

Notas sobre obligaciones de medios y resultado a propósito de la responsabilidad médica en cirugías estéticas en Chile. Una visión doctrinaria y jurisprudencial desde una perspectiva del Derecho Civil y Derecho Penal

Notes on obligations of means and results regarding medical liability in aesthetic surgeries in Chile. A doctrinal and jurisprudential vision from a Civil Law and Criminal Law perspective

Sonia INOSTROZA ADASME*

RESUMEN: Las cirugías estéticas se han triplicado en los últimos diez años en Chile. Se considera que esta intervención médica es satisfactoria y no curativa, de ahí que se establecen diferencias jurídicas al momento de atribuir responsabilidades. La disyuntiva está en cómo determinar la conducta del facultativo ¿obligación de medios o resultado? Este trabajo analizará el dilema desde una perspectiva del derecho civil y derecho penal.

PALABRAS CLAVE: Cirugías; estéticas; obligaciones; medio; resultado.

ABSTRACT: Aesthetic surgeries have tripled in the last ten years in Chile. This medical intervention is considered satisfactory and not curative, hence legal differences are established at the

* Magister en Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctoranda becaria Fondo de Ayuda a la Investigación, Universidad de los Andes, Chile. Contacto: <sainostroza@miunades.cl>. ORCID: <0000-0002-2437-4782>. Fecha de recepción: 12/11/2020. Fecha de aprobación: 14/02/2021.

time of attributing liabilities. The dilemma is in how to determine the conduct of the physician: ¿obligation of means or result? This paper will analyze the dilemma from a Civil Law and Criminal Law perspective.

KEYWORDS: Surgery; aesthetic; obligations; means; result.

I. INTRODUCCIÓN

El análisis que abordamos procura responder a la siguiente pregunta: ¿qué clase de compromiso y responsabilidad jurídica asume un médico que realiza una intervención de cirugía estética? Es una *vexata quaestio* que ha sido más de una vez debatida a propósito de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado.

La opinión predominante en nuestra doctrina y jurisprudencia es la que acoge aquella distinción propuesta por Demogue, y atribuye a la medicina curativa la función de crear obligaciones de medios, ya que el médico no puede garantizar el fin reparador. La medicina restauradora en cambio, somete a un paciente sano a un procedimiento destinado a obtener un resultado por él previsto, de manera que se considerará frustrado en el caso de no obtenerlo.

La distinción no carecería de importancia en lo relativo a la prueba sobre el incumplimiento y la eventual negligencia del médico, por cuanto en un caso se habría de probar por ausencia de resultado, y en el otro, por el descuido o impericia en el proceso curativo. La consecuencia, será el acercamiento de las obligaciones de resultado al esquema de la responsabilidad estricta.

El asunto anteriormente expresado, puede incidir en la aplicación de responsabilidad penal a la actuación médica, tanto en relación con el principio de presunción de inocencia como por la necesidad de determinar la negligencia a partir de principios de imputación subjetiva y concreta, donde los elementos de previsión y previsibilidad desempeñan un papel rector.

II. ATENDIENDO A LA DISTINCIÓN ENTRE OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADO

La cuestión debe partir de la distinción que ha hecho la doctrina entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado, clasifi-

cación que a primera vista parece irrefutable, ya que efectivamente existen deberes jurídicos que están dirigidos a la obtención de un resultado determinado y preestablecido, frente a otros donde el resultado final aunque pueda estar deseado, no se encuentra garantizado, sino que solo se comprometen una o varias actuaciones que en circunstancias normales conducirían a dicho resultado.

Como es de amplio conocimiento, esta teoría de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado fue expuesta por primera vez, de manera sistemática, por el profesor René Demogue, el año 1925,¹ y desarrollada a través de veintiocho célebres ejemplos. Inclusive interesa recordar que relacionó su teoría con otra distinción propuesta por los penalistas, conforme a la cual los delitos podían ser clasificados en materiales, consistentes en determinados resultados lesivos, y formales, caracterizados por un *iter* que normalmente conduce a ese resultado.²

Debemos consignar de entrada nuestro parecer preliminar, conforme al cual, en verdad, toda obligación por muy simple que nos parezca, contiene en sí tanto elementos de fines o resultados como los que podríamos llamar de medios, aun cuando en ciertos casos uno de esos dos elementos queda subsumido en el otro, de manera que la obligación se tiene por cumplida al dar el acreedor por satisfecho el elemento aparente que contiene o presupone el subsumido.

