

LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES

CARLOS PÉREZ BRAVO*

INTRODUCCIÓN

El problema que plantea el tema relativo a la concurrencia de responsabilidades, mal llamado cúmulo, a decir de Alessandri Rodríguez se traduce en determinar si frente a un incumplimiento de una obligación contractual, cuasicontractual o legal surge, para quien soporta este incumplimiento, el derecho de elegir la vía por la cual obtener la reparación del daño, es decir, si puede o no la víctima o quien jurídicamente ocupe su lugar, optar ya sea por un régimen resarcitorio basado en la responsabilidad convencional o la responsabilidad extracontractual. Como el mismo Alessandri agrega, este problema no es de cúmulo de ambas responsabilidades como se la denomina de ordinario, sino de una opción entre una u otra¹.

Díez-Picazo sostiene que el problema en su origen arrancó desde el proceso codificación, ya que fueron estos cuerpos normativos los que separaron las obligaciones contractuales y las no contractuales. Con ello intentaron simplificar la tradición histórica sobre las fuentes de las obligaciones, en las que se recurría a la división entre delitos, cuasidelitos, contratos y cuasicontratos. Considera este autor español que fue Domat quien introdujo la simplificación entre obligaciones convencionales y no convencionales y que fue adoptada por el código francés y posteriormente recogida por los demás códigos decimonónicos².

Es requisito de la esencia que estemos ante un régimen dual de responsabilidades para que podamos hablar del tema aquí tratado.

La verdad es que no existe un criterio unánime ni en la doctrina ni en la jurisprudencia nacional al tratar el tema de la concurrencia, en ambos

* Profesor de Derecho Civil y Romano, Universidad Bernardo O'Higgins

1 Alessandri, Rodríguez, Arturo: Tratado de las Obligaciones, segunda edición 2004, p. 358.

2 Díez-Picazo, Luis, Derecho de Daños, Civitas Ediciones año 2000, p. 245.

encontramos posiciones diversas y extremas como se tendrá oportunidad de analizar.

TERMINOLOGÍA

Autores como Ducci, Alessandri, Zelaya y Pablo Rodríguez³ emplean el término "cúmulo de responsabilidades" para referirse al tema en cuestión, sin embargo, inmediatamente expresan que la palabra correcta es la de opción de responsabilidades. Para autores como Domínguez Hidalgo y Alonso Traviesa⁴, el término correcto a utilizar es el de concurrencia de responsabilidades, por cuanto manifiestan que este fenómeno se produce cada vez que concurren los requisitos que amparan ambos regímenes resarcitorios, por tanto aquel que sufre el daño puede valerse de ambas u optar por una de ellas⁵; es decir, si se puede exigir la reparación del daño ya sea por las normas que amparan la responsabilidad convencional o por las que regulan la responsabilidad extracontractual, según la víctima lo estime más provechoso para sus intereses.

Es la jurisprudencia la que también equivoca la calificación del fenómeno en cuestión, ya que en reiterados fallos los sentenciadores emplean el término cúmulo de responsabilidades para referirse al hecho de una concurrencia de responsabilidades.

Así, una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 30 de junio de 2006, Rol 3378-2002⁶, expresa en el voto disidente: "2.- Que, hay que establecer, desde luego, que la demanda de indemnización de un daño, ya sea previsto o estipulado en la convención, ya sea imprevisible como por su naturaleza, ocurre en los delitos o cuasidelitos, no puede basarse en lo que se llama el cúmulo de responsabilidades. Éste se ha planteado como la posibilidad de acumular la indemnización debida por unos mismos hechos dañosos, que tienen lugar dentro de una relación contractual, respecto de la cual importan un incumplimiento de las obligaciones contraídas, pero que por producir un daño doloso o culposo respecto de la víctima, también podría estimarse un delito o cuasidelito civil. En nuestro sistema de derecho ello es imposible".

³ Ducci, Carlos, Responsabilidad civil extracontractual, 1936, pág. 13; Alessandri, Tratado de las obligaciones, segunda edición, 2004, pág. 380; Pablo Rodríguez, Responsabilidad extracontractual 1999, p. 31.

⁴ Domínguez Hidalgo, Carmen: El Daño Moral, tomo II, Editorial Jurídica, 2000, p. 594; Alonso Traviesa, María Teresa: El problema de la concurrencia de responsabilidades, LexisNexis 2006, p. 64

⁵ Domínguez Hidalgo, op. cit., p. 594.

⁶ Microjuris MJJ8708 Partes: Garmendia Monasterio, María del Pilar c/ Behm Olivares, Rodolfo Maximiliano.

