

## RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA: RIESGO TERAPÉUTICO, PERJUICIO DE NACER Y OTROS PROBLEMAS ACTUALES\*

Mauricio Tapia Rodríguez\*\*

### RESUMEN

*En el derecho comparado, y recientemente en el nacional, los médicos se han transformado a su pesar en sujetos pasivos frecuentes de acciones de responsabilidad que persiguen la reparación de daños causados a pacientes. Mencionando algunas de las causas de esta inflación de la litigación en materia médica, y revisando especialmente el derecho francés, la doctrina y la jurisprudencia nacional de la última década, el artículo analiza algunos problemas actuales de esta responsabilidad civil profesional: la calificación de la responsabilidad médica (contractual, extracontractual); la naturaleza de las obligaciones del médico (obligaciones de medios, de resultado y la exclusión del error de conducta); el denominado riesgo terapéutico o accidente médico y los fallos nacionales recientes en materia de infecciones intrahospitalarias; y la extensión de los perjuicios reparables en materia médica, en particular, la indemnización de la pérdida de una oportunidad de sobrevivir o de sanar y el denominado perjuicio de nacer.*

### RESPONSABILIDAD MÉDICA - RESPONSABILIDAD CIVIL - DERECHO CIVIL

1. La medicina es una de las actividades profesionales más expuestas en la actualidad al riesgo de acciones de indemnización de perjuicios. Como sostiene Jean Carbonnier, tal como hacia mediados del siglo XX la preocupación principal del derecho de la responsabilidad era la seguridad en materia de accidentes de la

circulación (cuestión que está lejos de lograrse), el paso hacia el siglo XXI parece estar dominado por la búsqueda de una seguridad sanitaria absoluta, testimonio del interés que nuestra época presta a la vida y a la salud.<sup>1</sup> Este artículo pretende revisar algunos de los problemas típicos que enfrenta esta responsabilidad en la actualidad, aludiendo especialmente a lo resuelto en el derecho francés, así como a la doctrina y a la jurisprudencia nacio-

\* Este texto tiene origen en una exposición efectuada en el Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 7 de agosto de 2003, posteriormente completada y anotada por el autor.

\*\* Magíster en Derecho Privado, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>1</sup> *Droit Civil, Les obligations*, t. 4, París, PUF, Thémis Droit Privé, 2000, 22ª ed. refundida, p. 374 y s.

(A) Pérdida de oportunidades de sanar o de sobrevivir

35. *Concepto y alcance de la reparación.* La pérdida de una oportunidad, esto es, la frustración de una expectativa de obtener una ganancia o de evitar una pérdida, es un perjuicio que se encuentra entre el daño cierto y el daño eventual.<sup>134</sup> La hipótesis es de una víctima que tenía oportunidades de obtener un bien *aleatorio* que estaba en juego (recobrar la salud) y el agente, al cometer el hecho ilícito, destruyó ese potencial de oportunidades (no efectuó un examen). Un ejemplo típico es la imposibilidad de acceder a una profesión cuando la víc-

tima, con estudios avanzados, tenía oportunidades serias de ejercerla.<sup>135</sup> En materia médica, especial importancia tiene la *pérdida de oportunidades de sanar o de sobrevivir*, que justifica la condena del médico que con su falta (no operar a tiempo, no exigir otros exámenes, etc.) hizo perder a la víctima chances de recuperación.<sup>136</sup> Aunque, en este ámbito, la jurisprudencia comparada utiliza frecuentemente (y de forma indebida) la teoría de la pérdida de una oportunidad para ocultar sus incertidumbres acerca de la relación de causalidad y condenar de forma parcial al médico (y no por la muerte o la agravación del paciente).<sup>137</sup> Existen resguardos para evitar que la pérdida de una oportunidad extienda la reparación a los límites de la especulación:<sup>138</sup> se exige que

<sup>134</sup> Su reparación es admitida ampliamente por la doctrina y jurisprudencia francesa. Cf. entre las obras recientes: Aubry et Rau, *Cours de droit civil français, Responsabilité délictuelle*, t. VI-2, por Noël Dejean de la Bâtie, 8ª ed. bajo la dirección de André Ponsard e Ibrahim Fadlallah, París, Libraires Techniques, 1989, p. 36 y s.; Jean Carbonnier, *op. cit.*, pp. 378 y 387 y s.; Jacques Flour, Jean-Luc Aubert y Eric Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, París, Armand Colin, 2003, 10ª ed., p. 126 y s.; Philippe Le Tourneau y Loïc Cadet, *op. cit.*, p. 371 y s.; Philippe Malaurie y Laurent Aynès, *Obligations. 1. Responsabilité délictuelle*, París, Editions Cujas, 2001/2002, 11ª ed., p. 139; H., L. y J. Mazeaud y F. Chabas, *op. cit.*, p. 416 y s.; Boris Starck, Henri Roland y Laurent Boyer, *Obligations I, Responsabilité délictuelle*, París, Litec, 1996, 5ª ed., p. 61 y s.; François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, París, Précis Dalloz, 2002, 8ª ed., *op. cit.*, p. 679 y s.; Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions*, *op. cit.*, p. 71 y s. Cf. los estudios de François Chabas: *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, *op. cit.*, párr. 84; "La perte d'une chance en droit français", en coloquio *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Ginebra, Centre d'études européennes, 1991, p. 131 y s.; y "La perte d'une chance dans le droit français de la responsabilité civile", en *Responsabilité civile e previdenza*, 1996, N° 2, p. 221 y s.