Se ha dicho no sin razón que toda obligación tiene por fin un resultado y no consiste simplemente en un proyecto. Es verdad, que a veces los fines se establecen en forma expresa, y que otras veces se verifica una abstracción de tales fines, de manera tal que se entienden logrados en la medida que el deudor ha obrado con diligencia.

¹ DEMOGUE, R., *Traité des Obligations en Général*, t. V. Librairie Arthur Rousseau et Cie., 14, Rue Soufflot, 14, París, 1923, pp. 538-545.

² OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M., "El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil" *Revista de derecho de PUCP*, núm. 53, Perú, 2000, p. 476.

En realidad, toda obligación supone un medio y un resultado, que son los dos elementos del débito: el acreedor espera un resultado y la conducta del deudor es el medio para obtenerlo.³

Caso típico de obligación clasificada habitualmente como “de medios” y que presenta especial relevancia para nuestro estudio es precisamente la del médico que atiende a un paciente enfermo, situación donde tanto el paciente acreedor como el profesional deudor desean el restablecimiento del enfermo. Pero el médico únicamente asume el compromiso de proporcionar un tratamiento adecuado conforme a sus conocimientos, sin que pueda garantizar la restauración de la salud.

La Corte Suprema en causa “*Cabullanca Avendaño y otros con Dr. Antolín Toloza*” de 2007,⁴ sostuvo en el considerando segundo: “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 exigencias del momento”.

La obligación de un médico no es sanar a un enfermo, sino hacer cuanto puede para sanarlo, y este “hacer cuanto puede” que constituye la llamada *lex artis*, es propiamente el resultado.

Demogue, en su sexto ejemplo, precisamente presenta el caso del médico como muestra paradigmática de compromiso jurídico que no garantiza un determinado resultado y nuestra doctrina y tribunales, tal como lo veremos, han aceptado de manera en la práctica unánime, que el deber profesional contraído por un médico respecto de su paciente enfermo constituye efectivamente un

³ WAYAR, E.C., *Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, t. I, Ediciones Depalma, 1990, pp. 128-130.

⁴ “*Cabullanca Avendaño y otros con Dr. Antolín Toloza*”, Corte Suprema, 4 de octubre de 2007, Rol 3299 – 2007.

caso indudable de obligación de medios.⁵ El deber profesional está concebido en este caso dentro del rango contractual, y en este último sentido parece nuestra doctrina haberse apartado de la propia opinión de Demogue, en cuanto este autor estima que en aquellos contratos donde se requieren los servicios de un profesional experto, se confiere al deudor el poder de usar su libertad en la forma y sentido que él estime más conveniente. La consecuencia será que el uso indebido de tal libertad caería fuera del contrato y originaría una responsabilidad extracontractual o aquiliana.⁶

Pero la verdad, concordamos con que es más razonable la remisión plena al contenido contractual en todo caso, ya que la determinante para establecer el origen de una obligación no es el objeto de ésta, según si consiste en dar, hacer o no hacer, o si se refiere al uso de la libertad o una actividad concreta, sino la fuente de donde emana dicha obligación.

Para los fines de nuestra investigación, lo importante es afirmar que el caso objeto de estudio es el contenido de una obligación contractual, y no nos detendremos a indagar si se trata de un contrato de mandato, de arrendamiento de obra, de arrendamiento de servicio, o de un contrato innominado o atípico como sostienen los profesores López Santa María y Elorriaga.⁷

Sobre la base de estas consideraciones hasta aquí expuestas, volvamos ahora a nuestro punto de partida: si no cabe duda que la obligación de un médico encargado de curar a un enfermo se

⁵ Al respecto: “*Torres Velásquez, Luis y otros con Servicio de Salud Talcahuano*”, Corte de Apelaciones de Concepción de 2003. Vid. Lexis Nexis N°31332. “La doctrina y la jurisprudencia han aceptado una diferencia en la esencia del concepto de obligación médica, en el sentido que en la dualidad es ésta como obligación de medios u obligación de resultado, se ha concluido que aquella asumida por el médico frente al paciente es una típica obligación de medios, concepto que se contrapone a la obligación de resultado”.

⁶ OSTERLING PARODI, F. y CASTILLO FREYRE, M., *op. cit.*, p. 496.

