

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

En síntesis, la recepción de las obligaciones de medio y de resultado en nuestro Derecho es aún un tema pendiente en cuanto su utilidad está condicionada a la comprensión final que nuestro sistema, en particular la jurisprudencia, tenga de la naturaleza de la responsabilidad civil del profesional liberal y, muy especialmente, del profesional médico o sanitario.

Más aún, habida cuenta del sentido y efectos que su recepción ha tenido en otros países, antes que abogar por su recepción como vía para superar las diferencias de trato al daño que la división en dos sedes plantea en materia de responsabilidad del profesional, y en especial del médico, y reproducir la evolución en la materia, parece imprescindible que nos pronunciemos y dilucidemos si defendemos a ultranza la distinción en dos regímenes de la responsabilidad o no y, en particular, si ello se justifica cuando se trata de la responsabilidad del profesional.

Una vez dilucidada esa cuestión, podría, entonces, construirse un régimen conjunto de las obligaciones del profesional o del médico y abrir la diferencia entre obligaciones de medio y de resultado puede desplegar su utilidad final al importar un reconocimiento de que no todas las obligaciones que derivan de la prestación de servicios médicos son idénticas y que, por lo mismo, más que un sistema de prueba de la culpa, deben existir varios sistemas dependiendo del tipo de obligación.

LA COBERTURA DOGMÁTICA DE LA RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DISTINCIÓN OBLIGACIONES DE MEDIOS/OBLIGACIONES DE RESULTADO¹ (UNA APROXIMACIÓN A TRAVÉS DE CASOS DE RESPONSABILIDAD MÉDICA)

Hugo A. Cárdenas Villarreal

"Pensar el derecho es describirlo en proceso, verificar los cambios para ver sus estructuras y funcionamiento. Las teorías suelen construir modelos que una vez implantados

tienen a perpetuarse olvidando que alguna vez fueron ideas y pensamientos, que fueron pieza de disputa y enfrentamiento, que comenzaron por ser una idea marginal antes de ocupar el centro del texto de la historia".

Sebastián TEDESCHI, "El Waterlool del Código civil napoleónico", en AA.VV., *Desde otra mirada*, Buenos Aires, Eudeba, 2001.

INTRODUCCIÓN

Básicamente, por efecto de la interpretación dada a la regla contenida en el artículo 1547 (en relación con los artículos 1671 y el 1698 del CC) es que, con excepción de las tempranas obras de Orlando Tapia Suárez² y de David Stitckin Branover³, tradicionalmente se ha rechazado la aplicación en nuestro Derecho de la célebre distinción atribuida a René Demogue entre las obligaciones de medios y las obligaciones de resultado. Arturo Alessandri

¹ Este trabajo tiene como antecedente la ponencia "La recepción jurisprudencial de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado y otros expedientes probatorios unificadores de la responsabilidad civil médica", presentada en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, publicadas en Carlos PIZARRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, Legal Publishing, 2008, vol. IV, pp. 315-331.

² ORLANDO TAPIA SUÁREZ, *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, memoria de prueba, Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Publicaciones del Seminario de Derecho Privado, Escuela Tipográfica Salesiana, 1941. La obra fue reimpresa con notas de José Luis Díez Schwerter por Lexis Nexis en 2006, sobre el tema de las obligaciones de medios y de resultados véase p. 498 y ss.

³ DAVID STITCKIN BRANOVER, *El mandato civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950, p. 452 y ss.

llegó a escribir que la distinción sería "inaceptable en nuestra legislación"⁴, pues tratándose de obligaciones contractuales, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe siempre al deudor, porque es quien ha debido emplearla, y la ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación. No obstante lo anterior, hoy prácticamente la totalidad de la doctrina nacional se refiere a la distinción con diferente profundidad⁵, y autores tan influyentes como René Abeluk, que antaño negaban su procedencia, atestiguan que los tribunales la aplican, e incluso se muestran favorables a que en el futuro se modifique el *Código Civil* para darle acogida legislativa⁶.

Como se indica en la rúbrica, en el presente trabajo intentamos sistematizar y dar una explicación a algunas de las soluciones que la jurisprudencia ha ido

⁴ Arturo Alessandri, *De la responsabilidad civil extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 58, n. 4. En el mismo sentido, Vicente Acosta, *De la responsabilidad civil médica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 249 y 250; Lorenzo de la Maza Rivasneira, "La responsabilidad que puede derivar de la actividad médica", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 15, N° 1, Santiago, 1998, p. 29; René Abeluk Manasevich, *Las obligaciones*, 4ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, tomo I, p. 181. Para Pablo Rodríguez, *La obligación como deber de conducta típica*, Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1992, p. 328 y ss., la distinción no sería aceptable, pues "no hay obligaciones de resultado". Para el autor, toda obligación se encuentra "tipificada en la ley" y ella está descrita como un deber de conducta, de donde deduce que toda obligación es en realidad una obligación de médicos.

⁵ Ramón Meza Barros, *Responsabilidad civil*, Valparaíso, Ed. Edeval, 1980, p. 58 y ss.; Jorge Baraona González, "Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva", en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, N° 1, Santiago, 1997, pp. 151 a 177; Eduardo Coust Murasso, "Responsabilidad civil médica", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 19, Valparaíso, 1998, p. 227 y ss.; Álvaro Vidal Olivares, "Responsabilidad civil del profesional médico", en *Revista de Derecho*, N° 8, Santiago, Consejo de Defensa del Estado, diciembre, 2002, p. 165 y ss.; Alejandro García González, *Responsabilidad civil contractual. Obligaciones de médicos y de resultado*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2002; Mauricio Tapia Rodríguez, "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales", en *Revista de Derecho*, vol. XV, Valdivia, Universidad Austral de Chile, 2003, p. 87 y ss.; Hernán Corral Talciani, *Lecturas de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 280 y ss.; Daniel Peñarillo Arevalo, *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 222 y ss.; René Ramos Pazos, *De las obligaciones*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2005, p. 22 y ss.; Enrique Barros Bourne, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 657 y ss.; Ramón Domínguez Aguila, "La culpa en el derecho civil chileno. Aspectos generales", en *Revista Anales de Derecho UC. Temas de responsabilidad civil*, Santiago, Ed. Legis, 2008, p. 121 y ss. Derachamente sobre la aplicabilidad de la distinción en el Derecho chileno, Carlos Pizarro Wilson, *Enide critique de la responsabilité contractuelle en droit positif chilien*, tesis de doctorado, Paris, Université Paris II, Panthéon Assas, 2003, 1ª parte, chapitre II, section II.

⁶ René Abeluk Manasevich, *Las obligaciones*, 5ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo I, p. 221.

adoptando al aplicar esta distinción para resolver casos de responsabilidad civil por actos médicos. Se trata de una primera aproximación dogmática de carácter tópica a un tema de gran complejidad sustantiva y procesal, por lo que parte importante del tratamiento del régimen jurídico de las obligaciones de médicos ha sido deliberadamente postergado, para concentrarnos en el problema de la recepción de la distinción en el ordenamiento jurídico chileno.

En lo medular, sostendremos que el artículo 1547 del CC no contiene un principio general aplicable a todo tipo de obligaciones contractuales, y que al no ser aplicable a las obligaciones indeterminadas de actividad (obligaciones de médicos), el mismo no es un obstáculo para la recepción de la distinción y del más controvertido de sus efectos: la variación de la regla dogmática que distribuye la carga de la prueba de la culpa.

Estructuralmente, el trabajo está dividido en tres partes. En la primera, se dará cuenta de la recepción que han hecho los tribunales de la distinción a través de algunos de los fallos más emblemáticos que han pasado por la Corte Suprema en los últimos años; en la segunda, se abordarán los principales problemas dogmáticos que provoca la recepción de la distinción en el ordenamiento jurídico nacional. Se analizará en esta parte el ámbito de aplicación de los artículos 1547 y 2158 del CC; los efectos sistémicos de la distinción y los efectos respecto de la carga de la prueba de la culpa. Por último, en la tercera parte, se exponen sistemáticamente algunos de los expedientes jurisprudenciales que nuestros tribunales han estado utilizando para morigerar la carga de la prueba de la culpa que pesa sobre el paciente/acreedor.

I. RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA DISTINCIÓN

Si bien la recepción jurisprudencial de la distinción es más bien tímida en los tribunales superiores, la cosa es radicalmente distinta en la primera instancia, donde ya no resulta extraño observar resoluciones del siguiente tenor:

"apreciando que, no siendo aplicable en la especie la presunción de culpabilidad del Art. 1547 del código civil -en cuanto opera sobre la base de la constatación previa del incumplimiento contractual, lo que no es posible en una obligación de médicos, cuyo incumplimiento consiste, precisamente, en la falta de diligencia- exige del acreedor la prueba de la correspondiente culpa"⁷ (lo destacado es nuestro).

⁷ Sentencia del 26° Juzgado Civil de Santiago, 15 de julio de 2003, rol. 31139-2001 (el pronunciamiento fue confirmado con voto disidente por la CA. Santiago, 2 de agosto de 2004, rol 7700-03, y por la CS. 25 de marzo de 2008, rol 4931-2006). En sentido similar, en "Torres

En "Myriam Pedreros y otros con Dr. Armando Pinto y Clínica Santa María (caratulado Contreras con Clínica Santa María)", caso en que se extravió un examen citopatológico (biopsia) en el laboratorio de la Clínica, la Corte de Apelaciones de Santiago expresó

"que en la especie, cabe consignar que estamos en presencia de una *obligación de resultado*, en la medida que el médico ha prometido lograr un determinado análisis sobre un tejido extraído de la paciente destinado éste a un estudio citológico, el cual no se pudo realizar, por lo que lo pactado es un determinado fin no materializado, por el extravío de la biopsia"⁸ (es la Corte quien resalta).

Velásquez con S.S. de Talcahuano", se argumentó que "en este aspecto cabe precisar, en primer lugar, que la doctrina y la jurisprudencia han aceptado, una diferencia en la esencia del concepto de la obligación médica, en el sentido que en la dualidad de ésta como obligación de medio u obligación de resultado, se ha concluido que aquella asumida por el médico frente al paciente, es una típica obligación de medio, concepto que se contraponen a la obligación de resultado, desde que el profesional, como agente del Estado o como particular, no se compromete a curar al enfermo, sino que solamente a poner sus conocimientos y su experiencia en la forma más diligente posible, con vista al mejoramiento del atendido. Reiteremos, entonces, que la obligación del médico no consiste en la de curar al enfermo, sino en atenderlo con prudencia y diligencia. Prudencia y diligencia que tiene que ser analizada dentro de un contexto real y objetivo, en relación con los medios materiales, humanos y personales del o de los imputados, en un ambiente de servicio público asistencial, de las características, como en la especie, del Hospital Las Higueras de Talcahuano". La sentencia fue revocada por una sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que entre otros puntos de interés sostuvo: "a título de daño emergente, el Servicio de Salud Talcahuano deberá proporcionar al menor la atención de salud que requiera: tratamientos médicos, intervenciones quirúrgicas, hospitalizaciones en el Hospital Higueras o en cualquier establecimiento de salud público o privado". Las dos resoluciones mencionadas junto con la sentencia de la Corte Suprema pueden verse en Lexis Nexis, Nº 31322.

⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de septiembre de 2006, rol. 5615-2001 (contra la sentencia de la CA, se dedujo recurso de casación que fue rechazado por la sentencia de la CS. de 7 de abril de 2008, rol. 6113-06). Aunque sin mención expresa de la distinción, en el tristemente célebre caso "Ruiz con Laboratorios biológicos S.A. y otros" en el que se diagnosticó erradamente el virus del SIDA, la Corte Suprema mediante sentencia de 5 de noviembre de 2001 aplicó la presunción de culpa del artículo 1547 inc. 3º razonando sobre la base de que la obligación de tomar una muestra de sangre, etiquetarla y no confundirla es una obligación de resultado (la sentencia fue publicada en la *RDJ*, tomo 98, Santiago, sec. 1ª, p. 234 y ss., y en *GJ*, Nº 257, Santiago, 2001, p. 39 y ss. El fallo mereció el comentario de Ramón Domínguez Acuña, "Daño moral contractual. Examen de laboratorio por VIH. Ausencia de norma que impida esa reparación en materia contractual. Comentario de jurisprudencia", en *RDUC*, Nº 209, Santiago, 2001, p. 233 y ss., y de Andrés JANA y Mauricio TAPIA, "Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001", en *Temas de Responsabilidad civil. Cuadernos de análisis jurídico*, Santiago, Ediciones de la Universidad Diego Portales, Colección Derecho Privado, 2004, vol. I, p. 171 y ss.

Una argumentación similar fue la utilizada por la Corte de Apelaciones de Santiago en el caso "Pedreros Rebolledo con Pinto Reyes" (rol. 5515-2001), en el que llama la atención cómo, a efectos de presumir la culpa, la Corte usa consecutivamente el argumento del art. 1547 inc. 3º del CC, el de los hechos negativos, y el de la obligación de resultado.