LA CONCURRENCIA EN LA DOCTRINA

El desarrollo del tema ha quedado entregado a la doctrina y la jurisprudencia, ya que ni la legislación nacional ni la extranjera lo regula en forma expresa, salvo el caso argentino en el artículo 1107 del Código Civil que señala "*Que los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales no están comprendidos en los artículos de este título, sino degeneran en delitos de derecho criminal*". Se concede a la víctima un derecho de opción solo cuando la infracción contractual constituya a la vez un delito.⁷

Las respuestas doctrinarias y jurisprudenciales que en nuestro país se han planteado en torno al tema de la concurrencia de responsabilidades son de lo más variadas y no se encuentra un patrón claramente definido, así en algunos casos la jurisprudencia ha fallado a favor de la tesis de la concurrencia⁸ y en otros (en su gran mayoría) desconociendo el derecho de opción de la víctima⁹.

Es Alessandri quien se manifiesta en abierto rechazo a la idea de que la víctima tenga un derecho de opción, señalando que la infracción de una obligación contractual, cuasicontractual o legal da origen a la responsabilidad contractual únicamente. Sin embargo, acepta la opción cuando las partes así lo establezcan (lo que no sería una verdadera excepción) y cuando el incumplimiento contractual suponga a la vez la comisión de un delito o cuasidelito¹⁰.

En el derecho comparado las soluciones que se han planteado al respecto tampoco son uniformes y es posible encontrar distintos criterios que intentan proponer soluciones diversas al tema en comento.

Genevieve Viney sostiene que en la doctrina y en la jurisprudencia francesa la idea del "cúmulo" y "no cúmulo" es un problema resuelto, toda vez que ésta es una cuestión no aceptada en su gran mayoría y que solo por vía excepcional se acogería. Al respecto señala Viney: "Los tribunales no han vacilado nunca, entonces, en oponerse a esta extensión del

⁷ Kemelmajer de Carlucci, Aída. Revista del Colegio de Abogados de Puerto Rico, Vol. 61, Abril-Junio 2000, p. 59.

⁸ Sentencias: Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de enero de 1993; Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000. R.D.J. XCVII.

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 2007, rol 9027-2001; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20 de octubre de 2000 R.D.J., t. XCVII, sec. 2ª, 2000.

¹⁰ Alessandri, Rodríguez, p. 382 y ss.

campo de aplicación normal de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil¹¹.

Es la doctrina internacional la que ha desarrollado el tema. Así, podemos encontrarnos con tres teorías al respecto¹²:

1. Teoría de la opción o del concurso de acciones.
2. Teoría de la absorción o incompatibilidad.
3. Teoría del concurso de normas.

1. Teoría de la opción o del concurso de acciones

La teoría de la opción sostiene que la víctima puede optar entre el régimen resarcitorio que desee y más le convenga, porque ambas acciones, la contractual y la extracontractual corresponden a pretensiones distintas e independientes entre sí y la víctima tiene la posibilidad de elegir la que más convenga a sus intereses, sin que pueda, una vez interpuesta la acción, cambiar la calificación jurídica de ésta. Sin embargo, no habrá cosa juzgada al respecto¹³. Esta tesis ha sido acogida por la jurisprudencia española en algunos casos de responsabilidad médica. Sin embargo, es criticada en dos aspectos por Díez-Picazo. En primer término sostiene que antes de recurrir a los deberes generales de comportamiento se deben analizar las reglas de conducta que deberían emanar de la relación obligatoria entre las partes; y por otro lado esta teoría no tiene razón de ser en aquellos casos en que existen normas específicas de distribución de los riesgos¹⁴.

Quienes optan por esta teoría señalan que la responsabilidad extracontractual es de orden público; además, las normas convencionales buscan la protección de los contratantes y por consiguiente la responsabilidad extracontractual sería una tutela adicional, sumado esta al principio *pro-damnato*, que permitiría aplicar la norma más favorable con miras a reparar el daño causado.

Esta tesis ha sido acogida en forma muy tímida por nuestra jurisprudencia. Así la Corte de Apelaciones de Santiago en fallo de fecha 28 de enero de 1993, declaró:

¹¹ Viney, Genevieve, Tratado de Derecho Civil, Introducción a la responsabilidad, Universidad Externado de Colombia, año 2007, p. 475.

¹² Domínguez Hidalgo, pp. 598 y ss.

¹³ Opción acogida en la jurisprudencia alemana, italiana española. Domínguez Hidalgo, p. 599.

¹⁴ Díez-Picazo, p. 266.

"Que no alteran las conclusiones referidas en los considerandos precedentes, la alegación de la clínica demandada en el sentido que no procede aplicar las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, por existir en su concepto, entre ellos, una relación contractual, toda vez que tal relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente que, aun en el caso de existir, entre las partes una relación contractual (invocada por la clínica demandada), nada impediría que el actor pudiera acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción a las pretensiones formuladas en la demanda"¹⁵.