⁷ LÓPEZ SANTA MARÍA, J. y ELORRIAGA, F., *Los contratos. Parte general*, 6ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2017, p. 121.

configura como lo que Demogue llama “obligación de medios”, ¿ocurre otro tanto con el que se compromete a mejorar el aspecto estético del paciente, a lograr en él un resultado de embellecimiento que el cliente desea y del cual en la actualidad carece? El caso, no cabe duda, es diferente de la medicina ordinaria y tradicional, pues en ésta una persona enferma se somete al tratamiento de un profesional para recuperar, en lo posible, el bien perdido de la salud. Pero en cambio, en la cirugía estética, un individuo sano pretende voluntariamente someterse a un proceso destinado a lograr determinado bien que, aunque apetecible, no le es connatural ni necesario.⁸

III. ¿LA RESPONSABILIDAD MÉDICA POR CIRUGÍAS ESTÉTICAS RESPONDE A OBLIGACIONES DE RESULTADO O MEDIOS EN CHILE?

En general, la doctrina y la jurisprudencia nacionales han visto en los compromisos relativos a cirugía estética el nacimiento de un deber consistente en el logro del resultado convenido, aunque reconocen que semejante obligación no es única ni aislada, sino que se suma a la que es propia de toda operación médica, consistente en la aplicación de aquella técnica y procedimiento profesional que distinguimos con la expresión *lex artis*. Así por ejemplo, el tribunal de casación en causa “*Lausen Montt, M.M. con T.S., F y T.O., M.I.*” de 2013,⁹ en considerando tercero, señala: “se ha estimado que por el carácter de suyo propio y especialísimo que tiene la responsabilidad civil médica, se ha discutido la naturaleza jurí-

⁸ Al respecto amplia referencia en, VARGAS PINTO, T. y RODRÍGUEZ PINTO, M.S., “La equivocada aplicación del concepto civil de obligaciones de resultado en cirugías estéticas. El caso chileno a la luz de una condena penal colombiana” *Revista Jurídicas*, núm. 15, vol. 1, 2018, p. 114 ss. DOI: <10.1715/jurid.2018.15.1.7>.

⁹ Corte Suprema Rol 8307-2012.

dica de la obligación contraída por el deudor siendo mayormente aceptado por la doctrina que, tratándose de prestaciones médicas destinadas a sanar una enfermedad o salvar la vida, se trata de obligaciones de medios, esto es, el médico se obliga a realizar los mayores esfuerzos posibles mediante su técnica, saber o conocimiento para curar, sanar, mejorar o salvar la vida. Sin embargo, tratándose de prestaciones médicas consistentes en cirugías estéticas, hay una tendencia a otorgarles la naturaleza de obligación de resultado”. Y agrega en el considerando cuarto: “la obligación contraída por los demandados no se satisface únicamente con la aplicación rigurosa de la técnica y arte de la profesión médica, sino que con la obtención del resultado convenido”.

En buenas cuentas, a pesar de que se afirma con frecuencia que la gran diferencia que separa el deber médico en los casos de medicina curativa o necesaria frente a la satisfactoria o voluntaria, estriba precisamente en la calificación y consecuencias del respectivo tipo de deber asumido, la solución del problema requiere un estudio más profundo.

El caso de la cirugía estética se nos muestra como un vivo ejemplo de que no es posible sostener una neta separación entre los dichos tipos de obligaciones.

Un elemento típico de medio que se une a la obligación llamada de resultado en los casos de medicina satisfactoria, es el deber de información que asiste al médico tratante, y que fue establecido y reglamentado específicamente por la ley 20.584 del año 2012.¹⁰ Esta norma exige, un consentimiento informado sobre los posibles efectos adversos de la intervención o procedimiento.¹¹ Tal deber de comunicar de forma oportuna y comprensible se aplica a toda intervención médica, y en el caso de la cirugía estética ni siquiera esa obligación es excusable por el estado del paciente. La exigencia de información pues en este caso adquiere una inten-

¹⁰ Artículo 10.

¹¹ En este sentido, *vid.* VARGAS PINTO, T. y RODRÍGUEZ PINTO, M.S., *op. cit.*, p. 117.

sidad particularmente amplia, y si ha sido puntual y completa, determinará que la aceptación o consentimiento del interesado liberará al médico de responder sobre aquellos riesgos convenientemente informados.¹²

Un último argumento, se viene a sumar a los ya expresados para terminar de concluir que el deber del cirujano plástico no constituye una obligación exclusiva de resultado. Se ha señalado que, cuando el elemento material sobre que opera el cumplimiento de una obligación es un organismo vivo que reacciona de manera autónoma, no puede asegurarse un resultado, sino todo lo más darlo por altamente probable puesto que inevitablemente dependerá total o parcialmente del comportamiento impredecible de aquel organismo, esto es, en definitiva, del azar. Y tal es ciertamente, lo que sucede en la cirugía estética.¹³

Sobre la base de estas reflexiones que conducen a diluir en gran parte las diferencias entre obligaciones de medios y resultado, o prácticamente a acercar el esquema de la cirugía estética al de la medicina curativa, pretendemos examinar sus implicancias a propósito de la prueba.¹⁴

¹² El deber de información, que es especialmente relevante en la cirugía estética, se nos aparece como una típica obligación de medios. Así, BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 736 y ss.: “Los deberes de información son obligaciones conexas de medios”.