Pero sin duda el pronunciamiento más importante hasta la fecha, en atención a la jerarquía del tribunal, es el caso "Cabullanca Avedaño y otros vs. Dr. Antolín Toloza"⁹. En éste, la Corte Suprema, dictando sentencia de reemplazo el día 4 de octubre de 2007, sostuvo

"que en el ejercicio de esta profesión como ocurre en general respecto de toda profesión liberal *lo que se exige no es el cumplimiento de una obligación de resultado*, esto es, el que el profesional médico deba necesariamente curar o sanar al paciente... sino que lo que se impone a éste es el cumplimiento de una obligación de medios, lo que equivale a decir que en su actuación ha de emplear los medios suficientes con el propósito encomendado, teniendo en consideración la realidad y exigencia del momento" (el destacado es nuestro).

II. LA COBERTURA DOGMÁTICA DE LA DISTINCIÓN EN EL ÁMBITO NACIONAL

1. La reinterpretación del artículo 1547 y el verdadero alcance del artículo 2158 del CC

En términos generales, un estudio dogmático implica apoyar la solución del problema jurídico que se nos plantea en el Derecho Positivo vigente. Implica en nuestro caso particular, que la solución que se proponga encuentre respaldo en el articulado del *Código Civil* o en lo que la doctrina y la tradición acuerdan que dice el *Código*. Desde esta perspectiva de análisis es que se encuentran "complicaciones" a la aplicación y uso de la distinción en comento, pues se entiende que el artículo 1547.3 del CC contiene una regla general que pone la carga de la prueba de la culpa en el deudor incumplidor, y la aceptación de las obligaciones de medios, terminaría por variar esa regla.

Por lo mismo, la solución "dogmáticamente permitida" dentro de nuestra comunidad jurídica, pasa por encontrar una regla que se aplique particularmente al caso controvertido (la responsabilidad del galeno), o por entender

⁹ Corte Suprema, 4 de octubre de 2007, rol. 3299-2007, Lexis Nexis, Nº 37455.

que el artículo 1547 inc. 3 del CC no tiene aplicación general. En lo que sigue argumentaremos a favor de una reinterpretación del artículo 1547 del CC, no obstante, antes nos haremos cargo de la solución que pretende salvar la aplicación de los efectos de la distinción aplicando las reglas del mandato.

1.1. Relativa utilidad de la solución que propone aplicar las normas del mandato

En los casos de responsabilidad por actos médicos, el solo pensar en una responsabilidad por culpa presunta como regla general, repudia al más elemental sentido de justicia y descubre dramáticamente la falta de fundamento que tiene la aplicación general de una regla como la contenida en el artículo 1547.3 del CC. Y es que si lo pensamos detenidamente, no hay razón que justifique una inversión de la carga de la prueba de la culpa para toda la gama de obligaciones que pueden surgir en el Derecho contemporáneo.

Como adelantamos, frente al problema descrito, la primera tentación que se nos puede presentar consiste en salvar el cuestionamiento que desde la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado se le dirige a la presunción general de culpa del artículo 1547.3 del CC, identificando una norma que rija en razón de especialidad a los profesionales, y que consigne para éstos los mismos efectos que la recepción de la distinción conseguiría para toda clase de actividades.

En este contexto, alguien podría sostener que en Chile no sería necesaria la recepción de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultados, puesto que es el mismo *Código* el que para el caso de las profesiones que "suponen largos estudios" pone la carga de la prueba en la persona del demandante paciente. El argumento se construiría de la siguiente manera: si el artículo 2118 del CC ordena que "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios... Se sujetan a las reglas del mandato", y el artículo 2158 no permite al mandante/paciente dispensarse de cumplir sus obligaciones "alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menor costo; salvo que le pruebe culpa", entonces, no es necesario aplicar la incómoda distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado, puesto que con la aplicación de las normas del mandato conseguiríamos el mismo efecto respecto de la carga de la prueba de la culpa.

A nuestro juicio, la solución descrita presenta debilidades argumentativas y sustantivas que no recomiendan su uso normativo generalizado respecto de la responsabilidad civil del facultativo. En primer lugar, porque el artículo analizado está regulando unas específicas hipótesis de cumplimiento, lenguaje que, como ya se ha hecho notar en el Derecho Comparado, no conviene con-

fundir con el de la responsabilidad civil¹⁰. En segundo lugar, porque aceptar de manera general, que la culpa del facultativo siempre debe ser probada por el paciente (no se presume) porque así lo dicta el art. 2158 del CC, llevaría finalmente a afirmar una regla general inversa a la del artículo 1547 del CC, y, en consecuencia, a negar la inversión de la carga de la prueba en casos en que ésta sí se justifica, es decir, en los casos en que nos encontremos ante el incumplimiento de una obligación médica de resultado.

Si examinamos detenidamente el texto de la norma¹¹, advertiremos que la misma está regulando el caso en que el mandante pretende excusarse de cumplir las obligaciones de reembolso de gastos que el artículo le impone y, que en ningún momento está dando una pauta general respecto del régimen de prueba de la culpa a efectos de imputar responsabilidad por incumplimiento al mandatario, como ya lo observó en su momento el decano Alessandri¹² al advertir respecto del último inciso del 2158 que

"...el mandante deberá probar la culpa del mandatario, no para hacer efectiva la responsabilidad de este por inexecución de sus obligaciones, sino para dispensarse él mismo de cumplir con las que, a su vez el mandato le impone a favor del mandatario".

El mencionado precepto no puede sino interpretarse de esta manera, pues para una exégesis más extensiva sería necesario soslayar su sintaxis, específicamente la frase que prohíbe al mandante dispensarse de cumplir ciertas obligaciones, lo que a todas luces más que una interpretación, resulta ser una tergiversación. A mayor abundamiento, la opinión de la doctrina más autorizada en la materia¹³, considera que la prueba de la culpa del mandatario está sujeta a las normas de Derecho Común y; que dependiendo de si nos

¹⁰ Por todos cfr. Mariano YZQUIERDO TOIZADA, "La responsabilidad civil médica sanitaria al comienzo de un nuevo siglo. Los dogmas creíbles y los increíbles de la jurisprudencia", en *Derecho Sanitario*, vol. 9, N° 1, Madrid, enero-junio, 2001, p. 40 y ss.

¹¹ Por lo que aquí nos interesa, la norma prescribe: "No podrá el mandante 'dispensarse' de cumplir 'estas' obligaciones... salvo que le pruebe culpa".

¹² ALESSANDRI (n. 4), pp. 42-43, n. 3.

¹³ Para STRECHUN (n. 3), p. 453, el artículo 2158 del CC "no se refiere a los casos en que el mandatario no ha ejecutado el encargo, lo ha ejecutado parcialmente, ha retardado su ejecución o lo ha ejecutado infringiendo las instrucciones del mandante. Por el contrario, parte del supuesto que el negocio se ha realizado totalmente, pues de otro modo no es posible que el mandante alegue 'que no ha tenido buen éxito' o 'que pudo desempeñarse a menos costo'. Si ya se discute el éxito obtenido o los gastos en que ha incurrido el mandatario, es porque el negocio se ha realizado; vale decir, el mandatario a dado cumplimiento a las obligaciones que determinadamente contrajo, de ejecutar el negocio en forma y tiempo convenientes y ajustándose a sus poderes".

encontramos ante una obligación de medios o de resultado (indeterminada o determinada en palabras de David Stutchkin) recaerá sobre el acreedor la carga de la prueba de la culpa, razonamiento que excluye una única regla general para todo tipo de obligaciones. El maestro de Concepción, tras anotar que basta que el mandante pruebe la existencia de la obligación incumplida para que se presuma o entienda que el incumplimiento es culpable, previene que es necesario hacer un distinguo de importancia a efectos de la prueba, en lo tocante a las causas que generan la responsabilidad del mandante.

Sostiene la doctrina citada:

"Cuando la responsabilidad proviene de la inexecución del negocio encomendado, bastará al mandante probar la existencia del contrato y el monto de los perjuicios que el incumplimiento le ha irrogado. Probada la existencia del contrato quedará acreditada la obligación que contrajo el mandatario de llevarlo a cabo y éste sólo podrá exonerarse de responsabilidad probando que lo ha ejecutado o que la inexecución se ha debido a caso fortuito o fuerza mayor. Lo mismo ocurre si se trata de incumplimiento parcial. Al mandante le bastará acreditar la ejecución parcial del negocio y los perjuicios que le ha irrogado la inexecución del resto. Con ello quedará establecida la responsabilidad del mandatario y su obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento"¹⁴.

"Del mismo modo, si el mandatario ha ejecutado el encargo violando las instrucciones del mandante, éste sólo deberá probar la existencia del mandato y de las instrucciones infringidas, las cuales pueden estar contenidas en el mismo título o en actos separados... O sea, en los casos anteriores solo cabe aplicar las reglas generales que rigen la prueba de las obligaciones y de su extinción, artículos 1698 y 1547"¹⁵.

"Pero junto a estas obligaciones determinadas en cuanto a su objeto -ejecutar el negocio, atenerse a las instrucciones que le ha dado el mandante, etc.- existe otra que podríamos calificar de indeterminada y que consiste en el deber general de diligencia y cuidado que pesa sobre todos los individuos que viven en sociedad y cuya infracción da origen a la responsabilidad extracontractual, con la diferencia que la primera va incorporada expresamente en el contrato de mandato y el segundo es ajeno a toda relación contractual"¹⁶.

"Del carácter 'indeterminado' que reviste la obligación del mandante de obrar con el cuidado de un buen padre de familia, resulta una

¹⁴ Stutchkin (n. 3), p. 451.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 452.

¹⁶ *Ibid.*

consecuencia de interés en lo tocante a la prueba. En efecto, pesa sobre el mandante la necesidad de probar que el mandatario ha infringido esa obligación y sólo una vez que se acredite surgirá la del mandante en orden a probar que ha empleado el cuidado suficiente o que ha ocurrido un caso fortuito o fuerza mayor que le exonere de responsabilidad"¹⁷.

Es dudoso que las normas del mandato sean hoy aplicables a los profesionales de la salud, pero aun admitiendo esta posibilidad, debe ser rechazada la interpretación dada al artículo 2158 del CC en tanto que sería la norma que prescribiría con carácter general (para todo tipo de obligaciones) que la prueba de la culpa necesaria para imputar responsabilidad recae sobre el mandante/paciente, haciendo innecesaria la recepción de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado.

1.2. Nuestra posición.

La solución que propone reinterpretar el artículo 1547 del CC y restringir su alcance respecto de la distribución de la carga de la prueba

En realidad, las dificultades de aplicación del artículo 1547 del CC son más bien aparentes y responden a una lectura fosilizada del *Código Civil*. A grandes rasgos, uno de los argumentos que utiliza la doctrina, que niega la aplicación de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado es, que como el *Código Civil* no establece diferencias, su artículo 1547 contiene una regla que determina que la carga de la prueba correspondería al deudor/médico, cualquiera que sea la naturaleza de la obligación de que se trate.

En nuestra opinión, la distinción no encontraría ninguna dificultad en cuanto entendemos que el artículo 1547 del CC no contiene una regla de aplicación general, sino que se aplicaría exclusivamente al género de las obligaciones de resultado, sobre todo a aquella obligación de entrega y conservación de la cosa que se debe. La anterior afirmación la basamos en los siguientes argumentos:

A. De la frase "la prueba de la diligencia incumbe a quien a debido emplearla" no se sigue lógicamente que en todos los casos se responda por culpa presunta

En nuestro medio es frecuente recurrir o hacer referencia a la "generalidad de los términos" en que una norma está redactada, cuando se intenta dar aplicación general o extensiva a la misma. No obstante lo anterior, y aun

¹⁷ Stutchkin (n. 3), p. 452.

reconociendo que el mencionado recurso retórico ha funcionado en muchos casos como una eficiente herramienta integradora del Derecho, no se puede ignorar la falsedad de la premisa en la cual se sustenta y su falta de implicación o de atingencia. Y es que de una redacción en términos abstractos no se sigue (*non sequitur*) una aplicación extensiva del precepto, pues, salvo contadas excepciones, todas las normas poseen en mayor o menor medida un alto grado de generalidad, sin que podamos derivar que todas tienen aplicación general. Sobre la base de la misma lógica, más difícil resulta aceptar que esas mismas normas, en función de su redacción abstracta, representan principios generales como la pretendida presunción de culpa que para todo tipo de contratos y de obligaciones contendría el artículo 1547 del CC.

Si un argumento no es sólido, lo cual significa, o bien que no es válido, o bien que no todas sus premisas son verdaderas, entonces no sirve para establecer la verdad de la conclusión¹⁸. Como es falso que la sola generalidad de la redacción sea pábulo para destinar a la norma una aplicación generalizada, no cabe sino concluir que dicho razonamiento no proporciona la solidez suficiente¹⁹ para erigir una norma como principio general.

