



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

EL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL SANITARIA

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: EMILIO JOEL SALCEDO PINO

Profesor guía: Ricardo Alejandro Quezada Fuentes

Santiago, Chile. 2019

ÍNDICE:

RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO 1: SOBRE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA.....	11
1.1 Descripción del escenario fáctico de la responsabilidad sanitaria en Chile.....	11
1.2 Aproximación a la naturaleza de la responsabilidad sanitaria.....	13
1.3 Contrato de asistencia sanitaria.....	15
1.4 Lex artis médica.....	17
1.5 Fundamentación contractual de la responsabilidad sanitaria.	19
1.5.1 Estipulación en favor de otro.....	19
1.5.2 Mandato o simple apoderamiento.....	20
1.5.3 Agencia oficiosa	21
1.6 Fundamentación extracontractual de la responsabilidad sanitaria	21
1.6.1 Responsabilidad por culpa “in eligendo” “vel vigilando”	22
1.6.2 Responsabilidad vicaria, indirecta o sustitutiva.....	23
1.6.3 Hacia la responsabilidad objetiva de la mano del riesgo de la empresa.....	24
1.6.4. Responsabilidad por culpa en la organización.....	25
1.7 Cúmulo de responsabilidades o la concurrencia de responsabilidades.....	26
1.8 Comparación de los estatutos de responsabilidad.....	28
1.8.1 Ventajas de la responsabilidad contractual	28
1.8.2 Ventajas de la responsabilidad extracontractual	28
1.8.3 Dificultades de la responsabilidad contractual	29
1.8.4 Dificultades de la responsabilidad extracontractual	30
CAPÍTULO 2: EL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL.....	33
2.1 Del daño en general.....	33
2.2. Contextualización del daño Extrapatrimonial.....	35
2.3 Principales clasificaciones del daño extrapatrimonial.....	37
2.3.1 Pretium doloris.....	37
2.3.2 Perjuicio de agrado.....	38

2.3.3 Perjuicio estético.....	39
2.3.4 Perjuicio derivado del nacimiento de un hijo.....	40
2.4 La reparación del daño moral.....	42
2.5 Función inhibitoria de la indemnización.....	43
2.6 Sobre la prueba del daño extrapatrimonial.....	44
2.7 Cuantificación del daño moral.....	48
CAPÍTULO 3: DEL ACTO MÉDICO Y LOS DIFERENTES LEGITIMADOS.....	51
3.1 De las obligaciones del médico.....	51
3.2 La Culpa Médica.....	52
3.3 ¿Sobre quién recae la carga de probar la diligencia o culpa?.....	53
3.4 Los legitimados en el ámbito de la responsabilidad médica.....	54
3.4.1 Legitimación pasiva.....	54
3.4.1.1 Médico particular.....	54
3.4.1.2 Hospital privado o clínica.....	55
3.4.1.3. Médico jefe de equipo.....	55
3.4.1.4 Arsenalera	56
3.4.2 Legitimación activa.....	57
CAPÍTULO 4: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	61
4.1 El camino abierto a la aceptación de la concurrencia de estatutos en materia de responsabilidad médica: causa rol 31061-2014 de la Corte Suprema.....	63
4.2 Límites al arbitrio judicial: causa rol 31061-2014 de la Corte Suprema	65
4.4 Temas de relevancia a la luz de una revisión de la jurisprudencia nacional.....	67
4.4.1 Las expectativas.....	67
4.4.2 Peticiones subsidiarias.....	67
4.4.3 Pérdida de chance.....	68
4.4.4 Criterios para la cuantificación de los daños.....	69
4.4.5 La subsistente importancia del pretium doloris.....	69
4.4.6 La diligencia requerida en el diagnóstico médico.....	70
CONCLUSIONES.....	71
BIBLIOGRAFÍA	73

RESUMEN:

La presente tesis tiene por objetivo general analizar el fenómeno de la responsabilidad médica, enfocando el estudio en el ámbito de la salud privada. Para tal fin, es necesario recurrir a diferentes fuentes, tales como el Colegio Médico, Falmed y, esencialmente, observar la jurisprudencia sobre dicha materia. Esto último encaminado a un propósito más específico, el cual consiste en examinar la metodología ocupada por los tribunales nacionales en la determinación de los montos indemnizatorios por daño extrapatrimonial.

Su estructura comprende 4 capítulos. El primero considera una descripción teórica del contexto de la responsabilidad sanitaria en nuestro país, la que incluye un análisis sobre las teorías que permiten fundar dicha responsabilidad. En el segundo capítulo se describe la evolución del concepto de daño moral y sus implicancias en el ámbito de la responsabilidad médica. El tercero analiza los diferentes legitimados que reconoce nuestro ordenamiento jurídico en dicho ámbito. El último capítulo se sustenta sobre el análisis realizado a múltiples fallos de responsabilidad sanitaria, dictados en el lapso de la última década. De esta forma, el trabajo ofrece un aspecto teórico junto a una mirada más empírica, ilustrada por casos cercanos en el tiempo, que permiten develar los criterios utilizados por nuestros tribunales al momento de otorgar una indemnización a la víctima del daño, siempre desde la óptica del derecho privado.

INTRODUCCIÓN:

No cabe duda que en el ámbito del derecho privado, la responsabilidad civil constituye una de las áreas fundamentales del conocimiento jurídico. Ello probablemente se debe a que, además de su importancia teórica, representa un campo de vasta vigencia práctica en el ejercicio profesional. Sabido es que para quienes ejercen la profesión en materias de derecho privado, constituye un hecho común que la persona que recurre a ellos en busca de asesoría jurídica, las más de las veces lo hace con ocasión de la celebración de un contrato, o bien, porque frente a un determinado ilícito se encuentra en la necesidad de accionar o defenderse jurídicamente. Adquiere relevancia, entonces, indagar como punto de partida de la presente investigación, por el sentido y alcance que corresponde atribuir a la denominada “responsabilidad civil”.

El profesor Enrique Barros la define como “un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona”¹. Por su parte, Díez-Picazo y Gullón Ballesteros señalan que es “la sujeción de quien vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”².

Lo característico de la responsabilidad civil es que la consecuencia que el Derecho prevé en relación con el sujeto que se posiciona en el supuesto de hecho que da lugar a tal responsabilidad, consiste en imponer a aquél la obligación de indemnizar los perjuicios causados. Tal reparación se traduce, por regla general, en la obligación de dar una suma de dinero. Sólo excepcionalmente la indemnización puede consistir en cosas distintas que el dinero, como pudiera ocurrir si así lo pactan las partes de un contrato, en lo que constituye jurídicamente una cláusula penal.

¹ BARROS B., E. 2010. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 15p.

² DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. 2015. Sistema de derecho civil. Tecnos. 591p.

Con todo, es de vital importancia corroborar adecuadamente los presupuestos que dan lugar a la referida responsabilidad. Tradicionalmente se suelen estudiar por separado los elementos que configuran las distintas clases de responsabilidad civil, cuales son la contractual y la extracontractual, sin embargo, de un análisis sistemático de las reglas que gobiernan la materia, parte de la doctrina sostiene que es posible apreciar tales elementos bajo una perspectiva “unitaria”. De acuerdo con esta concepción, para que nazca la responsabilidad civil se requiere la existencia del incumplimiento de una obligación, que por regla general debe ser doloso o culpable. Además, se requiere la existencia de daño, y un nexo causal entre aquel incumplimiento y la generación de este perjuicio.

Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación emanada de un contrato, la responsabilidad que surge es de carácter contractual. En contraste, si el daño es consecuencia del quebrantamiento de la obligación genérica de cuidado que el ordenamiento jurídico impone a todas las personas –que la doctrina denomina como “el deber de no dañar a otro”– nace responsabilidad de naturaleza extracontractual.

Dentro de la responsabilidad civil encontramos la responsabilidad profesional, y a su vez, ésta contiene a la responsabilidad del galeno. Junto con esta última, en esta tesis se expondrán lineamientos en relación con la denominada responsabilidad de clínicas y hospitales, pues ambas integran la responsabilidad sanitaria.

En las últimas décadas se observa un desarrollo exponencial en torno a la responsabilidad sanitaria, al punto que algunos autores no han dudado en calificar tal incremento como una verdadera “Inflación normativa y jurisprudencial”³. La causa de lo anterior se puede encontrar en tratamientos cada vez más complejos o el aumento de la concientización de los derechos de los pacientes⁴.

³ PIZARRO W., C. 2014. El contrato médico: Calificación, contenido y responsabilidad. Revista chilena de derecho, vol. 41, no 3, 825p

⁴ TAPIA R., M. 2003. Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. Revista de derecho (Valdivia), vol. 15, 76-79p.

Frente a este escenario, surge el interés por observar el rol que han desempeñado los diversos actores jurídicos, especialmente jueces y abogados, en procedimientos de responsabilidad médica, orientando el estudio hacia el daño extrapatrimonial, con el propósito de describir el fenómeno judicial de su acreditación, cuantificación y determinar en qué medida los tribunales fundamentan los montos indemnizatorios por esta clase de perjuicio.

En relación con lo anterior, la pretensión de esta tesis estriba en ayudar a desentrañar respuestas a interrogantes, tales como ¿Qué criterios ocupan los tribunales para cuantificar un monto indemnizatorio en litigios de responsabilidad sanitaria? o ¿cómo incide la fundamentación de los fallos en el monto indemnizatorio?

Teniendo en cuenta la finalidad antes mencionada, la metodología escogida corresponde a la búsqueda, selección y análisis de fallos de los tribunales superiores e inferiores de justicia, desde el año 2010 hasta la fecha, para demostrar cómo en ellos se determina la responsabilidad sanitaria. Asimismo, los capítulos se nutrirán de los planteamientos de destacados juristas. Sin embargo, no es el propósito de esta tesis concentrarse en temas como los requisitos de la responsabilidad, tan reiteradamente examinados en otros trabajos de esta especie, ni profundizar sobre el origen histórico del daño extrapatrimonial. En este sentido, se sacrificará, en parte, el estudio de los orígenes más remotos de algunas instituciones, con el propósito de ofrecer una mirada orientada al presente. Además, se excluyen de este trabajo los ilícitos de carácter penal en que eventualmente puedan incurrir los profesionales de la salud, como asimismo se excluye el estudio de la responsabilidad profesional en el ámbito del derecho administrativo y la responsabilidad de Estado por falta de servicio

CAPITULO I: SOBRE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA

1.1 Descripción del escenario fáctico general de la responsabilidad sanitaria en Chile

La responsabilidad de los médicos y demás agentes sanitarios, así como de los establecimientos asistenciales, siempre ha sido relevante, puesto que la responsabilidad sanitaria se ocupa de la salud y bienestar de la persona, esto es, de derechos fundamentales que implican la salvaguardia del individuo mismo⁵. Sin embargo, con la sociedad actual, cada vez más empoderada y conocedora de sus derechos, se ha tornado aún más frecuente la judicialización de asuntos en torno a dicho ámbito, con el propósito de buscar consuelo por medio de una acción que obligue a un tribunal a descubrir las verdaderas causas del fracaso del acto médico⁶.

Este contexto ya se vislumbraba en el año 1994, cuando se creó la Fundación de Asistencia Legal del Colegio Médico (Falmed), que se dedica a defender y asesorar a los médicos en materias legales asociadas al ejercicio de su profesión y a prevenir la judicialización de la medicina⁷. Posteriormente, en el año 2004 se promulgó y publicó la ley 19.966 que, junto con establecer un régimen de garantías de la salud, instituyó procedimientos de mediación, para, entre otros fines, descongestionar el poder judicial. Asimismo, en su artículo 38 regula la responsabilidad de los Órganos de la Administración en materia sanitaria, estableciendo, al igual que la Ley N° 18.575, la falta de servicio como factor de imputación⁸.

⁵ WOOLCOTT O., O. 2001. La responsabilidad civil de los profesionales, ARA editores, Lima, 341p. En CASTRO O., N. y AGURTO G. C. Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica.

⁶ TAPIA R., M. Op. Cit., 76p.

⁷ Historia de Falmed [en línea] <<http://www.falmed.cl/fundacion/quienes-somos/historia.aspx>> [consulta: 20 Marzo 2019].

⁸ Corte Suprema, sentencia de fecha 10 de junio de 2013. Rol 9554-2012. Considerando 11°.

De acuerdo con la información de Falmed, sustentada en datos obtenidos en el periodo 2005 a 2017, de un total de 2.773 mediaciones, sólo en el 9,8% de ellas se ha solucionado el conflicto. Tal como se observa, en la mayoría de los conflictos las partes no lograron una solución en dicha etapa. Además, según la misma fuente, en el 99% de los juicios concluidos en que proporcionó sus servicios no se acreditó la responsabilidad médica, ya sea por “absolución” o “acuerdo monetario”⁹. Lamentablemente no distingue entre diferentes procedimientos judiciales, para mayor análisis. Por otra parte, en sus publicaciones podemos observar que las especialidades médicas más demandadas son ginecología y obstetricia, cirugía general y traumatología y ortopedia, ostentando en los últimos 5 años la cifra de 1.500 casos por presunta mala praxis¹⁰.

En lo que se refiere al perjuicio solicitado, el “Estudio sobre Mediación y Desjudicialización del Consejo de Defensa del Estado” ofrece valiosa información. De acuerdo con tales antecedentes, respecto al periodo 2005 a 2010, del total del daño solicitado en relación con el sistema privado de salud, el 94,7% corresponde al extrapatrimonial, lo que se traduce a \$5.668.004.111¹¹.

Teniendo en cuenta la información anterior, es posible concluir que, en el ámbito de la salud, la mediación, como método alternativo de solución de conflicto, tiene un efecto menor y que el perjuicio de mayor relevancia, en términos cuantitativos, es el extrapatrimonial. Esto permite sustentar el interés por realizar este trabajo, a través de cual se persigue analizar la determinación de esta clase de perjuicio en dicho ámbito.

⁹ PUGA, B. 2018. Cuenta Contraloría. Asamblea General. [en línea] <<http://www.colegiomedico.cl/wp-content/uploads/2018/06/FALMED-CONTRALORIA.pdf>> [consulta: 20 Marzo 2019].

¹⁰ Noticias de Falmed [en línea] <<http://www.falmed.cl/noticias/detalle-de-la-noticia/ArticleId/3051/%C2%BFcuales-son-los-factores-que-inciden-en-la-judicializacion-de-la-medicina.aspx>> [consulta: 5 Marzo 2019].

¹¹ MIRANDA S., F. 2015. Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, no 7, 86p.

1.2 Aproximación a la naturaleza de la responsabilidad sanitaria

Utilizando como referencia la definición del profesor Barros sobre responsabilidad civil, podemos describir a la responsabilidad médica, en términos amplios, como un juicio normativo que consiste en imputar a una institución de salud, a un médico o a otro agente sanitario una obligación reparatoria (o compensatoria) debido al daño causado a otra persona llamado paciente.

El estudio de la responsabilidad sanitaria es objeto de múltiples debates: respecto a su propio fundamento; si es de naturaleza contractual o extracontractual; si las obligaciones que engendra son de resultado o de medios; quiénes pueden demandar y a qué título; hasta qué punto el daño moral debe ser acreditado, entre otros.

En relación con el debate sobre su naturaleza, ya en el año 1997 el profesor Pedro Zelaya advertía sobre el fenómeno denominado “contractualización” de la responsabilidad médica¹². Con este nombre se pretende ilustrar la creación de teorías que procuran otorgarle a la relación entre el médico y el paciente, o bien, entre éste y el centro asistencial, un origen y fundamento contractual, para, posteriormente, ir desarrollando los derechos y obligación que emanan de dicha institución. Así, siendo ambos contratos atípicos, se ha denominado al primero contrato de “asistencia sanitaria”¹³ y al segundo “contrato de hospitalización”. A este respecto, la doctrina durante largo tiempo ha concebido la responsabilidad médica desde la óptica contractual, es decir, “la obligación indemnizatoria supondría siempre –y tendría como único fundamento– la infracción por parte del médico y/o del hospital demandado”¹⁴.