¹³ PIZARRO WILSON, C., El contrato médico: calificación, contenido y responsabilidad. *Revista chilena de derecho*, 41, 3, 2014, p. 840. DOI: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000300003>>. El autor subraya la presencia de la incertidumbre en estas intervenciones, por cuanto “la actividad médica... sigue siendo un oficio marcado por el *aleas* del resultado”.

¹⁴ Para una noticia amplia sobre esta materia, BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020, p. 706 ss.

IV. *DA MIHI FACTUM, DABO TIBI IUS*, LA APLICACIÓN DE UN ANTIGUO ADAGIO A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 1547 Y 1698 DEL CÓDIGO CIVIL

Las normas reguladoras de la prueba en materia de responsabilidad contractual están establecidas en los artículos 1547 y 1698 del Código Civil: este último, de contenido más general, estatuye que la prueba y extinción de las obligaciones incumbe a quien las alega; el 1557 inciso tercero nos dice que la prueba de la diligencia incumbe al que ha debido probarla. Tratándose de obligaciones de resultado, la aplicación de tales normas resulta sencilla: el demandante ha de probar la existencia de la obligación y el demandado alegará su cumplimiento. En el caso de las obligaciones de medios, entre las que se incluyen las referidas a la cirugía estética, tal aplicación es posible, pero requiere de un análisis más cuidadoso, por cuanto el cumplimiento por parte del deudor consiste precisamente en su diligencia, y así deberíamos distinguir los siguientes pasos:

- a) El acreedor, es decir el paciente, probará la obligación a través de los medios de que disponga: consentimiento documentado, testigos, declaración del propio facultativo, etc...
- b) El deudor (médico) habrá de probar que se han realizado, de forma adecuada, las respectivas prestaciones médicas.
- c) Al paciente corresponderá demostrar que, en la consecución de tales prestaciones, ellas no han sido suficientes o ha habido falta de diligencia por parte del médico, o ha faltado a la *lex artis*.

En buenas cuentas, la prueba de la diligencia no corresponde al médico que ha debido emplearla, sino que ha de ser el paciente quien demuestre la negligencia. Dicho de otra manera, probada la ejecución del tratamiento conforme a la *lex artis*, la diligencia del médico deudor queda presumida, o en cierto modo establecida a través del cumplimiento de la *lex artis*, con lo que efectivamente se puede dar por aplicado el artículo 1547 del Código Civil.

Por consiguiente, la aplicación en esta materia, del principio *favor victimae* – cuyo máximo exponente en nuestro país es el profesor Peñailillo – no precedería, pues en ella se busca trasladar la carga de la prueba del paciente al facultativo.¹⁵

V. DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO CIVIL, ¿ES PLAUSIBLE EMPLEAR LA VETUSTA REGLA *CUIUS COMMODA, EJUS ETIAM INCOMMODA* A PROPÓSITO DEL ASUNTO QUE ANALIZAMOS?

Este esquema pues, se parece al propio de la responsabilidad extracontractual, por cuanto quien demanda soporta el riesgo de que no sea posible demostrar la negligencia del demandado. Podríamos todavía agregar al respecto la siguiente reflexión comparativa: en las obligaciones de resultado, el incumplimiento se presume culpable; en las de medios en cambio, el incumplimiento consiste precisamente en la culpa y, por tanto, establecido el incumplimiento queda igualmente establecida la culpa. La diligencia –en lo que ni más ni menos consiste el cumplimiento de la obligación– incumbe probarla al que ha debido emplearla, tal como dice el artículo 1547 inciso tercero del Código Civil.

De esta manera, nos parece demostrado con el análisis anterior, es atinada la observación del profesor Barros en el sentido de que la regla del artículo 1547 opera con simplicidad solo cuando lo que cuenta como incumplimiento no está en discusión, y ello sucede en las obligaciones llamadas de resultado: por eso, mientras en este género de obligaciones la culpa es “inequívocamente presumida” como consecuencia del incumplimiento, en las de medios necesita ser probada por quien la alega.¹⁶

¹⁵ PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *Las obligaciones, Teoría general y clasificación. La resolución por incumplimiento*, Santiago, Editorial Jurídica, 2003, p. 228 ss.

