



Responsabilidad civil individual del médico

Ambrosio Rodríguez Quiros

Profesor Titular de Derecho Civil

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

y UNIVERSIDAD DE CHILE

I. Introducción

I.1. Importancia de la institución de la responsabilidad en el Derecho Civil.

Don Hugo Rosende S. acostumbraba decir, en su notable paralelo entre el mundo físico y el mundo jurídico, que la responsabilidad es a este último lo que el clima es al primero; esto es, todo el fenómeno jurídico se presenta rodeado, inmerso dentro del concepto de la responsabilidad; de ahí entonces que en todo sistema de convivencia civilizada estén presentes las normas que la reglamentan. No puede ser de otra manera, desde que la responsabilidad es la contrapartida inseparable de la libertad. Se afirma, y con razón, que a mayor libertad, mayor responsabilidad.¹

I.2. La responsabilidad civil, esto es, la obligación que pesa sobre una persona de indemnizar el daño sufrido por otra, puede ser contractual y delictual o cuasidelictual, que se llama también extracontractual o aquiliana (esto último en razón de su origen en el Derecho Romano, en donde fue reglamentada por la *Lex Aquilia*); a su turno, esta última puede ser subjetiva y objetiva, simple o compleja.

I.2.1. La responsabilidad contractual es la que proviene de la violación de un contrato; consiste en la obligación que pesa sobre el deudor de indemnizar al acreedor el perjuicio derivado del incumplimiento del contrato o de su cumplimiento tardío o imperfecto; y se traduce en la fórmula del artículo 1556 del Código Civil, que señala, "la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento".

¹ Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibañez, el 15 de junio de 2000, Seminario "Responsabilidad Civil: La Reparación del Daño", y en la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo, el 27 de julio de 2000, Seminario: "La Responsabilidad Médica".

Supone, en consecuencia, esta clase de responsabilidad civil la existencia de un vínculo contractual previo entre las partes, cuya infracción por parte del deudor da origen, precisamente, a la obligación de indemnizar.

La responsabilidad extracontractual, o delictual o cuasidelictual, o aquiliana, proviene de un delito o cuasidelito civil, es decir, de un hecho ilícito, intencional o no, que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro; no deriva de la infracción de una obligación preexistente; ninguna existe entre la víctima o el autor del daño, y si la hay, éste se produjo al margen de ella y no resulta de su infracción.

De ahí entonces, que la responsabilidad extracontractual es fuente de obligaciones; éstas, que no existían previamente, nacen, precisamente, como consecuencia de la acción u omisión, dolosa o culpable, del agente, que causa un daño, y le impone la necesidad jurídica de indemnizarlo, es la fórmula del artículo 2314 del Código Civil:

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

Esta organización de la responsabilidad civil en nuestra ley, sobre la base de reconocer una y otra, es importante. Desde luego, el hecho que el legislador las haya reglamentado separadamente significa que cada una tiene sus propias normas; que no se puede afirmar tajantemente que las disposiciones que rigen a una de ellas se aplican, o no se aplican, a la otra, sino que cada situación debe analizarse específicamente; que entre ambas existen diferencias importantes: V. gr.: capacidad; graduación de la culpa; constitución en mora; extensión de la reparación; facultad de los jueces para fijar el monto de la reparación; respecto de la solidaridad que puede llegar a existir entre los autores; prescripción de la acción, el peso o carga de la prueba. Esta última, sin dudas, una de las más trascendentes diferencias y que tiene gran importancia en el motivo principal de nuestra intervención, sobre lo cual abundaremos en el número III.

1.2.2. El hecho que hemos destacado, esto es, la existencia de dos clases de responsabilidad civil, contractual y extracontractual, cada una de ellas con fisonomía propia, ha llevado a plantear la interrogante sobre lo que la doctrina conoce como “**cúmulo o acumulación de responsabilidades**”. Desde ya, digamos que su denominación es equívoca, porque no se trata de ningún modo de exigir las dos responsabilidades, ni mucho menos de obtener doble reparación por el daño. Se trata sólo de saber si la víctima o el acreedor puede elegir entre la acción de responsabilidad contractual y la acción de responsabilidad extracontractual. El problema básico es de

una opción, no de una acumulación. Su interés práctico es indiscutible, porque si aceptamos la opción, reconocemos al deudor o a la víctima el derecho a elegir la que más convenga a sus intereses.

En términos muy generales, y por cierto muy resumidos, podemos decir que la posición de la jurisprudencia chilena en relación con el problema del cúmulo u opción de responsabilidades, puede sintetizarse del modo siguiente:

a) En principio y como regla general, la jurisprudencia rechaza la posibilidad de aplicar las normas de la responsabilidad extracontractual si se trata de la infracción de un contrato.

b) En el evento que un ilícito contractual sea a la vez constitutivo de un ilícito o delito penal, el perjudicado puede optar por tres vías para obtener el resarcimiento:

1. Acción contractual
2. Acción extracontractual
3. Acción civil emanada del ilícito penal

c) En la hipótesis que el daño haya sido causado por dos personas, una de las cuales estaba ligada contractualmente con la víctima y la otra no, el perjudicado puede usar la acción contractual contra la primera y la extracontractual contra la segunda, sin que pueda obtener doble indemnización.

d) En el caso que una infracción contractual ocasione también daños a un tercero ajeno a la relación contractual, nace una doble responsabilidad, contractual frente a la contraparte y delictual frente al tercero.

Como puede deducirse, nuestra jurisprudencia rechaza el cúmulo u opción de responsabilidades.

Cuestión muy distinta del cúmulo de responsabilidades, y por lo tanto, sujeta a diferente conclusión, es la coexistencia de ambas clases de responsabilidades, que en forma unánime la doctrina acoge.

Se presenta la coexistencia o superposición de responsabilidades, en el caso de dos personas unidas por un vínculo contractual (acreedor-deudor), y el acreedor sufre un perjuicio causado por el deudor, pero que no implica el incumplimiento de la obligación contractualmente asumida, o bien, existiendo éste, el deudor desarrolla una conducta dolosa o culpable, ajena al contrato, con la que causa un daño a la contraparte.

Como no existe ninguna incompatibilidad entre la vigencia de un contrato y la comisión de un delito o cuasidelito civil, ambos tipos o responsabilidades pueden coexistir.

1.2.3. La responsabilidad civil extracontractual se divide, en atención a su fundamento, en responsabilidad subjetiva y objetiva, y, en atención al hecho de donde emana, en simple y compleja.