Pasando por alto que el artículo 1547 del CC parece estar refiriéndose únicamente a la culpa en contratos que contienen obligaciones determinadas de dar, queremos insistir en que se nos hace difícil imaginar que una sola regla pueda ordenar con justicia la gran variedad de contratos y obligaciones que se nos presentan en el Derecho contemporáneo. Si dejamos un poco de lado el prejuicio racionalista que Luis Recaséns Siches²⁰ caracterizaba como el *fetichismo de lo general*, no nos sería difícil imaginar que la culpa contractual pueda —en un ordenamiento jurídico como el nuestro—, ser presumida en ciertos casos; que haya que probarla en otros y; que en otros tantos, ni se presume ni haya que probarla, puesto que aparecerán supuestos de responsabilidad contractual puramente objetiva²¹.

¹⁸ Irving COPI y Carl COHEN, *Introducción a la lógica*, México D.F., Ed. Limusa, 1997, pp. 75-80. Los autores explican que en un argumento la única forma de garantizar la verdad de una conclusión es estableciendo la validez del razonamiento y la verdad de sus premisas. En el mismo sentido, Juan RIVANO, *Lógica elemental*, Santiago, Editorial Universitaria, 2004, p. 132.

¹⁹ Algunos autores denominan como *proton pseudos* al error argumental que se comete cuando entre las premisas de un razonamiento al menos una de ellas no es verdadera, y se pretende pasar la conclusión por cierta. En este sentido: Ulrich KUG, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1998, p. 359.

²⁰ LUIS RECASÉNS SICHES, *Antología 1922-1974*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1976, p. 205.

²¹ En sentido similar dice JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *Sobre la prueba de la culpa médica*, Bogotá, Ed. Diké, 2003, p. 55: "no nos interesa justificar o negar la distinción, pero una cosa es cierta: cualquiera sea la posición que se adopte, en todos los ordenamientos jurídicos del mundo, la

B. El art. 1547 inc. 3º del CC solamente le es aplicable a las obligaciones de resultado

El artículo 1547 del CC está pensado principalmente

- a) para las obligaciones de dar y no para las obligaciones indeterminadas de hacer, como lo demuestra su fraseo,
- b) su ubicación geográfica en el articulado del Código y
- c) la comparación con la fuente tanto doctrinaria (Robert Pothier) como legislativa (Code) que nuestro codificador indudablemente utilizó como modelo en esta materia.

a. Respetto del fraseo

Basta con leerlo para que el intérprete pueda cotejar que el legislador al momento de redactar la norma, cuando menos, tenía como modelo una obligación de dar. En efecto, al prescribir el mencionado artículo en su inciso 2º,

"El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor)... (lo destacado es nuestro),

resulta muy difícil sujetar una interpretación tendente a una aplicación generalizada, pues el texto entre paréntesis ejemplifica precisamente con la cosa debida, y ya se sabe como para Andrés Bello "los ejemplos ponen a la vista el verdadero espíritu y sentido de la ley en sus aplicaciones"²².

Desde otra perspectiva, la tesis descrita adquiere mayor claridad si hacemos el ejercicio de cotejar su actual texto con su ascendente normativo. Y es que el texto completo del art. 4 del título XI del Proyecto de Código Civil presentado por Andrés Bello en 1842²³ únicamente decía:

"La obligación de conservar la cosa existe siempre que se emplee en su custodia el cuidado de un buen padre de familia; pero esta obligación es más o menos estricta según la naturaleza del contrato. El deudor nunca es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo

responsabilidad civil se funda en algunos casos en la culpa probada, mientras que en otros, dicha prueba no se exige, acudiéndose unas veces a la noción de culpa presunta; otras, a la de responsabilidad presunta; y otras, a la responsabilidad objetiva".

²² Cfr. Anteproyecto párrafo del mensaje del *Código Civil* chileno.

²³ ANDRÉS BELLO, *Obras completas*, Santiago, Editorial Universidad de Chile, 1932, tomo III: Proyecto de Código Civil, tomo I, p. 177. La redacción definitiva del actual artículo 1547 del CC no apareció hasta el Proyecto de 1847.

el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado la cosa, si hubiese sido entregada al acreedor), o que se haya obligado a ello expresamente, o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa" (lo destacado es nuestro).

Si se observa cuidadosamente, el artículo recién transcrito ya contenía todas las partes estructurales del actual artículo. Así, la frase "esta obligación es más estricta según la naturaleza del contrato", no es más que una fórmula resumida de la tripartición de las culpas²⁴. Pero el punto que intentamos resaltar, es que en el contexto descrito, el agregado "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearlo..." parece tan solo advertir, a quién le corresponde la carga de la prueba de la excusa liberatoria (casus) que el propio artículo contemplaba para la obligación de conservación de la cosa.

b. Respecto de su ubicación geográfica en el articulado del Código

Si se lee con atención el título XII del libro IV, tras los dos primeros artículos que claramente tienen pretensión de aplicación general (arts. 1545 y 1546), es notorio que el legislador ubica el 1547 entre los que reglamentan las obligaciones de dar y bastante alejado de aquellos que regulan las obligaciones de hacer y de no hacer. Así, haciendo abstracción del art. 1547, el artículo 1548 inicia afirmando: "La obligación de dar contiene..."; el art. 1549 reza: "La obligación de conservar la cosa..."; el art. 1550, a su vez, reitera: "El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba, es siempre a cargo del acreedor..."; y no es hasta el art. 1553 cuando el codificador empieza a reglamentar las obligaciones de hacer al prescribir, "Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora..."; siguiendo en el art. 1554 con la regulación de otra típica obligación de hacer (la proveniente del contrato de promesa) y finalizando la tipología en el art. 1555 al referir que "toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios..."

c. Respecto de las fuentes legislativas y doctrinarias que Andrés Bello tuvo a su alcance

Son tremendamente reveladoras en apoyo de nuestra tesis la redacción del *Código* y los escritos de Robert Pothier en relación con la tripartición de las culpas.

²⁴ De hecho, es la fórmula que utiliza Robert Joseph Pothier, *Tratado de las obligaciones* (según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M.C. de la Cuevas), Buenos Aires, Ed. Heliastrea, 1993 p. 83, justo antes de referir que en el *Digato* 5.2. aparece la regla de la tripartición y, también justo antes de afirmar, que la misma "recibe, sin embargo, numerosas excepciones..."

La comparación con la sistemática del *Código Civil* francés, arroja mucha luz sobre nuestro asunto, pues como se verá, nuestro codificador, habiendo seguido prácticamente al pie de la letra la redacción del *Código*, se permitió dos variaciones que se ubicarán en la raíz de nuestro problema: por un lado, introdujo el artículo 1547 y, por otro, suprimió las rúbricas en las que el codificador francés dejaba en claro a que tipo de obligaciones se estaba refiriendo.

Código civil chileno DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

Código Civil francés²⁵ DEL EFECTO DE LAS OBLIGACIONES

Sección I Disposiciones generales

Art. 1545. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

Artículo 1134. Los acuerdos legalmente formados tendrán fuerza legal entre quienes los hayan efectuado.

Art. 1546. 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.

Artículo 1135. Los acuerdos obligarán no sólo a lo expresado en ellos, sino también a todas las consecuencias que la equidad, la costumbre o la ley atribuyan a la obligación según su naturaleza.

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

Sección II De la obligación de dar

Artículo 1136. La obligación de dar comportará la de entregar la cosa y la de conservarla hasta la entrega, bajo pena de in-

La traducción del texto francés puede verse en <http://www.legifrance.gouv.fr>. La traducción fue hecha por la Dra. Michèle Mestrot, profesora de la Universidad de Pau y de los Países de l'Adour; el profesor Dr. José Javier Hualde Sanchez, catedrático de la Universidad del País Vasco (San Sebastián-Capuzkoa); el profesor Dr. Christian Larroumet, catedrático de la Universidad de París II y el profesor Dr. Jean-Jacques Lemouland, catedrático de la Universidad de Pau y de los Países de l'Adour.

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

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

Art. 1548. La obligación de dar contiene la de entregar la cosa, y si ésta es una especie o cuerpo cierto, contiene además

la de conservarlo hasta la entrega, so pena de pagar los perjuicios al acreedor que no el acreedor.

Art. 1549. La obligación de conservar la cosa exige que se emplee en su custodia el debido cuidado.

Art. 1550. El riesgo del cuerpo cierto cuya entrega se deba es siempre a cargo del acreedor, salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla, o que se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas por obligaciones distintas; en cualquiera de estos casos, será a cargo del deudor el riesgo de la cosa, hasta su entrega.

Art. 1551. El deudor está en mora. 1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora;

2. Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;

3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

Art. 1552. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Art. 1553. Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

1ª Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido;

2ª Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor;

3ª Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato.

Art. 1554. La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes:

1ª Que la promesa conste por escrito;

2ª Que el contrato prometido no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces;

3ª Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato;

4ª Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Art. 1555. Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Fudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a presarlo.

El acreedor quedará de todos modos indemne.

Artículo 1140. Los efectos de la obligación de dar o de entregar un inmueble están regulados en el título "De la venta" y en el título "De los privilegios e hipotecas".

Artículo 1141. Si la cosa que alguien se hubiera obligado a dar o a entregar a dos personas sucesivamente, fuera puramente mobiliaria, aquella de las dos que hubiera sido puesta en posesión real será preferida y quedará como propietaria de la cosa, a las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente.

Art. 1555. Toda obligación de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene y no puede deshacerse lo hecho.

Fudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor.

Si dicho objeto puede obtenerse cumplidamente por otros medios, en este caso será oído el deudor que se allane a presarlo.

El acreedor quedará de todos modos indemne.

Artículo 1144. El acreedor podrá también, en caso de incumplimiento, ser autorizado a hacer cumplir él mismo la obligación a cargo del deudor. Éste podrá ser condenado a adelantar las sumas necesarias para dicho cumplimiento.

Artículo 1145. Si la obligación fuera de no hacer, aquel que la incumpliera deberá

Sección III

De la obligación de hacer o de no hacer

Artículo 1142. Toda obligación de hacer o de no hacer será resuelta con indemnización por daños y perjuicios, en caso de incumplimiento por parte del deudor.

Artículo 1143. No obstante, el acreedor tendrá derecho a pedir que aquello que hubiera sido hecho incumpliendo el compromiso, sea destruido; y podrá hacerse autorizar para destruirlo a cargo del deudor, sin perjuicio de reclamarle por daños y perjuicios si hubiera lugar.

Artículo 1144. El acreedor podrá también, en caso de incumplimiento, ser autorizado a hacer cumplir él mismo la obligación a cargo del deudor. Éste podrá ser condenado a adelantar las sumas necesarias para dicho cumplimiento.

Artículo 1145. Si la obligación fuera de no hacer, aquel que la incumpliera deberá

pagar daños y perjuicios por el solo hecho del incumplimiento.

Artículo 1147. El deudor será condenado, si hubiera lugar, al pago de daños y perjuicios, bien en razón del incumplimiento de la obligación, o bien en razón del retraso en el cumplimiento, siempre que no justifique que el incumplimiento proviniera de una causa extraña a él y que no le pueda ser imputada, sin que hubiera habido mala fe por su parte²⁷.

Con respecto a la fuente doctrinaria, basta una mirada al celebre texto de Robert Pothier, del que Andrés Bello tomó, con seguridad, al menos el inciso 1º del artículo 1547 para corroborar que el autor francés no daba aplicación general a la regla que contenía la tripartición de las culpas, refinándola únicamente a las obligaciones de dar y, que aun dentro de estas obligaciones, el insigne jurista reconocía numerosas excepciones a la aplicación de la regla²⁸.

En palabras del propio Robert Pothier y bajo la rúbrica "De la obligación de dar",

"cuando es un cierto cuerpo lo que hace el objeto de la obligación, la obligación tiene todavía ese efecto respecto al deudor, que le obliga a tener un cuidado conveniente para la conservación de la cosa...".

y respecto del grado de cuidado que se debe tener en relación con la conservación de la cosa y, previo a citar el precepto romano que también regula la conservación de la cosa afirma:

"El cuidado que se debe poner a esta conservación es diferente, según la diferente naturaleza de los contratos o cuasicontratos de donde descende la obligación"²⁹.

Como se puede observar, la fuente doctrinaria no se refiere a una presunción general al regular la materia que recoge nuestro artículo 1547 (tripartición de culpas), ya que sólo se refería a obligaciones de dar cuerpo cierto. Por lo mismo, el artículo 1547 y cualquier generalización que de él mismo se pre-

²⁷ Algunos autores suelen ver en este artículo la base legal para alojar las obligaciones de resultado en el Código Civil Francés.

²⁸ POTHIER (n. 24), p. 83 y ss.

