidad del Estado respecto de los establecimientos hospitalarios públicos, fue base de importante jurisprudencia, que hoy queda reducida a los preceptos constitucionales y legales ya mencionados.

## **CAPÍTULO NOVENO**

### **SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA**

#### **1. Tratamiento nacional**

El creciente aumento de las reclamaciones por mal praxis en nuestro país, no sólo se ha traducido en una mayor protección para quienes se ven afectados por los actos negligentes de los profesionales de la salud, sino que también los cada vez más frecuentes conflictos en materia de responsabilidad médica han derivado en lo que son medios de protección también para los propios profesionales, en este caso los médicos, quienes pueden poner en riesgo tanto su prestigio profesional como su patrimonio ante eventuales demandas.

Una de las maneras a través de las cuales hoy en día se busca resguardar el patrimonio del médico es mediante la contratación de seguros de responsabilidad existentes en el mercado. En estos contratos de seguros de responsabilidad, el asegurador se obliga a proteger el patrimonio del asegurado toda vez que éste sea amenazado por un tercero que reclame una indemnización. Estos seguros pueden contratarse tanto para proteger tanto los intereses patrimoniales como para ser defendidos judicialmente en materia de responsabilidad e indemnizaciones.

La finalidad de estos contratos de seguro es absolutamente legítima y válida, ya que buscan proteger y defender a una de las partes dentro de esta relación médico-paciente en la que se imputa responsabilidad por un daño ocasionado. Todo esto sin perjuicio de que para algunos resulte discutible la existencia de este tipo de mecanismos para favorecer a quienes han cometido actos de negligencia, porque en definitiva, podría prestarse para que el profesional, en una actitud de

excesiva confianza derivado de la posibilidad de contar con un seguro que le brinde cómodas garantías, no desempeñe su actividad con el debido y metuculoso esmero que se requiere. Por ello, es que contratos de este tipo deben tener ciertos límites de tal manera de evitar que su uso se preste ilegítimamente para resguardar conductas o hechos que en estricto rigor son ilícitos.

Así las cosas, las principales exclusiones al contenido de estos contratos de seguros en cuanto a situaciones que no tienen cobertura encontramos:

- Actos cometidos con dolo
  
- Hechos que no digan relación con el actuar estrictamente profesional del médico
  
- Servicios profesionales prestados bajo la influencia del alcohol o las drogas
  
- Daños y perjuicios ocasionados por productos elaborados por firmas ajenas al asegurado, aunque hayan sido entregados por éste a los clientes o parientes.

## **2. Doctrina internacional**

### **2.1. Derecho argentino**

Tratándose de pólizas y seguros de responsabilidad profesional, en la legislación argentina, y con una mayor experiencia y regulación en esta materia se distingue entre:

- **Seguros individuales:** Aquellos que por contrato, convenio u obligación debe tener todo trabajador de la salud para poder garantizar la reparación de un daño.

- **Seguros institucionales:** Aquel que debe poseer cualquiera institución dedicada a las distintas áreas o ramas del arte de curar, con el objeto de poder garantizar la reparación de un daño.

- **Pólizas "Claims Made":** Cubren únicamente la posibilidad de una demanda por un hecho ocurrido y denunciado durante el período de vigencia de la misma. Es importante tener en cuenta lo anterior, porque bajo las condiciones de la legislación Argentina se pueden presentar reclamos hasta diez años después de ocurrido el hecho originario de la demanda. Este sistema entonces, obliga al profesional a renovar permanentemente la póliza en la aseguradora donde la suscribió originalmente, dado que es imposible determinar si sobre la práctica realizada puede sobrevenir un reclamo durante el primero, segundo o tercer año posterior.

- **Pólizas "Ocurrence":** Cubren cualquier demanda por un hecho ocurrido durante el período de vigencia de la póliza y mientras el profesional asegurado esté obligado a responder por la praxis, aún cuando el mismo no hubiese renovado su cobertura.