En igual sentido se pronunció la misma Corte en sentencia del 25 de septiembre de 1996: "*Que si se pretende una indemnización por la responsabilidad extracontractual de la parte demandada, no puede estimarse que al existir contrato entre las partes, deben prevalecer las cláusulas de éste*"¹⁶

A favor de la tesis de la opción encontramos un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción que señala: "*Que, ahora bien, es una realidad innegable que los daños causados a la paciente con ocasión de una intervención quirúrgica pueden revestir simultáneamente características propias de una infracción contractual (al contrato de prestación médica, de hospitalización y/o de asistencia sanitaria), y, al mismo tiempo, de un delito o cuasidelito civil (la violación del deber general de actuar con diligencia y no causar daño a otro)*". En otras palabras, la negligencia médica y hospitalaria con daños al paciente puede incluirse indistintamente en el supuesto de hecho de la normativa contractual (artículos 1567 y siguientes del Código Civil) y de la extracontractual (artículos 2314 y siguientes del mismo Código).¹⁷

2. Teoría de absorción o incompatibilidad

La segunda teoría plantea que es imposible para el solicitante escoger entre un régimen u otro y por tanto se debe pedir la reparación del daño conforme a las reglas de la responsabilidad contractual, cuando los daños se han producido en esta esfera. Por tanto, responsabilidad contractual y extracontractual son incompatibles entre sí y en el evento de ocurrir una superposición respecto del hecho, se debe recurrir a la vía resarcitoria

¹⁵ Gaceta Jurídica N° 151, enero de 1993, Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2020-1992, considerando 9°.

¹⁶ R.D.J., t. XCIII, sec. 2ª, pág. 115.

¹⁷ Gaceta Jurídica N° 259, enero de 2002, página 38, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000, Considerando 5°.

convencional. El hecho que sirve de sustento a esta teoría se basa en que ambas responsabilidades están sujetas a pretensiones diferentes, cada una con su ámbito de aplicación específico y por lo tanto no procede la opción de elegir entre un ordenamiento u otro. Más bien cabe conducir la pretensión a la esfera a la que pertenece, de manera que la existencia de un contrato desecha la posibilidad de elegir como vía resarcitoria a las normas que se amparan en la responsabilidad *aquiliana*.

De esta manera cuando se invoca la responsabilidad contractual se hace porque se ha violado un deber que nace de un acuerdo de voluntades; en cambio en la responsabilidad no convencional se infringe el deber general de no dañar a otro¹⁸.

Esta teoría ha sido acogida por gran parte de doctrina nacional y la jurisprudencia. Al respecto Alessandri señala, como ya se dijo, que la infracción de una obligación contractual, cuasicontractual o legal da origen a la responsabilidad contractual únicamente¹⁹.

Numerosos son los fallos que se pronuncian por esta teoría en nuestra legislación. A modo de ejemplo: La Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho: "*Que en concepto de esta Corte, el cúmulo de responsabilidades, o más propiamente la opción de responsabilidades no puede ser admitida. La infracción de una obligación contractual, cuasicontractual o legal da origen a la responsabilidad contractual únicamente*"²⁰.

La Corte Suprema también se ha manifestado a favor de la tesis de la incompatibilidad señalando: "*La actora ha optado por ejercitar la acción de indemnización de perjuicios basada en el hecho ilícito civil y ha prescindido de sujetarse a las reglas de la responsabilidad contractual, que debió haber aplicado como fundamento de la acción, opción de responsabilidad que reiteradamente ha sido rechazada por la jurisprudencia y la doctrina*"²¹.

Sin embargo, en ciertos casos ha aceptado la tesis del cúmulo restringido, como excepción a la teoría de la incompatibilidad, tal como señala una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 2 diciembre de 1944, confirmada por la Corte Suprema el 18 de abril de 1950²², cuando

¹⁸ Domínguez, Carmen, p. 603.

¹⁹ Vid. supra 13.

²⁰ C.A. Santiago, 16 de abril de 2007, rol 9027-2001. LexisNexis, N° identificador 36181

²¹ C.S., 30 de julio 1991, R.D.J., t LXXXVIII, sec.1ª, p. 40.

²² R.D.J., t. XLVII, sec.1ª, 1950, pp. 127 y ss.

"el hecho violatorio de las obligaciones contractuales sea al mismo tiempo constitutivo de un delito o cuasidelito penal, o cuando expresamente se hubiere pactado".

En el derecho francés es Josserand quien sostiene que la responsabilidad contractual tiende a desplazar a la extracontractual²³. A propósito de esto señala: "El contratante no es un tercero y además un contratante, del mismo modo que un francés no es extranjero y además un francés, no pueden sumarse calidades contradictorias que se excluyen recíprocamente; hay que elegir entre lo uno y lo otro, la responsabilidad contractual excluye de pleno derecho a la extracontractual"²⁴.