²⁹ *Ibid.*

tenda, tendría como límite de aplicación los territorios de las obligaciones de dar un cuerpo cierto, y aun dentro de éstas, reconocía el propio Robert Pothier, la regla recíproca, "...numerosas excepciones..."³⁰

Respecto de la presunción de culpa a la que -dicho sea de paso- no se refirió el autor galo, parece claro que la disposición contenida en el artículo 1547 inciso 3º, en estricta teoría, lejos de ser una regla general para todo incumplimiento contractual, no podría regular más que la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de dar, y por lo tanto, no sería más que una reiteración de la regla contenida en el art. 1671 del CC que, respecto de la pérdida de la cosa que se debe, presume la culpa del deudor.

Difícilmente se puede atribuir a un mero descuido la generalización que del régimen de las obligaciones de dar hizo Andrés Bello, pues, bien vistas las cosas, perfectamente se pudo tratar de una decisión reposada. En su época, y mucho tiempo después de ella -como reconoce Luis Claro Solar- ese tipo de obligaciones ha sido en nuestro entorno³¹ la más común de las obligaciones utilizadas por los privados para proveer los bienes necesarios para conseguir sus fines vitales³². Desde el punto de vista técnico, Andrés Bello sólo tuvo que hacer uso de la operación denominada por Alejandro Guzmán Brito de *ampliación de*

³⁰ POTHIER (n. 24), p. 83 y ss.

³¹ Son reveladoras las palabras de Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, tomo undécimo: De las obligaciones, II, p. 499 y ss. cuando afirma: "el Código francés se refiere a la prestación de la culpa solamente al tratar de la obligación de velar por la conservación de la cosa en las obligaciones de dar. Ha influido seguramente en ese procedimiento de sus redactores el ejemplo de Pothier que se refiere también a la prestación de la culpa en los efectos de esta clase de obligaciones. Sin duda en ellas tiene más importancia y aplicación la teoría de la culpa; pero esto no significa que no deba presentarse en las obligaciones de hacer o no hacer, como lo advierten los comentaristas de ese Código generalizando las reglas referentes a esta responsabilidad de los contratantes. Por lo demás Pothier, al referirse a esta prestación de la culpa en las obligaciones de dar, establece las reglas a que en general se haya sujeta; y como se trata de una prestación que tienen lugar en toda clase de contratos y por lo mismo de obligaciones, nuestro Código ha hecho bien en consignarlas como efecto de los contratos en una disposición especial que los comprende a todos".

³² En este sentido Álvaro VIDAL OLIVARES, "El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento", en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Santiago, Lexis Nexis, 2007, p. 495 y ss.; del mismo autor, "La prestación de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil", en Hernán CORRAL y María Sara RODRÍGUEZ (coord.), *Estudios de Derecho civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Obus, 2006*, Santiago, Lexis Nexis, 2006, p. 517 y ss.; Daniel PENABAZO AREVALO, *Las obligaciones. Teoría general y clasificación. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 40-41.; Carlos PIZARRO WILSON, "Hacia un sistema de remedios al incumplimiento contractual", en Alejandro GUZMÁN BRITO (ed.), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007*, Santiago, Legal Publishing, 2007, pp. 397-398.

normas³³. Mas lo que ahora nos interesa no es la técnica, sino el hecho de que los motivos que pudo haber tenido el codificador no se encuentran acorde con la realidad social de hoy y, por lo mismo, el criterio histórico e interpretación debe ser postergado.

Es dudoso que en la actualidad las obligaciones de dar hayan perdido su importancia tanto en número como en utilidad, sin embargo, es un hecho que en la medida en que ha aumentado la tercerización de la economía, también lo ha hecho el número de obligaciones de hacer en el tráfico jurídico. Sobre este proceso piénsese cómo en un rubro tan importante como las ventas inmobiliarias, la clásica obligación de dar, que encerraba la compraventa, se ha venido transformando, en la práctica, en obligaciones de hacer a través del contrato de promesa; o en materia de contrataciones (incluidos aquí los contratos cuyo objetivo esté constituido por servicios); o piénsese todo el campo obligacional generado por relaciones en las que (sin ser las profesiones liberales), el papel profesional articulado a través de un contrato de mandato cobra una gran relevancia como, por ejemplo, en la gestión que los bancos hacen de los créditos de sus clientes.

Sin duda, el cambio de actitud de "los consumidores" hacia los profesionales liberales ha puesto en evidencia el florecimiento de la categoría de las obligaciones de medios; y sin llegar a los extremos de afirmar que se trata de la categoría de obligaciones más importantes en el tráfico actual, si podemos hacer notar, que su aparición demanda una solución diferente a la concebida para las obligaciones de dar. En este contexto, hemos expuesto los argumentos necesarios para variar la interpretación tradicional del artículo 1547 del CC, y sustraer de su ámbito de aplicación si no a todas las obligaciones de hacer, por lo menos a aquellas que podamos calificar como indeterminadas. En otras palabras, no puede haber una presunción de culpa cuando nos encontremos ante una típica obligación de medios.

2. Efectos sistemáticos de la recepción de la distinción

Tanto en la doctrina nacional como en la foránea, los autores que abordan la distinción en cuestión, generalmente parten por hacer notar que la utilidad de la misma tiene que ver más con la verificación del incumplimiento que con la inversión de las cargas de la prueba. Otros, de manera más sofisticada afirman:

³³ Se trata de extender a un mayor número de casos los efectos de una regla dada para un caso particular. Sobre este y otros temas técnicos de la codificación puede en extenso Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago, Ed. Universidad de Chile, 1982.

"las obligaciones de medios suponen preguntas en materia probatoria que son distintas a las que nacen de los negocios de intercambio de cosas; pero la particularidad en este terreno proviene de diferencias en el contenido normativo de la obligación contractual y, solo consecuentemente en la pregunta por su incumplimiento. Desde esta perspectiva, la interpretación del contrato supone preguntarse por la distribución de riesgos si no se obtiene el beneficio que el acreedor esperaba obtener mediante el contrato"³⁴.

Sin negar la importancia de las anotaciones, nos parece que lo reiterado de las advertencias no hace más que reafirmar el hecho de que la distinción —si se prefiere, como un efecto indirecto del contenido de la obligación— produce los mayores desacuerdos en lo que se relaciona con la determinación de la carga de la prueba de la culpa³⁵. Así, cuando menos en Francia, hasta 1928 la práctica totalidad de la doctrina admitía que la gran diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual era que la culpa se presumía en la primera y, que además, esa presunción no se podía romper salvo probando causa extraña³⁶ y es a partir de la obra de René Demogue, que un sector de la doctrina, empezó progresivamente a admitir que la diferencia en el trato probatorio no dependía del estatuto de responsabilidad que se hubiese invocado, sino de la naturaleza de la obligación incumplida³⁷.

³⁴ Enrique BARROS BOURIB, "El contrato y el hecho que causa daño como antecedente de la responsabilidad", en Carlos PIZARRO (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué*, 2008, Santiago, Ed. Legal Publishing, 2009, pp. 310-311.

³⁵ Tan sólo a modo ejemplar, dentro la basísima literatura pueden consultarse Valeria DE LORENZO, "Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato", in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. XI, Turín, Utet, 1995, p. 398 o Juan VALLEJO, "Las cargas probatorias dinámicas, aproximaciones conceptuales. Especial referencia a la culpa médica", en Jorge PEYRANO (dir.), *Las cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 467 y ss.

³⁶ Patrice JOURDAIN et Geneviève VINEX, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité* (sus la direction de Jacques Ghestin), 2^a ed., Paris, Ed., LGD, 1998, p. 442.

³⁷ Sin pretender discutir el origen alemán o incluso romano de la distinción, creemos que no caben dudas de que fue el autor galo quien popularizó y destacó la importancia que tiene diferenciar las obligaciones de medio y de resultado para configurar la responsabilidad contractual y solucionar el problema de la carga de la prueba de la culpa. Sobre el origen histórico de la distinción puede revisarse en lengua castellana de entre la abundante bibliografía, Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ, *Obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, Ed. Bosch, 1993, p. 13 y ss. La carga de la prueba de la culpa (en las obligaciones de medio) recae sobre el paciente/acreedor, entre otros países, en Francia, Austria, España. En el ordenamiento italiano según refiere el autor, las obligaciones de medios no son excepción al aparato ordinario de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual, por lo que el acreedor debe probar el incumplimiento material para que el deudor tenga que aportar la prueba liberatoria, es decir, que el incumplimiento se debió a una causa que no le es imputable.

³⁸ Sobre este punto puede consultarse en extenso PIZARRO WILSON (n. 5), p. 130 y ss.

Las clasificaciones y subclasificaciones teóricas tienen mayor valor en la medida en que mejor expliquen o justifiquen el fenómeno jurídico que describen. Desde el punto de vista técnico son reconducidas a un criterio ordenador sobre la base del cual se explican sus particularidades, de allí que el valor de recibir una distinción teórica producida en otro contexto normativo radica en recibirla con los efectos que la misma produce en el mentado contexto. Es la solución la que interesa y no la forma. En el moderno planteamiento de la clasificación obligaciones de medios/obligaciones de resultado, el criterio ordenador es precisamente la distribución de la carga probatoria, así, en caso de encontrarnos ante una obligación de resultado incumplida, la culpa se presume; y en caso de encontrarnos ante una obligación de medios, la culpa no podrá presumirse y deberá ser soportada por el acreedor.

Un poco más adelante daremos las razones que justifican el diferente trato, por ahora sólo nos apura llamar la atención sobre el hecho de que es con diversidad de efectos que interesa discutir sobre la admisibilidad de la distinción.

3. El efecto de la distinción respecto del régimen probatorio

En el ámbito nacional, a pesar de cierta vacilación de la jurisprudencia médica, por regla general la carga de la prueba de la culpa pesa sobre el paciente/acreedor (demandante), pues algunos tribunales, al catalogar la obligación del médico como una obligación de medios, han entendido inaplicable el 1547 del CC³⁹, igualando de esta manera la regla contractual, la regla extracontractual y la regla que se sigue en los casos en que es demandada la responsabilidad del Estado por la falta de servicio⁴⁰. Por vía excepcional, cuando la obligación médica es considerada una obligación de resultado, la culpa se presume

³⁹ La comprobación de la afirmación se encuentra en Hugo A. CÁRDENAS VILLARREAL, "La recepción jurisprudencial de la *summa divisio* obligaciones de medios/obligaciones de resultado en la jurisprudencia nacional, y otros factores unificadores de la responsabilidad civil médica", en Carlos PIZABRO WILSON (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olmué, 2008*, Santiago, Ed. Legal Publishing, 2009.

⁴⁰ En los casos en que se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado, las cortes no reproducen la discusión en torno a la calificación de la acción que se ocasiona cuando el daño se produce entre particulares, y en la inmensa mayoría de las sentencias la carga de la prueba la tiene quien demanda. Por vía de ejemplo, en el caso "Oscar Concha Sánchez y Rosa Vea Vera con Servicio de Salud de Concepción", la Corte de Apelaciones de Concepción en sentencia de 1 de junio de 2006, rol N° 528-2006 (citando como precedentes las sentencias de Corte Suprema, de 18 de enero de 2006, *Semana Jurídica*, N° 276, Santiago, p. 58 y sentencia de, 14 de enero 2005, *Semana Jurídica* N° 238, Santiago, p. 8) es categórica al señalar que tanto la prueba de la falta de servicio como la del vínculo de causalidad entre ésta y el daño, debe ser probada por quien lo invoca, esto es por el demandante". Cfr. Conc. 1° del fallo citado.

"fuertemente" y la argumentación es apoyada en el expediente de los hechos negativos (que veremos más adelante), y en la regla contenida en el artículo 1547 inc. 3°, cuya aplicación -en estos supuestos- no deviene preterida⁴¹.

Como ya pusimos de manifiesto al introducir este trabajo, para algunos autores la distinción sería "inaceptable en nuestra legislación"⁴², pues tratándose de obligaciones contractuales la prueba de la diligencia o cuidado incumbe siempre al deudor, porque es quien ha debido emplearla, y la ley no ha hecho distinciones acerca de la naturaleza de la obligación. Otros, más recientemente, han pretendido una revisión de la clasificación interpretando la norma del 1547 del CC de manera sistemática con el artículo 1698 CC, norma que realmente contiene el principio rector de la carga de la prueba en nuestro ordenamiento, sin embargo, hay interpretaciones en todos los sentidos y para todos los gustos.

Si para la abrumadora mayoría de la doctrina, con fundamento en el artículo 1698 del CC, al acreedor/paciente le basta con probar "la existencia del contrato y alegar su incumplimiento", para que el deudor médico tenga que probar que extinguió⁴³ o responder; también se pueden encontrar algunas opiniones que sostienen, a través de distintas fórmulas argumentativas, que no basta al acreedor con probar la existencia del contrato, sino que tendrá que probar su incumplimiento⁴⁴.