## **2.2. Derecho venezolano**

La Revista de Derecho de la Universidad del Norte de Venezuela se refirió en una publicación de 2005, a los "Seguros de Malpraxis", señalando:

*"El seguro de malpraxis es un seguro de daño (riesgos generales) correspondientes al patrimonio, siendo un seguro de responsabilidad civil, y en nuestro caso, de responsabilidad profesional. La compañía conviene en indemnizar al asegurado o, en su nombre, a quien corresponda aquellas sumas que el mismo fuere obligado legalmente a pagar por lesiones corporales causadas a terceros y derivadas de error, negligencia o equivocación en la prestación de servicios médicos profesionales o que debieran haber sido presentados por el asegurado o cualquier empleado profesional del asegurado, a un paciente dentro del territorio de la República de Venezuela, siempre y cuando tal error, negligencia, equivocación o deber se produzcan dentro del período de vigencia de este seguro.*

*En caso de que el asegurado reciba aviso de cualquier reclamo, queja o amenaza de cualquier acción o demanda en su contra, dará aviso a la compañía, dentro de las sesenta y dos horas inmediatas siguientes a tal recibo. Así mismo, el asegurado suministrará cualquier información y ayuda que la compañía requiera. El incumplimiento de esta estipulación dará derecho a la compañía, a su opción, a declinar cualquier responsabilidad."*

Podemos concluir entonces, que la tendencia, al menos en cuanto a diversas legislaciones latinoamericanas, contemplan un tratamiento muy similar en lo que se refiere a la regulación de seguros de responsabilidad civil o seguros de mal praxis, evidenciándose sin embargo, pequeñas diferencias en lo que respecta a los fundamentos históricos en cuanto a la historia jurisprudencial y doctrinaria en materia de responsabilidad médica que ha influenciado a cada país, y que se reflejan ya sea en una mayor especificación en cuanto a los tipos y clases de seguros (Argentina), a una más acotada aplicación e incipiente regulación (Chile) o a una más abierta normativa que extiende los seguros a toda clase de error profesional médico (Venezuela).

## CONCLUSIÓN

A modo de finalización de la memoria, queremos hacer una breve reflexión acerca de las temáticas y problemáticas analizadas, dando una mirada ya más global, producto del análisis de las diferentes legislaciones revisadas, con sus respectivas jurisprudencias tanto a nivel local como internacional.

Dentro de esos análisis, cabe destacar:

### 1. Ambigüedad de la Ley Chilena

Se pudo demostrar que la Ley Chilena no tiene un tratamiento único para resolver las diferentes problemáticas que se pueden suscitar en el marco de la responsabilidad médica. Esto producto a la discordancia que existen tanto a nivel normativo, con artículos que denotan soluciones diferentes ante una misma problemática, como es lo que sucede con el Onus Probandi, en donde dependiendo del artículo en que se justifique, la carga de la prueba puede recaer en el afectado o en el médico presunto negligente. Además al no existir un tratamiento específico al “Contrato Médico”, se ha tenido que aplicar por analogía las reglas del contrato de Mandato o el contrato de prestación de servicios, trayendo consigo un sinnúmero de interpretaciones.

### 2. Doctrina nacional no dominante que genera inexactitud en una solución concreta.

Encontramos un trato disímil a nivel doctrinario, donde a nivel nacional no se ha podido dar una respuesta unificada respecto a estos problemas, y eso ha traído consigo que tengamos fallos con razonamientos totalmente diferentes unos de otros, lo que en definitiva no da a entender cuál sería el verdadero espíritu de la ley, en cuanto a la regulación de estas problemáticas.

La solución que se ha tratado de importar de legislaciones internacionales dice relación con la distinción entre “obligaciones de medios” y “obligaciones de resultado”, distinción que no aparece mencionada en nuestras leyes pero que daría una solución aparente a nuestra disyuntiva local, ya que especifica la forma en determinar la culpa si la obligación tiene una pretensión concreta (De resultado) o sólo se exige por parte del médico la debida diligencia en sus labores (De medios) de esto finalmente deriva quien debe probar finalmente el incumplimiento y por tanto en quien recae la carga de la prueba.