3. *Teoría del concurso de normas*

La teoría del concurso de normas: tiene su fuente en el derecho alemán y sostiene que ante casos que queden comprendidos en las llamadas zonas fronterizas serán los tribunales en virtud del principio *iuria novit curia*, los que en definitiva calificarán jurídicamente los hechos ya sea por la vía contractual o la extracontractual, sin que la calificación hecha por la víctima les sea obligatoria²⁵.

De esta manera estamos ante un concurso de normas que sirven de fundamento a una única pretensión que es la reparación del daño.

La justificación de esta teoría se sustenta en argumentos de corte procesal en el sentido que la causa de pedir está dada por la relación fáctica en que se funda la acción y no por su fundamentación jurídica. De esta forma entonces el tribunal puede cambiar la calificación jurídica que la víctima ha escogido y no por ello habrá incongruencia en la causa de pedir²⁶.

En relación a la opinión de nuestra jurisprudencia al respecto, esta tesis no ha sido aceptada. Una sentencia de la Corte Suprema se pronuncia: *"Frente a la acción intentada y cualquiera que fuesen las excepciones y defensas alegadas por la demandada; el tribunal sólo puede pronunciarse derechamente sobre ella, ya sea acogiendo o rechazando el libelo, pero no podrá cambiar el fundamento de su pretensión...y a partir de esa va-*

²³ Josserand, Louis, Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1950. Pág 375.

²⁴ Josserand Louis, Derecho Civil. Trad. S. Cunchillos y Manterola, Bs. As. Ejea 1952 t II Pág. 368.

²⁵ Domínguez, Carmen, p. 606.

²⁶ Domínguez, Carmen, p. 608.

riación acoger una excepción que no dice relación con la declaración que precisamente se ha pedido en la demanda"²⁷.

LA ACTIVIDAD MÉDICA Y LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES

Los casos más habituales en que se suele discutir tanto doctrinaria como jurisprudencialmente la tesis de la concurrencia de responsabilidades es en aquellos derivados del ejercicio de las profesiones liberales y de manera más específica en la actividad médica, en donde ésta ha sido más aceptada por la jurisprudencia, como se tendrá ocasión de ver.

Según la definición clásica del contrato de prestaciones médicas, es aquél en cuya virtud el médico, en su calidad de profesional liberal, presta sus servicios a un enfermo, sea por requerimiento de éste o sus representantes, o de un tercero. En la primera situación estaremos ciertamente ante un contrato, en el segundo caso frente a una estipulación a favor de otro.

La mayoría de la doctrina ha estimado la responsabilidad del profesional médico como perteneciente a la esfera contractual²⁸. Ahora, cuando la conducta que ocasiona el daño, además de incumplir las obligaciones contractuales viola las normas de cuidado y prudencia exigida, estaremos ante un caso de concurrencia de responsabilidades. Es contractual cuando se contrata con un hospital, clínica o centro médico y son éstos los que proporcionan la atención del profesional médico. En estos casos se encuadra la responsabilidad contractual bajo la figura de la estipulación en favor de otro²⁹. A este respecto la jurisprudencia ha señalado en el caso de un dentista demandado que prestaba sus servicios en Fonasa (Fondo Nacional de Salud): *"Le es aplicable el criterio de que en el caso de servicios prestados a través de organismos públicos o privados como hospitales o asistencias, etc., la responsabilidad de dicho profesional respecto del que recibe el servicio tiene el carácter de contractual, pues se considera que ha existido una estipulación a favor de éste"*³⁰.

²⁷ C.S., 23 octubre 1987.

²⁸ Alessandri, Arturo, p. 75.

²⁹ Estipulación a favor de otro. Art. 1449 Código Civil: "Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él". En este sentido se pronuncia también Alessandri, p. 377.

³⁰ Corte de Apelaciones de San Miguel, G.J. N° 143, año 1992, Pág. 143.

Será extracontractual cuando se cause un daño, ya sea por dolo o culpa, a quien recibe sus servicios en calidad de amistad o beneficencia, ya que no hay intención de obligarse mutuamente; si con la muerte o lesiones ocasionadas al paciente se daña a un tercero quien, por ejemplo, vivía a expensas de la víctima; y también cuando producto del actuar doloso o culposo en el ejercicio de la profesión y siempre que no esté ligado contractualmente, se cause daño³¹.

De lo analizado hasta ahora, se desprende que la concurrencia de responsabilidades es un fenómeno cuya solución no es pacífica. Muy por el contrario, la doctrina citada al respecto no está totalmente de acuerdo con que la víctima pueda elegir o no entre un régimen resarcitorio u otro. La jurisprudencia, siguiendo a la doctrina tradicional al respecto, se ha manifestado mayoritariamente por la teoría de la incompatibilidad, desechando con esto la posibilidad de la opción³².