¹⁶ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, p.709.

La conclusión primera de este análisis parece ser la siguiente: resulta no solo poco práctico sino teóricamente inexacto clasificar las obligaciones médicas conforme al esquema dual fundamentado en los medios y el resultado. Salvo casos muy particulares que no interesan para nuestras reflexiones, la realidad es que todas las obligaciones derivadas del ejercicio de la medicina, sea esta curativa o satisfactoria, tienen como punto fundamental para determinar la responsabilidad la circunstancia del cumplimiento de la *lex artis*. Como consecuencia, en ningún caso se le podría aplicar el criterio de responsabilidad estricta que según muchos autores ha de tomarse como medida. Tal como con acierto anota el profesor Pizarro Wilson,¹⁷ el establecimiento de una obligación que propiamente puede considerarse de resultado, supone comprometerse precisamente a ese resultado, con prescindencia de atender al cuidado o diligencia que se ha empleado para su prosecución.¹⁸ Pero esta estructura supone a la vez que, en esta categoría de obligaciones, se ha de excluir toda circunstancia que haga depender del azar el logro del resultado, y tal es precisamente lo que sucede cuando el objeto de la operación es el cuerpo humano.

Por el motivo expuesto, esto es, por cuanto la noción de obligación de resultado está excluida de la hipótesis donde se incluye la dependencia del azar, tampoco cabe aplicar a la medicina satisfactoria el caso de una notoria desproporción entre el riesgo asumido por el médico y el efecto que el paciente soporta, como podría ser por ejemplo, la situación donde se asume un riesgo de parálisis general a fin de obtener el propósito o “resultado” de borrar una cicatriz: consideramos que también para esta situación, la presencia del elemento del azar conduce a estimar la responsabilidad médica desde la perspectiva de la *lex artis*, máxime si el

¹⁷ PIZARRO WILSON, C., *op. cit.*, p. 840.

¹⁸ CORRAL TALCIANI, H., *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2013, p. 215. Al respecto el autor señala: “tal teoría ignora los fundamentos moralizadores que tiene todo sistema de responsabilidad”.

procedimiento ha sido previamente informado y aceptado por el paciente.

En el caso “Gómez Matamala Daniela con Hoteles de Chile S.A y otros” de 2020¹⁹, cuyo objeto litigioso fue un problema derivado de una cirugía estética, la Corte de Apelaciones de Santiago siguiendo la línea argumentativa del tribunal *a quo*, cita el considerando quinto de la sentencia que atiende a la causa “Lausen Montt, M.M. con T.S., F y T.O., M.I.” de 2013,²⁰ donde se consigna la opinión del profesor Barros relativa a la desproporción entre el riesgo asumido y el efecto que el paciente soporta. El planteamiento de este jurista incide en una situación muy diversa a la del asunto sobre que discurre el tribunal, pues Barros razona a propósito de “una grave consecuencia vital (que) se sigue de una cirugía estética menor”,²¹ rasgo que no se puede atribuir a las lipoesculturas que son intervenciones complejas y que es el motivo del litigio en el caso *sub lite*.

Establecida la premisa respecto de que todas las intervenciones médicas practicadas sobre un enfermo, como las puramente satisfactorias en que, consisten los procedimientos de cirugía estética están regidos en materia de responsabilidad por el principio de la culpa o negligencia cuya prueba corresponde a quien la alega, resulta claro lo que hemos manifestado en orden a que ha de ser el paciente quien debe demostrar la infracción a la *lex artis* por parte del médico, o que en general, ha habido falta de diligencia por su parte: en otras palabras, la culpa no se presume y en consecuencia debe ser probada por quien la alega.

La doctrina nacional no siempre ha estado conteste en esta posición, y así el profesor Pizarro Wilson, a propósito de las cirugías estéticas señala otras opiniones que llevan a conclusiones diversas en el sentido que desde que se entiende la obligación como

¹⁹ Corte de Apelaciones de Santiago Rol 15.790-2018.

²⁰ VARGAS PINTO, T. y RODRÍGUEZ PINTO, M.S., *op. cit.*, p. 114 ss.

²¹ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, p. 731.

de resultado, debe aceptarse que la única vía de exoneración de responsabilidad para el médico es la prueba de la fuerza mayor.²²

Así las cosas, no es plausible acudir a la antigua regla *cuius commoda, ejus etiam incommoda* en la materia que discutimos.