<sup>135</sup> Cf. en el derecho nacional, justificando la indemnización de la pérdida de una oportunidad en caso de estudiantes muertos en un accidente: Andrés Jana y Carlos Peña, *Reparación del daño extracontractual, Edición, jurisprudencia y doctrina*, texto preparado con la participación de los ayudantes Claudio Gutiérrez y Francisca Román, Santiago, Universidad de Chile, 2002.

<sup>136</sup> Sin embargo, cuando un médico omite informar a la víctima sobre los riesgos graves de una operación no puede repararse la pérdida de una oportunidad de sobrevivir o sanar, pues las oportunidades son una cuestión objetiva, que debe depender del azar y no de la voluntad de una persona (en este caso de la víctima, que debidamente informada sobre los riesgos habría decidido, probablemente, no someterse a un tratamiento). Cf. François Chabas, *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, *op. cit.*, párr. 84.

<sup>137</sup> Cf. François Chabas, *Ibidem*; Jean Carbonnier, *op. cit.*, pp. 378 y 388. A favor de la utilización de la pérdida de una oportunidad existiendo incertidumbres sobre la relación de causalidad: Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions*, *op. cit.*, p. 197 y s.

<sup>138</sup> Por ejemplo, si la novia de la víctima muerta alega como perjuicio el riesgo de quedar

la oportunidad perdida sea real y seria.<sup>139</sup> En esencia, significa que se niega la reparación si existía una baja probabilidad objetiva de obtener el bien en juego (el paciente tenía muy pocas posibilidades de sanar o sobrevivir). De todas formas, como en este daño interviene un fuerte elemento aleatorio, su reparación es siempre *parcial*, es decir, no puede ser igual al valor de la ganancia esperada o de la pérdida sufrida, sino a una suma que se obtiene multiplicando el monto de esa ganancia o pérdida por el porcentaje de oportunidades que tenía la víctima.<sup>140</sup>

36. *Jurisprudencia y doctrina nacional.* En la jurisprudencia nacional la pérdida de una oportunidad es una noción tratada implícita y vagamente, en gran medida

soltera para toda la vida, probablemente se rechazará su demanda por ser un perjuicio "*hipotético: luego del tiempo de lágrimas viene el del olvido, ¡y después el de nuevas esperanzas!*". B. Starck, H. Roland y L. Boyer, *op. cit.*, p. 62.

<sup>139</sup> Cf. la jurisprudencia y doctrina francesas son categóricas en este sentido. Cf. por ejemplo: Philippe Le Tourneau y Loïc Cadet, *op. cit.*, p. 371 y s.; H., L. y J. Mazeaud y F. Chabas, *op. cit.*, p. 416 y s.; y Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions*, *op. cit.*, p. 84 y s.

<sup>140</sup> La pérdida de una oportunidad es simplemente atribuir un valor pecuniario a la chance desaparecida. Por esto, su apreciación se efectúa *in concreto*, considerando la situación particular de la víctima y estimando prudencialmente la probabilidad del beneficio esperado. Este sistema de apreciación del daño es más equitativo que lógico: o la ventaja se hubiese producido y la víctima entonces no habrá recibido suficiente, o bien la ventaja no se hubiese realizado y la víctima en tal caso habrá recibido demasiado. Por lo demás, en daños tan difusos la intromisión de la *pena privada* parece inevitable: la experiencia comparada muestra que usualmente esta suma aumenta según la gravedad de la acción ilícita. Cf. B. Starck, H. Roland y L. Boyer, *op. cit.*, p. 63 y s.