Cabe señalar que a nivel de regional, específicamente en el Derecho Colombiano, que son legislaciones muy parecida a la chilena, pero que en este caso concreto este país si regulo de forma especial el contrato médico dentro de su código civil teniendo una normativa separada, no siendo aplicables por ende, las normas del contrato de mandato, por tanto carecen de ese conflicto interpretativo. Es por ello que en nuestra legislación se hace aconsejable también en un futuro introducir modificaciones tendientes a crear una normativa expresa que regule el contrato médico, así con ello se evitará dobles interpretaciones en una materia que resulta de suma importancia para evitar la impunidad que puede adolecer las negligencias médicas.

### 3. Jurisprudencia nacional que avanza hacia una solución moderna

Pudimos revisar que a pesar de no existir una normativa clara y precisa que determine la forma de actuar y resolver controversias por parte del juez en una causa determinada, se está avanzando en el camino correcto, dada las nuevas corrientes dentro de la doctrina nacional que están buscando dar respuestas a esta problemáticas y prueba de ello fue por ejemplo el fallo presentado de la Corte Suprema el 12 de Septiembre de 2011, Rol 2314-10, en donde se reconoce por parte del juez redactor la distinción entre las obligaciones de medio y de resultado, por tanto queda demostrado que ante el vacío legal imperante, los jueces están



buscando soluciones que se aplican en otros derechos y que sean armónicas con el nuestro.

Como ya señalamos antes esta distinción da una respuesta que ayuda al juez a determinar finalmente quien es la parte que lleva la carga de la prueba, y esto resulta de vital importancia dado las posibilidades que tiene el paciente de reunir la prueba necesaria v/s las posibilidades del médico tratante.

#### 4. Dificultades que presenta para el paciente esta ambigüedad de la ley

Dentro de este punto cabe hacer un llamado de atención a nuestro legislador, ya que este problema de la responsabilidad médica no sólo se presenta a nivel normativo, sino que también representa una clara vulnerabilidad de derechos para los pacientes/víctimas de negligencias médicas. Esta vulneración ocurre dado que al momento de determinar la culpa en un juicio, la carga de la prueba generalmente recae en el propio paciente, quien no tiene los medios ni los conocimientos adecuados para recabar toda la información necesaria para defender sus derechos. Además generalmente los médicos son representados por clínicas o hospitales que cuentan con equipos de profesionales con vasta experiencia que los representan en los juicios y que manejan mejor que nadie los vacíos de nuestra legislación.

Es por ello que se hace urgente una regulación en esta materia que termine de forma definitiva esta situación de desigualdad que se ha generado entre las partes de un conflicto en este ámbito.

## BIBLIOGRAFÍA

CASTAÑO De Restrepo, María Patricia. Derecho Médico-Sanitario: Consentimiento Informado, Blog, 22 de Mayo de 2013. [Fecha de consulta: 30-10-2015], Disponible en:  
<<http://mariapatriciacastano.blogspot.cl/2013/05/consentimiento-informado-proceso-de.html>>

CASTRO Olaechea, Nelly, AGURTO, Gonzales Carlos. Algunas Reflexiones sobre la Naturaleza Jurídica de la Responsabilidad Civil Médica. Lima, Perú, 29 de abril de 2009. 16 p. [Fecha de consulta: 04-11-2015], Disponible en:  
<[https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CCcQFjACahUKEwj4JPuiffIAhVDTZAKHce8B9g&url=http%3A%2F%2Fwww.personaedanno.it%2Fattachments%2Fallegati\\_articoli%2FAA\\_012775\\_resource1\\_orig.doc&usq=AFQjCNEINZGC4EJIPJHAKND52DCFVUjxdA&sig2=E0vqzqAYEzmM10aM1WWf-w](https://www.google.cl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=0CCcQFjACahUKEwj4JPuiffIAhVDTZAKHce8B9g&url=http%3A%2F%2Fwww.personaedanno.it%2Fattachments%2Fallegati_articoli%2FAA_012775_resource1_orig.doc&usq=AFQjCNEINZGC4EJIPJHAKND52DCFVUjxdA&sig2=E0vqzqAYEzmM10aM1WWf-w)>

CILLO, Alicia Beatriz. Entre Colegas, Responsabilidad Profesional , Edición Única, Distrito I La Plata, La Plata: Colegio de Obstétricas de la Provincia de Buenos Aires, 2005. 124 p.