¹² Zelaya E., P. 1997. "Responsabilidad Civil de Hospitales y Clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales). Revista de Derecho. Tomo XIVC. N°2. 961p

¹³ Otros nombres con los que se ha denominado son “contrato de prestación de servicios sanitarios” o simplemente “contrato médico”. Como todo contrato, debe cumplir con todos los requisitos exigidos por el art 1445 del Código Civil.

¹⁴ Zelaya E., P. Op. Cit., 963p.

La profesora Carmen Domínguez señala que, en principio, la determinación de la naturaleza de responsabilidad del profesional liberal pareciera sencilla atendido el consentimiento entre el médico y el paciente¹⁵. Sin embargo, lo cotidiano es que cuando un enfermo ingresa a un centro de salud, no esté al tanto del vínculo jurídico que celebra con dicho establecimiento. “De manera imperceptible se anuda esa relación contractual”¹⁶. Ocurre incluso que el paciente ingresa inconsciente a recibir atención de Urgencia, lo que descarta toda posibilidad de manifestar su voluntad.

Considerando que la voluntad es un requisito de existencia de todo acto jurídico, difícilmente se podría propugnar que el estatuto contractual regula la totalidad de los litigios en torno a la responsabilidad sanitaria¹⁷.

¹⁵ DOMÍNGUEZ H., C. 2006. Naturaleza Y Fundamento De La Responsabilidad Civil Del Profesional Liberal (Civil Liability of the Liberal Professionals' Legal Nature and Basis). Revista Anales Derecho UC, no 1, p. 121-141.

¹⁶ PIZARRO W., C. Op. Cit., 827p.

¹⁷ Conviene recordar los presupuestos de este régimen de responsabilidad, a saber: existencia de un contrato (acto jurídico bilateral), que se produzca su incumplimiento, del cual se origine un perjuicio, que dicho incumplimiento sea culpable y que el infractor se encuentre en mora.

1.3 Contrato de Asistencia Sanitaria

Podemos definir el contrato de atención médica o de prestación de salud como aquel “acuerdo de voluntades por el que un profesional de la medicina se obliga a brindar sus servicios médicos o de asistencia facultativa al cliente y éste se compromete a remunerarlos, es decir, tiene por objeto una prestación potestativa, en orden a la promoción, prevención, restauración y/o rehabilitación de la salud”¹⁸.

Debido a que dicho contrato es atípico, surge la necesidad por desentrañar su contenido. Así, a fines del pasado siglo, se observa la intención por parte del Tribunal Supremo español de singularizar las obligaciones sanitarias¹⁹ emanadas del contrato en comento, entre las cuales se distingue:

1. Agotar los remedios conocidos por la ciencia médica y que estén disponibles, según la época y el lugar.
2. Informar al paciente o familiares respecto del diagnóstico y riesgos de la enfermedad.
3. Continuar el tratamiento hasta que pueda ser dado de alta advirtiéndolo los riesgos de no seguirlo.
4. Informar al paciente las necesidades de someterse a análisis y cuidados en casos de enfermedades crónicas o evolutivas.

Tal enumeración se puede complementar, en términos generales, con el deber de custodia y entrega de la información contenida en la ficha clínica y el secreto del profesional médico.

¹⁸ Sentencia del 10° Juzgado Civil de Santiago, causa rol c-8715-2014, caratulado “Morales con Clínica Alemana de Santiago” del 1 de febrero de 2017. Considerando 35°.

¹⁹ Sentencia de 25 de abril del 1994 del Tribunal Supremo de España, STS 349/199. Se demanda una indemnización por una vasectomía mal practicada, en el cual se le otorga una suma como ayuda para alimentación y crianza, no como indemnización de daño moral

Ahora bien, ¿De dónde se extrae dicho contenido? Claramente no es el resultado de la minuciosa negociación que tiene un médico con su paciente, situación que en la práctica no ocurre. Ante todo, se extrae de la reglamentación, dentro de ella, la más destacada entre nosotros es la ley 15.076, que regula el estatuto para los médico-cirujanos, farmacéuticos o químico-farmacéuticos, bio-químicos y cirujanos dentista; la ley 20.584, que estriba sobre los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud y la ley 19.966, que establece una serie de garantías para el paciente.

Lo anterior está lejos de ser suficiente, toda vez que el desempeño de esta ciencia requiere de conocimientos avanzados, que difícilmente el legislador puede regular de forma precisa, motivo por el cual las obligaciones más específicas que nacen del contrato médico se deben indagar en la denominada “lex artis”.

1.4 Lex artis médica

La ley del arte médico es empleada comúnmente por los tribunales nacionales para efectos de verificar o desestimar el incumplimiento del galeno.

Así las cosas, la Corte Suprema ha señalado que, en el ámbito de la salud, la lex artis “es conocimiento, es experiencia, es estudio, es práctica, es actualización periódica, es respeto de los reglamentos y es, incluso, capacitación en el manejo de los instrumentos de apoyo”²⁰; que “constituye la regla de la ciencia y técnica de actuación profesional de un determinado facultativo, la que ha tenido su desarrollo para referirse al módulo de comparación o de evaluación del proceder de los profesionales, sin embargo, ha sido empleada para referirse a aquella ponderación sobre si el acto ejecutado por un médico se ajusta a la fase de evolución del conocimiento médico del momento”²¹; y que proceder conforme a ella es “actuar con apego a las normas técnicas y reglas de su profesión para intentar un resultado que por cierto no está garantizado”²².

En relación con lo anterior, el 10º Juzgado Civil de Santiago ha señalado que, “en Los contratos en que se ven involucrados profesionales, tiene aplicación la denominada lex artis, que ha de ser entendida como la forma de proceder idónea, por parte de un profesional que tiene un título reconocido legalmente por los organismos competentes (universidades) y que tiene los conocimientos, formación, instrucción, técnicas y habilidades necesarias para ejercer su profesión”²³.

²⁰ Corte Suprema. Sentencia de 28 de enero de 2011, Rol 5849-2009. Considerandos 15º.

²¹ Corte Suprema. Sentencia de 28 de enero de 2011, Rol 5849-2009. Considerandos 14º

²² CORTE SUPREMA. Sentencia de fecha 6 de enero de 2016. Rol 18450-2015. Considerando 4º.

²³ Sentencia del 10º Juzgado Civil de Santiago, 1 de febrero de dos 2017. Rol C-8715-2014. Considerando 36º.

De acuerdo con el Tribunal Supremo español la *lex artis* es “aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina –ciencia o arte médica– que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos –estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria– para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida”²⁴.

En la doctrina nacional, don Carlos Pizarro, analizando el comportamiento esperada de los médicos, señala que la *lex artis* “constituye el patrón de conducta que les resulta exigible, aunque no esté prevista la conducta en forma expresa en la ley”²⁵, en otras palabras, el contenido contractual de la responsabilidad médica es complementado por las reglas propias de su profesión, de ahí que el galeno no sólo deba actuar como cualquier hombre prudente, sino que el acto médico debe ser acorde a la *lex artis*²⁶.

En concreto, para evaluar si la conducta de un facultativo es conforme a la *lex artis* médica, se debe corroborar si aquél posee los conocimientos necesarios para la actuación específica, considerando el avance de la medicina en el momento determinado en que se requirió su labor y los recursos con los que cuenta en el respectivo establecimiento asistencial.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo Español del 11 de marzo del 1999 En VÁZQUEZ LÓPEZ, J. Enrique. 2010. La "Lex Artis ad hoc" como criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico: A propósito de un caso basado en la elección de la técnica empleada en el parto (parto vaginal vs. cesárea). Cuadernos de Medicina Forense, vol. 16, no 3, 179-182p.

²⁵ PIZARRO W., C. Op. Cit., 835p.

²⁶ TAPIA R., M. Op.Cit., 90p.

1.5 Fundamentación contractual de la responsabilidad sanitaria

Sabido es que existen situaciones en que el paciente no se encuentra en condiciones de manifestar su consentimiento. En este supuesto, en ausencia de un requisito para invocar un contrato médico u hospitalario, se han desarrollado diversas teorías con el propósito de fundamentar la obligación sanitaria.

1.5.1 Estipulación en favor de otro:

En virtud del artículo 1449 de nuestro Código Civil, se argumenta que en el contrato celebrado entre el centro de salud o médico tratante y el agente sanitario que causa el daño existiría una estipulación en favor del paciente, es decir, el médico tratante o la institución asistencial es el estipulante, además de ser el acreedor de los servicios que presta el agente sanitario causante del daño, mientras que el paciente cumple el rol de beneficiario, y por lo mismo, tiene un crédito contra el agente sanitario, que a su vez es el promitente, encontrándose obligado con el paciente “a prestar sus servicios de forma segura y a indemnizarle por cualquier daño causado por el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación”²⁷.

El profesor Carlos Pizarro sostiene que no es necesario recurrir a esta teoría para observar el vínculo contractual, ya que “se generan obligaciones recíprocas entre el médico y el paciente, aunque haya sido generado el vínculo a través de la clínica”²⁸.

²⁷ ZELAYA. P. Op. Cit., 967p. Ejemplos de Agentes sanitarios pueden ser el anestesista, radiólogo, enfermera especializada, laboratorio que suministra medicamentos o sangre, etc.

²⁸ PIZARRO W., C. Op. Cit. 827p. Esto lo expresa respecto a la mayoría de los casos; en que se cumplen con los requisitos de la responsabilidad contractual, reconociendo excepciones tales como la inconsciencia de la víctima al ingreso del centro asistencial.

1.5.2 Mandato

Siguiendo a don Arturo Alessandri²⁹, se argumenta que la normativa aplicable a la relación médico-paciente es la del mandato, es decir, el paciente, cuando se pone a disposición del médico tratante, lo autoriza para que como simple apoderado celebre contratos con el propósito de satisfacer necesidades médicas, generalmente de urgencia, con otros profesionales de la salud, que al ocasionar daño al paciente deben responder directamente ante él³⁰.

Inconvenientes de esta teoría:

- I. Este postulado implicaría que el paciente, en su rol de mandante, asume por su cuenta y riesgo el encargo que debe realizar el galeno.
- II. Cuando el contrato sea remunerado, lo que ocurre generalmente, le correspondería al médico un estándar de diligencia más “estricto”, en virtud del artículo 2121 del Código Civil³¹.
- III. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2158 del mismo cuerpo legal, el paciente siempre debería probar la culpa del médico³².

²⁹ALESSANDRI R., A. 1942. De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno. Imprenta Universitaria, Santiago. En PIZARRO. W., C. Op. Cit., 828p. Alessandri sostiene que la labor de estos profesionales se sujeta a las reglas del mandato y a las que rigen el arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarias a aquellas (artículos 2118 y 2012 del Código Civil). Cabe precisar que para este autor el régimen general de responsabilidad es el contractual.

³⁰ZELAYA E., P. Op. Cit., 967 y 968p.

³¹ALESSANDRI R., A. 1942. De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno. Imprenta Universitaria, Santiago. En PIZARRO W., C. Op. Cit., 828p.

³²CÁRDENAS V., H. 2008. La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad. 50 y 51p. El mismo autor plantea dos inconvenientes; primero, el artículo regula una hipótesis específica no extensiva y, en segundo lugar, la carga de la prueba en el paciente no se justifica en las obligaciones de resultado del médico.

1.5.3 Cuasicontrato de agencia oficiosa

Esta teoría plantea que el paciente perjudicado “puede demandar la responsabilidad contractual del agente directo del daño porque entre ambos se celebró un contrato de prestación de servicios a través de la gestión oficiosa del hospital”³³, por lo cual el profesional sanitario podría reclamar al paciente el pago de la prestación, mientras que éste podría demandar la responsabilidad del agente sanitario causante directo del daño.

1.6 Fundamentación extracontractual de la responsabilidad sanitaria

No se requiere un vínculo contractual para fundamentar la responsabilidad civil en el contexto de daños originados en el ámbito sanitario, puesto que es suficiente con acudir al deber general de no dañar a otro. Ahora bien, existen diversos caminos para perseguir tal responsabilidad bajo el estatuto jurídico extracontractual, dependiendo de las particularidades del caso, ya que es necesario determinar si es factible singularizar al profesional negligente, si ello se logra el paciente podrá accionar directamente contra él, demandar la responsabilidad por el hecho ajeno del recinto asistencial, o bien, intentar perseguir solidariamente a ambos³⁴.

En oposición a lo anterior, si no es posible identificar al agente sanitario causante del daño, o bien, al analizar los acontecimientos colegimos que no se cumplen todos los presupuestos de la responsabilidad contractual, se podría fundar una demanda en uno de los planteamientos que se describen a continuación.

³³ ZELAYA E., P. Ob. Cit., 968p.

³⁴ TAPIA R., M. Ob. Cit., 86p.

1.6.1 Responsabilidad por culpa “in eligendo” “vel vigilando”

Quienes adhieren a esta doctrina plantean que el centro de salud es civilmente responsable frente a una mala elección o ante la falta de supervisión de sus empleados e instrumentos necesarios para llevar a cabo las labores hospitalarias. En este supuesto, la víctima puede demandar directamente al hospital o clínica, sin requerir probar la culpabilidad de alguno de los integrantes del personal médico, sino sólo aquella que le compete a la institución asistencial. Por la misma razón, si dicho establecimiento de salud resulta vencido jurídicamente y es compelido a pagar una indemnización, no puede repetir por la totalidad contra su dependiente, ya que aquél estaría pagando una deuda propia, fundamenta en su culpa³⁵. Sin embargo, el demandado goza de una prueba liberatoria, establecida en el artículo 2320 del Código Civil, según el cual se puede eximir de responsabilidad “probando que con la autoridad y el cuidado que su calidad le confiere y prescribe no ha podido impedir el hecho”.

En este orden de ideas, la responsabilidad del médico jefe por el maniobrar de un integrante de su equipo de especialistas, se puede plantear “como una culpa propia fundada en la elección inadecuada de un profesional asistente (culpa in eligendo) o en la falta de supervisión de los actos de su colaborador (culpa in vigilando)”³⁶.

En oposición a lo anterior, quienes critican esta doctrina plantean que, en relación con la culpa “in eligendo”, siempre será factible acreditar que se ha seleccionado a un facultativo competente, por medio de los títulos y acreditaciones solicitadas a los profesionales para desempeñar su actividad. En cuanto a la culpa “in vigilando”, es una verdadera ficción, que “no puede configurar el real fundamento de la responsabilidad civil del hospital”³⁷, ya que éste no tiene la capacidad de controlar la labores de profesionales altamente calificados y especializados.

³⁵ ZELAYA. P. Op. Cit., 612 y 613p

³⁶ ORREGO, J. De la responsabilidad de los profesionales liberales en general y de la responsabilidad de los médicos en particular. 6p. En <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>>[consulta: 20 enero 2019].

³⁷ZELAYA. P. Op. Cit., 614p.

1.6.2 Responsabilidad vicaria, indirecta o sustitutiva

En virtud de los artículos 2320 y 2322 del Código Civil, que regulan la responsabilidad por el hecho ajeno extracontractual, se argumenta que los establecimientos sanitarios se presumen responsables por los actos culposos de los médicos que trabajan en sus instalaciones.

Lo característico de esta responsabilidad es que requiere solamente probar la culpa del dependiente, sin necesidad de acreditar otro acto culposo del establecimiento asistencial, es decir, el hospital o clínica “es objetivamente responsable de los daños que con dolo o culpa causan sus médicos y personal dependiente en el cumplimiento o con ocasión del ejercicio de sus funciones”³⁸.