No obstante, jurisprudencia más reciente se ha manifestado a favor de la tesis de la opción, como tuvimos ocasión de ver en un fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción³³.

También una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago expone que: *"No cabe duda que en la actualidad existe una gran inseguridad conceptual en la delimitación de los supuestos de hecho de una y otra responsabilidad, es decir, la línea divisoria entre los deberes de cuidado emanados del contrato y aquéllos que emanan del deber general de no causar culpablemente daños a terceros es muy borrosa en ciertos ámbitos del quehacer humano, y sobre todo, en los servicios de atención médica empresarialmente organizada. Por ello es preferible otorgar a la víctima la opción de elegir la vía extracontractual aunque el demandado pruebe que exista un vínculo contractual previo al daño, hecho este último que, por lo demás, no se ha alegado ni establecido en autos, esto es, no se encuentra acreditada la existencia de un vínculo contractual entre la paciente fallecida y la parte demandada. Solamente aparece la existencia de dicho vínculo entre el médico que la operó y ella. Por lo demás, quienes niegan el cúmulo u opción de responsabilidades la aceptan*

³¹ Alessandri, p. 378.

³² C.S., 21 de septiembre de 1923, R.D.J., t. XXII.

C.S., 13 de enero de 1944, R.D.J., t. XLII.

C.S., 30 de julio de 1991, R.D.J., t. LXXXVIII.

C.S., 23 de octubre de 1997, R.D.J., t. XCIV.

C. Apelaciones de Valparaíso, 20 de octubre de 2000, R.D.J., t. XCVII.

³³ Vid. nota 22.

*cuando la inejecución de la obligación contractual constituye, a la vez, un delito o cuasidelito penal, y en el caso en estudio, no puede dejar de considerarse que en el proceso penal seguido a consecuencia de la muerte del paciente, esta Corte, por resolución de 27 de marzo de 1998, que en copia se lee a fojas 124 de esta causa, aprobó el sobreseimiento temporal..., puesto que no hay antecedentes suficientes para acusar a determinada persona como autor, cómplice o encubridor*³⁴.

En igual sentido se pronunció años antes la misma Corte de Apelaciones de Santiago, que en el fallo de fecha 28 de enero de 1993, declaró: *Que no alteran las conclusiones referidas en los considerandos precedentes, la alegación de la clínica demandada en el sentido que no procede aplicar las normas relativas a la responsabilidad extracontractual, por existir en su concepto, entre ellos, una relación contractual, toda vez que tal relación contractual no se encuentra acreditada suficientemente que, aun en el caso de existir, entre las partes una relación contractual (invocada por la clínica demandada), nada impediría que el actor pudiera acogerse a las disposiciones relativas a la responsabilidad extracontractual para lograr la satisfacción a las pretensiones formuladas en la demanda*³⁵.

Es así que en lo que respecta a la responsabilidad médica existe una tibia recepción acogiendo la teoría de la opción, con el objeto que la víctima pueda elegir entre ambos regímenes resarcitorios.

El hecho de intervenir centros hospitalarios, y de médicos que actúan por cuenta de éstos, genera también incertidumbres en la calificación de las relaciones que se crean con el paciente víctima del daño. Con el objeto de dilucidarlas, se han utilizado diferentes figuras jurídicas, tales como la estipulación en favor de otro (suscrita entre la clínica y el médico, siendo el enfermo el beneficiario); la representación (el médico apoderado sería el encargado de contratar al resto de los profesionales y el personal); la agencia oficiosa (el hospital sería agente del paciente); la responsabilidad por culpa directa del hospital o clínica, o por el hecho ajeno. También la intervención de hospitales públicos en gran parte de los actos médicos en Chile plantea, ciertamente, la cuestión de la definición de la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

Así la actividad médica no solo es ejercida de manera individual, sino que en la mayoría de los casos de manera colectiva a través de centros

³⁴ Gaceta Jurídica N° 259, enero de 2002, p. 38, considerando 5°.

³⁵ Gaceta Jurídica N° 151, enero de 1993, Corte de Apelaciones de Santiago, rol N° 2020-1992, considerando 9°.

asistenciales, tanto públicos como privados, lo que conlleva una serie de inconvenientes derivados de la responsabilidad tanto del centro médico como del profesional³⁶. Quien se dirige a un centro asistencial con el objeto de recibir atención médica contratará los servicios del profesional de la salud y respecto del centro mismo como señala Mazeaud³⁷ podría existir solo prestaciones de alojamiento u hotelería. Sin embargo, esto no significa que el centro hospitalario no sea responsable de los daños causados, por cuanto es a través del profesional médico la manera en que dicho centro cumple parte de su obligación, así la responsabilidad de este último no será subsidiaria sino directa.