CÓDIGO Civil Chileno. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2012. 447 p.

CÓDIGO Civil de La República Argentina. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot, 2011. 937 p.

CÓDIGO Civil Francés. Madrid: Marcial Pons, 2005. 979 p.

CÓDIGO de Ética Colegio Médico de Chile. Santiago de Chile: Palco Comunicaciones, 2011. 168 p.

CÓDIGO de Procedimiento Civil. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2014. 492 p.

CÓDIGO Penal. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2014. 144 p.

CÓDIGO Procesal Penal. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2013. 144 p.

COLEGIO Médico de Chile. Confidencialidad Médica y Protección Social, Artículo de 18 de diciembre de 2008, [Fecha de consulta: 31-10-2015], Disponible en: [http://www.colegiomedico.cl/?page\\_id=1082](http://www.colegiomedico.cl/?page_id=1082)

COLMENARES Jiménez, Jesús Armando. La Responsabilidad Jurídica del Médico en Venezuela. Revista de Derecho Universidad del Norte, (23):289-305, julio 2005.

COURT Murasso, Eduardo. Responsabilidad Civil Médica. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XIX:277-293, 1998.

DE LA MAZA Gazmuri, Iñigo. Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección de Derecho Privado VI, Responsabilidad Médica, Ediciones Universidad Diego Portales, 2007, 221 p. [Fecha de consulta: 25-11-2013], Disponible en: [http://www.udp.cl/descargas/facultades\\_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos\\_de\\_analisis\\_Coleccion\\_Derecho\\_Privado/N6\\_Responsabilidad\\_medica/Original/Coleccion\\_DPrivadoN6\\_Responsabilidad\\_medica.pdf](http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/investigaciones/Cuadernos_de_analisis_Coleccion_Derecho_Privado/N6_Responsabilidad_medica/Original/Coleccion_DPrivadoN6_Responsabilidad_medica.pdf)

DECRETO Con Fuerza De Ley N° 725, Código Sanitario. Santiago de Chile, 11 de diciembre de 1967.

DECRETO LEY N° 3621, Que fija normas sobre colegios profesionales. Santiago de Chile, 3 de febrero de 1981.

DECRETO N° 140, Reglamento Orgánico de los Servicios de Salud y deroga el Decreto N° 42 del 9 de diciembre de 1986. Santiago de Chile, 24 de septiembre de 2004.

DECRETO N° 261, Que reglamenta el ejercicio de la profesión de auxiliares de enfermería. Santiago de Chile, 16 de octubre de 1978.

DECRETO Supremo N° 161, Que aprueba el reglamento de autorización y funcionamiento de hospitales y clínicas privadas. Santiago de Chile, 6 de agosto de 1982.

LEY N° 3/2001, CHILE. Reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes, Santiago de Chile, 28 de mayo de 2001.

LEY N° 19.628, CHILE. Sobre Protección de la Vida Privada. Santiago de Chile, 18 de agosto de 1999.

MANUAL DE ÉTICA. Cuba: Colegio de Médicos Americanos, 1984. 223 p.

MERCADO García, Liceth Marie. Responsabilidad Civil del Médico, Blog febrero de 2009, Universidad Libre Sede Cartagena. [Fecha de consulta: 22-10-2013], Disponible en:< <http://resumenesdederecho.blogspot.cl/2009/02/la-responsabilidad-civil-del-medico.html>>

ORREGO Acuña, Juan Andrés. Apuntes de Derecho Civil, Responsabilidad Civil, 2013, [Fecha de consulta: 25-10-2013], Disponible en: <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>>

ORREGO Acuña, Juan Andrés. Apuntes de Derecho Civil. Teoría de la Prueba, 2013, [Fecha de consulta: 25-10-2013], Disponible en: <<http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-la-prueba/>>

PIZARRO W., Carlos. Responsabilidad Médica. Revista Médica de Chile, 136(4):539-543, abril 2008.