Así las cosas, la responsabilidad de la clínica u hospital es producto de su posición de garante frente a los pacientes, no siendo admisible que alegue haber actuado diligentemente³⁹.

De los anteriores planteamientos se deduce que el actor deberá acreditar, además de los requisitos propios de la responsabilidad extracontractual, la relación de dependencia entre el centro asistencial y el agente sanitario causante del daño. En cambio, la defensa del establecimiento sanitario podrá sustentarse en la inexistencia de culpabilidad de su pendiente, que éste hubiere actuado fuera de sus funciones, o bien, la carencia de vínculo de dependencia.

³⁸ZELAYA. P. Op. Cit, 614p.

³⁹ZELAYA. P. Op. Cit, 615p. el autor plantea que, bajo el esquema de solución que ofrece la responsabilidad vicaria, el hospital es garante de las culpas de su personal dependiente y debe responder frente a la víctima tal como un fiador solidario.

1.6.3 Hacia la responsabilidad objetiva de la mano del riesgo de la empresa

Considerando a la clínica como una empresa de servicios sanitarios, es preciso que responda por los daños generados en su actividad, puesto que se encuentra en la mejor posición para prevenir el daño e internalizar y distribuir su costo económico, ya sea subiendo el precio de los tratamientos médicos específicos, o bien, contratando un seguro de responsabilidad civil. En este sentido, el profesor Pedro Zelaya nos recuerda que, en virtud del “principio del riesgo creado [...] quien se beneficia de un bien o una actividad peligrosa, debe estar dispuesto a soportar el peso económico de los daños que dicha cosa o actividad cause a terceros, incluso si el daño es ajeno a toda culpa o negligencia del sujeto demandado”⁴⁰. De acuerdo con este razonamiento, el centro asistencial tendrá que responder cada vez que exista un daño imputable al riesgo propio de su actividad, sin que se requiera acreditar culpa.

Ejemplo de lo anterior es un fallo que condena a la Clínica Biobío, en atención a la imagen que proyecta a sus pacientes. En tal sentencia se sosteniendo que “en esta forma de presentarse al público, no hay distinción alguna para el usuario, entre el médico profesional que presta la atención y la Clínica Biobío, pues, sin conocer las relaciones contractuales que ocurran entre ellos, lo cierto es que la Clínica llama a las personas para que se atiendan en sus establecimientos y con sus médicos, es decir, los que allí prestan las diversas clases de servicios”⁴¹ y agrega que “no es relevante para el usuario, las relaciones que existen entre los médicos y la clínica y, al respecto, toda esta entidad se manifiesta frente al paciente como una sola institución proveedora de los servicios necesarios para satisfacer las necesidades de salud”⁴².

⁴⁰ ZELAYA. P. Op. Cit., 620p.

⁴¹ Sentencia del 2º Juzgado Civil de Talcahuano, de fecha 3 de octubre de 2014. Rol C-3511-2012. Considerando 61º.

⁴² *Ibíd.*

En otra sentencia, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca, se concluye que “la responsabilidad extracontractual que obliga a Sociedad Clínica del Maule S.A., resulta clara desde la perspectiva de la responsabilidad objetiva que asume al constituirse como establecimiento asistencial de salud que se beneficia económicamente con los requerimientos de quienes acuden a ella”⁴³.

Tal como se observa, parte de la judicatura concibe al establecimiento asistencial como una empresa que debe responder incluso bajo el estándar de la responsabilidad estricta.

1.6.4 Responsabilidad por culpa en la organización

En los últimos años, un sector de la jurisprudencia nacional, con el fin de proteger a la víctima, ha propugnado que se debe responsabilizar a los hospitales y clínicas, sin requerir acreditar culpa de un agente sanitario determinado. Este planteamiento se aproxima a la denominada culpa difusa o culpa organizacional, que procede en el derecho comparado cuando el hecho dañoso es causado por uno o más dependientes, sin lograr individualizarlo.

En relación con la línea de pensamiento anterior, la Corte suprema en un litigio sobre indemnización de perjuicios, fundado en la negligencia del establecimiento de salud, que permitió el intento de suicidio de una paciente hospitalizada al interior de sus dependencias, reflexiona sobre las medidas que estaban a su alcance para evitar el suceso y sobre los integrantes del personal que habrían incurrido en culpa, pero sin identificar cuál de ellos actuó con la negligencia que permitiría acoger la demanda⁴⁴. De este modo, la Corte Suprema sigue al profesor Carlos Pizarro en cuanto sostiene que “lo relevante para configurar la responsabilidad directa de la clínica ni está en la mala praxis del médico o de sus empleados, la que, incluso, puede estar ausente, sino en una falta o culpa en la organización”⁴⁵.

⁴³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 2 de septiembre de 2013. Rol 1231-2012. Considerando 2°.

⁴⁴ Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de enero de 2018. Rol 19182- 2017. Considerando 13°.

⁴⁵ PIZARRO. 2017. La responsabilidad civil médica. 125p. En C.S. 29-01-2018. Rol 19182-2017. c. 15°.

1.7 Cúmulo de responsabilidades o la concurrencia de responsabilidades⁴⁶

En el ámbito de la salud un mismo acontecimiento puede engendrar simultáneamente el incumplimiento del contrato sanitario y la infracción del deber genérico de cuidado. Ante la situación planteada, cabe preguntarse ¿Tiene derecho quien ha celebrado un contrato sanitario a ser indemnizado bajo las normas del estatuto de la responsabilidad extracontractual?

Dado que no existe una norma que resuelva expresamente la interrogante, ha correspondido a la doctrina y la jurisprudencia la tarea de argumentar a favor de una de las alternativas. Por una parte, la postura tradicional de la jurisprudencia niega dicha opción. En este sentido, Alessandri Rodríguez ha señalado que “la infracción de una obligación da origen únicamente a la responsabilidad contractual: el acreedor cuyo deudor viola su obligación no podría demandarle perjuicios por esta violación con arreglo a los arts. 2314 y siguientes del código civil”⁴⁷.

El mismo autor reconoce dos situaciones que constituyen excepciones a lo dicho precedentemente. En primer lugar, si las partes han acordado en el contrato la opción de responsabilidades y, en segundo lugar, cuando el incumplimiento de la obligación emanada del contrato reviste, a su vez, un ilícito de carácter penal.

No son pocos los fallos que han seguido el razonamiento de Alessandri. Así sucede con una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la cual se rechaza una demanda de indemnización de perjuicios, porque el actor acude al régimen de la responsabilidad extracontractual, mientras que, a juicio del tribunal, lo que correspondía era accionar conforme al estatuto contractual⁴⁸.

⁴⁶ ZELAYA, Op, Cit. 605p. el autor recuerda, en nota al pie de página, que la doctrina extranjera ha denominado al cúmulo de responsabilidades como la “concurrencia de responsabilidades” o la “concurrencia de la responsabilidad extracontractual con la contractual”

⁴⁷ ALESSANDRI R., A. 1943. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Imprenta Universitaria, Santiago. 84p. En Zelaya . P Op. Cit., 603p.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 9 de junio de 2014. Rol 2779-2013.

En la referida sentencia, la Corte de Apelaciones, citando a la profesora Carmen Domínguez, adhiere a la postura de rechazo al cúmulo fundado en que la “existencia de dos regímenes resarcitorios en la ley, determina que la acción ejercida en conformidad a uno de ellos comprenda una pretensión absolutamente distinta al que resulta de la otra, decidiendo la imposibilidad del perjudicado para eludir el régimen contractual, quedando abierto el recurso a la responsabilidad extracontractual solamente cuando entre los involucrados no haya existido una relación contractual previa, o cuando, existiendo, los perjuicios reclamados no provengan de su incumplimiento”⁴⁹.

Sin embargo, la Corte Suprema en fallos más recientes, examinando la naturaleza de la responsabilidad médica y su regulación, apoyada en autores tan destacados como Enrique Barros y Pedro Zelaya, ha señalado que se “debilita la tajante distinción que tradicionalmente se ha hecho en nuestro ordenamiento jurídico, respecto de la responsabilidad contractual y la extracontractual, pues el contenido normativo no es tan diverso y en ambos estatutos existe un ilícito civil, dado por el incumplimiento al contrato o a las obligaciones que emanan de la ley”⁵⁰. En este sentido, el acreedor tendría la opción de régimen, en la medida que el daño producido por el galeno sea considerado simultáneamente tanto un incumplimiento imputable y como un hecho ilícito⁵¹.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, podemos concluir que actualmente la jurisprudencia se inclina por aceptar el denominado cúmulo en causas de responsabilidad médica. No obstante, el estudio de la distinción entre contractual y extracontractual seguirá teniendo importancia, ya que no podemos descartar que la máxima Corte de nuestro país revierta su postura.

⁴⁹ DOMÍNGUEZ, C. 2014. "La concurrencia de responsabilidades o el mal denominado cúmulo de responsabilidades en el Derecho Chileno: Estado actual". En Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia de fecha 9 de junio de 2014, rol 2779-2013, considerando 11°.

⁵⁰ Corte Suprema. Sentencia de fecha 21 de marzo de 2016. Rol 31061-2014. Considerando 7°.

⁵¹ *Ibíd.*

1.8 Comparación de los estatutos de responsabilidad

En este apartado se describirán las principales ventajas y dificultades que presentan los dos regímenes de responsabilidad, desde la perspectiva del paciente-víctima.

1.8.1 Ventajas de la responsabilidad contractual:

- i. En litigios sobre responsabilidad médica, la víctima del daño deberá acreditar la existencia del contrato de prestación de servicios sanitarios, el cual se acredita fácilmente por medio de la documentación que entrega el establecimiento de salud o el profesional sanitario. En cambio, en virtud del inciso 3° del artículo 1547 del Código Civil, le corresponderá al médico demandado probar que actuó con diligencia o cuidado en el desempeño de su labor.
- ii. En causas de cirugías estéticas, se ha consolidado en la doctrina y la jurisprudencia, que deben ser consideradas como obligaciones de resultado, por tanto, no será suficiente la diligencia del profesional, sino que es necesario que se verifique un resultado que mejore la apariencia del paciente.
- iii. La acción indemnizatoria que nace producto del incumplimiento contractual prescribe en 5 años desde que la obligación se hace exigible.

1.8.2 Ventajas de la responsabilidad extracontractual:

- i. En la responsabilidad extracontractual no se gradúa la culpa, por tanto, el deudor de la prestación, es decir, el agente sanitario, responderá de toda clase de culpa.
- ii. En virtud de artículo 2317 del Código Civil existe solidaridad pasiva entre los autores de un delito o cuasidelito civil. Así las cosas, el paciente afectado, podrá dirigir su acción contra cualesquiera de los responsables, por el total del monto indemnizatorio. Esto es muy relevante si consideramos que actualmente el cometido de la medicina se lleva a cabo por equipos de profesionales.

Conviene recordar que en textos de antaño los autores mencionan como principal ventaja la reparación integral del daño, incorporando de esta forma al perjuicio moral, situación que no ocurría en la responsabilidad contractual. Actualmente la jurisprudencia se manifiesta conteste en la procedencia de la indemnización de esta clase de daño en ambos regímenes de responsabilidad.

1.8.3 Dificultades de la responsabilidad contractual:

- i. En el ámbito contractual la regla general es que las obligaciones son simplemente conjuntas, y para que proceda solidaridad se requiere un acuerdo expreso o que se imponga por la ley⁵², por tanto, si un paciente pretende demandar una indemnización deberá hacerlo contra todos los responsables por su cuota. Teniendo presente lo ya mencionado sobre la actividad médica en grupos de profesionales, es indudable que la falta de una norma que consagre

⁵² Sabido es que el testador también puede imponer la solidaridad, pero en cuanto a la relación entre un médico y su paciente, ello difícilmente tenga alguna relevancia jurídica.

la solidaridad pasiva ocasiona mayores dificultades al instante de conformar una estrategia en un procedimiento judicial.

- ii. En virtud del primer inciso del artículo 1547 del Código Civil, el médico o establecimiento sanitario sólo responderá de culpa leve en los contratos que se celebren para beneficio recíproco de las partes. Excepción a lo antes dicho es la cláusula agravante de la responsabilidad, con la cual es posible estipular la responsabilidad por culpa levísima, sin embargo, en la cotidianidad de la relación entre un galeno con su paciente es improbable que tal cláusula se incorpore al vínculo contractual.

- iii. La extensión del daño indemnizable puede ser menor en sede contractual, debido a que si el incumplimiento del deudor es con culpa, éste responde sólo de los perjuicios directos y previsto. En cambio, será necesario acreditar dolo en su acción u omisión, para que aquel responda de los daños imprevistos.

1.8.4 Dificultades de la responsabilidad extrapatrimonial:

- i. El artículo 2332 del Código Civil establece que el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria es de 4 años desde la “perpetración” del acto. Sin embargo, esto se debe matizar, ya que la jurisprudencia ha evolucionado hasta comprender que este plazo se debe computar desde que el daño se manifiesta, siendo conocido por la víctima⁵³.

⁵³ en este sentido la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 14 de noviembre de 2017. Rol 83397-2016.

- ii. No rige el artículo 1547 del mismo cuerpo legal, que permite concluir la presunción de la culpa en materia contractual, por lo que el paciente afectado deberá acreditar que ha sufrido un daño cuya causa se encuentra en una negligencia, impericia o imprudencia. A este respecto, conviene subrayar que aquél debe probar el daño, el factor de atribución subjetivo (culpa o dolo) y la relación de causalidad.

CAPÍTULO 2: EL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL

2.1 Del daño en general

No cabe duda de que la noción de responsabilidad civil estriba en torno al daño o perjuicio⁵⁴, el cual se debe reparar o, al menos, compensar.

La Corte Suprema ha señalado que “el fundamento de la responsabilidad jurídica es el perjuicio. El perjuicio puede consistir, tanto en una ofensa a la sociedad, como en un daño de carácter privado; y de esta diferencia se distingue entre responsabilidad civil y penal”⁵⁵. Es evidente, entonces, que el daño es esencial para que exista responsabilidad civil, por tanto, si el galeno hace mal su labor, pero esto no conlleva un perjuicio, no es susceptible de indemnización. Así mismo, el daño constituye el límite de la responsabilidad civil, ya que “se indemniza todo el perjuicio, pero nada más que el perjuicio”⁵⁶.

Nuestro Código Civil hace referencia al perjuicio en varias disposiciones⁵⁷, pero carece de una definición que lo precise, de ahí que diversos autores han procurado delimitar su concepto. Así sucede con el jurista Pablo Rodríguez, quien concibe al daño como la “lesión, menoscabo, pérdida, perturbación o molestia de un interés, así se halle o no constituido en derecho, siempre que el mismo, en este último evento, esté legitimado por el ordenamiento jurídico”⁵⁸.

⁵⁴ Para efectos de esta tesis, los conceptos de daño y perjuicio se utilizan indistintamente.

⁵⁵ CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 19 de enero de 2015, rol 7215-2014. Considerando 1°.

⁵⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILERA., R. 2010. Los límites al principio de reparación integral. Revista Chilena de Derecho Privado (15).10p.

⁵⁷ V.gr. art.1556, 2314 y 2329 del Código Civil.

⁵⁸ RODRÍGUEZ G., P. 2009. Responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile. 258p.

Sin perjuicio de las diversas nociones de daño, la jurisprudencia reconoce una dualidad de posturas. La primera se compone por aquellos que observan al perjuicio como la lesión de un derecho subjetivo y, la segunda y mayoritaria, por quienes sostienen que es suficiente que se afecte el interés del sujeto para que exista daño⁵⁹.