producto de la confusión de la doctrina. Citando a autores franceses de la primera mitad del siglo XX, que rechazaban o ignoraban esta teoría, Arturo Alessandri sostuvo que la privación de una simple expectativa, de un alea, no es un daño indemnizable por no ser cierto.<sup>141</sup> Pero esta opinión, en esa época (1943) estaba lejos de ser unánime (como el mismo autor reconoce)<sup>142</sup> y se funda en supuestos equivocados. En primer lugar, para Arturo Alessandri en estos casos no habría una "*certeza*" de obtener la ventaja;<sup>143</sup> pero evidentemente si tal certeza existiese correspondería no sólo reparar la pérdida de una oportunidad, sino la integridad del daño. En segundo lugar, los fallos citados por el autor para sostener su posición son las típicas hipótesis en que se rechaza la reparación de la pérdida de una oportunidad por existir una probabilidad demasiado baja de obtener la ganancia (como conjeturas sobre una posible vida profesional futura).<sup>144</sup> Por último, el error principal es sostener que en estos casos la víctima tiene derecho a demandar la totalidad de la ganancia perdida, pues la reparación de la pérdida de una oportunidad es siempre parcial, corresponde sólo a un porcentaje de la ganancia esperada.<sup>145</sup> Con excepción de un lúcido comentario de Ramón Domínguez A.,<sup>146</sup> la doctrina nacional moderna no ha contribuido demasiado a disipar las confusiones de la jurisprudencia, que asimila la pérdida de

<sup>141</sup> *Op. cit.*, p. 218.

<sup>142</sup> Entre otros, el importante tratado de los hermanos Mazeaud, como Arturo Alessandri reconoce, admita la reparación de la pérdida de una oportunidad. Cf. *Op. cit.*, p. 218, nota 2.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 217 y s.

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>146</sup> "Consideraciones...", p. 150 y s.

una oportunidad al lucro cesante.<sup>147</sup> Esto es un error. Ambos son daños futuros, pero la pérdida de una oportunidad, a diferencia del lucro cesante, involucra siempre un fuerte elemento aleatorio y, por esto, justifica la reparación parcial (un porcentaje) y no completa de la ganancia perdida. Razonando en términos de lucro cesante, como hace la jurisprudencia nacional, se termina inevitablemente por negar a la víctima toda reparación.<sup>148</sup>

(B) El perjuicio de nacer (discapacitado)

37. *Aborto y el perjuicio de nacer.* Esta es una discusión que se ha planteado en el derecho anglosajón, en el alemán y, recientemente, en el francés (a este último se refiere en esencia la exposición que sigue).<sup>149</sup>

<sup>147</sup> Algunos estudian la pérdida de una oportunidad como si fuese un tipo de lucro cesante: cf. Pablo Rodríguez, que transcribe extensamente, en el capítulo que destina al lucro cesante, el comentario de Ramón Domínguez A. sobre la pérdida de una oportunidad (*Responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 292 y s.). Por su parte, José Luis Díez se refiere a este daño, reconociendo que es una noción desconocida actualmente para los tribunales nacionales (*op. cit.*, p. 60 y s.). Finalmente, Hernán Corral, alude brevemente a algunas reglas de la reparación de este daño formuladas por la doctrina francesa (*op. cit.*, 142).

<sup>148</sup> Así, en el caso de un joven y destacado estudiante muerto en un accidente, se demandaron los ingresos que habría recibido trabajando (le faltaban dos años de estudios), tomando en cuenta sus capacidades, relaciones sociales y la esperanza promedio de vida. Una corte de apelaciones rechazó la reparación de ese "lucro cesante", por considerar que se trataba de "meras conjeturas", faltando antecedentes ciertos sobre su capacidad de trabajo y sus posibles actividades futuras. C.A. de Santiago, 26 de mayo de 1944, R.D.J., t.XLI, sec. 2°, p. 41 y s.

<sup>149</sup> Una visión comparada de este problema en el excelente estudio de Basil Markesinis, "Réflexions d'un comparatiste anglais sur et à

Estos problemas no han sido examinados por la jurisprudencia nacional (pero un estudio nacional reciente los menciona, criticando apasionadamente las decisiones comparadas),<sup>150</sup> ya que exigen como supuesto el reconocimiento de la libertad de la madre de poner fin al embarazo, es decir, que se legalice el aborto (al menos terapéutico), tal como ha ido progresivamente ocurriendo en el derecho comparado. Esta discusión está pendiente en Chile, donde el aborto es una práctica prohibida, pero una práctica absolutamente generalizada (cerca de 200 mil abortos cada año)<sup>151</sup> y tímidamente reprimida. Existen varios casos distintos del mal denominado "perjuicio de nacer", que tienen en común el ser ocasionados por un diagnóstico o tratamiento médico negligente.<sup>152</sup> En primer lugar, existen casos de "nacimientos no deseados", en que los padres demandan indemnización al médico que efectuó negligentemente la esterilización o la interrupción del embarazo. Si bien en estas situaciones se tiende a rechazar la reparación del perjuicio consistente en la sola existencia o nacimiento del hijo no deseado, sí se concede indemnización si se ha infligido con ello un sufrimiento específico a la madre (o al hijo), como sucede cuando el embarazo había sido

partir de l'arrêt *Perruche*", en *Revue trimestrelle de droit civil* 2001, p. 77 y s.