Las posturas de unos y otros pueden verse plasmadas con diferentes matices en la jurisprudencia de la Corte Suprema. Así, por poner un ejemplo, en sentencia de 29 de septiembre 1998⁴⁵ -conociendo de un recurso de casación en el caso de una niña que muere a causa de un TEC en el hospital de la Universidad Católica- la Corte afirmó que tratándose de la responsabilidad extracontractual "el peso de la prueba recae sobre la víctima..." y, que en casos de responsabilidad contractual

⁴¹ En este sentido puede verse cómo resolvió la Corte de Santiago el caso "Pedreros Rebollo con Pinto Reyes" mediante sentencia de 22 de septiembre de 2006, rol. 5515-2001. Contra la sentencia de la Corte de Apelaciones se dedujo recurso de casación en el fondo que fue rechazado por sentencia de la Corte Suprema de 7 de abril de 2008, rol. 6113-2006.

⁴² ALESSANDRI (n. 4), p. 58, n. 4.

⁴³ Por todos véase ABELIUK (n. 4), pp. 795-796.

⁴⁴ En este grupo se ubican VIDAL (n. 5), p. 166 y GARCÍA (n. 5), p. 114. Cfr. también CLARO SOLAR (n. 31), p. 523 y ss., especialmente el párrafo 3° de la página 525 donde refiere que: "al acreedor que, en virtud del contrato, reclama los perjuicios de la inexecución de la obligación del deudor, le basta probar la existencia del contrato y el hecho de la no ejecución de éste por parte del deudor..." (lo destacado es nuestro). No obstante lo transcrito, en otros pasajes el autor advierte que quien alega el hecho extintivo debe probarlo en aplicación del artículo 1698 del CC.

⁴⁵ Cfr. *RDJ*, tomo 95, Santiago, sec 1ª, p. 157 y ss. El fallo se encuentra extractado también en Adrián SCHOFF OLEA y William GARCÍA MACHMAR, *La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia*, Santiago, Ed. Lexis Nexis, 2007, p. 9.

"el contratante diligente debe probar el incumplimiento de su contraparte, correspondiendo a esta última probar que fue diligente y cuidadoso o que no pudo cumplir por caso fortuito o fuerza mayor".

En sentido diverso, la misma Corte, en fallo de 30 de marzo de 2009⁴⁶ afirmó, que en cuanto se trata de un

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

A pesar de las vacilaciones jurisprudenciales y las opciones ideológicas del intérprete, el texto del artículo 1698 del CC es una "evidencia" contundente de que, entre los diferentes modelos de distribución de la carga de la prueba que existían al momento de la regulación decimonónica, el codificador chileno⁴⁷ optó, a efectos de distribuir las cargas probatorias, por el modelo que recurre a la naturaleza de los hechos litigiosos para localizar los efectos perniciosos de la falta de prueba. Como se sabe, esta teorización no sustenta la carga probatoria sobre la situación procesal de las partes, ni en la forma en que se presentan los hechos (positivos y negativos), sino en la clasificación de éstos en constitutivos, impeditivos, invalidativos y extintivos. En los primeros, la carga de la prueba recaerá sobre el actor; y en todos los demás, sobre el deudor⁴⁸.

⁴⁶ Corte Suprema, 30 de marzo de 2009, rol 6779-07. En el mismo fallo, el voto disidente del ministro Sergio Muñoz introduce una variación al afirmar: "en el contexto de la responsabilidad contractual correspondería al paciente afectado probar el daño, del cual se presume el incumplimiento" (lo destacado es nuestro).

⁴⁷ También optó por este modelo la legislación francesa (art. 1315 del *Code*), italiana (art. 1312 del *Código*) y española (art. 217 de la LEC).

⁴⁸ Cfr. Giuseppe CHOVENA, *Instituciones de derecho procesal civil*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1954, tomo III, Nº 45, pp. 101-102.

Así las cosas, se devela el dramático problema de la recepción de la distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultados. Quien pretenda aceptarla, deberá hacerlo con los efectos que le son propios. La admisión de las obligaciones de medios deberá conciliar en su explicación, que la carga de la prueba no se desplace al médico/deudor con la norma contenida en el artículo 1547 del CC y, con el papel que se le asigne al artículo 1698 del mismo cuerpo legal.

Por cierto que la solución al problema propuesto necesita de una técnica de interpretación y argumentación del Derecho que vayan un poco más allá de la exégesis tradicional, donde con anterioridad habrá que tomar posturas sobre cuestiones tan serias como la que se relaciona con el papel de los jueces en la creación del Derecho. No obstante lo hasta aquí dicho, y ya sea que se participe de una solución o de otra, lo cierto es que la recepción de la distinción es hoy un hecho en el Derecho Comparado,⁴⁹ como en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema⁵⁰, por lo que no se puede soslayar su tratamiento.

3.1. La tesis según la cual tanto en las obligaciones de medios como en las obligaciones de resultado, probado el contrato, es el médico deudor quien soporta la carga de la prueba

En la actualidad, respecto de la responsabilidad contractual de los profesionales existe una tendencia que defiende poner la carga de la prueba en el facultativo, pues, debido a la disparidad de la información, y a las especiales circunstancias en que se desarrolla la prestación del servicio (normalmente en el tratamiento está sólo el paciente con el equipo médico) al paciente/acreedor del servicio profesional víctima de un daño, la prueba de la culpa del facultativo/demandado le resulta *diabólica*⁵¹. De allí que los defensores de esta corriente en el Derecho Comparado (aun careciendo de un artículo como nuestro 1547 del CC), aboguen por formas que pongan la carga de la prueba en la cabeza del profesional, consagrando el principio *favor victimae*⁵².

En nuestro medio, el profesor Peñailillo⁵³ ha expresado que los problemas probatorios que genera la distinción deben ser resueltos tomando en cuenta -además

⁴⁹ La distinción incluso fue recogida en los Principios UNIDROIT adoptados en 1994.

⁵⁰ Paradigmática en este sentido es una sentencia emitida por la Corte el 10 de diciembre de 2008 (rol 1771-07), donde se invoca la distinción precisamente para retener la carga de la prueba en la cabeza del acreedor al calificar la obligación como una obligación de medios.

⁵¹ La afirmación es desmentida por el creciente incremento de las condenas en contra de los facultativos, y por el hecho de que los médicos y los centros asistenciales son cada vez más gravados con obligaciones de resultado.

⁵² María AGUILA, Juan BORAGINA, Jorge MEZA, *Responsabilidad por incumplimiento contractual*, Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 1993, p. 204 y ss.

⁵³ PEÑAILILLO AREVALO (n. 32), p. 228 y ss.

del artículo 1547 del CC-, la norma que gobierna la prueba de las obligaciones (art. 1698 y ss.). Empero, sea que se trate de una obligación de medios o de una obligación de resultado "es el deudor quién tiene el peso de la prueba".

Así, "en conformidad al artículo 1698 la existencia de la obligación debe ser probada por quién la alega y, lo mismo ocurre respecto al incumplimiento: la carga de la prueba está en quién lo reclama".

Se adiciona que en el Derecho nacional se viene considerando al cumplimiento (ejecución de la prestación o pago) como una causal de extinción de la obligación, con lo cual, técnicamente, la prueba del incumplimiento cae en la segunda parte de la regla probatoria del artículo 1698 del CC, el cumplimiento (extinción) de la obligación debe ser probado por el que lo alega. De lo anterior se sigue -según la misma doctrina-, que

"en la obligación de medios si el acreedor alega que el deudor fue negligente (que incumplió) y el deudor alega que fue diligente (que cumplió), es el deudor el que debe probar que fue diligente, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de comportarse diligentemente (sin importar que un resultado esperado no se haya producido)".⁵⁴

"En la obligación de resultado, si el acreedor alega que el resultado no se produjo (que el deudor incumplió) y el deudor alega que el resultado se produjo (que cumplió), es el deudor el que debe probar que el resultado se produjo, en los términos en los que se convino, porque está alegando que extinguió (por cumplimiento) su obligación de obtener el resultado".⁵⁵

Apoyando la misma línea argumentativa y suponiendo la inseparabilidad entre el incumplimiento y la culpa en las obligaciones de medios, recientemente el profesor Pizarro⁵⁶ ha insistido en la idea de que

"es una certidumbre que el artículo 1547.3 CCCH. contempla una presunción de culpa, en el entendido que corresponde al deudor probar la diligencia para exonerarse de responsabilidad...".

⁵⁴ PENALILLO ÁREVALO (n. 32), p. 228 y ss.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Carlos PIZARRO WILSON, "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medios o de diligencia", en *Revista de Derecho*, vol. XXI, Valparaíso, 2º semestre de 2008, pp. 255-265.

Agrega además:

"en materia de responsabilidad contractual, el incumplimiento constituye culpa, siendo imposible disociar ambos elementos en atención a la noción de incumplimiento de aquellas obligaciones que involucran exigencia de diligencia para la satisfacción del acreedor. Entenderlo de otra manera, infringe el artículo 1547.3 del CCCH".

Tratándose de una obligación de resultado,

"...la culpa carece de función, siendo solo relevante si la obligación fue satisfecha o no, excluyéndose un análisis del comportamiento del deudor destinado a lograr la satisfacción de la pretensión. En otros términos, al calificar la obligación contractual como de resultado se instaura una genuina responsabilidad objetiva en sede contractual".

Aun así, es el propio autor quien ve problemas en darle base legal a esta interpretación, desde que "la regla del artículo 1547 del CCCH. que al instaurar la teoría de la prestación de culpa erige a ésta como un elemento de la indemnización de perjuicios".⁵⁷

Pese a lo sugestivo del planteamiento, no compartimos la solución propuesta. Y ello, porque aun pasando por alto que se aleja de la solución que la jurisprudencia ha venido construyendo (cuando menos en temas médicos), no se hace cargo del hecho de que prácticamente la totalidad de la doctrina que admite la distinción, pone la carga de la prueba de la culpa en la espalda del paciente/acreedor en el caso de las obligaciones de medios.⁵⁸

Adicionalmente, se nos hace muy difícil aceptar, según propone esta doctrina, que el artículo 1547.3 del CC se aplique sin problemas a unas obligaciones que no pudieron estar en la mente del legislador (obligaciones de medios) y, que por el contrario, no se aplique o presente problemas de aplicación respecto de las obligaciones más comunes en la época del codificador y en relación a las cuales seguramente fue diseñado (las de resultado): estas

⁵⁷ PIZARRO WILSON (n. 56), pp. 255-265. Según el autor, al menos dos opciones pueden esgrimirse para la introducción de las obligaciones de resultado: por una parte, aceptar una culpa contra la legalidad en materia de incumplimiento contractual o, quizá la opción en principio más apropiada, es dar una interpretación al artículo 1547 del CC en clave objetiva que excluye la culpa como un elemento de una responsabilidad contractual".

⁵⁸ Con abundantes referencias al Derecho Comparado puede verse en este sentido Henry y León MAZEAUD y André TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción de Luis Alcalá Zamora y Castillo, 5ª ed., Buenos Aires, Ed. EJE, 1962, tomo I, vol. II, p. 406, n. 6.

últimas, "son ciertamente la únicas en las que habían pensado los redactores del Código Francés"⁵⁹ y del nuestro también⁶⁰.

Finalmente, si se considera aplicable en el art. 1547 del CC a las obligaciones de resultado, en ningún caso podría pensarse que se trata de un régimen de responsabilidad objetiva. Y es que sería curioso —por decir lo menos— que se fundamente un régimen sin culpa en el inciso tercero (3º) de un artículo, cuyo inciso primero (1º) recepciona, precisamente, el principio de la tripartición de las culpas.

3.2. Tesis que pone la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de medios a cargo del paciente/acreedor, en tanto que el juego procesal de la prueba del cumplimiento así lo determinaría

Según los defensores de esta tesis, en la práctica el paciente/acreedor no se limitará a probar la existencia de la obligación, y a esperar pasivamente que el deudor no pruebe el cumplimiento o alguna forma de extinción de la misma para obtener la indemnización de los perjuicios. Y es que, como dice Alejandro García González, "tal actitud sería en extremo temeraria, puesto que se estaría dejando totalmente en manos de la parte contricante el resultado del pleito"⁶¹.

En esta línea argumentativa se ubican autores que ven problemas estructurales en la aplicación de los principios probatorios cuando se trata de obligaciones de medios. Al respecto se dirá que en este tipo de obligaciones, aunque inicialmente (y tras demostrar el pacto) se coloque la carga de la prueba del lado del médico, en la práctica, la misma será soportada por el paciente/acreedor, pues el médico/deudor demostrará que realizó actos positivos tendientes a curar y alegará que no se comprometió a más que eso. Por lo anterior, sostiene Enrique Barros:

"una vez probados los actos de ejecución, la discusión relevante en un juicio de responsabilidad contractual por incumplimiento de una obligación de medios recae en si tales actos de ejecución pueden ser tenidos por cumplimiento de lo debido".⁶²

lo que implica preguntarse por la diligencia del profesional.