Los daños son susceptibles de múltiples clasificaciones. A los efectos de este trabajo la que cobra mayor relevancia es aquella que distingue entre daño material o patrimonial y extrapatrimonial o moral. El primero de estos es aquel que produce “un empobrecimiento, merma o disminución del patrimonio, así sea actual o futuro”⁶⁰. El segundo se analizará a continuación.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Temuco, de 23 de Abril de 2015. Rol 1373-2014. Considerando 12°. La Corte adscribiendo a la a esta segunda postura menciona que “el daño consiste en la lesión de un interés del sujeto, cualquier bien del sujeto, cualquier atributo de su personalidad, o incluso su persona moral”.

⁶⁰ RODRÍGUEZ G., Op. Cit, 259p.

2.2 Contextualización del daño Extrapatrimonial

Fue a partir de la primera década del siglo XX cuando el daño moral apareció en los tribunales nacionales, todavía de forma implícita, vinculado a “sentimientos” y “afección”⁶¹, y hubo que esperar hasta el año 1922 para que la Corte Suprema lo reconociera definitivamente⁶².

En dicha época el daño moral se vinculaba únicamente al “pretium doloris”, es decir, el precio del dolor, y se reconocía sólo en situaciones en que una persona sufría notoriamente en su fuero interno, usualmente acompañado de una dolencia física.

Cabe precisar que el daño extrapatrimonial no goza de una consagración expresa en nuestro Código Civil. En efecto, su desarrollo se ha debido a la evolución doctrinaria y jurisprudencial, realizada desde los artículos 2314 y 2329 de dicho cuerpo legal⁶³. Ahora bien, por la ubicación de los aludidos, se delimitó inicialmente al ámbito extracontractual.

Actualmente, se entiende, que nada obsta a que se indemnice en sede contractual. A favor de tal postura existen contundentes argumentos, tales como el principio de equidad, junto al de la buena fe en la ejecución de los contratos, bajo cuyos estándares resulta inadmisibles la idea de permitir que tal perjuicio quede sin reparación. Por otra parte, hay doctrinas más modernas que consideran que el concepto de “daño emergente”, comprende no sólo el daño pecuniario sino también el extrapatrimonial⁶⁴.

⁶¹DOMÍNGUEZ H., C. 2000. El daño moral, Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 33p

⁶² BARROS B, E. 2006.. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 296p.

⁶³ GAJARDO H., M. 2015. El concepto de derecho de HLA Hart y la indemnización del daño moral en Chile. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. 6, no 12, p. 107p.

⁶⁴ RUTHERFORD, R. 2013. La reparación del daño moral derivado del incumplimiento contractual: tendencia en la reciente jurisprudencia nacional y española. Revista chilena de derecho, vol. 40, no 2. 676p.

Tal como se observa, la evolución del daño moral lo ha hecho desbordar los contornos de la “afección” o los “sentimientos”, para inmiscuirse en otros aspectos.

En relación con este último punto, la Corte Suprema ha señalado que “la noción del daño moral ha avanzado a una comprensión más amplia que el mero padecimiento psicológico o *pretium doloris*, debiendo entenderse a partir de la fractura al proyecto de vida de la persona en razón del accidente lo que impacta en la esfera de la personalidad de la víctima (sic). De ahí que a partir de la autodeterminación de la persona a trazar su propio proyecto de vida merezca reparación la afectación a las diversas facetas de su existencia”⁶⁵.

Dadas las reflexiones que anteceden, y considerando la naturaleza personal del daño moral⁶⁶, es del todo lógico que la delimitación de su concepto resulte muy controvertida, suscitando discrepancias en la doctrina.

Tampoco ayuda a su conceptualización el uso del adjetivo “moral”. A este respecto, el profesor Enrique Barros plantea que “la idea de un daño ‘moral’ alude correctamente a la lesión de bienes como el honor y la privacidad, pero solo imperfectamente expresa otros daños no patrimoniales, como, por ejemplo, el dolor físico, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida”⁶⁷.

Frente a las dificultades anteriores, nace la idea de realizar subgéneros del daño moral, que permitan facilitar su estudio.

⁶⁵ Corte Suprema, sentencia de fecha 27 de diciembre de 2016 (unificación de jurisprudencia). Rol 33990-2016. Considerando 5°.

⁶⁶ HURTADO D., I. 2017. Tesis doctoral: El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización. 127p.

⁶⁷ BARROS B., E. 2006. Op. Cit., 232p.

2.3 Principales clasificaciones del daño extrapatrimonial

Los subgéneros del daño moral más relevantes en relación con el ámbito de la responsabilidad médica son los siguientes:

2.3.1 Pretium doloris o precio del dolor:

De acuerdo con don Arturo Alessandri este daño “consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos”⁶⁸. Por su parte, el profesor Enrique Barros lo considera un “sufrimiento físico o mental, un daño positivo generado por cualquier forma de sufrimiento, comprendiendo tanto la intensidad como duración de dicho dolor”⁶⁹. Mientras que para la Corte Suprema, en términos amplios, es “el padecimiento psicológico, angustia o pesar de la víctima”⁷⁰.

Si bien en sus orígenes el daño extrapatrimonial se limitaba a ser sinónimo de pretium doloris, la evolución de la jurisprudencia lo ha desarrollado, incorporándole una multiplicidad de supuestos. De tal forma que, actualmente, el daño moral es un concepto indeterminado jurídicamente, más amplio que el pretium doloris⁷¹, el cual es considerado sólo una de sus posibles manifestaciones⁷². Con todo, no debemos concluir que su importancia sea menor, ya que tal subgénero aparece frecuentemente en las sentencias de nuestros tribunales, muchas de las cuales se ocupan de analizar solamente a esta clase de perjuicio⁷³.

⁶⁸ ALESSANDRI R., Op. Cit., 225p.

⁶⁹ Barros, Op. Cit, p.331-332.

⁷⁰ Corte Suprema, fallo de 27 de diciembre de 2016, causa rol 33990-2016. Considerando quinto.

⁷¹ BARRIENTOS Z., M. 2008. Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris. Revista chilena de derecho, vol. 35, no 1. 90p.

⁷² HURTADO DÍAZ-GUERRA, .Op. Cit., 106p.

⁷³ V.gr. Corte Suprema, del 28 de septiembre de 2011. Rol 9715-2009; Corte Suprema, del 23 de octubre de 2012. Rol 7102-2012; Corte de Apelaciones de Copiapó, de 28 de mayo de 2014. Rol 187-2013; Corte de Apelaciones de Concepción, de 27 de enero de 2016. rol 1078-2013.

2.3.2 Préjudice d'agrément o perjuicio de agrado:

Es aquel que consiste en la disminución de la capacidad de disfrutar de una buena vida. De acuerdo con don Enrique Barros, en aquél “se incluyen las repercusiones extrapatrimoniales futuras que limitan la capacidad de la víctima para disfrutar de las ventajas de la vida”⁷⁴, pero añade que “a este respecto es necesaria una cierta objetividad, atendiendo a las expectativas de una persona que presenta las características más típicas de la víctima”⁷⁵.

Otros autores distinguen entre perjuicio de agrado y el perjuicio a la vida de la relación. Tal como ocurre con don Agustín Ruiz, quien describe al último de aquéllos como una “disminución de los placeres de la vida, causada por la dificultad o imposibilidad de ejercitar ciertas actividades que son placenteras para el individuo y, en general, la afectación a las relaciones de la persona con los seres que la rodean y con las cosas del mundo”⁷⁶. Según el autor, este menoscabo no se refiere a la lesión física en sí misma ni es equivalente al perjuicio de agrado, sino que se asimila a alteraciones a las condiciones de existencia, provocando que determinadas actividades resulten difíciles o imposibles de realizar, sin requerir que sean calificadas de placenteras⁷⁷.

⁷⁴ BARROS B., E. 2013. Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición. 319p

⁷⁵ *Ibíd.*

⁷⁶ URIBE R., A. 2010. El perjuicio a la vida de la relación: una entidad autónoma y de reparación independiente de los demás daños resarcibles en la responsabilidad civil. 116p.

⁷⁷ *Ibíd.*

2.3.3 Perjuicio estético o Pretium pulcritudinis:

Es aquel ocasionado por los daños a la armonía física del perjudicado, ya sea en el rostro o en otras partes del cuerpo, es decir, lo sufre la persona en su aspecto, en relación con los cánones sociales de belleza⁷⁸.

En el ámbito de la salud, dicho perjuicio se enlaza ineludiblemente con la jurisprudencia sobre cirugías estéticas, esto corresponde a situaciones en el paciente se somete a una intervención quirúrgica para mejorar su aspecto y no logra lo esperado. A este respecto, la postura mayoritaria sostiene que se engendra una obligación de resultado⁷⁹.

Para ilustrar lo anterior, podemos observar que, en relación a una causa sobre cirugía plástica mamaria, la Corte Suprema ha señalado que “en una mujer joven, que consulta por un aspecto psicológico ‘sentirse acomplejada con el tamaño de sus pechos’, la satisfacción está dada por la superación de la causa física por la que consulta, pero igualmente y lo más importante, en quedar sin factores que intensifiquen, agraven o generen malformaciones que acentúen su condición física y psicológica”⁸⁰. Según se ha citado, para cumplir con la obligación sanitaria, en el contexto de cirugías estéticas, junto con superar la condición que aqueja al paciente, se debe evitar perjudicar otra⁸¹.

⁷⁸ HURTADO D. Op. Cit., 185p.

⁷⁹ En este sentido la Sentencia de la Corte Suprema, de 25 de noviembre de 2013, rol 8307-2012, en la cual se manifiesta que el tabaquista de la paciente no constituye en la generalidad un obstáculo o impedimento de proporciones para la realización de una intervención quirúrgica de carácter estético y para su recuperación; Sentencia de Corte de Apelaciones de Concepción, de 19 de noviembre de 2015, rol 231-2015, en la cual se condena a médico por no cumplir con la lex artis, en cirugía plástica de prótesis mamaria.

⁸⁰ Corte Suprema, del 28 de enero de 2011. Rol 5849-2009. Considerando 10°

⁸¹ *Ibíd.*

Por último, en lo referente a la cuantificación de esta especie de daño, lo habitual es que, aun cuando el juez lo analice de forma separada, al instante de precisar el monto indemnizatorio, suele adherirlo al pretium doloris, sin distinguir cuánto del monto corresponde a cada subtipo de perjuicio, o bien, determina la misma cifra para cada uno⁸².

2.3.4 Perjuicio derivado del nacimiento de un hijo: Wrongfulbirth (“nacimiento equivocado”) y wrongfullife (“vida errónea”).

Este perjuicio de origen anglosajón se refiere a situaciones en cuales se reclaman daños derivados del nacimiento de una persona, ya sea por el sólo hecho de dar a luz cuando no se esperaba dicho acontecimiento, o bien, por nacer con malformaciones⁸³.

En la jurisprudencia nacional, las demandas producto de un nacimiento indeseado son escasas, por lo mismo, es interesante indicar que la Corte de Apelaciones de Antofagasta tuvo la oportunidad de analizar y resolver sobre esta materia. En tal causa quedó establecido que la demandante se había sometido a un procedimiento de esterilización, no obstante, no se le intervino una trompa de Falopio, provocando que posteriormente diera a luz. Al respecto, el tribunal de alzada determina la procedencia de la indemnización, debido a la negligencia del médico, su falta a la lex artis e incumplimiento al deber de información, pero evita pronunciarse directamente sobre el Wrongfulbirth⁸⁴.

⁸² Así se observa en la del Sentencia del 2º Juzgado Civil de Concepción, del fecha 21 de Julio de 2014 rol C-409-2012.Considerando 19º.

⁸³HURTADO DÍAZ-GUERRA, Op. Cit., pág. 202-203

⁸⁴Corte de Apelaciones de Antofagasta. 2 de mayo del 2012. Rol 373-2011. Considerandos 12º y 13º.

En relación con lo anterior, la Corte señala que “el daño causado produjo consecuencias en la vida afectiva y emocional de la demandante y trastornos en su vida familiar, encontrándose acreditado en autos, que la actora sufre de una depresión reactiva debido al incumplimiento acreditado”⁸⁵. Así las cosas, en lo expresado por el tribunal podemos identificar el pretium doloris y el perjuicio de agrado, pero no ocurre lo mismo respecto al Wrongfulbirth.

Concluyendo esta clasificación, hay que advertir que la doctrina identifica otras especies de daño, tales como el perjuicio sexual o el perjuicio juvenil (privar de los juegos normales de su edad a un menor). Sin embargo, estas distinciones no tienen mayor eco en los tribunales⁸⁶, los que tienden a asignar un monto indemnizatorio sin diferenciar estos perjuicios. En efecto, todavía es posible encontrar fallos que ocupan indistintamente el concepto de daño moral y el de pretium doloris ⁸⁷.

⁸⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta. 2 de mayo del 2012. Rol 373-2011. Considerando 19°.

⁸⁶Tapia R., M. Borrador con fines exclusivamente docentes, para el curso de responsabilidad civil de la Universidad de Chile, segundo semestre 2007. FRAGMENTACIÓN MODERNA DEL DAÑO MORAL en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0520/2/material_docente/previsualizar?id_material=148560. El profesor, respecto de la fragmentación de daño moral, señala que “la utilización de un concepto de pretium doloris de contornos imprecisos, la escasa argumentación de los fallos y la práctica de asignar una indemnización global sin atribuir un valor separado a los distintos perjuicios, provoca que en el derecho nacional estas categorías resulten en la mayoría de los casos implícitas y que sólo un examen atento de los hechos de la causa permita inferir que se repararon diversos tipos de perjuicios.”

⁸⁷ BARRIENTOS Z., M. Op. Cit. 90-91p

2.4.La reparación del daño moral

Tal como se ha anticipado, la reparación del daño consiste, por regla general, en la obligación de dar una suma de dinero. Sólo excepcionalmente la indemnización puede consistir en cosas distintas que el dinero, como pudiera ocurrir si así lo pactan las partes de un contrato por medio de una cláusula penal.

De acuerdo con don Arturo Alessandri la función indemnizatoria consiste en el restablecimiento de las cosas al estado anterior a la ocurrencia del delito o cuasidelito civil⁸⁸. De este modo, la víctima del daño no debe soportar sus consecuencias. Todo lo anterior es innegable en la esfera del daño material, pero en el ámbito extrapatrimonial la indemnización no tiene propiamente una función reparatoria, porque la naturaleza de aquél origina que sea imposible de reparar. Así ocurre con quien padece los dolores causados por una intervención quirúrgica, o bien, con quien sufre el fallecimiento de un familiar.

Siguiendo esta línea de pensamiento, la jurisprudencia señala que “la indemnización por daño moral no [...] tiene carácter reparatorio, ya que el pago de una indemnización en dinero no hace desaparecer el daño causado, sino que sólo es un medio de hacer más llevadero el dolor o aflicción producido por la acción negligente o culposa, por lo que su magnitud debe ser apreciada”⁸⁹. En el mismo sentido, otra sentencia añade “que la indemnización por daño no patrimonial no puede cumplir la función reparadora de toda indemnización, ya que éste, en definitiva, no puede ser reparado, porque ninguna indemnización será equivalente a este perjuicio, de modo que la que se otorgue debe procurar proporcionar, al menos, algún grado de satisfacción para la demandante y así mitigar los efectos del detrimento causado, considerando la gravedad del daño”⁹⁰.

⁸⁸ALESSANDRI R., A. 1983. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Tomo II. Santiago, Ediar Editores. 533p.

⁸⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, de 27 de enero de 2016. Rol 1078-2013.Considerando 20°.

⁹⁰ Sentencia del 2° Juzgado Civil de Concepción. 21 de Julio de 2014. Rol C-409-2012. C.18°.