Es subjetiva la que se fundamenta en el dolo o en la culpa del agente. Supone necesariamente la culpabilidad de su autor, no existe si el hecho no deriva de la culpa o el dolo, de ahí su denominación, ya que para hacerla efectiva es necesario analizar la conducta del sujeto.

La responsabilidad es objetiva, en cambio, cuando se atiende única y exclusivamente al daño producido, prescindiendo de la culpabilidad del sujeto. Se fundamenta en el principio del riesgo creado, en cuya virtud todo aquel que pone en movimiento elementos peligrosos en su propio beneficio debe responder por los daños que causa.

La responsabilidad civil que estamos analizando se denomina simple si proviene de un hecho personal del autor; la causa inmediata y directa del daño es este hecho.

Es compleja, en cambio, si proviene de un hecho ajeno, o de un hecho de un animal o es causada por una cosa, de la cual la ley nos hace responsables. En este tipo, las causas del daño son dos: el hecho de aquel sobre quien recae la responsabilidad, que consiste en su falta de vigilancia o cuidado, y el hecho de la persona, animal o cosa que originó el daño.

1.2.4. Para terminar con esta introducción conceptualizaremos, por último, la llamada responsabilidad legal o sin culpa. Es aquella que deriva exclusivamente de la ley, y que existe aunque de parte del sujeto no haya habido la más mínima culpa, es la expresión de la llamada obligación legal de garantía o de seguro, que la ley impone directamente a ciertas personas.

II. La relación contractual médico-paciente

II.1. Es una afirmación común, y además generalmente aceptada, que el vínculo jurídico que une al médico con el paciente, con motivo de la prestación de los servicios del primero, es de carácter contractual.

Don Enrique Paillás, en su obra *Responsabilidad Médica*, cita al respecto una sentencia de una sala de la Corte de Casación francesa, de 20 de mayo



de 1936, la que califica de trascendental, y que dijo en lo pertinente: "Pero considerando que se forma entre el médico y su cliente un verdadero contrato que comporta para el médico la obligación, si no, evidentemente, de curar al enfermo, lo que por otra parte no se ha alegado jamás, de prestarle al menos cuidados, y no cualesquiera, sino concienzudos, atentos y, hecha la reserva de circunstancias excepcionales, conforme a los resultados logrados por la ciencia; que la violación, incluso involuntaria, de esta obligación contractual está sancionada por una responsabilidad de la misma naturaleza, igualmente contractual".²

El mismo autor dice que "se trata de un contrato sinalagmático", que pone a cargo del médico la obligación de dar cuidados al paciente, y obliga a éste a remunerar al profesional, y, en todo caso, a no ir en contra de las prescripciones del médico sin advertírselo. Es un contrato *intuitu personae*... civil y nunca comercial... sus cláusulas van subentendidas... La más de las veces este contrato es simplemente verbal" (ob. cit. pág. 28).

Don Arturo Alessandri, en su obra *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, señala: "La responsabilidad de un médico, cirujano, dentista o matrona, por los daños que cause al paciente que ha contratado sus servicios, ya por negligencia o imprudencia en su cuidado... es contractual".³

En el mismo sentido opina el profesor Lorenzo de la Maza en su trabajo "El Contrato de Atención Médica".

Sin embargo, este autor deja constancia de una situación jurídica que la doctrina ha desarrollado ampliamente. Explica que "hay que convenir que no en todos los casos la relación inicial (entre demandante y demandado) tiene por fuente un contrato, ya que existen algunos en que dicha *relación inicial* es una estipulación por otro (art. 1449) o el otorgamiento de un mandato (arts. 2116 y 2123) o un cuasi contrato de agencia oficiosa (arts. 2284 y 2286), lo que en su opinión no excluye que, en todo caso, la responsabilidad civil sea contractual. Volveremos más adelante sobre estas otras fuentes de la relación médico paciente."⁴

Pero no basta, obviamente, con señalar el carácter contractual de la relación médico-paciente, sino que es necesario, además, intentar al menos precisar de qué tipo de contrato se trata.

² Enrique Paillás: *Responsabilidad Médica*. Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 27.

³ Arturo Alessandri R.: *De la Responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil Chileno*. Tomo I, Editorial Jurídica Conosur, p. 75, N° 42.

⁴ Lorenzo de la Maza R. "El Contrato de Atención Médica". *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 16, N° 1, año 1989.

En nuestra opinión, el artículo clave del Código Civil que se refiere a esta materia es el 2118, que dice: **“Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”**.

En primer término, cabe destacar que el Código Civil en el artículo aludido no califica la naturaleza jurídica de los contratos que tienen por objeto estos servicios, sino que se limita de decir que **“se sujetan”** a las reglas del mandato.

Además, debe señalarse que según el artículo 2012, esos mismos servicios se sujetan, también, a las reglas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales en lo que no tienen de contrario a las reglas del mandato.

La primera conclusión que surge de las dos normas citadas es que los servicios a que nos estamos refiriendo no pueden calificarse de contrato de mandato.

En principio, los servicios a que se refiere el artículo 2118 dan origen al contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, y pueden darlo a su vez al contrato de trabajo en dos casos:

- a) Cuando para el desempeño de estas funciones no se requiere de un título profesional.
- b) Cuando, requiriéndolo, el profesional presta sus servicios a un solo empleador bajo vínculo de subordinación o dependencia.

II.2. La prestación de los servicios por las personas a que se refiere el artículo 2118 se rige en primer término por las reglas del mandato, porque así lo dispone esta norma, y subsidiariamente, en lo que no fueren contrarias a esas reglas, por las disposiciones que rigen el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.

Los preceptos que rigen a este último contrato, y que por tanto, se aplican al que nos ocupa, se refieren, según el artículo 2006, a las siguientes materias:

1. A la determinación del precio u honorario; en esta materia prima el artículo 2117, en consecuencia, estos servicios serán siempre remunerados y la remuneración se determina primeramente por la voluntad de las partes, a falta de estipulación por la ley; si no hay disposiciones legales por la costumbre, y en último término, por el juez, ya que el artículo 2117 entrega al tribunal esta facultad discrecional.

2. El derecho de reclamar perjuicios se rige por las reglas generales de los contratos (artículo 1999); salvo lo que se dirá más adelante sobre el peso de la prueba.