VI. LEX ARTIS AD HOC COMO CRITERIO VALORATIVO DE LA CORRECCIÓN DEL CONCRETO ACTO MÉDICO EJECUTADO POR EL PROFESIONAL. UNA PERSPECTIVA DESDE EL DERECHO PENAL CHILENO

La necesidad de la culpa para la determinación de la responsabilidad del agente en las hipótesis de medicina reparadora, nos lleva a la siguiente cuestión: ¿es posible que la negligencia del médico llegue a un extremo que lo conduzca no solo a la responsabilidad contractual regida por principios de derecho privado, sino que pueda extenderse desde el campo civil hasta el del Código Penal?²³

Como primera reflexión, hemos de aclarar que, a partir del convencimiento de que debe quedar totalmente excluida la probabilidad de atribuir responsabilidad estricta al profesional demandado, o de configurar para él un caso de presunción de culpa, sea legal o de derecho; solo bajo este supuesto se puede trasladar el problema de la responsabilidad médica propia de la cirugía reparadora al campo del derecho penal. Esto es necesariamente así, por cuanto, ni el rango constitucional de la presunción de inocencia, ni el sistema penal de la carga de la prueba regido por el principio *in dubio pro reo*, permiten aceptar en esta materia otro tipo de responsabilidad que no sea la fundamentada sobre una conducta culpable o dolosa.²⁴

²² VARGAS PINTO, T. y RODRÍGUEZ PINTO, M.S., *op. cit.*, p.120.

²³ Este asunto aparece planteado especialmente en los capítulos II y III en: VARGAS PINTO, T. y RODRÍGUEZ PINTO, M.S., *op. cit.*

²⁴ *Ibidem*, p. 122 y ss.

En el Libro II Título X relativo a los cuasidelitos, nuestro Código Penal contiene unas cuantas disposiciones destinadas a castigar la comisión de ciertos hechos cuyo contenido material puede ser remitido, o al menos relacionado, con aquellos casos de responsabilidad médica que han sido objeto de nuestro presente estudio. Así el artículo 491 se refiere al caso del médico, cirujano u otro profesionales de la salud que “por negligencia culpable en el desempeño de su profesión” causaron un daño que de ser doloso, constituiría crimen o simple delito contra las personas; el artículo 490 alude a la “imprudencia temeraria” en la ejecución de un hecho que, si mediara malicia, constituiría crimen o simple delito, y por fin el artículo 492 impone penas a los que con infracción de los reglamentos y por “mera imprudencia o negligencia” ejecutara esa clase de actos: el Código Penal pues, no menciona la negligencia de manera simple, sino que establece una graduación de ella según sea mera, culpable o temeraria.

¿Significa esa graduación una escala semejante a la que en el ámbito civil existe entre culpa grave leve y levísima? La opinión generalizada de la doctrina parece haber establecido cierta relación entre ambas series de conceptos, pero a nosotros nos interesa destacar el mayor índice de responsabilidad que el Código Penal atribuye al médico cuando su actuación no se ajusta a la *lex artis*, por cuanto esta singular norma profesional puede asimilarse a un reglamento, cuya transgresión unida a la mera imprudencia o negligencia lo sitúa en el punto álgido de la responsabilidad.²⁵

Efectivamente, el concepto de *lex artis* es la base para determinar la diligencia o negligencia del profesional, de manera que su infracción constituye el fundamento de la responsabilidad médica. Se ha definido la *lex artis* como el conjunto de principios y normas técnicas cuyo dominio es exigido a cuantos ejercen la actividad en razón de la cual se despliega la conducta creadora de peligro. Es esta una noción que podríamos considerar objetiva,

²⁵ Cfr. BUSTOS RAMÍREZ, J., *Culpa y Finalidad: los delitos culposos y la teoría final de la acción*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1967.

en cuanto usa como punto de referencia el comportamiento de un profesional medio, situado en un parámetro semejante al buen padre de familia. Pero trasladado el problema de la responsabilidad al campo penal, es menester usar un listón más exigente, y que tiene en cuenta las características personales del profesional afectado: tal es lo que solemos conocer con la denominación de *lex artis ad hoc*,²⁶ la cual tiene en consideración los rasgos específicos del facultativo de que se trata, las circunstancias de su actuación en cuanto al lugar donde desarrolla el respectivo procedimiento, la situación del paciente y sus familiares, el estado de la ciencia y sus personales conocimientos y especialidades. Bajo este concepto, también hemos de advertir que la falta de conocimiento, en circunstancias normales aumentan el deber de abstención y derivación, al paso que la posesión de conocimientos especiales impone una norma también especial respecto del cuidado debido.