En concordancia con lo anterior, don Ramón Domínguez Águila plantea “que la fundamentación común de la reparación del daño moral es la idea de resarcimiento que procura a la víctima satisfacciones que, de algún modo compensen la pérdida sufrida”⁹¹.

En conclusión, la función de la indemnización no es propiamente reparar a la víctima sino mitigar las consecuencias del daño u otorgar una satisfacción procurando compensarla.

2.5 función inhibitoria de la indemnización

La indemnización en el common law no sólo cumple la función de resarcir a la víctima, sino que procura adicionalmente castigar a quien produce un mal y desincentivar esta clase de conductas⁹². Si bien la jurisprudencia y doctrina nacional discrepan de lo anterior, en cuanto consideran al daño como frontera de la reparación, ello no obsta a reconocer que tal indemnización cumple una función disuasiva de determinadas conductas. A este respecto, el 2º Juzgado Civil de Talcahuano señala que “se ha dicho que por regla general la indemnización tiene el objetivo de reparar el daño causado, pero ello no es absoluto por cuanto también se ha sostenido que sin ser en nuestra legislación de carácter punitivo, sí lo es de carácter inhibitorio, pues, el otorgamiento de la reparación del daño, constituye también una forma de advertir que en el cumplimiento de las obligaciones, cualquiera sea la naturaleza, hay que actuar con el máximo de acuciosidad y buena fe por cuanto de todo perjuicio que se cause por culpa o malicia, corresponde una obligación de reparar el daño causado”⁹³.

⁹¹ GARCÍA M., L. y HERRERA L., M. 2003. El concepto de los daños punitivos o punitive damages. Estudios Socio-Jurídicos, vol. 5, no 1, 215p

⁹² DOMÍNGUEZ A., R. 2004. Sobre la transmisibilidad de la acción por daño moral. Revista Chilena de Derecho, volumen 31 N°3, 512p.

⁹³ Sentencia del 2º Juzgado Civil de Talcahuano, de fecha 3 de Octubre de 2014. Rol C-3511-2012. Considerando 71º

2.6 Sobre la prueba del daño extrapatrimonial

Antes de profundizar, recordemos que el objeto de la prueba recae sobre los hechos, o mejor dicho, en las afirmaciones que las partes efectúan en el proceso respecto de los hechos⁹⁴, y que tal labor se realiza exclusivamente ante los jueces de instancia, salvo cuando hay infracción a las normas reguladoras de la prueba⁹⁵.

Dicho eso, la acreditación del daño moral presenta una serie de dificultades, toda vez que recae sobre bienes jurídicos no susceptibles de evaluación económica⁹⁶.

Un sector de la jurisprudencia, influenciada por un concepto del daño moral asimilado al “pretium doloris”, sostiene que dicho perjuicio no requiere prueba, aclarando que su comprobación corresponde a los jueces de fondo, quienes “determinarían su existencia y monto de manera discrecional”⁹⁷. En efecto, debido a su especial naturaleza es complejo encontrar directrices objetivas que orienten su demostración, sin embargo, ello no debe hacernos concluir que sea suficiente su afirmación para considerarlo acreditado

Hecha la observación anterior, el profesor Hugo Cárdenas identifica una segunda forma de evadir la prueba del daño moral. Para aquellos que lo asimilan a la vulneración de derechos extrapatrimoniales, es suficiente la acreditación del derecho en cuestión, para tener por comprobado el daño⁹⁸.

⁹⁴ MATHEUS. L., C. 2002. Sobre la Función y Objeto de la Prueba. Derecho PUCP, 55, 324p.

⁹⁵ LARROUCAU T., J. 2014. ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? Revista de derecho (Valdivia), 2014, vol. 27, no 2, 51p. En el mismo sentido la sentencia de la Corte Suprema, de 14 de Agosto de 2013, rol 4778-2013, señala lo siguiente: “resulta pertinente recordar que solamente los jueces del fondo se encuentran facultados para fijar los hechos de la causa y que efectuada correctamente dicha labor, al determinar éstos con sujeción al mérito de los antecedentes, probanzas aportadas por las partes, interpretación y aplicación de las normas atinentes al caso en estudio, ellos resultan inamovibles para este tribunal”.

⁹⁶ CÁRDENAS V., H. y GONZÁLEZ, V. P. Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización. Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), 2007, n°2..356p.

⁹⁷ CÁRDENAS V., H. y GONZÁLEZ, V. P. Op. Cit, 358p.

⁹⁸ Ibíd.

En contraste con la postura anterior, existe una corriente doctrinaria y jurisprudencial que propugna el deber de acreditar el daño extrapatrimonial. A Tal planteamiento se adhiere este trabajo, por considerar que “la exigencia de prueba arranca de principios sustanciales y procesales que sostienen y fundamentan el moderno Estado de Derecho”⁹⁹ y que la “inexistencia de normas legales no libera al juez de la obligación de fundamentar su sentencia”¹⁰⁰.

Al igual que todo daño, el extrapatrimonial debe ser probado por quien sostiene haberlo padecido, conforme al artículo 1698 del Código Civil. Razonamiento que se encuentra en concordancia con el artículo 38 de la ley 19.966, el cual establece la necesidad de acreditar los daños provocados por faltas de servicios sanitarios de órganos administrativos, por quien los padece y alega, en consecuencia, es lógico estimar que, al menos en principio, el daño moral debe ser acreditado por el paciente-víctima, a través de alguno de los medios de prueba señalados en la ley¹⁰¹.

En atención a lo anterior, la jurisprudencia se ha inclinado a favor de la necesidad de acreditar el daño extrapatrimonial. En este sentido, expresa la Excelentísima Corte Suprema “que el daño moral, como todo daño, debe ser probado por quien sostiene haberlo padecido; al menos cuando es la base de la obligación de repararlo, conforme al artículo 1698 del Código Civil”¹⁰².

En todo caso, la Corte Suprema advierte que existen escenarios en los cuales se puede presumir el daño moral, señalando que “en determinadas situaciones, por la naturaleza y características del daño material producido, particularmente cuando se trata de daño corporal, el daño moral es tan natural y perceptible en la víctima que es del todo razonable presumirlo [...] En estas circunstancias se produce una alteración

⁹⁹ *Ibíd.*

¹⁰⁰ GAJARDO H., M. 2015 El concepto de derecho de HLA Hart y la indemnización del daño moral en Chile. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 6, no 12, 110p.

¹⁰¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta. De fecha 2 de julio de 2013. Considerando 15,

¹⁰² sentencia de la Corte Suprema, de 4 de abril 2018. Rol 12176-2017.

del peso de la prueba en cuanto, debiendo la víctima probar el daño, es el demandado quien tendría que probar que, debido a ciertos hechos o circunstancias, la víctima no sufrió efectivamente el daño que postula”¹⁰³.

En síntesis, nuestro máximo tribunal señala que, siendo los daños físicos evidentes, se colige de aquéllos una especie de perjuicio moral, por lo cual se invierte el onus probandi.

Siguiendo una línea de pensamiento similar, en un litigio de responsabilidad médica, en el cual no se realizaron todos los exámenes para diagnosticar el síndrome hemolítico urémico a un menor, la Corte de Apelaciones de Valparaíso señala que “es un hecho de público conocimiento el gran malestar físico que se siente con esos síntomas, los que innecesaria y negligentemente se prolongaron hasta que el niño recibiera la atención adecuada en el Hospital Militar. De esta manera, se encuentra probado el daño moral que sufriera el menor demandante”¹⁰⁴.

Tal como se observa en la cita anterior, la Corte emplea las máximas de la experiencia, para calificar el dolor físico del paciente como un “hecho notorio”, y, por consiguiente, tiene por acreditado la existencia de perjuicio extrapatrimonial.

Ahora bien, para lograr distinguir los perjuicios cuya existencia puede presumirse de aquellos que deben ser acreditados mediante pruebas distintas a las presunciones o no sólo por éstas, don Hugo Cárdenas y doña Paulina González proponen la elaboración de subcategorías o subtipos de daños morales, y de esta manera, encaminar la realización de una teoría que regule satisfactoriamente la prueba del daño moral. Dicho medio probatorio debe cumplir con que “las circunstancias que sirven de base a la presunción de los daños estén debidamente acreditadas en el proceso, y en todo caso, se admita la prueba en contrario”¹⁰⁵.

¹⁰³ Corte Suprema. 4 de abril 2018. Rol 12176-2017. Considerando 5°.

¹⁰⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso. 14 de agosto de 2012. Considerando 14°.

¹⁰⁵ CÁRDENAS, H. y GONZÁLEZ, P. Op, Cit. 366-367p.

Por otra parte, de acuerdo con don Hernán Corral “la prueba del daño moral debe acomodarse a su naturaleza especial: si se alega un daño corporal, debe acreditarse la pérdida que la lesión o enfermedad produce a la víctima”¹⁰⁶. En cambio, “si se trata del dolor psíquico, la prueba deberá centrarse en la acreditación de los hechos que ordinariamente para una persona normal en la misma situación hubiera sentido”¹⁰⁷.

A fin de entender cuando podemos presumir el daño moral, es conveniente analizar la circunstancia del parentesco y cuestionar si es suficiente su existencia para que el juez tenga por acreditado el mencionado perjuicio. Para ilustrar esta situación cabe citar el fragmento de un fallo del 3º Juzgado Civil de Concepción, el cual señala que “se tendrá por acreditado [el daño moral] por la sola consideración del indiscutible dolor y profundo sufrimiento que los demandantes han debido soportar por la cirugía y doloroso tratamiento de rehabilitación de su hijo”¹⁰⁸.

Tal como se observa en la sentencia anterior, el tribunal de primera instancia infiere el *pretium doloris* padecido por los demandantes, por la sola circunstancia de ser los padres del afectado, quien sufre personalmente daño físico y psicológico. A este respecto, no parece haber problemas en que se realice tal presunción, en la medida que se refiera al *pretium doloris* y se cumpla con las limitaciones ya mencionadas, especialmente lo concerniente a que se admita la prueba en contrario.

Sin embargo, tal presunción tendrá menor fuerza probatoria cuando se trate de “parientes lejanos”. En este sentido, don Enrique Barros señala que “a medida que el parentesco se distancia del primer grado, la prueba de la relación afectiva y existencial del demandante con la víctima directa deberá sostenerse en los hechos y no en presunciones que se siguen de la mera relación de parentesco”¹⁰⁹.

¹⁰⁶ CORRAL T., H. 2011. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición. 167p.

¹⁰⁷ *ibid*

¹⁰⁸ 3º Juzgado Civil de Concepción, 4 de marzo de 2014. Rol C-5246-2012. Considerando 21º.

¹⁰⁹ BARROS, E. Op. Cit., 359p.

2.7 Cuantificación del daño moral

Sabemos que es tarea de los jueces fijar el monto con el cual se indemnice el daño extrapatrimonial, sin embargo, no existe norma en el Código Civil que regule los parámetros que deben utilizar para cuantificar tal perjuicio.

En contraste con lo anterior, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria de establecimientos públicos rige la ley 19.966, la que en su artículo 41 inciso 1° establece que “la indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la gravedad del daño y la modificación de las condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas”.

Sin perjuicio de la interpretación analógica que se pueda argumentar en virtud del antiguo adagio “ubi edem ratio ibi ius”, la norma anterior establece que su ámbito de aplicación está dirigido a los órganos de la administración del Estado.

Frente a este escenario, conviene recordar que debido al principio de inexcusabilidad, contenido en el artículo 76 de nuestra Constitución, el juez no puede excusarse de fallar por carecer de una norma que regule el asunto sometido a su competencia. Además, se deduce del artículo 170 del código de procedimiento civil, que en ausencia de leyes con arreglo a las cuales sustentar un fallo, se debe acudir a los principios de equidad.

Vinculado a lo anterior, don Arturo Alessandri señala que “la ley entrega su apreciación a la prudencia del juez, y si puede temerse su arbitrariedad, ello es preferible a rehusar la indemnización”¹¹⁰.

¹¹⁰ ALESSANDRI, A. Op. Cit. 228p.

Ante la disyuntiva anterior, es entendible que don Arturo Alessandri opte por un monto indemnizatorio fijado arbitrariamente por el juzgador, antes que negar tal compensación. Sin embargo, tal dilema ya no existe, toda vez que la jurisprudencia ha determinado reiteradamente la procedencia de la indemnización del daño extrapatrimonial, tanto en sede extracontractual como contractual.

Constatada la procedencia de dicha indemnización, cabe cuestionarse la calidad de su fundamentación y los criterios que respaldan el quantum indemnizatorio. A este respecto, se observa en nuestros tribunales una escasez de motivación en las sentencias, debido a que el “criterio” más esgrimido por aquéllos, para cuantificar una suma indemnizatoria, es “la prudencia del juez”, también denominada “discrecionalidad del juzgador”¹¹¹.

Lo anterior puede apreciarse con ejemplos reales: fijar un monto prudencialmente en base a la afectación anímica o psíquica ocasionada a la demandante, es decir, la depresión, agresividad, irritabilidad, inseguridad, menoscabo en la autoestima y molestias, corroborado por testigos¹¹²; avaluar prudencial el pretium doloris, acreditado por informe pericial y prueba testimonial, sin que se acredite en el procedimiento causal de justificación por parte de la demandada¹¹³; fijar prudencialmente el menoscabo extrapatrimonial acreditado por medio de presunciones¹¹⁴.

¹¹¹ GAJARDO HARBOE, María Cristina. Ob. Cit, p. 108.

¹¹² Sentencia del 2º Juzgado Civil de Concepción, del 27 de Febrero de 2015. Rol C-3836-2012. Considerando 22º. Causa sobre mala praxis en la administración pública, se condena al médico por daño estético y psicológico.

¹¹³ Corte de Apelaciones de Copiapó, de 28 de mayo de 2014. Rol 187-2013. Considerando 16º. Este caso presenta la particularidad de que el menor que sufrió la negligencia médica falleció durante el curso del juicio, circunstancia que el tribunal de alzada consideró relevante al momento de fijar el monto indemnizatorio del daño moral.

¹¹⁴ sentencia del 1º Juzgado Civil de Rancagua, 30 de noviembre de 2015. Rol C-7164-2014. Considerando 26º.

Si bien el daño moral por su naturaleza puede, en determinadas situaciones, acreditarse por medio de presunciones, no ocurre de igual manera con su cuantificación, la que deberá estar sustentada en criterios y razonamientos expresados en la sentencia. Lo anterior ocurre porque el principio del debido proceso, que conlleva la exigencia de la motivación de las decisiones judiciales¹¹⁵, requiere que el juez se esfuerce por comunicar a la comunidad cuál ha sido el razonamiento empleado para fijar un determinado monto. No cabe duda de que es una labor compleja, pero no se puede rehuir, ya que es justamente tal fundamentación la que libra al juzgador de las críticas a sus decisiones. Incluso quienes estén en desacuerdo con determinada sentencia, podrán reconocer una argumentación razonable.

¹¹⁵ Hugo A. Cárdenas; Paulina V. González. Ob. Cit. P 361.

CAPÍTULO 3: EL ACTO MÉDICO Y LOS DIFERENTES LEGITIMADOS

3.1 De las obligaciones del médico

Cuando analizamos la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, lo usual es que relacionemos la actividad del médico con las primeras, es decir, con aquellas obligaciones en que el deudor cumple si su comportamiento es diligente. En particular, el médico debe colocar a disposición sus conocimientos, según las técnicas médicas conocidas en la época e instrumentos disponibles en el respectivo recinto asistencial¹¹⁶, en otras palabras, no se encuentra obligado a un resultado determinado. Sin embargo, no podemos negar que en el ejercicio de la medicina existen obligaciones que exigen un resultado, así ocurre con el deber de informar al paciente respecto del diagnóstico acreditado y sus riesgos, y lo mismo sucede con el deber de guardar el secreto profesional.