3. Aplicando preferentemente las reglas del mandato puede concluirse también que el médico puede renunciar en cualquier momento, sin perjuicio que deba continuar cumpliendo sus obligaciones por un tiempo razonable para evitar perjuicios al cliente.

4. El cliente puede revocar el contrato a su arbitrio.

5. Ambas situaciones descritas, renuncia y revocación, están sujetas a las reglas generales de los contratos en lo que se refiere a las reclamaciones de perjuicios.

6. En caso que se alegue por el cliente que los servicios no se han ejecutado debidamente, rige el artículo 2158, cuyo inciso final dispone que no puede el mandante excusarse de cumplir con sus obligaciones alegando que el asunto encomendado no ha tenido buen éxito, salvo **que le pruebe culpa**. En consecuencia, la prueba incumbe al cliente, y si no la produce, será obligado a pagar la remuneración.

7. El resto de las disposiciones del contrato se regirán por las normas de arrendamiento de servicios inmateriales.

En conclusión, los servicios profesionales de un médico con su cliente se rigen en primer término por las reglas del mandato, subsidiariamente, en lo que no fuere contrario a ellas, por las disposiciones que rigen el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales.

Esta es la conclusión a que arriba don David Stitchkin.⁵

II.3. Denominamos contenido obligacional del contrato que une al médico con el paciente, al conjunto de normas de actuación profesional que necesariamente deben entenderse incorporadas al contrato, en mérito de lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, que establece; **“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”**.

Desde la antigüedad se estima que el principio básico que debe inspirar la actuación profesional del médico es el respeto a la vida, a la integridad de las personas y al mantenimiento de la salud individual y colectiva.

⁵ David Stitchkin B.: *El Mandato Civil*. Editorial Jurídica de Chile, p. 75, N° 56.

Deberes del médico

1. Información

Es un requisito previo a obtener el consentimiento del paciente, cuestión fundamental si, como estimamos, estamos inmersos en el campo de lo contractual. El enfermo antes de consentir en algo debe conocer y comprender el alcance de su decisión, sea para aceptar o rechazar lo que se le propone. El deber del médico de informar al paciente debe comprender, **“de manera completa y continua, verbal y escrita, al enfermo, familiares o allegados, acerca del diagnóstico y pronóstico y alternativas del tratamiento”**, así lo dice expresamente la Ley General de Sanidad de España, promulgada el 25 de abril de 1986, artículo 10.

Se estima que la información, como mínimo, debe alcanzar las diversas actuaciones médicas que se tengan previstas, el diagnóstico, si se conoce, los tratamientos que se van a seguir u otros posibles, los riesgos y efectos secundarios, si existen, e incluso las alternativas posibles que existen a las medidas que se proponen.

Esta información debe completarse en la previsión de los resultados que surgirán de no llevarse a cabo las medidas propuestas.

Esta falta de información, en el caso que de ella se derive un daño, origina responsabilidad, ya que ella tiene por objeto resolver una posible controversia, **“demostrando lo que una persona prudente, colocada en el lugar del paciente, hubiera decidido, de rechazar el tratamiento o la operación propuesta, si le hubiere sido revelada la información que faltaba”**; así lo señala el autor Denis Morrison.⁶

El mismo autor señala que el médico debe asegurarse de que el paciente ha comprendido las explicaciones pertinentes y los riesgos a sufrir en el tratamiento, o en caso de abstenerse de llevarlo a cabo.

El profesor extraordinario de medicina de la Universidad de Chile Dr. Jaime Pérez-Olea, señala que en la relación médico-paciente, en conexión con el punto que estamos analizando, se han descrito distintos tipos de profesional:

a) El médico cibernético, que basa sus conclusiones sólo en los hechos que comprueba, descartando en principio los juicios de valor. Es un profesional

⁶ Denis Morrison: “El Derecho de Rehuser el Tratamiento. Condiciones Médico Legales”. Revista Canadiense de Psiquiatría. Volumen 30, febrero 1985, pp. 60-63.

“lógico y frío”, “bien informado”, “formula un diagnóstico y propone la terapéutica”. La aceptación o rechazo del mismo depende del paciente.

b) El médico paternalista, sobreprotector, que apoya emocionalmente al paciente, pero que actúa como si la responsabilidad fuese exclusivamente suya. “A menudo le oculta al enfermo la verdadera naturaleza de la enfermedad y prescribe el tratamiento sin requerir el consentimiento del enfermo”.

c) El médico que establece una relación contractual con el paciente, con el cual la responsabilidad es compartida, su rol es de un médico dispuesto a tomar sólo aquellas decisiones en las cuales el enfermo ha convenido.⁷

Mientras mayor sea la disponibilidad tecnológica, tiende a prevalecer el médico cibernético.

En Chile, agrega, es más frecuente encontrar los otros tipos de relación, que dependen del nivel cultural del paciente y del tipo de atención pública o privada, y concluye que “si las demandas de mala práctica se generalizaran, se puede prever un desplazamiento de los modelos actuales de relación hacia un médico cibernético.”⁸

Esta obligación de informar, tradicionalmente, se ha desatendido en atención a la confianza del enfermo en el médico. Frases para graficar esta confianza hay muchas, vamos a citar una sola, que consta a fs. 1374, página 81, del fallo de primera instancia de 28 de marzo de 1995, del proceso seguido en contra de algunos médicos y auxiliares con motivo de la operación practicada al ministro de la Corte Suprema Sr. Leonel Beraud: “El cirujano dijo al Sr. Beraud: **“hemos tenido un problema técnico, necesito autorización para operar las dos caderas”**, y él respondió: **“Usted es el maestro; usted es el doctor”**.”

La información que se debe facilitar tiene sus límites. Según el autor español Carlos María Romeo Casanova, **“No existe necesidad que el paciente conozca todos los peligros y riesgos que pueden derivarse del tratamiento. Se debe informar de los que aparecen con más frecuencia o los que se consideran como riesgos típicos”**.⁹

Nadie discute que el médico tiene derecho a fijar los límites de la información; particularmente si el revelar al enfermo un pronóstico grave

⁷ Jaime Pérez Olea: “Tratamiento Médico y la Práctica Quirúrgica”. Revista de Ciencias Penales. Año 1982.

⁸ Jaime Pérez Olea, ob. cit., pág. 12

⁹ Carlos María Romeo Casanova: *El Médico ante un Derecho*. Editorial Ministerio de Sociedad y Consumo, Madrid, 1985, p. 48.

o fatal puede acarrearle a éste perniciosas consecuencias. Se estima, también, que el médico puede decir la verdad a los familiares del paciente, a menos que éste lo haya prohibido expresamente o bien hubiere designado otra persona especialmente para este efecto.