<sup>150</sup> Hernán Corral, *op. cit.*, p. 160.

<sup>151</sup> Evidentemente, no es una cifra menor. En Francia, con 58 millones de habitantes y aceptando el aborto desde 1975, existe en la actualidad un promedio de 250 mil abortos por año (cantidad que entre los países de la Unión Europea se estima elevada). Similares en número, ambas realidades son cualitativamente bien distintas: clínicas clandestinas e insalubres, médicos incompetentes... Mauricio Tapia, "La coherencia del derecho en materia de aborto", París, 2002 (inédito).

<sup>152</sup> V. sobre los diversos casos que se han planteado: cf. Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions*, *op. cit.*, p. 12 y s.

provocado por una violación o un incesto.<sup>153</sup> En segundo lugar, y que son las situaciones más delicadas, se encuentran los casos de "nacimiento de un niño discapacitado", en que el comportamiento negligente del médico provoca o permite el nacimiento de un niño afectado de una grave malformación. No suscitan dudas aquellas situaciones en que el médico, durante el embarazo (por medicamentos erróneos, por ejemplo), al ejecutar fallidamente un aborto o en el momento del parto causa culpablemente una lesión al feto.<sup>154</sup> En tal caso el perjuicio de los padres y del hijo es reparado siguiendo las reglas generales de la responsabilidad por culpa probada del médico. Los problemas se presentan cuando el médico omite informar negligentemente a los padres durante el embarazo una discapacidad congénita que afecta al feto. Como se trata de enfermedades hereditarias incurables, el cumplimiento oportuno y adecuado del deber de información del médico no habría evitado la discapacidad del niño, sino que habría permitido a los padres recurrir a la opción del aborto terapéutico. Respecto de los perjuicios que pueden demandarse en tal caso, una nueva distinción fundamental resulta necesaria:

38. *Wrongful birth y wrongful life.* Para los padres (al menos para los que no deciden abandonar al niño al nacimiento), la discapacidad con que nacerá su hijo es fuen-

<sup>153</sup> En este sentido: *Chambre criminelle de la Cour de cassation*, 4 de febrero de 1998, J.C.P. (*La Semaine juridique*) ed. G 1998, II, 10178, nota I. Moine-Dupuis.

<sup>154</sup> En este sentido, el Octavo Juzgado Civil de Santiago, en el presente año, condenó en primera instancia a una clínica por las lesiones sufridas por un niño que nació gravemente enfermo a causa de una asfixia severa neonatal, que habría sido provocada por un deficiente control médico en las últimas horas de gestación.

te, innegablemente, de sufrimientos (angustia de ver crecer a su hijo afectado de la invalidez, preocupación acerca de su destino una vez fallecidos, etc.) y de cuantiosos gastos (el mantenimiento y la educación durante toda su vida). Estos daños, denominados en la práctica anglosajona *wrongful birth*, que están en relación de causalidad con la negligencia del médico, tienden a ser reparados en el derecho comparado, siempre y cuando se hubiesen reunido las condiciones para efectuar un aborto terapéutico y conste (o se presuma) que los padres habrían ejercido esa opción.<sup>155</sup> Pero el niño, ¿puede demandar a los médicos por el hecho de nacer gravemente discapacitado? Este perjuicio, denominado en la práctica anglosajona *wrongful life*, y que alcanzaría todos los sufrimientos, la privación de agrados y placeres, y los gastos de llevar una vida discapacitada es simplemente inconmensurable y, en general, su reparación tiende a ser limitada (o rechazada) en el derecho comparado. Este es caso que ha suscitado más controversias, pues a las objeciones jurídicas (por ejemplo, la ausencia de causalidad entre la negligencia y la discapacidad), se han agregado apasionadas posiciones filosóficas (principalmente de los opositores al aborto, a la eugenesia y a la eutanasia) y una muchas veces tendenciosa utilización de la opinión pública. La razón de estas disputas es una lectura que se puede efectuar de estos casos: si el médico hubiese satisfecho la obligación de información, no es que el niño habría nacido sin malformaciones sino que simplemente no habría nacido, pues los padres habrían optado por el aborto terapéutico y, así, puede sostenerse

<sup>155</sup> En el derecho anglosajón: cf. Basil Markesinis, *op. cit.*, p. 78 y s. También en el derecho francés (cf. *infra* N° 39). En la doctrina nacional, Hernán Corral se refiere a esta clasificación, aunque en un sentido distinto a la práctica comparada (*op. cit.*, p. 160).