De acuerdo con el profesor Enrique Barros la regla general es que las obligaciones sean de medios, es decir, que “den lugar a deberes de prudencia y diligencia”¹¹⁷. Esta diligencia se opone a la culpa, en consecuencia, decir que un médico se apartó de tal estándar equivale a señalar que realizó un acto culposo.

¹¹⁶Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de septiembre de 2015. Rol 5346-2014. Considerando 9°. El tribunal de alzada expresa “el médico, en su actuar profesional, pone a disposición del paciente todas sus capacidades, pero siempre en relación a las condiciones en las que realiza su intervención”

¹¹⁷BARROS, E. Op. Cit. 658p. El autor señala que es una obligación de medios cuando se obligan a aplicar conocimientos y capacidades en servicio de la contraparte, y son de resultado si el profesional se obliga a proporcionar al cliente el beneficio preciso que éste pretende obtener.

3.2 La Culpa Médica

La culpa médica, según ha señalado la Corte Suprema, “consiste en no haber sido diligente, prudente o hábil o no haber tomado todas las precauciones que hubieran evitado el daño”¹¹⁸. Este estándar “limita el juicio de responsabilidad”¹¹⁹, ya que es “esencial para que un médico quede obligado a indemnizar al paciente”¹²⁰.

Conviene tener presente que el artículo 22 del Código de Ética del Colegio Médico, da luces sobre las diferentes formas en que un profesional de la salud puede incurrir en culpa:

- a) **Negligencia:** es cometida por el “profesional que poseyendo el conocimiento, las destrezas y los medios adecuados, no los haya aplicado”
- b) **Imprudencia:** incurre en ésta “aquel médico que poseyendo los recursos y preparación necesarios para la atención de un paciente, los aplicare inoportuna o desproporcionadamente, como también si, careciendo de los recursos o preparación adecuados, efectuare una atención sometiendo al paciente a un riesgo innecesario”
- c) **Impericia:** equivale a “la falta de los conocimientos o destrezas requeridas para el acto médico de que se trata”

Por último, incurre en culpa el médico que deja de observar los reglamentos, deberes o procedimientos que la autoridad ha entregado para regular aspectos generales o específicos del ejercicio de una profesión¹²¹.

¹¹⁸ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de noviembre de 2009. Rol 6384-2008. Considerando 13°.

¹¹⁹ LARROUCAU T., Jorge. Op. Cit. p. 45. Si bien la cita es en relación con una causa de falta de servicio, también parece admisible desde la perspectiva del derecho privado.

¹²⁰ PIZARRO, C. 2008. Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas. Revista médica de Chile, 136(4), 540p.

¹²¹ Sentencia de Corte Suprema de fecha 19 de enero de 2015. Rol 7215-2014. Considerando 11°.

3.3 ¿Sobre quién recae la carga de probar la diligencia o culpa?

Tradicionalmente se ha entendido que el inciso 3° del artículo 1547 del Código Civil establece que el “onus probandi” de la culpa recae en el deudor incumplidor y la procedencia de las obligaciones de medio alteraría dicha norma. En cambio, otro sector de la doctrina plantea que la norma en comento no distingue entre clases de obligaciones, por lo que el médico, quien es deudor de la prestación, tiene la carga de la prueba cualquiera sea la naturaleza de su obligación. A este respecto, El profesor Cárdenas argumenta a favor de una reinterpretación del mencionado artículo, señalando que el ámbito de aplicación de la referida norma sólo se circunscribe a las obligaciones de resultado¹²².

Habida cuenta de la repercusión que tiene la naturaleza de la obligación en relación con la carga de la prueba, se deben distinguir dos situaciones. En primer lugar, cuando la obligación contraída sea de medios, la carga de la prueba debe ser compartida por el actor y la demandada, de esta manera, la víctima del daño intentará probar el incumplimiento de la obligación respectiva, mientras que el galeno demandado procurará acreditar su cumplimiento. Esta situación ocurre debido a que en dichas obligaciones el cumplimiento se identifica con la diligencia o culpa¹²³. En segundo lugar, cuando la obligación del agente sanitario es de resultado, el “onus probandi” recaerá sólo en él, al ser deudor de la prestación¹²⁴.

¹²² CÁRDENAS V, H. 2008. La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad médica). 49, 50 y 53p.

¹²³ LARROUCAU T., J. 2014, Op. Cit. p. 67-68. El autor considera que esta “regla práctica” de imponer una carga de la prueba compartida, es mejor que una distinción conceptual de carga de la prueba “por etapas”, en donde la víctima prueba la obligación (primera etapa) para que luego el demandado pruebe su cumplimiento (segunda etapa) en los a los juicios de responsabilidad médica.

¹²⁴ *Ibíd.* Enumera como razones para ello: 1. se trata de prestaciones de un valor acotado (como las cirugías plásticas), en donde hay una clara desproporción entre el riesgo que asume el paciente y los daños que puede padecer, 2. porque “el deudor debe controlar de tal modo el riesgo, que la experiencia enseña prima “facie que el error se debe a la culpa del deudor” y, 3. por la regla probatoria de los hechos negativos, permite sostener que el paciente al afirmar haber sido víctima de una ‘mala praxis’, de una atención ‘defectuosa’ o una que califica como ‘no atención’, está aseverando un hecho negativo, correspondiendo inferir de esto que es el médico o facultativo el que deberá probar que sí empleó los medios idóneos a su alcance para cumplir su cometido.

3.4 Los legitimados en el ámbito de la responsabilidad médica

La legitimación procesal, definida en términos amplios, es aquella “consideración especial que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada, en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como parte en tal proceso”¹²⁵.

Para el estudio de la legitimación se distingue entre el legitimado activo y el pasivo; quién puede reclamar y quién está obligado responder. Entre estos últimos, las posibilidades serán múltiples, independiente de si estamos en presencia de daño moral o patrimonial, diferenciando entre responsabilidad en el tratamiento, cuando es el médico o un agente sanitario quien incurre en tal, o bien, responsabilidad en la organización cuando la culpa se le atribuye a la institución asistencial¹²⁶.

3.4.1 Legitimación pasiva

3.4.1.1 Médico particular

El médico es responsable cuando, junto con los demás presupuestos del estatuto jurídico respectivo, se acredita en el proceso que su actuar fue culposo o doloso, infringiendo de tal forma la *lex artis*, debido a que el criterio de imputación de la responsabilidad del agente sanitario es la “culpa personal y probada”¹²⁷.

En la mayoría de las situaciones podemos observar que entre el médico y el paciente se celebra un contrato, el cual reporta beneficio para ambas partes, en consecuencia, según el artículo 1547 de Código Civil, el galeno responde hasta de culpa leve.

¹²⁵Corte Suprema, de 11 de Mayo de 2017. Rol 64310-2016. Considerando 3°.

¹²⁶LARROUCAU TORRES, Jorge.2014, Op. Cit, 48p.

¹²⁷Zelaya. P. Op. Cit. 1008p.

En definitiva, salvo que estemos en presencia de una obligación de resultado, “si el enfermo pretende que el médico no ha empleado la diligencia o prudencia debidas en su atención, deberá ser él quien pruebe esta circunstancia”¹²⁸.

3.4.1.2 Hospital privado o clínica

El recinto asistencial es responsable en diversas hipótesis. En primer lugar, es responsable de los actos que realiza un empleado en el desempeño de sus funciones. En tal situación, si bien el centro asistencial es responsable por la culpa del dependiente, existe paralelamente culpa propia, ya sea por una errada elección en el personal, o bien, por falta de supervigilancia. En segundo lugar, deberá responder siempre que haya incumplido un contrato de hospitalización y de dicho incumplimiento se origine perjuicio a la otra parte. Por si todo esto fuera poco, la jurisprudencia avanza hacia planteamientos de responsabilidad objetiva, de tal manera que el centro de salud no requiera incurrir en culpa para estar obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados a un paciente. En tal sentido, se restringen las posibilidades de defensa de los centros médicos, bajo el fundamento de la objetivación de la responsabilidad hospitalaria por riesgo de la empresa¹²⁹ o la culpa organizacional¹³⁰.

3.4.1.3 Médico jefe de equipo

Corresponde denominar equipo médico a la “coordinación jerárquica, a la cabeza de la cual está el jefe de equipo”¹³¹.

¹²⁸ 1º Juzgado Civil de Concepción, del 28 de mayo de 2014. Rol C-6067-2012. Considerando 14º.

¹²⁹ ZELAYA. Op. Cit. 1012p.

¹³⁰ LARROUCAU T., J.2014, Op. Cit. 51p..

¹³¹ VÁZQUEZ F., R. 1998. Responsabilidad Civil por pluriparticipación médica o en ejercicio de la medicina en grupo. THEMIS: Revista de Derecho, no 38, 213p.

No cabe duda de que el jefe del equipo sanitario despliega una actividad que puede ser la causa del perjuicio sufrido por el paciente. En tal supuesto, su responsabilidad nace por el hecho propio. Lo mismo ocurre cuando la culpa puede ser atribuida a uno de los otros miembros del equipo, quien será responsable de forma directa y personal¹³².

Mayor interés provoca la situación en que el jefe del equipo responde por el hecho de los demás integrantes. Tal responsabilidad radica en que el médico tiene bajo su vigilancia y supervisión a los otros miembros del equipo. Por el contrario, cuando varios médicos participan simultáneamente en una operación, es interesante cuestionarse si cada uno de ellos es responsable de sus actos respecto del paciente o si sólo uno de ellos debe ser responsable por todos. En esta hipótesis, de acuerdo con don Carlos Pizarro, la responsabilidad se concentraría en el médico jefe¹³³. No obstante, en los tribunales chilenos no existe mayor claridad a la interrogante anterior, aunque se observa una preferencia por condenar al centro asistencial, por sobre la responsabilidad de quien dirige la intervención quirúrgica, salvo cuando ha sido contratado directamente por el paciente¹³⁴.

3.4.1.4 Arsenalera

El ejemplo más usual de responsabilidad de la arsenalera ocurre al término de una intervención quirúrgica cuando, a pesar de que es su labor contabilizar los instrumentos ocupados, olvida una gasa o compresa dentro del cuerpo del paciente.

¹³² VÁZQUEZ, R. Op. Cit. 216p.

¹³³ PIZARRO, C. Op. Cit.. 542p.

¹³⁴ ZELAYA; P. Op. Cit. 1014p.

En relación con lo anterior, si bien dicho instrumento fue ocupado en la intervención quirúrgica, no corresponde demandar al médico cirujano, ya que tales intervenciones son tareas complejas, con funciones especializadas para cada miembro que intervenga en ella. En específico, el conteo de los utensilios es función de la pabellonera. Ahora bien, cuando este profesional es dependiente del centro asistencial, tal omisión hará responsable al hospital o clínica¹³⁵.

3.5 Legitimación activa

En lo referente a la legitimación activa podemos distinguir entre la víctima directa del perjuicio y las indirectas, también denominadas por repercusión o rebote, correspondiendo éstas a personas cercanas a la víctima directa, que comparten un vínculo de familia, afecto o dependencia económica.

Lo anterior se enlaza con la transmisibilidad de la acción por daño moral¹³⁶, discusión sobre la cual se pronunció la Corte Suprema en la sentencia del 27 de diciembre del año 2016, unificando jurisprudencia, a favor de aceptar la transmisibilidad de esta acción, pues la considera un derecho patrimonial transmisible, aunque limitado en sus alcances¹³⁷.

¹³⁵ En tal sentido las siguientes sentencias: Corte Suprema. Fecha 9 de marzo de 2016. Rol 8235-2015; 28º Juzgado Civil de Santiago, 6 de abril de 2015. rol C-6969-2010; Corte de Apelaciones de Santiago, del 18 de diciembre de 2018; rol 142229-2017; 3º Juzgado Civil de Concepción, 6 de junio de 2014. Rol C-8696-2012.

¹³⁶ Para un análisis más detallado de los argumentos a favor y contra de la transmisibilidad, véase MELLADO MONTOYA, F y OLIVARES DÍAZ, D. 2018. Perspectivas sobre la transmisibilidad de la acción de indemnización por daño extrapatrimonial en el derecho civil chileno.

¹³⁷ Corte Suprema, de 27 de Diciembre de 2016. Rol 33990-2016.

La postura anterior se ha mantenido en la Corte suprema. Así ocurre en “Cárcamo, Natali y otros con Ícono División Turismo S.A.”¹³⁸, litigio en el que la demandante acciona por el fallecimiento de su madre en la piscina del Hotel Gala de Viña del Mar, de dominio de Ícono División Turismo S.A., solicitando se condene a la demandada al pago de la suma de \$120.000.000 debido al daño moral padecido por la víctima directa.

En la contestación se solicita el rechazo del libelo, petición que se funda en la teoría de la intransmisibilidad, y especialmente en el carácter personalísimo del daño moral. También indica la demandada que la actora reclama el daño sufrido por la causante y no aquél padecido por ella por repercusión o rebote¹³⁹.

A pesar de lo anterior, la Corte Suprema desestima los argumentos de la demandada y acoge la demanda, por lo cual ordena indemnizar, validando el razonamiento llevado a cabo en segunda instancia bajo la noción de “transmisibilidad limitada del derecho a indemnización del daño moral acreditado”¹⁴⁰. Tal derecho nació para la víctima directa del daño antes de fallecer, y se traduce “en la lesión a los sentimientos de afección, esto es, el dolor o angustia que experimentó la víctima al hundirse e iniciar el proceso de asfixia hasta perder la conciencia”¹⁴¹ y “en cuanto a la lesión a un atributo de la personalidad, tuvo en vista los tratamientos invasivos de que fue objeto la causante, sus consecuencias y progresivo deterioro”¹⁴². En resumen, en el fallo anterior se acepta la transmisibilidad del daño moral padecido por la víctima antes de fallecer y que experimentó con algún grado de conciencia.

¹³⁸ Corte Suprema, de 1 de marzo de 2018, Rol 27842-2017.

¹³⁹ Corte Suprema, de 1 marzo del 2018. Rol 27842-2017. Considerando 2°.

¹⁴⁰ Corte Suprema, del 1 marzo del 2018, rol 27842-2017. Considerando 5°.

¹⁴¹ Corte Suprema, del 1 marzo del 2018, rol 27842-2017. Considerando 4°.

¹⁴² *Ibíd.*

No sólo los hijos ostentan la calidad de víctimas por repercusión. En la causa caratulada “Burgos Henríquez, Rodrigo y otros con Frigorífico Temuco S.A.” a pesar de haberse celebrado previamente una transacción, con la cual se extinguió la acción de la viuda de la víctima directa y del hijo de ambos, se reconoce la procedencia del reclamo de los padres y la hermana del mismo fallecido¹⁴³. Cabe decir que los tribunales de primera y segunda instancia accedieron a la petición condenando a la demandada, por lo cual recurrió de casación en el fondo. Por su parte, la Corte Suprema resuelve que no hay infracción de ley, señalando que, en nuestra legislación, no existe una norma civil de aplicación general que consagre un orden de prelación para reclamar los daños experimentados por las víctimas indirectas, rigiendo en la especie el principio de reparación integral¹⁴⁴. Esto es concordante con la opinión del profesor Hernán Corral, quien señala que “la acción de la víctima por repercusión es autónoma e independiente de la acción de la víctima principal, así como de otros ofendidos indirectos”¹⁴⁵.

¹⁴³ Corte Suprema. 1 de marzo del 2018, rol 27931-2017.