Cuando el contrato médico va acompañado de un contrato de hospitalización, el paciente puede que no tenga la libertad de elegir al profesional, ni menos los auxiliares encargados de su cuidado, por tanto pesa sobre el centro hospitalario el deber de dar seguridad a la persona del paciente. Cualquier falta o descuido en el cumplimiento de sus obligaciones dará lugar a la responsabilidad contractual del centro en cuestión.

La circunstancia que el médico actúe como trabajador dependiente del centro asistencial no lo exonera de la responsabilidad que pueda recaer sobre su actuar, ya que siempre debe actuar dentro de la esfera de la licitud empleando sus conocimientos técnicos y científicos con la debida diligencia y cuidados.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que *"la negligencia en que incurrieron los dependientes de la demandada en sus establecimientos respecto del tardío diagnóstico de la tuberculosis que sufría la actora; la impericia en su tratamiento con una medicina conocidamente tóxica, administrada sin las precauciones necesarias y, para concluir, ligado con dichas conductas manifiestamente culposas en un errado diagnóstico del síndrome de inmunodeficiencia adquirida sin haber agotado los procedimientos necesarios para rectificar tal diagnóstico y que dieron origen a los daños que sufrió la actora, hacen también responsable a la demandada (Servicio de Salud Metropolitanos Occidente) en los términos del artículo 2320 del Código Civil, según el cual, y en lo pertinente, los empresarios responden del hecho de sus dependientes"*³⁸.

A mayor abundamiento se ha establecido que *"la acción indemnizatoria del actor debe ser acogida, puesto que se encuentra establecido que*

³⁶ Alonso Traviesa, p. 312.

³⁷ Mazeaud, H. y L. y Tunc, A., p. 236.

³⁸ CJ N° 234, pág. 63, Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de diciembre de 1999.

*la lesión del menor M.E.A.F., se produjo mientras se encontraba hospitalizado en la clínica demandada, atendido por personal de dicha entidad y bajo su responsabilidad*⁴⁹.

En este sentido la responsabilidad del centro hospitalario será siempre contractual.

En otro ámbito señala Le Tourneau que la obligación de los centros hospitalarios privados es una obligación de medios en general, con la excepción de la denominada infección "nosocomial" (la contraída durante la estancia del paciente en el centro hospitalario), la Corte de Casación francesa señaló que sobre el hospital pesaba una obligación de resultados. De esta manera se llegó a dictar la Ley 2002-203 del 4 de marzo de 2002 que sanciona a los hospitales y clínicas que incurren en esta falta⁴⁰.

CONCLUSIONES

En general, el tema ha sido mal abordado, pues la práctica ha entendido que se le debe aplicar a cualquier caso, lo cual no es real, pues ésta solo procede en casos complejos como las zonas fronterizas. En concreto, solo cuando a un caso particular le sean eventualmente aplicables los dos estatutos.

Respecto a la denominación, se suele emplear el término cúmulo, lo que es un error ya esto sería sumar y esto es inexplicable y conduciría a un enriquecimiento sin causa, pues no pueden sumar ambas acciones, sino que, por el contrario, se trata de diferenciar qué estatuto le aplicamos. Por ello, hoy en doctrina extranjera se habla de concurso o de concurrencia de responsabilidades.

Otro aspecto dice relación con el ámbito de aplicación, ya que no se aplica siempre a un incumplimiento de contrato, pues lo que habrá que determinar es el origen del daño, que éste emane directamente de la relación contractual.

Donde se ha discutido bastante el problema, es en los daños que se producen en bienes de la persona, como vida, integridad física y psíquica, salud, etc. Pues cuando se trata de estas hipótesis algunos autores han estimado que se trataría de bienes tan valiosos para la persona, que eso jus-

⁴⁹ GJ N° 199 pág. 89, Corte de Apelaciones de Santiago, 3 de enero de 1997.

⁵⁰ Le Tourneau, pág. 454.

tificaría dispensarle el mejor tratamiento posible, pues por la naturaleza de los daños y los bienes comprometidos, es dable establecer esta opción (el caso de la responsabilidad médica).

Queda en evidencia que la concurrencia de responsabilidades subsiste en la medida que existan dos regímenes resarcitorios claramente diferenciados el uno del otro como lo es el de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, donde los plazos de prescripción, la carga probatoria y el *quantum* a indemnizar presentan importantes diferencias, sumado a que ni la doctrina ni la jurisprudencia están contestes sobre el tema. Por tanto no es posible argumentar con certeza que la víctima tendrá el derecho a elegir la vía por la cual obtener la reparación del daño. Esta indefinición que presenta nuestro ordenamiento jurídico debe ser salvada por la vía de definir claramente el régimen de responsabilidad a aplicar en las llamadas zonas fronterizas de concurrencia de responsabilidad. No es lógico entregar a la víctima el derecho de optar por uno u otro régimen. O se opta por un régimen unitario de responsabilidad o se establece de manera explícita el régimen resarcitorio a utilizar o se minimizan las diferencias entre ambas responsabilidades. Seguir en el actual estado lleva indefectiblemente a la injusticia.