La declaración de la Asociación Americana de Hospitales, de 1972, sobre derechos de los enfermos, expresa:

- El derecho a una atención eficiente y respetuosa.
- El derecho a obtener de su médico una información completa, concerniente al diagnóstico, tratamiento y pronóstico, en términos comprensibles para él. Si tal información no se considera adecuada, debe ser transmitida a la persona más próxima.
- El derecho a recibir del médico la información necesaria que le permita dar su consentimiento antes de iniciar los procedimientos, diagnóstico, o el tratamiento. El profesional deberá señalar los riesgos que estos involucren y el tiempo que demorará la incapacidad del paciente.
- El derecho a rehusar un tratamiento, sin otra limitación que las que establezcan las leyes, y a ser informado plenamente acerca de las consecuencias médicas de su decisión.
- El derecho a que toda información y registro de datos concernientes a su enfermedad sean mantenidos en absoluta reserva.
- El derecho a ser aconsejado si se le invita a participar en un proyecto de experimentación relacionado con su tratamiento, y a rehusar tal participación si así lo decide.
- El derecho a que se le faciliten los medios que garantizan su control médico futuro.
- El derecho a revisar y pedir explicaciones sobre el monto de su cuenta.

2. Diagnóstico y tratamiento

1. Cuando el enfermo acude al médico, su objetivo es el tratamiento. Consulta para que lo alivien o tranquilicen. El diagnóstico se valoriza sólo en cuanto es una etapa indispensable para orientar el tratamiento.

El enfoque del médico, nos dice el doctor Jaime Pérez-Olea, es algo diferente, "para ser eficaz debe encarar con éxito un doble desafío: el diagnóstico y el tratamiento".¹⁰

Afirma este autor que en esta etapa el médico, según su especialidad, cumple esta doble función con distintos grados de profundidad: "aquel

¹⁰ Ob. cit., pág. 87.



que se precie de ser un internista, desplegará su maestría en el diagnóstico. El gran cirujano pondrá en juego su pericia en la instancia terapéutica que define su especialidad, el acto operatorio".¹¹

Señala que no es raro que las debilidades del internista asomen en la fase del tratamiento, mientras que las del cirujano se hacen ostensibles en el proceso de diagnóstico.¹²

La emisión de un diagnóstico constituye una de las actuaciones fundamentales en el quehacer profesional del médico, supone un juicio acerca del padecimiento del enfermo, al que se llega a través de su reconocimiento, del de los síntomas de la enfermedad, y sobre todo por la experiencia del médico, sin perjuicio del empleo de medios auxiliares, cada día más técnicos y complejos.

Sobre el abuso o confianza excesiva en lo que denomina "ojo clínico" del médico, ha dicho el Tribunal Supremo español, en sentencia del 17 de junio de 1982, **"que es un don intuitivo, de imposible valoración y que en ocasiones puede provocar temeridad cuando se pone en tal facultad una ciega confianza, prescindiendo de comprobaciones objetivas elementales, como por ejemplo de análisis clínicos, radiológicos, etc."**

La obligación de diagnóstico tiene íntima relación con el derecho del paciente de exigirle al médico los conocimientos y habilidades indispensables, aquellos cuya omisión no puede justificarse en la insuficiencia e imprecisión que tiene la medicina.

No puede desconocerse que a veces el diagnóstico se emite al comienzo de un tratamiento, y bien puede ocurrir que, durante el curso evolutivo, surjan elementos nuevos que lo modifiquen. Todas las rectificaciones serán posibles y no tienen por qué dar origen a responsabilidad si todas las actuaciones desarrolladas por el médico se realizan en forma diligente y adecuada, haciendo uso de los medios necesarios a los que el médico pueda tener acceso.

La obligación de diagnóstico supone que al médico le es exigible para su actuación profesional el poseer los conocimientos necesarios para desarrollar su actividad, y que también le es exigible que incremente sus conocimientos, al menos mínimamente, en los grandes avances de la medicina o de su especialidad.

¹¹ Ob. cit., pág. 87.

¹² Ob. cit., pág. 87.

Es innegable que el contar con título profesional crea fundadamente una presunción de competencia en quien lo ostenta. El Tribunal Supremo español, en sentencias de 21 de febrero de 1986, y 30 de octubre de 1986 señala: **“Puede distinguirse entre la culpa profesional, que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes cometidas por el profesional en el ejercicio de su arte, oficio o profesión, y la culpa propiamente profesional, que es aquella que descansa en la impericia, entendiéndose por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión, cuyo fundamento causal es la ignorancia”**.

Complemento necesario del diagnóstico es la exigencia al médico de tener la pericia suficiente para llevar a cabo en forma adecuada la aplicación de sus conocimientos.

Todo tratamiento es un riesgo calculado, se justifica una indicación “cuando los beneficios esperados superen los riesgos que involucra el procedimiento.

“Esta noción de tratamiento, concebida como una decisión que involucra daños particulares y que se asumen como riesgos calculados, es esencial”. Por ello, agrega el autor que venimos citando, cualquier estudio o peritaje que se emprenda acerca de los efectos negativos de un tratamiento debe tenerse en cuenta.¹³

Agrega que además los medicamentos que se prescriben “tienen un espectro de acción que se mueve entre su acción terapéutica y su nivel tóxico”, dependiendo dicho margen terapéutico-tóxico no sólo del fármaco, sino también del organismo que lo recibe.¹⁴

Todo tratamiento médico tiene sus riesgos, asumirlos forma parte inherente de la obligación del paciente; sin embargo, si el médico se califica como un especialista en la materia, las exigencias que el contrato le impone son mayores en función de su calificación.

Sea médico general o especialista, se le exige también que tenga un conocimiento adecuado del uso de los medios técnicos necesarios para llevar a cabo el tratamiento. Si el médico dispone de estos medios, contrae además la obligación de que ellos se encuentren en estado de funcionamiento adecuado, debiendo revisarlos y mantenerlos en condiciones de no originar accidentes, errores de lectura de resultado, etc.

¹³ J. Pérez Olea. Ob. cit., pág. 85.

¹⁴ J. Pérez Olea. Ob. cit., pág. 88.