Todavía nos quedaría un punto importante que nos obliga a profundizar un ápice más respecto de las precisiones que conviene tener en cuenta cuando trasladamos el problema de la culpa médica al ámbito penal.

Además, de las distinciones sobre esta materia ya mencionadas, podemos advertir otra en el contexto de las normas citadas, pues el artículo 490 se refiere a la imprudencia, y en cambio el artículo 491 versa sobre la negligencia de profesionales de la salud: por último, el artículo 492 incluye conjuntamente ambos conceptos. Los autores suelen entender por negligencia las omisiones

²⁶ VARGAS PINTO, T., *Responsabilidad Penal por imprudencia Médica. Un examen práctico de los principales problemas para la determinación del cuidado debido*, Santiago, DER Ediciones, 2020, p. 40. La autora da a conocer una definición que extrae de una sentencia del Tribunal Supremo Español: “[...] aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina... que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos... para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada”.

culpables, y reservan generalmente para las acciones la denominación de imprudencia. Nosotros estimamos que, desde un punto de vista práctico, la diferencia no muestra mayor importancia, pues tanto una como otra, según los casos, pueden dar lugar a responsabilidad penal. Para nuestro propósito caracterizaremos la imprudencia o negligencia, según si sea consciente o inconsciente, entendiéndolo por esta última como aquella falta de cuidado que produce un resultado lesivo, objetivado y hasta eventualmente normado, y que además es previsible para su autor, aunque éste no lo haya procurado ni deseado.

En oposición, la negligencia o imprudencia será consciente cuando el agente conoce el resultado como posible, pero no lo busca ni lo procura. La sutileza de esa figura está en su límite frente al llamado *dolo eventual*, que es la especie más tenue del *dolo*. En todo caso, y tal como lo hemos advertido, la negligencia que incide en el campo penal debe ser medida conforme a un parámetro subjetivo que conlleve a un concreto demérito personal, y no simplemente tasada mediante el patrón objetivo civil del buen padre de familia o persona razonable.

VII. EN RELACIÓN AL ANÁLISIS DE NUESTRA DISCUSIÓN, LA CONDUCTA DEL MÉDICO DEBE SER: ¿PREVISTA O SIMPLEMENTE PREVISIBLE?

Para el establecimiento de esta responsabilidad subjetiva, es imprescindible referirse a la cuestión de la previsibilidad, debido a que, si los riesgos que afronta el médico son imprevisibles, la responsabilidad fundada en la imprudencia queda excluida. La presencia de este requisito se advierte y cumple tanto en el supuesto de la previsión como en el de la previsibilidad.

Debemos entender por previsión el conocimiento, por parte del médico agente, de que afronta la asunción de conductas –preferentemente actuaciones positivas– capaces de provocar la muer-

te o lesiones en la persona intervenida.²⁷ Como ya hemos señalado no siempre resulta sencillo establecer, en caso de que sobrevenga el daño previsto, el límite entre la previsión y el dolo eventual, y al respecto la Corte Suprema en el considerando décimo cuarto de la causa “*Roberto Rodríguez de Mendoza, Patricia Cabello Caro con Sename y otro*”, se ha pronunciado sobre la diferencia entre ambos conceptos, consistente en que cuando hay dolo eventual “al agente no le importan las consecuencias lesivas de su proceder, aceptando que sobrevengan”.²⁸

En todo caso, estimamos, la previsión puede quedar establecida ex ante, en tanto que el dolo eventual habrá de determinarse necesariamente en relación con el momento en que el daño ya se haya producido.

La previsión de los riesgos es especialmente importante en aquellas intervenciones peligrosas cuyo carácter aleatorio está en conocimiento del médico, donde por lo demás su propia peligrosidad acentúa la necesidad o conveniencia de una puntualísima información al paciente. La previsión, además, supone la prevención que consiste en tomar todas las medidas necesarias para que el resultado dañoso no se produzca.

Distinta de la previsión es la previsibilidad, que no consiste en el conocimiento previo relativo a la posibilidad de un resultado dañoso típico, sino simplemente el hecho de que tal eventualidad debe ser conocida por el agente, esté o no en su efectivo conocimiento. Como advierte la profesora Vargas Pinto, esta posibilidad se ha de determinar siempre ex post, y resultará muy difícil negarla cuando el daño ya se ha producido.²⁹

También se ha señalado que el mínimo de exigencia respecto de la actuación médica para determinar la exclusión de responsabilidad, es esta aptitud o posibilidad de prever los daños que

²⁷ El argumento es ampliamente expuesto en: VARGAS PINTO, T., *Responsabilidad Penal... op. cit.*, p. 64 ss.