No parece lógico que mientras se siga sosteniendo y defendiendo un régimen dualista de responsabilidades con diferencias tan marcadas en uno y otro caso se dé a la víctima la opción de elegir, para qué tener dos regímenes resarcitorios si la víctima puede después optar.

Se ha admitido en forma minoritaria la opción en materia médica, en donde la jurisprudencia parece abrirse hacia la teoría de la opción.

Ahora, lo que no se ha entendido en la doctrina es que si yo defiendo la dualidad de la responsabilidad, entonces no puedo acoger la opción, porque precisamente estoy vulnerando con ello el estatuto contractual. No nos olvidemos que la discusión tiene una manifestación práctica, se trata de si mejoraré o no a la víctima, no se refiere a la teorización de lo mismo, sino si se adecua o no a las funciones de la responsabilidad en el moderno derecho de daños.

La doctrina comparada nos ha demostrado que no cabe duda que si un sistema defiende la distinción entre responsabilidades, la incompatibilidad de acciones es la solución correcta, pues ello es incoherente. Pero por el contrario, si yo me doy cuenta que el tratamiento de la víctima es injusto en determinados casos como consecuencia de la distinción, sería lo más justo y lógico el cuestionarse si la distinción se justifica, pues es ésta la que genera esos problemas de injusticia.

Desde un punto de vista político-jurídico, es costumbre afirmar que dicha revolución –que en términos modernos fue un golpe de Estado– marca el principio de la transición de un régimen con tendencia al absolutismo, cual era el de los Estuardos, a un régimen de tipo parlamentario, cual fue el de los Hannover, iniciando así un sistema –justificado teóricamente por Locke– que pronto se convertirá en cuna de las libertades constitucionales modernas, en donde incluso algunos adelantados en el entusiasmo incluyen la libertad religiosa (!).

Centrándonos en Locke, es importante esclarecer lo que de nuevo aporta este pensador y lo que de tradicional asume como propio del régimen inglés. A esto se junta la espinosa cuestión, tan propia del liberalismo, entre lo que se afirma explícitamente, entre lo que se supone implícitamente y lo que se aplica como consecuencia de ambos.

Las libertades inglesas junto a un régimen moderado de poder político, en lo que tienen de más fundamental, no son una creación ni de Locke ni menos de la “Revolución Gloriosa”. No hace falta inventar el pacto social ni buscar un estado de naturaleza idílico para sustentar tales beneficiosos principios políticos en los que todos estamos de acuerdo. Ellos no son frutos del liberalismo, sino de la tradición política medieval.

Al respecto, comenta G. Sabine: *“A través de Hooker, (Locke) enlazaba con la larga tradición del pensamiento político medieval –que llega hasta Santo Tomás– en la que eran axiomáticas la realidad de las restricciones morales al poder, la responsabilidad de los gobernantes para con las comunidades por ellos regidas y la subordinación del gobierno al derecho”.*

“La tradición medieval que Locke recogió a través de Hooker constituye una parte esencial de los ideales constitucionales (...) Los años de las guerras civiles lo habían cambiado pero no destruido”⁵.

tardó en morir. Locke, por su parte, salió al exilio (a Holanda) dos semanas antes del operativo real contra los conspiradores. Mientras en Inglaterra se desarrollaban los juicios contra los conspiradores, el gobierno de Carlos II demandó al gobierno holandés la detención y extradición de Locke, razón por la cual este se sumergió en el anonimato”. Cfr. Godoy A., Óscar, *“Absolutismo, tiranía y resistencia civil en el pensamiento político de John Locke”*, en *Revista Estudios Públicos* N° 96, Santiago de Chile, 2004, pp. 247-280.

4) En 1689, Locke regresa a Inglaterra tras el triunfo de la Gloriosa Revolución. En los próximos años salen a luz sus más maduras obras de filosofía política, a las que ya hemos hecho referencia. Entre 1694 y 1700 se convierte en consejero de lord Somers, principal figura del gobierno, quien ocupa el cargo de lord canciller de 1697 hasta 1700, época de represión religiosa y política en Irlanda y Escocia. Sería interesante investigar con más detención el eventual apoyo de Locke a dicha represión inglesa en estos dos reinos.

⁵ Cfr. Sabine, George, *“A History of Political Theory”*, edición castellana del Fondo de Cultura Económica, España, Madrid, 1978, p. 386.