3. Guardar secreto

El secreto profesional es algo inherente de ejercicio de la profesión médica, y consiste en el compromiso que adquiere el médico ante el paciente y la sociedad de guardar secreto de todo aquello que le hubiere sido confiado por el enfermo u obtenido por las exploraciones en el curso de una actuación médica.

Este secreto es una de las bases de la confianza por la cual el enfermo contrata los servicios de un médico y lo hace con la seguridad de su discreción y reserva acerca de todo aquello que surja durante o derivado de la relación profesional.

Desde Hipócrates a nuestros días, ha sido un tema considerado y recogido por todos los códigos, cartas y declaraciones de todos los países. Particular importancia han tenido en estas materias los acuerdos del Colegio Médico.

III. El objeto jurídico de la prestación médica

III.1. Señalábamos más arriba que algunos autores, entre ellos Lorenzo de la Maza, sostienen que la relación inicial entre el médico y su paciente puede no derivar en un contrato de asistencia médica propiamente tal, sino en otras figuras típicas, como la estipulación por otro, el mandato y la agencia oficiosa.

Lo que ocurre es que en la práctica muchas veces una persona ingresa directamente a una clínica o recinto hospitalario, sin firmar o celebrar contrato alguno ni con el establecimiento ni con los facultativos, que pueden ser tanto dependientes del hospital, o bien profesionales independientes, que incluso pueden haber sido contratados por el médico tratante para constituir un equipo, que utiliza las instalaciones y equipos del establecimiento.

La doctrina tradicional de derecho civil, en su afán de contractualizar todas las responsabilidades posibles involucradas, ha creado ciertos raciocinios para hacer posible esta finalidad.

Así, se habla de la existencia de una "obligación de seguridad o de garantía", que el centro asistencial asume con sus pacientes por todos los daños que se les causen durante su permanencia en él. Así opina don Arturo Alessandri en su obra ya citada.

Otras hacen aplicable la figura de la estipulación por otro, del artículo 1449 del Código Civil; en esta virtud los profesionales que trabajan en un

centro asistencial contraen la obligación de atender a todos los pacientes del establecimiento, quienes pasarían a ser los acreedores de esta obligación. Este criterio ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia y también encuentra a don Arturo Alessandri entre sus grandes impulsores (ob. cit., p. 27 y R.D.J. T. 89, sec. 1a, pag. 39).

Esquemáticamente se puede resumir así:

- a) El hospital o médico tratante es el estipulante;
- b) El agente directo del daño es el promitente;
- c) La víctima es el beneficiario de la estipulación.

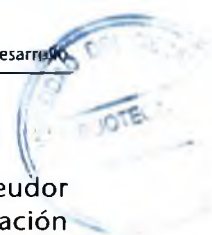
Un tercer grupo de opiniones afirma la existencia de un apoderamiento tácito, como la facultad que el paciente le otorga al médico tratante para contratar a otros profesionales. En este caso el vínculo surge directamente entre la víctima (representado) y el agente directo del daño (tercero).

Por último, se sostiene también la tesis de un cuasicontrato de agencia oficiosa, que afirma la existencia de esta figura en la relación que se produce entre la víctima y el agente directo del daño, quien habría sido contratado por el establecimiento o el médico tratante como agente oficioso del paciente.

Así, se busca mantener la responsabilidad civil siempre en el ámbito de lo contractual, ya que se estima que se ampara a la víctima por aplicación del artículo 1547 del Código Civil y se respeta el principio de la autonomía de la voluntad; veremos más adelante que la vigencia de regla del artículo 1547 en estas materias no es aceptada por todos los autores.

Esta tendencia de la doctrina tradicional de "contractualizar" a todo evento la responsabilidad no siempre puede resultar beneficiosa para la víctima. Por lo primero el artículo 1558 limita severamente los perjuicios a demandar si no se prueba el dolo; tampoco podrá invocar el daño moral, que nuestra doctrina y tribunales son reacios a reconocer en este tipo de responsabilidad civil; tampoco podrá invocar la solidaridad de los partícipes, ya que la norma del artículo 2317 del Código Civil no es aplicable; además, y sin pretender agotar el tema, podrían perfectamente hacerse valer cláusulas modificatorias de la responsabilidad que son propias del derecho de los contratos.

III.2. La clasificación doctrinaria que distingue entre obligaciones de medio y de resultado fue formulada a principio del siglo pasado por el autor francés Jean Demogue, el año 1928, siendo inmediatamente acogida en la obra famosa de los hermanos Mazeaud, *Lecciones del Derecho Civil*, que las denominaron, determinadas o de prudencia y diligencia.



Según los autores, son obligaciones de resultado aquellas en que el deudor se compromete a procurar al acreedor un determinado fin o la realización de un hecho perfectamente especificado. Son obligaciones de medio, o de prudencia y diligencia, aquellas en que el deudor se compromete a observar una conducta, a obrar con determinada prudencia y diligencia a fin de tratar de obtener el resultado que persigue el acreedor, pero no a que éste se logre.

El ejemplo clásico que la unanimidad de los autores exponen para explicar las obligaciones de medio es el del médico que atiende a un enfermo, señalando que no se obliga a sanar al enfermo, sino a hacer todo lo necesario para que se mejore.

La doctrina agrega una importante consecuencia que se sigue de esta clasificación. En lo que dice relación con este trabajo, expresa que en las obligaciones de resultado basta su inejecución, esto es, que la finalidad perseguida por las partes no se logre, para dar por establecida la culpa del deudor, y correspondería a éste probar que actuó con la debida diligencia o cuidado, o que concurre a su favor una causal eximente de responsabilidad (caso fortuito). Es el viejo aforismo **“la culpa se presume”**, o, lo que es lo mismo, **“al incumplimiento se presume culpable”**, que es la fórmula del artículo 1547 del Código Civil.

En cambio en las obligaciones contractuales de medio o de prudencia, es el acreedor quien debe probar la culpa, es decir, que el deudor no empleó la diligencia a que el contrato lo obligaba.

La doctrina clásica nacional de Derecho Civil, representada por don Arturo Alessandri, negó rotundamente la posibilidad de que esta clasificación tuviera aplicación entre nosotros. “Estimamos que esta opinión es inadmisibles”. “Tratándose de obligaciones contractuales, la prueba de diligencia o cuidado incumbe siempre al deudor, porque es quien ha debido emplearla (artículo 1547, inciso 3º), y la ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación. Sea, pues, la obligación de resultado o de medio, al acreedor le bastará establecer su existencia; es el deudor que pretende liberarse de responsabilidad quien deberá probar el caso fortuito o que empleó la debida diligencia o cuidado” (Arturo Alessandri, ob. cit., pág. 54).