Para esta doctrina, la pretensión del paciente/demandante sólo prosperará si logra que el juez tenga por acreditado que la conducta invocada por el mé-

⁵⁹ MAZEAUD y TUNC (n. 58), p. 400.

⁶⁰ Así lo reconoce en la doctrina nacional BARROS BOURIE (n. 34), p. 661.

⁶¹ GARCÍA GONZÁLEZ (n. 5), p. 124.

⁶² BARROS BOURIE (n. 34), p. 659 y ss.

co como acto extintivo de la obligación no se corresponde con los estándares de cuidado requeridos. De allí se infiere, que "quien demanda soporta el riesgo de que no sea posible mostrar la negligencia del demandado"⁶³. En suma, esta línea argumentativa reconoce un valor sugestivo a la distinción mientras observa, que mientras la culpa "es inequívocamente presumida en las obligaciones de resultados, usualmente debe ser probada en las de medios".

3.3 Nuestra posición. En un juicio de responsabilidad civil médica, por regla general corresponde al actor/paciente la prueba de la culpa como hecho constitutivo de su pretensión

Como ya anunciamos más atrás, pensamos que también en el ordenamiento jurídico chileno la culpa contractual se presumirá en ciertos casos; habrá que probarla en otros y; en otros tantos, ni se presumirá ni habrá que probarla, puesto que aparecerán supuestos de responsabilidad contractual puramente objetiva⁶⁴.

El Código Civil chileno define el pago o cumplimiento utilizando como modelo la obligación de dar o la de hacer una cosa determinada (ambas obligaciones de resultado), y sobre esa base, resulta muy cómodo aplicar el esquema clásico para verificar el incumplimiento, pues deviene evidente que no habiéndose obtenido el resultado concreto a cuya entrega se había comprometido el deudor, el programa de la prestación ha quedado incumplido y el acreedor insatisfecho.

También, sobre una base como la descrita se puede aplicar con facilidad la lectura que la doctrina nacional ha hecho del artículo 1698 del CC. donde "probado el contrato" será el deudor quien deba probar que extinguió, pues "tendrá el recibo de la entrega de la mercancía" o, en su caso, "la edificación hablará por sí misma". Sin embargo, no sucede lo mismo cuando se está ante una obligación de actividad. En éstas, la aparente simetría desaparece, ya que estando claro que el deudor no garantizó un resultado, no parece justo posar sobre éste la carga de la prueba de que actuó diligentemente ante la sola manifestación de insatisfacción del acreedor⁶⁵ que, según la lectura descrita, se acreditaría con la prueba del contrato.

⁶³ BARROS BOURIE (n. 34), p. 659 y ss.

⁶⁴ Adhémar ESMEIN, "Obligations", VI-1ª parte, en Marcel PLANIOL, Georges RUPERT *et al.*, *Traité pratique de droit civil français de Planiol y Ripert*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1952, N° 378 ter.

⁶⁵ La injusticia del planteamiento se destaca si notamos que el acreedor podría de hecho retener el pago de los servicios que ya recibió. En un caso como el descrito, el prestador de los servicios ante la sola alegación de insatisfacción del acreedor, no podría reclamar el pago sin antes probar que actuó diligentemente pese a no haber conseguido el resultado esperado pero no prometido.

Seguramente, ante tal panorama fue que Andrés Bello concibió la regla del 2158 del CC que, en lo que aquí nos interesa, prescribe que no podrá el mandante dispensarse de cumplir sus obligaciones "alegando que el negocio encomendado al mandatario no ha tenido buen éxito, o que pudo desempeñarse a menor costo; salvo que le pruebe culpa". Como ya manifestamos un poco más arriba, la regla descrita —no cubriendo todos los tipos de obligaciones que puedan adquirir los profesionales de la Medicina—, sí regula la carga de la prueba de la culpa, en uno de los supuestos de más ordinaria ocurrencia: el cumplimiento defectuoso de una obligación de medios, es decir, los casos en que el profesional ha prestado el servicio y, lo que se discute es la calidad/diligencia del mismo.

Coincidentemente con este argumento de texto, los principios procesales que gobiernan la carga de la prueba en el ordenamiento jurídico nacional también nos llevan, como veremos a continuación, a sostener que la carga de la prueba de la culpa en los juicios de responsabilidad civil médica recae generalmente sobre el paciente/acreedor.

3.3.1. Sobre la carga de la prueba en general

Definitivamente las dos tesis descritas precedentemente (*supra* 3.1 y 3.2) tienen aspectos rescatables. La primera de ellas tiene la fortaleza de mantener —pese a la opinión de una influyente doctrina—⁶⁶ que en las obligaciones que exigen un comportamiento diligente para la satisfacción del acreedor, el incumplimiento constituye culpa, siendo imposible disociar ambos elementos. La segunda —más certera en el fondo según nuestro parecer— tiene la fortaleza de que ofrece un fundamento normativo para el hecho de que en la práctica la carga de la prueba de la culpa es soportada por el acreedor/paciente.

Sin embargo, ambas explicaciones se valen de una interpretación muy rígida de la regla contenida en el artículo 1698 del CC y, no logran explicar completamente el juego del artículo 1547.3 del CC en relación con las obligaciones de resultado (en la primera de las tesis expuestas) y, en las de medios (en la segunda de ellas). Ciertamente un estudio acabado del alcance del principio del cual se deriva la regla contenida en el artículo 1698 del CC excede la proyección de esta primera aproximación dogmática, empero, no podemos dejar de notar que en nuestro medio, el tema de las cargas probatorias no ha tenido el tratamiento que amerita⁶⁷ y, por ello, nos permitiremos algunas acotaciones.

⁶⁶ Nos referimos a la doctrina que entiende que la diligencia puede cumplir dos funciones: promover el cumplimiento e, integrar el deber de prestación. En el Derecho Comparado puede verse este planteamiento en Francisco Jordano Fraga, *La responsabilidad contractual*, Madrid, Civitas, 1997, p. 100 y ss.

⁶⁷ No pudimos encontrar en la literatura nacional ninguna monografía al respecto. Algunos párrafos en relación al tema y dentro del contexto de la reforma procesal civil pueden verse

Las teorías tradicionales sobre la carga de la prueba, como la lectura que habitualmente se hace del art. 1698 del CC han sido superadas porque, aun concediendo que como enunciados orientadores son aceptables, dejan sin explicar ciertos supuestos. Así, algunos han hecho notar que los hechos que gozan de presunciones legales no requieren de prueba; que no es cierto que el demandado tenga necesariamente la carga de las excepciones, ya que si de los hechos invocados por el demandante se deducen excepciones, el juez habrá de reconocerlos de oficio⁶⁸.

En el Derecho Procesal contemporáneo, el principio general de la carga de la prueba, es que *al actor incumbe la prueba de los hechos en que funda su pretensión* (hechos constitutivos)⁶⁹, mientras que al demandado, la de aquellos otros que sirven para desvirtuarla o neutralizarla (hechos extintivos o, desde otra mirada, constitutivos de la pretensión defensiva). El principio así enunciado adquiere un carácter más general y, por lo mismo, puede ser aplicado de manera más eficaz a cualquier tipo de pretensión, que la regla positiva —que no principio—⁷⁰, del cual se induce en nuestro ordenamiento (art. 1698 del CC).

El *Código Civil* como el *Código Procesal Civil*, contienen el principio general de las cargas probatorias, pero se abstienen de una regulación detallada de la materia; por lo que corresponde a la ciencia "llenar esa laguna"⁷¹. La generalidad del principio impone a la doctrina y a la jurisprudencia "la carga" de

en Raúl TAVOLARI OLIVEROS, "Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno", en Andrés de la Oliva y Diego PALOMO (coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 45 y ss.

⁶⁸ Por todos cfr. Jorge FABREGA, *Teoría general de la prueba*, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, p. 96.

⁶⁹ Siguiendo esta tendencia, así lo recoge el artículo 265 del proyecto de ley que pretende reformar el *Código de Procedimiento Civil* (Boletín N° 6567-07) cuando prescribe: "Corresponde la carga de probar los fundamentos de hecho contenidos en la norma jurídica a la parte cuya aplicación le beneficie, salvo que una disposición legal exprese distribuya con criterios especiales diferentes la carga de probar los hechos relevantes entre las partes."

El tribunal podrá distribuir la carga de la prueba conforme a la disponibilidad y facilidad probatoria que posea cada una de las partes en el litigio, lo que comunicará a la parte con la debida antelación para que ella asuma las consecuencias que le pueda generar la omisión de información de antecedentes probatorios o de rendición de la prueba que disponga en su poder."

⁷⁰ A pesar de la conveniencia de codificar el principio enunciado, el mismo puede y debe ser aplicado sin necesidad de una reforma legislativa, pues, como se ha dicho, el artículo 1698 del CC no es un principio probatorio contrario al principio enunciado, sino la concreción que del mismo se hizo específicamente para la pretensión de cumplimiento. De allí que el principio que ordena que *al actor incumbe la prueba de los hechos en que funda su pretensión* se encuentra plenamente vigente en el ordenamiento chileno.

⁷¹ Leo ROSENBERG, *Las cargas probatorias*, traducción de Ernesto Krotoschin, 2ª ed., Buenos Aires, Ejea, 1956.

determinar cuáles son los hechos constitutivos de la específica pretensión de reparar los perjuicios, que se producen en el contexto de una relación médico paciente, sea ésta de índole contractual o extracontractual. En este contexto, decía Francisco Jordano Fraga:

“que aquella regla general procesal de la carga de la prueba es, precisamente por su carácter procesal una norma neutra desde la perspectiva del Derecho sustantivo. Lo cual quiere decir, que la aplicación de tal norma procesal presupone, lógicamente, la previa calificación de los hechos a probar, como constitutivos o extintivos-obstativos, pero tal calificación no se hace por el Derecho procesal, sino que ese derecho remite al derecho sustantivo: es éste el que señala, para cada pretensión su hecho constitutivo y su hecho obstativo, y sobre tal calificación extraprocesal, opera la aplicación de la norma general procesal, que la presupone”⁷².

Así las cosas, y desde nuestra perspectiva, en la pretensión rescindicatoria —que estructuralmente difiere de la del cumplimiento— la carga de la prueba del incumplimiento corresponde al acreedor, pues “en la simple defensa negativa, el demandado está exento de ese peso, pues será el actor quien deba probar el fundamento del derecho que alega”⁷³. Y ello, sobre la base de que el principio inducido del artículo 1698 del CC se aplica a posteriori, sobre las clasificaciones previas de los hechos efectuadas por las normas sustantivas, lo que en nuestro caso implica que en las pretensiones de rescarcimiento el demandante no sólo debe probar la existencia de la obligación sino el hecho de su incumplimiento por el demandado, pues, *el supuesto de hecho* del artículo 1556 del CC permite calificar el incumplimiento como hecho constitutivo de la pretensión rescindicatoria⁷⁴.

Respecto del Derecho español —que dicho sea de paso— presentaba una norma prácticamente idéntica al artículo 1698 del CC, Jaime Guasp hacía

⁷² FRANCISCO JORDANO FRAGA, “Obligaciones de medios y de resultado (a propósito de una jurisprudencia reciente)”, en *ADC*, tomo XLV, fascículo I, Madrid, 1991, p. 75.

⁷³ ENRIQUE PAULLAS, *Estudios de derecho probatorio*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 34. El autor afirma además que si el demandado reconviene, naturalmente asume la carga respectiva en cuanto a los hechos en que basa su pretensión.

⁷⁴ Esta solución es compartida en ordenamientos jurídicos que tienen prácticamente las mismas normas que el nuestro en lo que a la carga de la prueba se refiere. Tan sólo a título ilustrativo puede verse el trabajo de Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid, Ed. Thomson-Civitas, 2004, p. 87 y ss. para el Derecho español y el de Philippe Le TOURNEAU, *La responsabilidad civil profesional*, traducción de Javier Tamayo, Bogotá, Ed. Legis, 2006, p. 27 y ss.

notar la dificultad que generaba en la práctica distinguir entre hechos constitutivos y extintivos y, renunciando a cualquier consideración aislada sobre los elementos de la prueba, sostenía:

“es preciso fijarse únicamente en la situación relativa del sujeto y el tema probatorio, es decir, en la posición que el dato a probar ocupa respecto a las partes sobre las que la carga de la prueba pesa en concreto. Como la carga de la prueba no consiste sino en el riesgo que corre un litigante de que el juez no se convenza de ciertos datos procesales, el perjuicio no puede sufrirlo sino la parte a quién favorezca el convencimiento del juez sobre el dato”⁷⁵.

En síntesis, conviene tener siempre presente que la carga de la prueba es una instrucción para el juez sobre el contenido del fallo que debe dictar cuando no tiene certeza sobre la veracidad de una afirmación de hecho que se emitió en el transcurso del proceso. Así, la sentencia deberá dictarse inapelablemente en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba respecto de los hechos no probados o no suficientemente aclarados durante el proceso⁷⁶.