¹⁴⁴ Corte Suprema. 1 de marzo del 2018, rol 27931-2017. Considerando 6°. En el mismo sentido la sentencia de la Corte Suprema. Fecha 14 de diciembre de 2017. Rol 18982-2017.

¹⁴⁵ CORRAL TALCIANI, H. Op. Cit.. 318-319p.

CAPÍTULO 4: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

No cabe duda de que es muy beneficioso estudiar los planteamientos de diferentes autores, para con ello entender los fundamentos de la responsabilidad sanitaria. Sin embargo, este trabajo quedaría inconcluso si no revisamos la vasta jurisprudencia sobre dicho ámbito, con el propósito de aterrizar tales conocimientos, observar el funcionamiento de la judicatura desde una perspectiva empírica y concluir ciertas tendencias de los diferentes actores de aparato judicial.

A fin de expresar tales comportamientos, habrá quienes recomienden la utilización de gráficos que expongan criterios recurrentes en distintos fallos, y con ello demostrar tendencias al respecto, empero, no podemos negar que tal labor tiene mucho de artificial, pues sólo excepcionalmente el perjuicio resulta homologable.

Para ilustrar lo anterior, consideremos el fallecimiento de una persona, situación que debería ser más simple de homologar que las lesiones, por la diversidad de estas últimas. En tal hipótesis, difícilmente podremos afirmar que el pretium doloris que sufre el padre del fallecido es equivalente al de un sobrino. Tampoco es suficiente con delimitar el grado de parentesco, ya que no es equivalente la situación de quien padece el fallecimiento de su único hijo frente a quien pierde sólo parte de su decencia.

A pesar de tales limitaciones, sumergirse en la jurisprudencia resultó tremendamente provechoso para conformar las 2 partes de este capítulo. En la primera se analiza una sentencia, debido a su importancia en relación con la temática de este trabajo, mientras que en la segunda se expondrán diversas tendencias, las cuales se han detectado al estudiar un conjunto de fallos¹⁴⁶. Al respecto, cabe precisar que en tal muestra se han examinado litigios de responsabilidad sanitaria en el lapso de la última década, enfocando el análisis en el ámbito del Derecho Privado.

¹⁴⁶ Entre las sentencias examinadas se encuentran: Corte Suprema, rol 6219/2009 de 30 junio de 2011; Corte Suprema, rol 9715/2009 del 28 de septiembre de 2011; Corte Suprema rol 7102/2012 del 23 de octubre de 2012; Corte Suprema, rol 5883/2012, de 5 de junio de 2013; Corte Suprema rol 10438/2013 del 17 de Julio de 2014; Corte Suprema Causa rol 13845/2014 del 12 de Agosto de 2014; Corte Suprema, rol 7549/2013 del 1 de septiembre de 2014; Corte Suprema, rol 7215/2014 del 19 de enero

de 2015; Corte Suprema, rol 25715/2014 del 4 de marzo de 2015; 3º Juzgado civil Concepción, rol C-8696-2012, del 6 de junio de 2014; Corte de Apelaciones de la Serena, rol 179/2012, del 25 de enero de 2013; 1º Juzgado Civil Concepción, rol C-8898-2009, del 30 de marzo de 2012; 2º Juzgado Civil de Concepción, rol C-409-2012, del 21 de julio de 2014; 1º Juzgado Civil de Concepción, rol C-1608-2010, del 10 de marzo de 2014; 28º Juzgado Civil de Santiago, rol C-6969-2010, del 6 de abril de 2015; 2º Juzgado Civil de Concepción, rol C-2663-2012, del 10 de febrero de 2015; 3º Juzgado Civil de Concepción, rol C-2862-2012, del 26 de marzo de 2014; 3º Juzgado Civil de Santiago, rol C-11372-2010, 16 de marzo de 2015; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1287/2014 del 17 de octubre de 2014; 2º Juzgado Civil de Concepción, rol C-3836-2012, del 27 de febrero de 2015; 2º Juzgado Civil de Talcahuano, Sentencia rol C-3511-2012, del 3 de octubre de 2014; 12º Juzgado Civil de Santiago, rol C-17052-2010, del 13 de agosto de 2014; 3º Juzgado Civil de Concepción, rol C-5615-2011, del 14 de agosto de 2012; de 3º Juzgado Civil de Concepción, rol C-5246-2012, del 4 de marzo de 2014; Corte Suprema, Sala Primera (Civil), rol 6212/2015 del 24 de junio de 2015; 5º Juzgado Civil de Santiago, rol C-19377-2006, del 7 de diciembre de 2011; 3º Juzgado Civil de Concepción, rol C-5731-2012, del 23 de septiembre de 2013; 4º Juzgado Civil de Santiago, rol C-20449-2012, del 13 de febrero de 2015; 1º Juzgado Civil de Concepción, rol C-6067-2012, del 28 de Mayo de 2014; 3º Juzgado Civil de Concepción, rol C-7833-2012, de 9 de febrero de 2015; Corte Suprema, Sala Primera (Civil), rol 2273/2015 del 27 de julio de 2015; Corte Suprema, Sala Primera (Civil), rol 105/2015, del 28 de julio de 2015; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2448/2014 del 9 de diciembre de 2014; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1531/2012 del 17 de junio de 2013; Corte Suprema, Sala Primera (Civil), rol 6982/2015 del 17 de agosto de 2015; Corte de Apelaciones de la Serena, rol 405/2014 del 4 de agosto de 2015; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 5346/2014, del 4 de septiembre de 2015; Corte de Apelaciones de Copiapó, rol 187/2013, del 28 de mayo de 2014; Corte Suprema, rol 18450/2015, del 6 de enero de 2016; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2169/2014, del 14 de julio de 2015; Corte Suprema, rol 8235/2015 del 9 de marzo de 2016; Corte Suprema, rol 31061/2014, del 21 de marzo de 2016; Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1422/2014, del 26 de agosto de 2015 Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1373/2014 del 23 de abril de 2015; Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1078/2013 del 27 de enero de 2016; Corte de Apelaciones de Concepción, rol 231/2015 del 19 de noviembre de 2015; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2779/2013, del 9 de junio de 2014; Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1287/2015 del 6 de enero de 2016 Corte de Apelaciones de Puerto Montt, rol 869/2015 del 26 de enero de 2016; Corte de Apelaciones de Talca, rol 1231/2012 del 2 de septiembre de 2013; Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1471/2015 del 11 de diciembre de 2015; Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 760/2016 del 26 de agosto de 2016; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1236/2015 del 29 de Junio de 2016; Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 114-2016, 23 de enero de 2017; Corte suprema, rol 82.277/2016, del 27de abril de 2017; 28º Juzgado Civil de Santiago, rol C-3396-2015, caratulado "Aravena con Clínica Bicentenario S.A."; 10º Juzgado Civil de Santiago, rol C-8715-2014, caratulado: "Morales con Clínica Alemana de Santiago S.A"; Corte Suprema, rol 95.139-2016, del 22 de junio 2018; Corte Suprema, rol 19182/2017 del 29 de enero de 2018; Corte Suprema, rol 9189/2017 del 31 de enero de 2018; Corte Suprema, rol 5.849-09, del 28 de enero del 2011; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 373-2011, del 14 de agosto de 2012; Corte Suprema, rol 8307-2012, del 25 de noviembre del 2013; Corte de Apelaciones de Temuco, rol 654-2013, del 21 de marzo de 2014; Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 2023-2013, del 2 de julio de 2014; Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2183-2014, del 30 de septiembre de 2014; Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1181-2013, del 9 de octubre de 2014; Corte Suprema, rol 7215-14, del 19 de enero de 2015; Corte Suprema, rol 29365-2014, del 3 de diciembre de 2015; Corte Suprema, rol 400-17, del 14 de septiembre de 2017; Corte Suprema, rol 7113-2017, del 11 de enero del 2018.

4.1 El camino a la aceptación de la concurrencia de estatutos en materia de responsabilidad médica: causa rol 31061-2014 de la Corte Suprema¹⁴⁷

En el año 2008 la actora demanda en sede extracontractual a tres médicos, con el propósito de obtener una indemnización de perjuicios. Sustenta aquella reclamación en que dichos galenos habrían realizado una infiltración incorrecta de sustancia radioactiva en el contexto de su tratamiento de la artritis. Al respecto, el 20° Juzgado Civil de Santiago se pronuncia a favor de la demandante, rechaza la excepción de equívoco régimen de responsabilidad, deducida por los profesionales de la salud y determina una suma de 80 millones de pesos por concepto de daño moral.

A fin de que se revierta esta sentencia, los demandados recurren a la Corte de Apelaciones de la misma ciudad, pero en lo sustancial se confirma el fallo, aunque con la reducción del monto indemnizatorio a 30 millones.

Así las cosas, ambas partes interponen un recurso de casación en el fondo. La parte demandada, fundamenta su recurso argumentando que “los sentenciadores permiten que existiendo un contrato entre las partes, se opte por la demandante por el estatuto de la responsabilidad extracontractual, desconociéndose la existencia de la vinculación contractual al amparo de un contrato de prestación de servicios médicos, por lo que la pretensión indemnizatoria debió sustentarse precisamente en esto”(sic)¹⁴⁸. Añaden que el ordenamiento nacional no permite optar por la responsabilidad aplicable, ya que cuando se ha celebrado previamente un contrato “no existe la opción para las partes de elegir por una u otra, sino que se define por la existencia de un contrato previo, la ley del contrato, que es un principio obligatorio, por lo que debió aplicarse el régimen contractual y no el extracontractual”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema, rol 31061-2014, de fecha 21 de marzo de 2016.

¹⁴⁸ Sentencia la Corte Suprema, rol 31061-2014, de fecha 21 de marzo de 2016. Considerando 1°. Los demandados argumentan la infracción a los artículos 1545, 1546, 2314, 2316 y 2329 del código civil.

¹⁴⁹ Ibíd.

La Corte Suprema hace un análisis del contexto de la responsabilidad sanitaria en nuestro país, expresando que si bien se “ha asentado que la misma pertenece al ámbito contractual, ya que encuentra finalmente sustento en el acuerdo de voluntades o vínculo convencional que se establece entre el médico y el paciente [...] no puede desconocerse también que las obligaciones médicas no son objeto de convenciones expresas y precisas y que por el bien jurídico involucrado –salud de las personas– ha debido recurrirse para la delimitación de su contenido y efectos, a nociones como el deber general de cuidado y al de prudencia, pasando así la ley a regular los deberes y derechos de las personas involucradas, dándole un contenido normativo mayor a esta relación, en atención precisamente al tipo y naturaleza de las obligaciones que de ella derivan”¹⁵⁰.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, y apoyándose en los juristas Pedro Zelaya y Enrique Barro, la Corte Suprema señala que la distinción dualista se debilita respecto de la responsabilidad médica, puesto que el “contenido normativo no es tan diverso y en ambos estatutos existe un ilícito civil, dado por el incumplimiento al contrato o a las obligaciones que emanan de la ley”¹⁵¹.

Ciertamente la sentencia anterior es destacable, pues permite fundar la “coexistencia de las responsabilidades mencionadas y la concurrencia de acciones para el acreedor o víctima del daño”¹⁵² en el ámbito de la responsabilidad sanitaria¹⁵³. Asimismo, es importante destacar el análisis que efectúa respecto a la evaluación de daño extrapatrimonial.

¹⁵⁰ Sentencia la Corte Suprema, rol 31061-2014, de fecha 21 de marzo de 2016. Considerando 7°.

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² *Ibíd.*

¹⁵³ el profesor Corral estima que por la “amplitud de los argumentos” esgrimidos por la Corte, se puede extender a otras materia [en línea] <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2016/09/23/Cumulo-de-responsabilidades-esperanzador-giro-jurisprudencial.aspx>>[consulta: 20 Marzo 2019].

4.2 Límites al arbitrio judicial: causa rol 31061-2014 de la Corte Suprema:

Retomando la causa, corresponde analizar el recurso de casación de la demandante, cuyo fundamento es la vulneración del principio de reparación integral, consagrado en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil. Además, reclama que la rebaja realizada por la Corte de Apelaciones fue producto de utilizar como criterios “la realidad económica del país” y “la capacidad económica de los litigantes” para determinar el quantum indemnizatorio¹⁵⁴.

Con el objeto de resolver el recurso es indispensable analizar los fallos de los tribunales de primera y segunda instancia. A este respecto, la Corte Suprema examina, en primer lugar, la sentencia del Juzgado, indicando cómo arribó al monto indemnizatorio. Refiere el mencionado a los padecimientos psicológicos experimentados por la actora y acreditados en el transcurso del proceso. Asimismo, identifica el criterio de “la magnitud del daño” para sustentar la indemnización otorgada, cuya finalidad es “aliviar, en lo posible, los graves pesares sufridos”¹⁵⁵.

Posteriormente, analiza el fallo de la Corte de Apelaciones, en el cual observa que se emplea el criterio de “la capacidad económica de la demandada”. En concreto, la Corte de Apelaciones, en relación con el daño moral, señala que “si bien en nuestro medio no existen baremos, la regulación de su cuantía debe estar en concordancia con los parámetros fijados por la jurisprudencia y con la realidad económica del país y la capacidad económica de los litigantes, sin sobrepasar los límites de la prudencia y racionalidad en cada caso en particular”¹⁵⁶. Por ende, dicha Corte estimó desproporcionada la suma concedida en primera instancia.

¹⁵⁴ Sentencia la Corte Suprema, rol 31061-2014, de fecha 21 de marzo de 2016. Considerando 12°.

¹⁵⁵ Sentencia la Corte Suprema, rol 31061-2014, de fecha 21 de marzo de 2016. Considerando 13°.

¹⁵⁶ Sentencia la Corte Suprema, rol 31061-2014, de fecha 21 de marzo de 2016. Considerando 14°.

A continuación, la Corte Suprema reconoce que la apreciación del perjuicio extrapatrimonial es una actividad compleja y asocia su reparación a “una compensación equitativa”¹⁵⁷. Asimismo, respecto de tal labor señala que, si bien corresponde al ámbito prudencial de los jueces del fondo, “ello no es absoluto, pues no puede aceptarse como fundamento en este sentido cualquier apreciación que pueda hacerse, desatendiendo el concepto y los principios que le dan contenido al mismo. De allí la necesidad de que los jueces de la instancia justifiquen la apreciación del daño moral, indicando los elementos que han considerado para tales efectos, en cumplimiento al deber de fundamentación de las sentencias, que tiende a asegurar no sólo la legalidad formal de las resoluciones, sino que también desde lo sustantivo, a reprimir toda arbitrariedad, en el ejercicio de esta labor, la que debe encontrar sustento racional en el mérito de los antecedentes allegados al proceso”¹⁵⁸.

Tal como se observa en el fallo anterior, es indispensable que el juzgador señale los criterios empleados para cuantificar el daño moral, pues ello permite controlar la calidad de los fallos y evitar arbitrariedades. De ahí que sea tan lamentable encontrarse con numerosas sentencias que se limitan a enunciar la prudencia del juez.

Por último, la Corte Suprema considera que la decisión del tribunal de segunda instancia se sustenta en lo que don Enrique Barros denomina “bases de apreciación del daño”¹⁵⁹, al aludir a la “situación económica del país o la capacidad económica de los litigantes”, por lo tanto, tal fallo es susceptible de revisión por medio de la casación. Además, tal elemento, que es ajeno al daño moral, produce que se desvirtúe su figura jurídica. Todo lo cual provoca que, en definitiva, la decisión de la Corte de Apelaciones no encuentre debido fundamento, tornándose caprichosa o arbitraria¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Sentencia la Corte Suprema, rol 31061-2014, de fecha 21 de marzo de 2016. Considerando 15°.