El profesor Pablo Rodríguez se refiere a esta clasificación vinculándola, para precisar sus efectos, al problema de la previsibilidad del resultado: **“El deudor deberá representarse si los medios de que dispone o de que puede servirse son o no son idóneos para conseguir los resultados. Esta consideración puede ser determinante para apreciar, por ejemplo,**

un incumplimiento doloso. Así, si un médico se obliga a realizar un tratamiento destinado a curar una cierta afección y sabe que carece de capacidad, conocimientos o idoneidad para lograr el resultado, será un deudor doloso, porque o se ha representado la imposibilidad de alcanzar el fin que se persigue o porque debió representárselo al medir sus aptitudes para este efecto”.¹⁵

Agrega este autor que los médicos contraen casi siempre obligaciones de medio, no de resultado. **“Su idoneidad, sin embargo, queda fijada por la posesión de un título profesional, de aquí que el acreedor está obligado habitualmente a probar la falta de cuidado, prudencia y diligencia que le impone el contrato para hacer valer su responsabilidad”.**

De lo dicho se desprende que para don Arturo Alessandri el problema sólo existiría en las llamadas obligaciones contractuales de medio, que alterarían la regla del artículo 1547, inciso 3°, lo que rechaza.

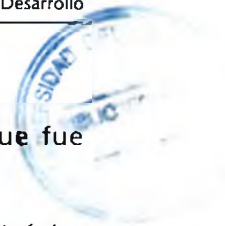
Para Pablo Rodríguez esta clasificación sólo tiene importancia para distinguir entre el incumplimiento doloso y culpable, señalando que en este último caso corresponde el acreedor probar la culpa, lo que en la especie se produce como consecuencia de que la posesión del título profesional de médico hace presumir su idoneidad.

Don Enrique Paillás, luego de aceptar el principio general de que la obligación que contrae el médico con el paciente es de prudencia o de medio, agrega: **“por excepción la obligación que nace del contrato médico impone un deber de resultado”**, y señala como ejemplos: **“si un obstetra se compromete a atender personalmente un parto, responde en su totalidad del riesgo que pueda sobrevenir por haber colocado a un reemplazante carente de la debida destreza o habilidad sin que haya razones que justifiquen el cambio”**. Los otros ejemplos que entrega se refieren a la práctica de exámenes de laboratorio, a la obligación del uso de ciertos materiales y asepsia de ciertos elementos.

Pareciera haber unanimidad en la doctrina para estimar que la infracción de aquellas medidas de prudencia o precaución que, por ser generalmente observadas, constituyen verdaderos usos o hábitos, importa culpa por sí sola.

Igualmente, hay unanimidad para estimar que la infracción de las reglas de orden técnico-práctico que rigen una determinada profesión, constituye culpa por sí sola.

¹⁵ Pablo Rodríguez Grez: *La Obligación como Deber de Conducta Típica*, pp. 100 y ss.



El Tribunal Supremo español ha dictado varias sentencias, en que fue infringida la "*lex artis*" que rige.

"La profesión médica hace incurrir en responsabilidad a su autor. Así, ha considerado que se infringiría dicha *lex* en caso de tratamientos que inciden sobre conductas descuidadas y que provocan resultados lesivos. Más aún, considera que su quebrantamiento da origen a la imprudencia profesional, sea por impericia, falta de conocimiento o no guardar el mínimo de precauciones, lo que incluso ha estimado como una causal agravante de responsabilidad".

Con lo dicho queda claro que si se imputa al médico una conducta dolosa en una infracción contractual derivada de un contrato de prestación de servicios de esta especie, la prueba corresponde al que hace la imputación, esto es, al acreedor.

Si se imputa negligencia o culpa, existe división de opiniones respecto de la aplicación o no del inciso 3° del artículo 1547.

Nosotros creemos que la solución del problema parte de una afirmación previa que es fundamental: el médico tiene, por el diploma que le ha sido conferido, el derecho de realizar actos que serían tentativas prohibidas para otros, y por lo mismo, es necesario dejarle cierta iniciativa en la decisión y cierta libertad de acción. La dificultad principal consiste, precisamente, en determinar hasta qué punto el médico debe conservar su iniciativa y su independencia.

Los casos más comunes referentes a falta profesional del médico son indicativos de lo que se viene afirmando; el error de diagnóstico, sólo considerado como falta, a condición que el diagnóstico haya sido fácil y el error grosero; lo mismo respecto de las llamadas operaciones peligrosas, entendiéndose por tales aquellas que no son exigidas por el estado del paciente, o que siéndolo, se llevan a la práctica sin prevenir al enfermo; la ignorancia de un método curativo corriente; la torpeza o negligencia operatoria.

Los anteriores corresponden a casos fallados por la jurisprudencia francesa, y demuestran que los tribunales al apreciar la culpa del médico comparan a éste no con el tipo abstracto de "**un buen padre de familia**", sino con el de "**otro médico juicioso y prudente**", lo que implica un mayor grado de discrecionalidad que cualquier otro deudor.

De otro lado, el inciso final del artículo 2158 del Código Civil, aplicable al contrato del médico por las razones antes señaladas, que obliga a probar

su culpa, es claramente indicativo de que la materia está sometida a una normativa especial, que se traduce en lo pertinente en la obligación del paciente de probar la culpa del médico, en razón de la naturaleza de la obligación contraída por el facultativo, que le impone una norma de conducta especial. Discrepamos de lo afirmado por don Arturo Alessandri, que restringe la aplicación de este inciso sólo a los casos en que el paciente quiera dispensarse de cumplir con sus obligaciones, ya que de los cinco numerales del citado artículo 2158, cuatro de ellos rigen cuando el servicio médico se ha prestado, y el número que resta, el 1º, es anterior al perfeccionamiento del contrato y por lo tanto, ajeno a la materia.

IV. Normas aplicables a la responsabilidad civil derivada de la relaciones médico-paciente

IV.1. Por regla general, la responsabilidad de un médico por los daños que cause a un paciente que ha contratado sus servicios, sea por negligencia o imprudencia, es contractual. Así surge de las normas que analizamos en el Capítulo II, debiendo destacarse que por estar sujeto este contrato a las reglas del mandato y a las del arrendamiento de servicios inmateriales, en lo que no fueren contrarios a ellas, el médico responde hasta de culpa leve en el cumplimiento de su encargo, responsabilidad que se apreciará con criterio más estricto si es remunerado (artículo 2129).