Dicha tradición medieval “sostenía que el Gobierno –específicamente el rey, pero no en menor medida el propio parlamento y todos los órganos políticos– es responsable ante el pueblo o la comunidad a los que rige; su poder está limitado a la vez por la ley moral y por las tradiciones y convenciones constitucionales inherentes a la historia del reino. El gobierno es indispensable y su derecho es, por consiguiente, inviolable en un cierto sentido, pero es también derivado, ya que existe para el bienestar de la nación. Este argumento presupone claramente la realidad social y corporativa de la comunidad, supuesto no difícil en una época en que la sociedad estaba regulada por la costumbre”⁶.

Locke incorporó estos elementos a su teoría. Por tanto, el equilibrio constitucional entre el parlamento y el rey –con ligero predominio del parlamento– no era más que volver a los ideales del pasado, si bien remozados ante las nuevas circunstancias históricas.

De este modo, el liberalismo de Locke no puede caracterizarse esencialmente por la defensa de las libertades políticas.

Es más. Tales ideales quedaron subordinados en la teoría de Locke –y en la práctica política inglesa– a las exigencias del empirismo sensista y del liberalismo individualista. Es curioso observar cómo Locke defiende el ideal constitucional antiabsolutista desde una perspectiva en que lo primero precede a lo segundo. En cambio, en la vida política inglesa post “Revolución Gloriosa”, lo segundo precede a lo primero.

De ahí que lo propio del liberalismo de nuestro pensador radique en la creación artificiosa de una sociedad civil de origen contractual, en la referencia a un estado de naturaleza idílico asocial que nunca nadie conoció realmente, y en la apología de unos derechos y libertades *individuales* formulados en términos de “*vida, libertad y posesión*” (*estate*), con la *property* como derecho tipo, para cuya realización y goce existe la sociedad.

La tensión entre el *bien común* a cargo de los dirigentes de la sociedad y el *goce individual de las libertades*, que ha de garantizar también los gobernantes, no es fácil de resolver. De ahí la varias lecturas de Locke. Algunos, siguiendo el talante liberal de sus sucesores, la resuelven identificando el bien de la sociedad con la garantía de las libertades individuales. Otros aseguran que dicha tensión no es más que el fruto de una masca-

⁶ Ídem, p. 387.

rada; en realidad, lo que Locke habría defendido son las posesiones y libertades de la burguesía (protestante); para ellas y solo para ellas habla *in concreto* de las libertades individuales⁷.

Estas controversias las indicamos solo de paso, porque creemos que ellas no se resuelven apelando solo a la filosofía política de nuestro pensador. Debemos interrogarnos por la razón última del liberalismo de Locke que tiene como causa algo bastante más profundo que una mera opción de "estética" política, y que nos servirá además para comprender el sentido de su aporte al tema de la libertad religiosa. Se trata de su empirismo filosófico.

La relación entre el empirismo filosófico y el liberalismo político de nuestro pensador ha sido puesta de manifiesto por el filósofo hispano Rafael Gambra, sobre todo a partir del análisis del *Tratado sobre el Entendimiento Humano*. Gambra se expresa en estos términos: "*Si las "ideas compuestas" (teorías y creencias) se forman en la mente individual por asociación o combinación de las "ideas simples" (sensaciones primarias), resultará que tales ideas y creencias no pueden ser impuestas a nadie, ni menos, constituidas en fundamento de un orden social y político*"⁸.

Es decir, dado que lo único comprobable en el entendimiento humano son las ideas en cuanto reflejan inmediatamente las sensaciones⁹, y el resto son lo que llamaríamos hoy día *subjetividades*, la verdad política y religiosa no existe. Solo puede existir la libertad para que cada cual exprese como quiera su pensamiento, y la garantía de la sociedad a dicha libertad. Locke no saca inmediatamente esta conclusión, pues resulta aun para su tiempo demasiado extrema, aunque es fácilmente deducible a partir de lo que para él viene a ser la verdad y el estatuto epistemológico que da a las ideas universales. Pero la filosofía liberal anglosajona llegará pronto a tal afirmación y la convertirá en axioma del liberalismo moderno.

Este modo de concebir los límites del entendimiento humano condiciona la manera en que Locke entiende las relaciones entre la sociedad y las libertades individuales (que pasan a ser un mero poder subjetivo de

⁷ Es la polémica tesis de Macpherson, C.B., *"The Political Theory of Possessive Individualism"*, versión española con el título de *"La Teoría política del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke"*, Ed. Fontanella, Barcelona, 2ª edición, 1979. Ha sido discutida por Bobbio, en *"Thomas Hobbes"*, edición española del Fondo de Cultura Económica, México, 1992.

⁸ Cfr. Gambra C., Rafael, *La unidad religiosa y el derrotismo católico. Estudio sobre el principio religioso de las sociedades históricas*, Nueva Hispanidad, Cantabria, reedición del año 2002, p. 109