¹⁵⁸ *Ibíd.*

¹⁵⁹ BARROS, E. Op. Cit. 319p. distingue entre “bases de apreciación del daño”, que identifica a una cuestión de derecho, revisable por la Corte Suprema y la “apreciación en concreto”, que asimila a una cuestión de hecho, privativa de los jueces de fondo. En este caso, se enmarca en las primeras.

¹⁶⁰ Sentencia la Corte Suprema, rol 31061-2014, de fecha 21 de marzo de 2016. Considerando 15°. Esta decisión fue acordada con el voto en contra del ministro Dahm.

4.3 Temas de relevancia a la luz de una revisión de la jurisprudencia nacional

4.3.1 Las expectativas

Una de las mayores dificultades que surgen al instante de analizar litigios de responsabilidad sanitaria es que las cifras indemnizatorias que se solicitan son inclasificables, pues tales montos varían incluso en causas similares. Asimismo, es usual encontrar sentencias que rechazan la petición del actor, a pesar de que –a juicio del abogado demandante– el daño moral es de tal magnitud que amerita una compensación millonaria¹⁶¹.

En referencia a esto último, recordemos que el artículo 12 letra a) del Código de Ética del Colegio de Abogados de Chile prohíbe “prometer resultados que no dependan exclusivamente de su desempeño profesional”. Así las cosas, quienes ejercen la profesión deben abstenerse de producir una expectativa excesiva en sus clientes.

4.3.2 Peticiones subsidiarias

La jurisprudencia ha evolucionado hacia la aceptación de la concurrencia de responsabilidades. Sin embargo, debido al efecto relativo de las sentencias, se mantiene un grado de incertidumbre respecto de la reacción de la judicatura, por lo mismo es usual que los abogados presenten demandas con peticiones subsidiarias. Lo anterior se traduce en que la petición principal se sustenta en la existencia de un vínculo contractual con el médico o centro asistencial y, en subsidio de tal petición, se argumenta en virtud de la responsabilidad extracontractual.

¹⁶¹ En este sentido la sentencia de la Corte Suprema, de fecha 30 de junio de 2011, rol 6219-2009, en la cual se demanda, por concepto de daño moral, la cifra de 400 millones de pesos, por la muerte del cónyuge e hija y, finalmente, la Corte Suprema, rechazando el recurso intentado por el actor, confirma el rechazado de la petición, ya que en el proceso se acreditó el demandado actuó con la suficiente diligencia y cuidado.

Para superar tal incertidumbre es bienvenido el pronunciamiento del legislador. En caso contrario, habrá que esperar a que la teoría de la opción de régimen se consolide –si es que sucede– en la jurisprudencia nacional, tal como ocurrió con la aceptación del daño moral, cuya procedencia es indiscutida actualmente.

4.3.3. Pérdida de chance

La pérdida de oportunidad aparece en causas de responsabilidad civil en que “se desconoce si la negligencia causó efectivamente el daño, pero sí se sabe que al menos destruyó una oportunidad de evitarlo”¹⁶². Este daño tiene su origen en el derecho comparado y se vislumbra minoritariamente en los litigios estudiados, en los cuales quedó establecida la relación de causalidad entre la falta de servicio y la pérdida de chance que soporta el perjudicado¹⁶³.

Para explicar lo anterior, consideremos una causa en la que el paciente falleció sin tratamiento oportuno. En dicho procedimiento la Corte de Apelaciones de Valparaíso alude a la edad del paciente, su capacidad laboral y la situación familiar que lo circundaba, para determinar el quantum indemnizatorio, y señala que tal compensación se fundamenta en la falta de oportunidad que tuvo aquél de acceder al tratamiento que le hubiese podido salvar la vida, y no las consecuencias de su fallecimiento¹⁶⁴.

Con referencia a lo anterior, cabe precisar que la pérdida de oportunidad se indemniza con un monto menor al que correspondería si el centro asistencial o agente sanitario fuese causante directo del daño¹⁶⁵.

¹⁶²TAPIA, M. 2012. Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, no 2, 251p.

¹⁶³ A similar conclusión llega Ríos E., Ignacio y Silva G., Rodrigo. La teoría de la pérdida de la oportunidad según la corte suprema. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, 2015, no 7. Esto se observa, además, en la sentencia de la Corte Suprema, de 9 de noviembre del 2017. Rol 1745-2017.

¹⁶⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 17 de octubre de 2014 rol 1287-2014. Considerando 15°.

¹⁶⁵ En el mismo sentido, la sentencia de la Corte Suprema, de 3 de diciembre de 2015. Rol 29365-2014.

4.3.4 Criterios para la cuantificación de los daños

En las sentencias estudiadas el criterio más habitual corresponde a la “magnitud del daño”, expresado de diferentes formas tales como “entidad de lesión psíquica”¹⁶⁶ o “la envergadura real del menoscabo que se le produjo y el tiempo que demoró en superarlo”¹⁶⁷. Otros criterios usuales son las circunstancias particulares del caso o circunstancias de hecho¹⁶⁸ y la edad de la víctima¹⁶⁹, aunque sin desarrollar específicamente en qué medida influyen en el monto. Mientras que la composición familiar aparece en litigios de daño por repercusión o rebote¹⁷⁰, en los cuales mientras más cercano el grado de parentesco, mayor es el monto indemnizatorio otorgado¹⁷¹.

4.3.5 La subsistente importancia del pretium doloris

En el desarrollo de esta tesis se han mencionado otros subgéneros, sin embargo, en la mayoría los litigios estudiados el perjuicio extrapatrimonial estriba exclusivamente en torno al pretium doloris¹⁷². Respecto a su indemnización –como ya se ha aclarado– “sólo se aspira a entregar a la persona una compensación en cuantía suficiente para mitigar en alguna medida el daño sufrido”¹⁷³.

¹⁶⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, de 28 de noviembre de 2018. Rol 7337-2015;

¹⁶⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, de 18 de diciembre, de 2018. Rol 142229-2017.

¹⁶⁸ V.gr. Corte de Apelaciones de Concepción, de 27 de enero de 2016. Rol 1078-2013

¹⁶⁹ V.gr. Corte Suprema, de 28 de enero de 2011. Rol 5.849-09.

¹⁷⁰ V.gr. Corte de Apelaciones de Santiago, de 30 de septiembre de 2014. Rol 2183-14.

¹⁷¹ V.gr. en la sentencia de la Corte Suprema, de 3 de diciembre de 2015. Rol 29365-2014. Es una causa sobre pérdida de chance, en la que fallece la paciente sin que se realice la reanimación suficiente. El máximo tribunal otorga, por concepto de daño moral, la cifra de 20 millones al hijo y 5 a la nuera e idéntico monto a la nieta de la víctima directa.

¹⁷² V.gr. Corte Suprema, de 28 de septiembre de 2011. Rol 9715-2009; Corte Suprema de 23 de octubre de 2012. Rol 7102-2012; 2º Juzgado Civil de Concepción, 10 de febrero de 2015. Rol C-2663-2012; Sentencia 3º Juzgado Civil de Concepción, 4 de marzo de 2014. Rol C-5246-2012; Corte de Apelaciones de Copiapó, de 28 de mayo de 2014. Rol 187-2013; Corte de Apelaciones de Concepción, de 27 de enero de 2016. Rol 1078-2013; Corte de Apelaciones de Talca, de 2 de septiembre de 2013. Rol 1231-2012.

¹⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de mayo de 2018. Rol 8677-2017. Considerando 14º.

4.3.6 La diligencia requerida en el diagnóstico médico

Sabemos que, por regla general, el médico tiene “obligaciones de medios”, comprometiéndose a ser diligente en su actuar con el fin de curar a sus pacientes. Sin embargo, ante un errado diagnóstico no es suficiente con que las “obligaciones de medios” sean calificadas como tales para libran de responsabilidad al profesional, toda vez que su diligencia exige emplear los medios disponibles con el propósito comprobar o descartar probables diagnósticos.

Lo anterior se ve reflejado en “Evans con Cortés y Aguilera S.A.”¹⁷⁴, causa que versa sobre las complicaciones posteriores a la realización de una cesárea. Ante una sentencia adversa en primera instancia, la demandante recurre a la Corte de Apelaciones de Santiago para que enmiende el fallo del tribunal Aquo, que rechaza la demanda y con ello niega la petición de indemnización de perjuicios.

El tribunal de Alzada, luego de concluir que el litigio debe resolverse en el marco de la responsabilidad contractual, confirma los presupuestos que hace procedente tal régimen y descarta como causal de exculpación la situación de que el “síndrome de Olgivie”, padecido por la paciente, sea fácilmente confundible con otras enfermedades, puesto que la clínica contaba con todos los recursos para realizar tal diagnóstico. A este respecto, señala que “no se trata de imponer al especialista que, en un evento incierto y difuso en la salud de un paciente, deba representarse toda la magnitud de las dolencias que son susceptibles de afectar al cuerpo humano, sino solo aquellas que, como se ha dicho, están relacionadas y son susceptibles de sobrevenir después de una determinada intervención quirúrgica, que en este caso se trataba de una cesarea”¹⁷⁵. De acuerdo con el razonamiento anterior, la Corte revoca la sentencia de primera instancia y condena a la clínica demandada a pagar la suma de 50 millones de pesos por concepto de daño moral.

¹⁷⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de mayo de 2018. Rol 8677-2017.

¹⁷⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, de 4 de mayo de 2018. Rol 8677-2017. Considerando 9°.

CONCLUSIONES:

1. Respecto a la responsabilidad sanitaria se han elaborado una extensa cantidad de trabajos y ello probablemente continuará, tanto por el aumento de su judicialización como por la existencia de diversos postulados que se mantienen en disputa.

2. En relación con la naturaleza de la responsabilidad sanitaria, la doctrina y la jurisprudencia nacional han transitado de negar la concurrencia de estatutos, salvo si existe acuerdo de las partes o cuando el hecho genera un ilícito penal, a su aceptación por parte de la Corte Suprema, que ha señalado –influenciada por los profesores Enrique Barros y Pedro Zelaya– que tal calificación de contractual o extracontractual resulta de menor relevancia, en la medida que en el ámbito de responsabilidad médica un mismo hecho puede revestir un incumplimiento contractual y un delito o cuasidelito civil.

3. Lo anterior no puede hacernos concluir que todo hecho enmarcado dentro de la responsabilidad sanitaria ocasiona indefectiblemente la procedencia de cualquiera de los estatutos, ya que, aun cuando se consolide la teoría de la opción de responsabilidades, se requiere cumplir con los presupuestos de cada régimen. En consecuencia, si falta la voluntad de una de las partes, no puede haber responsabilidad contractual.

4. Se debe distinguir entre la responsabilidad del agente sanitario y la del recinto asistencial. Los primeros, responden por culpa, la cual consistirá habitualmente en no actuar con la diligencia debida, de acuerdo con los conocimientos de una época determinada y en relación con los recursos disponibles. Los segundos, han transitado hacia una situación cada vez cercana a la responsabilidad objetiva, considerando al centro asistencial como una empresa.

5. Los médicos tienen mayoritariamente “obligaciones de medios”, en otras palabras, deben actuar de forma diligente y no sujeto a un resultado determinado. Sin embargo, tales profesionales también tienen “obligaciones de resultado”, así ocurre con el deber de información o de revisar los antecedentes clínicos del paciente.

6. El daño es el fundamento de la responsabilidad civil. En este sentido, un médico no deberá pagar una indemnización, aunque desempeñe erradamente su labor, salvo que ocasione daño. En concordancia con tal razonamiento, cuando no sea factible inferir el perjuicio extrapatrimonial, deberá acreditarse por otros medios de prueba durante el juicio. En caso contrario, resultaría perjudicial para la evolución y análisis de la jurisprudencia.

7. En la búsqueda de enmarcar la discusión sobre el daño extrapatrimonial se han desarrollado diversas nociones de aquel, sin que los autores logren concordar en un concepto único. No obstante, la ausencia de tal definición tiene –a mi juicio– un aspecto favorable, ya que permite que esta clase de menoscabo puede evolucionar junto con la percepción de la sociedad. Lo anterior se traduce en que a comienzos del siglo pasado dicho perjuicio comprendía el dolor físico o sentimental, mientras que actualmente es bastante más amplio, incorporando diversas alteraciones a la forma de vida. Algo semejante ocurre con el daño derivado del nacimiento de un hijo, el que era impensado de discutir en otra época. Pues bien, prefiero cierta ambigüedad en su conceptualización, a que el legislador lo defina y limite su evolución.

8. Sabemos que en nuestra tradición jurídica el precedente no obliga, sin embargo, el principio de igualdad ante la ley exige que, en los diferentes fallos de nuestros tribunales, la cuantificación del daño moral sea desarrollada de forma similar, con el fin de evitar arbitrariedades.

BIBLIOGRAFÍA:

BARRIENTOS Z., M. 2008. Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris. Revista chilena de derecho, vol. 35, no 1, p. 85-106.

BARROS B., E. 2010. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

CÁRDENAS V., H. y GONZÁLEZ, V. P. 2007. Notas en torno a la prueba del daño moral: un intento de sistematización. Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), n°2.

CÁRDENAS V., H. 2008. La cobertura dogmática de la recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado (una aproximación a través de casos de responsabilidad).

CASTRO O., N y AGURTO G., C. Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad civil médica.

CORRAL T., H. 2011. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición.

DÍEZ-PICAZO, L y GULLÓN, A. 2015. Sistema de derecho civil. Tecnos.

DOMÍNGUEZ, C. 2006. Naturaleza Y Fundamento De La Responsabilidad Civil Del Profesional Liberal (Civil Liability of the Liberal Professionals' Legal Nature and Basis). Revista Anales Derecho UC, no 1.

DOMÍNGUEZ H., C. 2000. El daño moral, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile,

DOMÍNGUEZ Á., R. 2010. Los límites al principio de reparación integral. Revista Chilena de Derecho Privado (15).

GAJARDO H., M. 2015. El concepto de derecho de HLA Hart y la indemnización del daño moral en Chile. Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. 6, no 12.

GARCÍA M., L. y HERRERA L., M. 2003. El concepto de los daños punitivos o punitive damages. Estudios Socio-Jurídicos, vol. 5, no 1.

HURTADO D., I. 2017. Tesis doctoral: El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización.

LARROUCAU T., J. 2014. ¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena? Revista de derecho (Valdivia), vol. 27, no 2.

MIRANDA S., F. 2015. Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración. Revista de Derecho. Escuela de Postgrado, no 7.

ORREGO, J. De la responsabilidad de los profesionales liberales en general y de la responsabilidad de los médicos en particular. [en línea] <<https://www.juanandresorrego.cl/apuntes/responsabilidad-civil/>>.

PIZARRO W., C. 2014. El contrato médico: Calificación, contenido y responsabilidad. Revista chilena de derecho, vol. 41, no 3.

RODRÍGUEZ G., P. 2009. Responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.

TAPIA R., M. 2003. Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales. Revista de derecho (Valdivia), vol. 15.

TAPIA R., M. Borrador con fines exclusivamente docentes, para el curso de responsabilidad civil de la Universidad de Chile, segundo semestre 2007. FRAGMENTACIÓN MODERNA DEL DAÑO MORAL [en línea] <https://www.u-cursos.cl/derecho/2007/2/D122A0520/2/material_docente/previsualizar?id_material=148560>.

URIBE R., A. 2010. El perjuicio a la vida de la relación: una entidad autónoma y de reparación independiente de los demás daños resarcibles en la responsabilidad civil.

VÁZQUEZ F., R. 1998. Responsabilidad Civil por pluriparticipación médica o en ejercicio de la medicina en grupo. THEMIS: Revista de Derecho, no 38.

ZELAYA E., P. 1997. "Responsabilidad Civil de Hospitales y Clínicas (modernas tendencias jurisprudenciales) Revista de Derecho. Tomo XIVC. N°2.