La aplicación de las reglas generales de los contratos para hacer efectiva esta responsabilidad, a que alude el artículo 1999, debe entenderse con la salvedad expuesta en relación con la primacía del inciso final del artículo 2158, que creemos prevalece sobre el artículo 1547. No es que lo modifique, es que se trata de cuestiones distintas, porque *la ley en este caso* impone al paciente la necesidad de probar infracción de la obligación general de diligencia o cuidado que pesaba sobre el médico, o sea, la de probar la culpa.

David Stitchkin concuerda con lo señalado y dice que esta inversión aparente del peso de la prueba, que a primera vista puede resultar extraña por tratarse de una responsabilidad contractual en que debe presumirse la culpa del deudor, se explica de acuerdo a las normas generales, ya que corresponderá a quien reclama que un médico no ha actuado con la debida diligencia o cuidado, establecer los hechos constitutivos de dicha responsabilidad, esto es, probar la infracción, "porque ella no se acredita con la sola prueba del contrato, desde que según el sistema del artículo 2158 el médico aparece habiéndolo ejecutado en los términos convenidos. Si el cliente alega que no obstante el médico pudo haberlo desempeñado con mejor éxito, **"entra al terreno de una hipótesis, cuya realidad debe probar"**. Todo ello,



agrega, porque el deber general de diligencia o cuidado no impone responsabilidad mientras no se produzca una culpa específica y determinada”.

IV.2. La responsabilidad de los médicos puede ser extracontractual en las siguientes hipótesis:

a) Si dichos profesionales causan daño por culpa o dolo a quienes prestan servicios por amistad o por espíritu caritativo o de beneficencia, es decir, sin fines de lucro.

b) Si con las lesiones ocasionadas a un paciente, o de su muerte, se siguen perjuicios a terceros, por ejemplo las personas que vivían a expensas de él, a condición de que estos terceros invoquen su propio daño. Si lo hacen en su calidad de herederos del difunto, la responsabilidad del médico será contractual, ya que los herederos representan a la persona del difunto para sucederle en sus derechos y obligaciones transmisibles.

c) También incurrir en este tipo de responsabilidad cuando con cualquier acto de su profesión dañan a un tercero con quién no están ligados contractualmente, como por ejemplo, si otorga un certificado médico falso, que causa perjuicios a una persona distinta del que lo solicitó.

Para que las normas de la responsabilidad extracontractual puedan coexistir o superponerse con las de la responsabilidad contractual se requiere que el profesional, que actúa dentro de la órbita de un contrato, ejecute un hecho que constituya también un delito o cuasidelito penal, como en el caso del artículo 491 del Código Penal; por ejemplo, si practica una operación médica sin cumplir con las más elementales normas de asepsia o de higiene. En este caso la responsabilidad extracontractual surge de la infracción penal y por lo tanto coexiste con ella.

La posibilidad de que coexistan ambos tipos de responsabilidad civil tiene la gran importancia de que amplía el campo de la indemnización, ya que es indiscutible que en materia extracontractual el ámbito de reparación es mayor que en materia contractual.

A partir de los casos más arriba indicados, que son clásicos, los autores, la doctrina comparada y algunos fallos de nuestros tribunales han ido paulatinamente aceptando que el límite que divide ambos tipos de responsabilidades es muy difícil, sino imposible, de precisar en los servicios de atención médica organizados como empresa, y han decidido por otorgar al demandante una acción extracontractual aunque haya existido un vínculo contractual previo al daño. Al efecto podemos citar:

C. de Santiago 28/01/93. Gaceta Jurídica N° 151; C. de Santiago 03/01/97. Gaceta Jurídica N° 199.

En el primero de ellos se acepta la responsabilidad extracontractual de la clínica por negligencia de una enfermera y se ordena indemnizar por los artículos 2320 y 2322, no obstante haberse alegado la improcedencia de estas normas: "...y, de existir dicha relación, nada impediría que el actor pudiera acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción de las aspiraciones de la demanda" (Cons. 9°).

En la segunda sentencia se ordena pagar en base a los artículos 2314, 2320 y 2322, que fundaron la demanda.

V. Jurisprudencia y algunas consideraciones sobre juicios por "mala práctica médica"

Desde el punto de vista de los profesionales médicos, la proliferación de juicios por "mala práctica", según lo indica la experiencia de países como U.S.A. y Canadá, permite prever las siguientes consecuencias:¹⁶

1. Se produce un cambio en la relación médico-paciente. La conciencia del médico se vuelve calculadora y la confianza del paciente se torna agresiva.
2. Los médicos se abstienen de actuar en emergencias graves. Para evitarla, propugnan el establecimiento legal de una cláusula de irresponsabilidad, que denominan de "inmunidad calificada".
3. Se desarrolla una "medicina defensiva", cuya finalidad es reducir el margen de error, lo que implica un aumento de interconsultas y hospitalizaciones, mayor número de exámenes y empleo de técnicas cada vez más sofisticadas, lo que alarga y encarece la atención.
4. Las especialidades cuyo ejercicio importa un riesgo mayor quedan desiertas o imperfectamente atendidas.
5. Se fomenta la especialización precoz, para reducir el margen de error, lo que es inconveniente en un país donde faltan médicos generales e internistas.
6. Los médicos, especialmente los cirujanos, se ven obligados a contratar fuertes pólizas de seguros, cuyo costo recarga los honorarios.

La cuestión entre nosotros resulta relevante, además, por la reglamentación penal de la materia, artículos 490, 491 y 492 del Código Penal, que

¹⁶ J. Pérez Olea. Ob. cit., pág. 93.



la sitúa en el ámbito de los llamados “delitos culposos”. A este respecto dice el profesor E. Cury en un artículo publicado en la Revista de Ciencias Penales, “Contribución al Estudio de la Responsabilidad Médica por Hechos Culposos (cuasidelitos)”: “la significación social del hecho cometido con culpa es enorme. Para formarse una idea basta con pensar, por ejemplo, en el número de personas a las que alguien mata voluntariamente durante el curso de una semana en una gran ciudad, y el número de las que, en ese mismo tiempo, mueren como consecuencia de accidentes callejeros; sin lugar a dudas son muchísimos más éstas que aquéllas, lo cual significa que la sociedad experimenta muchos más daños por causa de los imprudentes o culposos que de los voluntarios o dolosos”.