La noción carga de la prueba solamente de manera indirecta determina cual de las partes debe desplegar con mayor vehemencia acciones conducentes a probar o negar el hecho fijado por el juez en el auto de prueba, pues seguramente ambas partes deben desplegar conductas activas en el probatorio. Lo anterior se comprende más bien si no perdemos de vista que solamente se decidirá sobre la carga de la prueba luego de producidas íntegramente las pruebas ofrecidas por las partes, esto es, al final de proceso en la sentencia definitiva.

3.3.2. La carga de la prueba de la culpa en las obligaciones de medio y en las obligaciones de resultado

Si se comparte lo dicho hasta ahora, se tendrá que aceptar que en nuestro ordenamiento la carga de la prueba de la culpa en las obligaciones en que el deudor sólo comprometió un actuar diligente y no un resultado, corresponde al paciente/acreedor. Al pesar sobre éste la carga de la prueba del incumplimiento, y al no poder disociar conceptualmente la negligencia que supone la prueba del incumplimiento de la negligencia necesaria para atribuir responsabilidad, la conclusión no puede ser otra: *pesa sobre el paciente/acreedor*

⁷⁵ JAIME GUASP, *Derecho procesal civil*, Madrid, Civitas, 1968, tomo I, p. 326.

⁷⁶ INÉS LEFORI WHITE, “Cargas probatorias dinámicas”, en Jorge PEYRANO (dir.), *Las cargas probatorias dinámicas*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 51 y ss.

la carga de la prueba de la culpa. En los casos de responsabilidad médica, la carga de la prueba de la culpa así distribuida, no presenta ninguna incompatibilidad con el artículo 1547.3 del CC puesto que como ya demostramos en la primera parte de este trabajo, el citado precepto no le es aplicable a este tipo de obligaciones.

Con lo dicho se otorga cobertura dogmática a las posiciones que no contradicen la justificación para presumir la culpa cuando no se había prometido un resultado. En este sentido, ya decían los hermanos Mazeaud, que en las obligaciones de actividad

"la verificación del cumplimiento no puede ser instantánea y, en cierto modo, material; exigiría un examen atento y constante sobre la conducta del deudor. Entonces, no sólo no cabe presumir responsable al médico cuando no mejora el estado de su enfermo sino que ni siquiera tiene que justificar que haya prestado cuidados que presenten las cualidades requeridas. Las consideraciones de mejor aptitud para la prueba que la explicaban para las obligaciones de resultado, esa carga, dejan de funcionar".⁷⁷

Respecto de las llamadas obligaciones de resultado, la solución es un poco más compleja, pues las distintas posibilidades de exoneración que se admitan ante el incumplimiento harán variar la respuesta en torno a la función que desempeña la culpa en el actual sistema de responsabilidad contractual. Así, podría sostenerse que una vez probado el incumplimiento por el acreedor/paciente, al médico deudor no le quedaría otra que probar la causa extraña o el caso fortuito para exonerarse de la responsabilidad, pues la culpa no tendría en este esquema ninguna función. Si se admite esta tesis, en todos los casos en que se establezca una obligación de resultado, nos encontraríamos en casos de responsabilidad objetiva.

Sin embargo, esta solución deja sin aplicación alguna la presunción de culpa que el artículo 1547.3 del CC "supuestamente" consagra, y hace que en nuestro medio pasemos de no admitir más que excepcionalmente casos de responsabilidad objetiva, a poner en este régimen a todos aquellos incumplimientos en los que se vea involucrada una obligación de resultado. La objeción recién planteada podría salvarse, aceptando que el artículo 1547.3 del CC no contiene realmente una presunción de culpa, y que solamente regula la carga de la prueba liberatoria del caso fortuito. Eso sí, esta solución obliga a sostener que el legislador utilizó como sinónimos 'iligencia' y 'caso fortuito';

⁷⁷ MAZEAUD y TUNC (n. 58), p. 405.

lo que tampoco resultaría tan extraño, ya que desde la estricta lógica, probar que despleguemos la diligencia que nos es exigida en el cumplimiento de una obligación, es lo mismo que acreditar que la causa de su incumplimiento nos es ajena.⁷⁸

Con todo, de momento no vemos inconveniente en aceptar que en algunos casos, acreditado el incumplimiento, el deudor podría liberarse probando mediante su diligencia que la causa del daño le es ajena, aunque no pueda identificar el hecho que efectivamente causó el daño⁷⁹, mientras que en otros, no se le permita exonerarse más que probando el caso fortuito⁸⁰. Una solución como ésta permite salvar la incongruencia que implicaría sostener que un mismo artículo reciba en su primer inciso la teoría de la tripartición de las culpas, mientras que en su inciso tercero, prescriba un régimen de responsabilidad objetiva.

Una tesis como la descrita se podría fundamentar desde el texto del art. 1547.3 del CC, aceptando que, incluso, en las obligaciones de resultado no se exige una certeza de un 100%, sino que es suficiente que sea alcanzado razonable o normalmente. En este contexto es que se suelen catalogar como obligaciones de resultado, operaciones simples que normalmente entrañan poco riesgo, como las extracciones dentales o las apendicetomías.⁸¹

No podemos cerrar este apartado sin antes prevenir al lector de que el esquema probatorio descrito no debe llevar a pensar que la víctima se encuentra en una posición sumamente gravosa o -como se ha dicho-, que se le impone una carga probatoria diabólica. Como se sabe, los jueces cuentan con buenos instrumentos técnicos como las presunciones judiciales, que les permiten aliviar la aparente dificultad con que se encuentra el paciente, cuando la particularidad del caso así lo amerite. Adicionalmente, ya empiezan a aparecer en nuestro entorno construcciones doctrinarias como la teoría de la culpa virtual o la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que en la práctica

⁷⁸ Lo más probable es que para el codificador la "ausencia de culpa" (prueba de la diligencia) y el *casus* fuesen conceptos sinónimos. Así, cuando el incumplimiento se debía a una causa extraña (sin culpa) se hablará de incumplimiento inimputable y cuando la causa del incumplimiento no le sea ajena al deudor, se hablará de incumplimiento imputable.

⁷⁹ Para ejemplificar esta forma de exoneración se puede pensar un caso en que un médico revisa personalmente la sangre que posteriormente es utilizada en una transfusión, y que resulta contaminada. En el caso, el médico podría exonerarse probando diligencia, demostrando que pese a haber utilizado todos los medios de que disponía, científicamente no pudo detectar el error (es el llamado riesgo del desarrollo).

⁸⁰ Esta fórmula deja, cuando menos conceptualmente, menos espacio a la responsabilidad objetiva.

⁸¹ Sobre la aleatoriedad del acto véase, Jorge GAMARRA, *La responsabilidad civil médica 1*, Montevideo, Ed. Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 22.

pueden hacer que el juez ordene, respecto de un hecho concreto, que rinda la prueba "la parte que tiene para ello mayor facilidad, independientemente de la naturaleza del hecho afirmado"⁸².

III. SOBRE LA DOCTRINA DE LA CULPA VIRTUAL, LOS HECHOS NEGATIVOS Y OTROS EXPEDIENTES UTILIZADOS POR LA JUDICATURA PARA MORIGERAR LA CARGA DE LA PRUEBA

Como adelantamos, los expedientes probatorios que rubrican este apartado, junto con las presunciones judiciales, están siendo utilizados en la práctica por los jueces para recabar la información que la incapacidad o deliberada desidia de las partes se niega a suministrar. Y, aunque los desarrollos en el ámbito nacional son en estos temas todavía muy incipientes, creemos percibir en la judicatura una cierta flexibilización de la construcción dogmática del principio de aportación de parte.

Para finalizar, en lo que sigue presentaremos a título ilustrativo algunos fallos en los que la jurisprudencia ha tenido la oportunidad de aplicar algunos de estos expedientes.

1. La culpa virtual (*res ipsa loquitur*)

La doctrina de la culpa virtual, que no es más que una manifestación del clásico principio *res ipsa loquitur* fue invocada en el caso "Rochet con Dr. Oksenberg y Clínica las Nieves"⁸³, precisamente para volver a poner la presunción sobre el facultativo, ya que en virtud de la aplicación que el mismo juzgador había hecho de la doctrina de las obligaciones de medios y de resultado, se había excluido la aplicación del artículo 1547 inc. 3°. En palabras del propio juzgador:

"Dicho contexto, sin embargo, ha de verse modificado cuando el resultado negativo del proceso de atención médica resulte exorbitantemente pernicioso para la salud del paciente mas allá de cualquier

⁸² Juan MONTERO, AROCA, "Los principios informadores del proceso civil en el marco de la constitución", en *Justicia*, N° 4, Barcelona, 1982, p. 7, citado por Raúl TAVOLARI OLIVEROS, "Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno", en Andrés de LA OLIVA y Diego PALOMO (coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 46.

⁸³ Sentencia del 26° Juzgado Civil de Santiago, 15 de julio de 2003, rol. 31139-2001 (el pronunciamiento fue confirmado con voto disidente mediante fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de agosto de 2004, rol 7700-03, y por sentencia de la Corte Suprema, de 25 de marzo de 2008, rol 4931-2006).

margen razonable de probabilidades de éxito o fracaso que las partes contratantes hayan podido tener en mente al contratar, en consideración a las condiciones del paciente y de la naturaleza de la atención encomendada, en cuyo caso la sola acreditación de la existencia de tal perjuicio exorbitante ha de constituir un indicio de culpabilidad del profesional que exija de éste la acreditación de circunstancias a su actuar que hayan podido tener aptitud para desviar el curso de los hechos de todo margen razonable de probabilidades de evolución del paciente" (el destacado es nuestro).

A mayor abundamiento, en el considerando décimo quinto se expresó:

"...en concordancia con lo señalado en el motivo décimo segundo precedente, debe considerarse que la sola existencia de las referidas lesiones constituye un indicio de la negligencia incurrida por el equipo médico que operó al menor Federico Estévez Rochet -y, consiguientemente, del incumplimiento de la obligación de medios asumida por quien encabezó ese grupo, el demandado Tomas Oksenberg Reiberg-, suficiente para que el peso de la prueba se traslade al demandado, de modo de tener que acreditar el advenimiento de circunstancias externas a su actuación que hayan podido ocasionar las lamentables lesiones sufridas por el paciente" (el destacado es nuestro).

Con meridiana claridad, también puede observarse la aplicación de la doctrina de las culpas virtuales en la sentencia que emitió la Corte de Apelaciones de Concepción el 24 de enero de 2002⁸⁴, resolviendo un caso en el que los actores reclaman del Servicio demandado (Servicio de Salud de Talcahuano, hospital Higuera) la indemnización por el deceso de una paciente intervenida quirúrgicamente de la vesícula por su médico privado y fallecida en el período posoperatorio a raíz de una infección intrahospitalaria. En el fallo se expresó:

"frente al hecho cierto de que la víctima falleció a consecuencias de una infección intrahospitalaria, la existencia de la negligencia y falta

⁸⁴ En el caso que enfrentó a los "herederos de Adriana Fierro con el Servicio de Salud de Talcahuano" resulta, además, interesante porque toma partido por la teoría de la responsabilidad objetiva del Estado y, si bien esta posición ha sido definitivamente abandonada por la Corte Suprema, este fallo nos demuestra que aun manteniéndose formalmente una teoría subjetiva de la responsabilidad del Estado, por la prueba de la culpa se puede abrir una tendencia objetivizadora.

de cuidado en la mantención de las adecuadas o debidas condiciones sanitarias del establecimiento, a fin de precaver sucesos semejantes, es de toda evidencia, pues, de no ser así, aquélla no habría contraído la infección que la condujo a la muerte".

Una recepción expresa de la doctrina puede verse en el citado caso "Myriam Pedreros y otros con Dr. Armando Pinto y Clínica Santa María", allí el 22° Juzgado Civil, en su considerando trigésimo tercero se pronunció en los siguientes términos:

"que esta juzgadora, estima que no es razonable mantener en toda rigidez, el principio que por tratarse de un contrato habido entre ella y el médico señor Pinto, haya necesariamente que presumirsele culpa a este o, a la inversa, que toca al actor demostrar la culpa del médico cirujano. Ello por que de ordinario, el paciente no tiene medios para calificar el proceder del profesional y, muchas veces ignora en que consistió su actuación, es más, mediante aquello que la doctrina conoce como *culpa virtual*, que no es más que un mecanismo intelectual a través de una deducción obtenida de la anormalidad de los resultados, puede sostenerse que el médico señor Pinto no actuó con una conducta profesional diligente, pues si no hubiese incurrido en negligencia, ningún daño se la habría provocado a la paciente como a su familia, y comprobado como está el daño, es dable presumir que hubo culpa suya..." (el destacado es nuestro).