²⁸ Corte Suprema Rol 3907-2008.

²⁹ VARGAS PINTO, T., *Responsabilidad Penal... op. cit.*, p. 69.

puede provocar un procedimiento médico, sea curativo o satisfactorio. Nuestra Corte Suprema en “*Cabullanca Avendaño y otros con Dr. Antolín Toloza*” de 2007,³⁰ ha llegado a establecer que es indispensable para atribuir responsabilidad a un médico, incida ésta en sede civil o penal, dar por probados los elementos fundamentales de la culpa, entre los que figura muy principalmente “la previsibilidad del resultado”³¹ (dañoso).

En tal circunstancia, consiste precisamente la medida o parámetro de la culpa respecto de la materia que estudiamos: el apartamiento, por parte del médico, de las precauciones que la ciencia aconseja para el caso concreto, lo que ocasionará en el paciente un daño que el profesional no deseaba pero que no pudo menos que prever y estaba en sus manos evitar.

Para ilustrar lo señalado, la profesora Vargas Pinto, ha aludido en sus trabajos de investigación,³² a un veredicto del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica de fecha 22 de agosto de 2007:³³ “la imprudencia o falta de cuidado no es una cuestión psicológica, sino que de índole normativa; no incide solo en la posibilidad de previsión del riesgo, sino en la infracción del deber de representárselo y de evitar su concreción”³⁴.

Podemos así concluir que, la posibilidad de previsión del riesgo es un elemento que no solo atañe a la actitud interna del facultativo, sino que es un deber previo y necesario encaminado a evitar que en la medida de lo humana y profesionalmente posible se concreten los riesgos que la operación conlleva.

³⁰ WAYAR, E.C., *Derecho Civil. Obligaciones*, Buenos Aires, t. I, Ediciones Depalma, 1990.

³¹ Considerando tercero.

³² VARGAS PINTO, T., *op. cit.*, pp. 78 y 353.

³³ TOP Arica, RUC 0500506100-K. RIT 122-2007.

³⁴ Considerando decimotercero.

VIII. CONCLUSIONES

Podemos llegar a las siguientes consideraciones finales:

1. Nuestra jurisprudencia ha sido en general uniforme en aceptar como válida, la teoría que califica las obligaciones como de medios o de resultado. Las que proceden de la medicina curativa serían calificadas como de medios, y las derivadas de la cirugía estética y demás casos de medicina reparadora, pertenecerían al grupo de las obligaciones de resultado.
2. A pesar de la autoridad que ha logrado entre nosotros esta teoría, no parece que sea plenamente aplicable al caso de la medicina curativa frente a la estética o reparadora, puesto que en ambas se conjugan la necesidad de un procedimiento fundado en la *lex artis* y la circunstancia de que el profesional actúa sobre un cuerpo vivo que reacciona de manera impredecible.
3. Tanto en la medicina curativa como en la restauradora, la negligencia corresponde probarla al demandante, de manera que en ningún caso se podrá presumir por la no consecución del resultado: cuando el médico prueba, a través de la observancia de la *lex artis*, el cumplimiento de su obligación, se presume su diligencia, y ha de ser el demandante quien destruya la presunción.
4. La circunstancia de que, tanto en la medicina curativa como en la reparadora, el cumplimiento consiste en la observancia de la *lex artis*, resulta plenamente aplicable la disposición del artículo 1547 inciso tercero del Código Civil. Así el médico, al probar la obligación, hace presumir la diligencia, y el actor deberá destruir la presunción objetando la observancia de la *lex artis*.
5. Al trasladar la responsabilidad del médico al campo penal, la exigencia relativa a la observancia de la *lex artis* es más estricta, y ha de tener en cuenta las concretas circunstancias y las específicas características del actor: tal es lo que entendemos por *lex artis ad hoc*.
6. Por último, los conceptos de previsión y previsibilidad de los

posibles resultados adversos, resultan imprescindibles para calificar la responsabilidad del médico. La conclusión es que, al aproximar el ámbito de las obligaciones de medios y de resultado en el ejercicio de la medicina, se excluye la responsabilidad estricta y se hace posible la aplicación, en su caso, de las correspondientes normas del Código Penal.