Generalmente la calificación del actuar culposo del médico gira en torno a tres términos que se suelen usar para graficarlo y así establecer la culpa, que, sin embargo, no son sinónimos: imprudencia, negligencia e impericia:

1. La imprudencia no está definida por la ley, de suerte que corresponderá al juez precisar los hechos que la constituyen; la doctrina señala que consiste en acometer o afrontar un hecho con temeridad o ligereza, con falta de precisión.

Así, por ejemplo, se citan como casos de imprudencia:

- Tratar con medicamentos o procedimientos insuficientemente experimentados.
- Forzar las dosis terapéuticas más allá de lo que indica la experiencia.
- Ejecutar operaciones graves para reparar lesiones insignificantes.

2. La negligencia significa el incumplimiento de un deber, una falta de previsión u omisión de la diligencia debida, un desprecio del cuidado.

Casos típicos que se citan: fallas de asepsia y abandono de enfermos.

3. La impericia, es una palabra ajena al Código Civil y al Código Penal, incluso se ha tratado de incluirla en este último para señalarla expresamente como modalidad de la culpa (proyecto Silva-Labatut, 1938).

Significa falta o escasez de los conocimientos que se suponen en un profesional que ha hecho determinados estudios.

Desde otro punto de vista, la doctrina ha sostenido que pesa sobre el médico lo que se denomina “exigencia general de cuidado”, de la cual se desprenden dos deberes: 1) de cuidado interno; 2) de cuidado externo.

En virtud del primer principio, el médico está obligado a abstenerse y juzgar las condiciones en las cuales va a desplegar su conducta, y se puede resumir en dos hechos fundamentales:

- a) Evolución adecuada del paciente, que lo obliga a verificar personalmente el estado del enfermo y a ordenar los exámenes técnicos necesarios.
- b) Examen de su propia capacidad, para decidir si tiene o no las aptitudes necesarias para responder a la acción planeada.

El segundo principio le impone las siguientes obligaciones:

- a) Deber de omitir acciones peligrosas, recurriendo al auxilio de especialistas si es necesario.
- b) Deber de mantenerse dentro del riesgo permitido, que sólo le permite al médico realizar aquellas maniobras y procedimientos comprendidos en la *lex artis*.

Por último, vamos a referirnos a una situación muy común en estos días, relativa a la práctica de la medicina, que es el trabajo en equipo, y la aplicación en él de los deberes señalados.

¿Qué acontece en la actividad médica si no es posible individualizar dentro de los varios nombres del equipo dónde se originó indebidamente el peligro que culminó con el daño del paciente?

Existen varios criterios de imputación:

- a) Si los integrantes del equipo tienen, individualmente considerados, autonomía científica, de cada uno de ellos se puede esperar un comportamiento adecuado, y por lo mismo responden en iguales términos.
- b) Por el contrario, si carecen de tal autonomía, incurre en falta el médico que delega funciones en personas no idóneas, y por lo mismo ambos incurren en culpabilidad.

Vamos a analizar cómo la jurisprudencia, en un fallo pronunciado por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago el 21 de septiembre de 1995, ha aplicado los principios que hemos señalado. Se trata del proceso seguido en contra de diversas personas con motivo de una operación efectuada al Sr. Leonel Beraud, la cual se iba a realizar para operarlo de la cadera



derecha, resultando en la práctica que se le operó la izquierda, y como consecuencia de ello fue necesario practicar en ambos lados el implante de una prótesis, causándole lesiones graves, por lo cual fueron condenados en la categoría penal de cuasidelito.

El considerando 67 del fallo de primera instancia se pronuncia expresamente aceptando la coexistencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Afirma en su punto 3° que la operación indebida en la cadera izquierda resulta ajena a todo contrato, obligación o vínculo jurídico preexistente y constituye por sí sola un hecho típico de origen y efectos específicos, independientes y autónomos. Señala: **“ha de afirmarse que según la circunstancia que dos personas estuvieren vinculadas por un contrato (en este caso para operar la cadera derecha), tal hipótesis no obstaría a que entre ellos se produjera responsabilidad extracon-tractual, desde que ambas clases de responsabilidades pueden perfectamente coexistir. Ello porque no hay incompatibilidad entre la vigencia eventual de un contrato y la comisión de un cuasidelito por uno de los contratantes, si éste no tiene relación con aquél. Y también en la hipótesis de que hubiera coexistencia o superposición de responsabilidades, cada una de ellas procederá restringidamente dentro de sus respectivos ámbitos, como ocurrió en el caso de autos, la operación descuidada e indebida de la cadera izquierda da origen sólo a la responsabilidad cuasidelictual... la culpa profesional de los médicos y en tal caso precisamente cuasidelictual, desde que se halla expresamente prevista en el artículo 491 del Código Penal y desde que para la indicada operación a la cadera izquierda no había indicación quirúrgica ni razón médica alguna, constituyendo su ejecución un acontecimiento o fenómeno desconectado de la acción que ese equipo médico tenía que llevar a cabo, cual era la artroplastía total de la cadera derecha”.**

Cabe señalar que el fallo en cuestión rechaza la indemnización por responsabilidad civil contractual, por una razón exclusivamente procesal, por no estimar probado el contrato respectivo.

Otra sentencia que analizaremos fue pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, el 23 de octubre de 1991, en la cual se castigó penalmente por ejercicio ilegal de la medicina a un falso médico, pero hizo extensiva la responsabilidad civil a la ISAPRE que lo mantenía en sus registros, estableciendo en el considerando 2°:

“Que... lo que demuestra que el ejercicio ilegal de la profesión de médico data por lo menos del año 1986, lo que determina también que la ISAPRE... sea civilmente responsable, por haber tenido al encausado incorporado

en su lista de médicos, con el evidente peligro y riesgo para quienes lo consultaron, sin dudar de su calidad de auténtico profesional de la medicina”.

Condena a la ISAPRE como tercero civilmente responsable, por su actuar negligente, señalando que su responsabilidad es simplemente conjunta, vale decir, independiente de la que corresponde a los restantes demandados.

Agrega la sentencia que las indemnizaciones que ordena pagar *nacen* en el momento en que se acepta su procedencia, lo que acontece en la sentencia, razón por la cual rechaza su reajuste desde el momento en que ocurrieron los hechos, doctrina muy discutible y que nosotros no compartimos.