Para otros sentenciadores sin embargo, la aparición de una pinza de "Nelly" en el la zona intraabdominal de una paciente (miden de 14 a 16 cm) a seis meses de haber sido intervenida quirúrgicamente, no es suficiente para presumir la culpa, pues

"hay evidencia científica de que un instrumento como ese puede permanecer largo tiempo alojado en el cuerpo de una persona, sin perjudicar su salud, incluso, sin causarle molestias apreciables",

por lo que "es perfectamente posible que se hayan encontrado allí desde que se le operó varios años antes".⁸⁵

⁸⁵ Corte Suprema, 16 de marzo de 1998, en GJ, N° 213, Santiago, p. 112, caso "Susana Torres con Dr. Aráñeda y otros".

2. El expediente de los hechos negativos

Aunque según Arturo Alessandri, la idea de que los hechos negativos no deben probarse es un error de los glosadores medievales al interpretar el aforismo latino *incubi probatio qui et non qui negat*, ya que un hecho negativo puede probarse cuando se resuelve en un hecho positivo⁸⁶, nuestra jurisprudencia al determinar que se encuentra ante una obligación de resultado, suele acompañar a la presunción del artículo 1547 del CC el expediente de los hechos negativos.

Así se puede leer en algunos fallos,

"que, el paciente al afirmar haber sido víctima de una 'mala praxis', está aseverando un hecho negativo, correspondiendo inferir de esto que es el médico o facultativo el que deberá probar que si empleó los medios idóneos a su alcance, para cumplir con el cometido encargado"⁸⁷ (el destacado es nuestro).

3. El expediente probatorio relacionado con la falta del consentimiento informado y de la deficiente confección de la historia clínica

El consentimiento informado constituye una exigencia de la *lex artis* para llevar a efecto la actividad médico-quirúrgica curativa. Estamos, por tanto, ante un acto o proceso clínico más, cuyo incumplimiento puede ser causa de responsabilidad, y que en la actualidad supone una de las principales causas de condena en los supuestos de responsabilidad civil médica en el Derecho Comparado⁸⁸.

La falta de obtención de este consentimiento puede generar responsabilidad cuando se materializan los riesgos típicos de los que el paciente no ha

⁸⁶ Según Arturo ALESSANDRI, *Derecho Civil. De los contratos*, Santiago, Ediar-Conosur, 1998, p. 466, es un error, porque dicho adagio no significa otra cosa que el demandado nada debe acreditar cuando se limita a negar los hechos. Los hechos negativos pueden probarse; yo puedo probar que no soy francés probando que soy chileno.

Según el autor, hay hechos negativos que no son susceptibles de probarse, pero no por ser negativos sino por ser vagos e indeterminados; yo no podría probar que nunca he estado en Valparaíso. En la misma forma que no podría probar que he estado siempre en Santiago; es un hecho positivo, pero igualmente vago e indeterminado.

⁸⁷ Considerando cuarto de la Corte de Apelaciones de Santiago en el citado caso "Pedreros Rebolledo con Pinto Reyes".

⁸⁸ Resulta evidente que el consentimiento del paciente debe prestarse antes del acto médico que se pretende llevar a efecto y ha de subsistir durante todo el tratamiento (principio de temporalidad), en tal forma que el consentimiento sea modulado a lo largo de todo el proceso terapéutico en el caso de enfermedades crónicas que precisen tratamiento en distintas fases, con lo que se protege el derecho a la libertad del paciente. Se trata, por consiguiente, de una información de tracto sucesivo o de ejecución continuada, y no de tracto único.

sido informado. Con anterioridad a la promulgación de leyes específicas sobre esta cuestión, el consentimiento del paciente, aunque era ajeno a la práctica médica de carácter paternalista, podía exigirse en todo acto médico haciendo uso de las normas integradoras del contrato (en nuestro Derecho haciendo uso del art. 1546 del CC). Por tanto, lo relevante de la aparición de esta legislación especial en el Derecho Comparado, es que la misma ha provocado que los tribunales exijan el consentimiento informado con tanto rigor, que *su no acreditación por parte del médico* es conceptualizada como una omisión culposa que lleva a sostener que el médico asumió por sí solo los riesgos inherentes a la intervención, en lugar del paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información adecuada.

En Chile pese a que el derecho a ser informado viene prescrito por el *Código de Ética Médica*, y a que se encuentra en tramitación un proyecto de ley sobre los derechos y deberes de las personas en salud que lo consagra explícitamente (art. 7 y ss.), este expediente probatorio ha tenido más bien poca acogida por la jurisprudencia nacional. Sin embargo, en "Avenida Carrasco con Dr. Herrera Otto" la Corte de Apelaciones de Concepción tuvo oportunidad de afirmar

"que de acuerdo a los principios suficientemente conocidos si el *acreedor-paciente* se encuentra jurídicamente habilitado para exigir de su *médico-deudor* que despliegue las actividades y habilidades que su título profesional manifiesta para curar o aliviar los males que padece (en los cuales está incluida el consejo e información), y si ello finalmente no se cumple por el médico, forzoso es concluir que la infracción debe estimarse imputable al deudor, sin perjuicio de la prueba de la diligencia o cuidado que pueda éste aportar en el proceso respectivo para exonerarse de toda responsabilidad"⁸⁹.

Por otra parte, no hemos encontrado rastros en la jurisprudencia chilena del expediente probatorio que determina la carga de la prueba de la culpa, atendiendo a los defectos u omisiones que pueda tener la historia clínica. Lo anterior resulta particularmente alarmante, puesto que las carencias o deficiencias que pueda presentar la historia clínica priva de un elemento valioso para la prueba de la *mal praxis*; y debe perjudicar a quien le era exigible como deber de colaboración o cooperación en la difícil actividad probatoria y esclarecimiento de los hechos. A través de la prueba de presunciones, una historia clínica

⁸⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 13 de noviembre de 2001, rol N° 273-2000. La sentencia citada fue casada con posterioridad (cf. Corte Suprema, 20 de noviembre de 2002, rol N° 4837-01) por haber incurrido los sentenciadores en el vicio de *ultra petit*.

insuficiente se constituye en un indicio más que deberá ser tenido en cuenta por el tribunal a la hora de analizar las conductas de los profesionales.

4. El expediente de la facilidad probatoria: el favor probatoris o la doctrina de las cargas probatorias dinámicas

El expediente de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, que en la práctica se traduce en que "puede tener que probar la parte que tiene para ello mayor facilidad, independientemente de la naturaleza del hecho afirmado"⁹⁰, tampoco ha tenido aplicación de manera explícita en los fallos revisados. Aun así, la aplicación del principio de la facilidad de la prueba en desmedro del principio de aportación de parte, parece una exigencia de justicia en muchos de los casos bajo examen si atendemos a los tipos y calidades de las pruebas que deben ser aportadas.

IV. ALGUNAS CONCLUSIONES SUMARIAS

1. La distinción obligaciones de medios/obligaciones de resultado está siendo cada vez más utilizada por nuestros tribunales de justicia, y la tesis de que la distinción no tiene cabida en nuestro ordenamiento porque el artículo 1547 del CC regula la carga de la prueba de la culpa con carácter general no es aceptable. Básicamente, la tesis no se sustenta porque el precepto citado sólo se refiere a un determinado tipo de obligaciones: las obligaciones de resultado.
2. Si bien es cierto que el artículo 2158 del CC exige al acreedor paciente que le pruebe la culpa al mandatario, el mismo no puede ser aplicado con carácter general a todos los casos de responsabilidad médica, puesto que fue diseñado para ciertos casos que tienen como presupuesto que el asunto encomendado al mandatario/médico haya sido efectivamente ejecutado. No se podrá aplicar a los casos en que el médico no llega a operar, ni cuando interviene tardíamente, ni —en general—, cuando la obligación que se incumple es de resultado.
3. En las obligaciones de medios el probar el incumplimiento equivale a probar la culpa del galeno. La carga de esta prueba le corresponde al paciente/acreedor, pues según los principios del Derecho Procesal contemporáneo, al acreedor le corresponde la prueba del supuesto de hecho de la norma en la que fundamenta su pretensión. Como el incumplimiento es

⁹⁰ MONTERO, AROCA (n. 82), p. 7, citado por Raúl TAVOLARI OLIVEROS, "Bases y criterios para el nuevo proceso civil chileno", en Andrés de la OLIVA y Diego PALOMO (coord.), *Proceso civil. Hacia una nueva justicia*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 46.

el hecho supuesto del artículo que en nuestro ordenamiento fundamenta la pretensión reparatoria (1556 del CC), la solución no puede ser otra.

4. Por el contrario, tratándose de obligaciones de resultado, si se podría distinguir la prueba del incumplimiento, de la prueba de la culpa. De allí que si se quiere conservar la idea de una culpa presunta en el articulado del *Código Civil* habría que aceptar –cuando menos en algunos casos– que el galeno/deudor se pueda exonerar probando diligencia, pese a no haber conseguido el resultado prometido. Si ante la prueba del incumplimiento sólo se permite la exoneración del facultativo/deudor mediante la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, entonces todas las obligaciones de resultado serían casos de responsabilidad objetiva o sin culpa. Y ello llevaría a afirmar la inexistencia de una presunción de culpa en el sistema de responsabilidad contractual chileno.

5. La regla que distribuye la carga de la prueba de la culpa en nuestro ordenamiento no atiende preferentemente a la ubicación de la acción de responsabilidad civil en uno de los dos grandes ámbitos de responsabilidad (contractual/extracontractual), sino a su caracterización como una obligación de medios o de resultado. En este sentido, nos parece que en el futuro nos acostumbraremos a leer en los fallos que “en el terreno civil, la noción de daño se vincula tanto por la responsabilidad contractual como con la extracontractual, existiendo entre ellas unidad genérica y diferencias específicas”, y que:

“en consecuencias, siendo la diferenciación que subsiste entre ellas, la existencia o no de un vínculo jurídico anterior entre las partes, la cuestión procesal relativa a la prueba no marca una sustancial diferenciación entre ambas responsabilidades civiles, pues en lo civil, la responsabilidad existe, cada vez que una persona debe indemnizar el daño sufrido por otra”⁹¹.

6. Por último –conviene recordar–, que el hecho de que por regla general la carga de la prueba de la culpa recaea sobre el paciente/víctima (generalmente el facultativo asumirá una obligación de medios), no debe llevar a pensar que éste se encuentra en una situación muy desfavorable. Como hemos visto, los jueces cuentan con instrumentos como las presunciones judiciales, que les permiten alivianar la aparente dificultad con que se encuentra el paciente. El constante aumento de las condenas en contra de facultativos y de centros hospitalarios, es una prueba de ello.

⁹¹ “Tapia Mirand con Dr. Elgueta y Clínica Dávila y Servicios Médicos S.A.”, Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de octubre de 2005, rol 6.877/2002, confirmada por Corte Suprema, sentencia del 8 de enero de 2007, rol 6.554-2005.

ALGUNAS CONSIDERACIONES DE LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD MATERIAL Y JURÍDICA EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Rodrigo Barcia Lehmann

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad médica se sustenta sobre la denominada *lex artis*, es decir, en que el facultativo se aleja de las reglas propias de su oficio. Pero, como han destacado la mayoría de los autores modernos, no cabe confundir la responsabilidad médica con el error médico. El error se puede producir en cualquier profesión liberal, pero su generación no trasunta necesariamente un actuar negligente que genere responsabilidad civil. Para ello se requiere que el error refleje la violación de un estándar de cuidado, que dé lugar a la responsabilidad civil, ya sea que recurramos a un sistema subjetivo u objetivo de imputabilidad². Incluso, en algunos sistemas jurídicos puede haber responsabilidad médica sin imprudencia, como si el médico diagnostica equivocadamente, pero de acuerdo con los síntomas del paciente.

Se trata de errores que excluyen un comportamiento negligente; pero estos casos son extraños y excepcionales. Ello se debe a que la responsabilidad de los profesionales liberales no es igual a la responsabilidad por productos defectuosos o a la construcción de una carretera. En estos campos el nivel de certeza en el resultado es, por regla general, cercano al 100%.

Sin perjuicio de lo anterior, no existen casos en que el error no deba sustentarse en criterios de imputabilidad. Lo que sucede es que el criterio de

¹ Mariano Yzquierdo al respecto señala: “por error profesional debe entenderse, con Cattanéo [hay nota al pie], el comportamiento objetivamente distinto del que exija la situación en concreto, pero no necesariamente culposo”. Lo señalado entre corchetes es mío.

Mariano YZQUIERDO TOLSADA, “La responsabilidad civil de los profesionales –una selección de aspectos problemáticos vistos desde el Derecho español–”, en revista *Anales Derecho UC: Temas de Responsabilidad Civil*, Santiago, Legis, agosto, 2006, p. 86.

² Pablo SALVADOR CODERCHI, “Prólogo”, en Álvaro LUNA YERGA, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria*, Madrid, Thomson, Civitas, 2004, p. 20. Mariano YZQUIERDO TOLSADA se refiere a esta distinción como culpa profesional y error profesional, (n. 1), p. 87.