ROBLEDO Malhué, Carla. Responsabilidad Civil por Negligencia Médica. Charla Academia Judicial de Chile, Santiago de Chile: Curso de Perfeccionamiento Universidad Bernardo O'Higgins, 18 al 20 de Octubre de 2011.

SATELER A, Ricardo y LORENZINI R., Gian Carlo. Responsabilidad Médica, Revista Médica Clínica Las Condes, (22):4-141, enero, 2011.

TAPIA Rodríguez, Mauricio. Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales, Revista de Derecho Valdivia, 15(2):75-111, Diciembre de 2003.

VÁSQUEZ Ferreyra, A. La Responsabilidad Civil de los Médicos, [Fecha de consulta: 12-12-2013], Disponible en:

<[http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed\\_rvf.pdf](http://www.sideme.org/doctrina/articulos/respcivmed_rvf.pdf)>

YZQUIERDO Tolsada, Mariano. Ponencias, Responsabilidad Civil de los Profesionales (Una Selección de Aspectos Problemáticos). Congreso Constituyente de la Asociación de España de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, 2003, [Fecha de consulta: 27-10-2015], Disponible en: <<http://www.asociacionabogadosrcs.org/ponencias/pon7.pdf>>

## **JURISPRUDENCIA**

### JURISPRUDENCIA NACIONAL

CORTE Suprema. 14 de Octubre de 2013, Causa Rol 5827-13 , Indemnización de perjuicios, Caratulados: Tagle Muñoz, Teresa c/ Municipalidad de Puerto Varas.

CORTE Suprema. 26 de Junio de 2009, Causa Rol N° 5667-06, Indemnización de Perjuicios, Casación en la forma, Servicio de Salud de Valdivia y otros.

CORTE Suprema. 24 de septiembre de 2007, Causa Rol 4103-05, Indemnización de perjuicios, Recursos de Casación en la forma y en el fondo, Montecinos / Hospital Clínico Universidad Católica de Chile.

CORTE Suprema. Enero de 2009, Causa Rol 5849-09, Indemnización de perjuicios por responsabilidad contractual, Recurso de Casación en la forma y en el fondo, Wagemann / Vidal.

CORTE Suprema. 30 de marzo de 2009, Causa Rol 6779-07, Indemnización de Perjuicios, Recurso de Casación en el Fondo, Vega / Castillo.

CORTE Suprema. 16 de abril de 2009, Causa Rol 1882-08, Cuasidelito de homicidio, Recurso de Casación en el fondo, Redondo / Caro y otros.

CORTE Suprema. 12 de Septiembre de 2011, Causa Rol 2314-2010, Indemnización de perjuicios, Recurso de Casación en el Fondo, Cortes / García.

CORTE de Apelaciones De Valparaíso, 11 de octubre de 2011, Causa Rol 1285-11, indemnización de perjuicios, Recurso de Apelación, López / Cooper y otros.

## JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

CÁMARA Nacional Civil, 16 de Julio de 1998, Responsabilidad Médica, Caratulados "Contreras, Juan c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, Reparaciones y Costas, 30 de mayo de 1999, Castillo / Petruzzi y otros.

CORTE Suprema de Justicia de La Republica, Indemnización por daños y perjuicios, Sala Civil Transitoria, 2 de Junio de 2008, Perú, CAS 902-2008.

JUZGADO de 1º Instancia de Palma de Mallorca (número 2), 90/2012, 10 de mayo de 2012, Negligencia médica en la interrupción voluntaria del embarazo, Lex Artis Ad Hoc, Cristina y Sixto / Clínica Estudio Médico Especializado en Contracepción y Esterilidad.

SALA Quinta de Revisión de la Corte Constitucional Sentencia T- 373/01, Acción de tutela, Actividad de Medio, Intervenciones médicas, Reiteración de jurisprudencia, Referencia: Expediente T - 398862, Gutiérrez / Instituto de Seguros Sociales, Seccional Bogotá.